

Derecho de propiedad fiduciaria. A propósito del régimen de «agresión» y «protección» del fideicomiso en el Derecho argentino

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SISTEMA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO.—III. ACCIÓN COLECTIVA PERSONAL.—IV. SEPARACIÓN PATRIMONIAL Y DISTINTOS SUJETOS CONTRACTUALES.—V. ACREEDORES DEL FIDUCIARIO.—VI. ACREEDORES DEL BENEFICIARIO.—VII. ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO.—VIII. ACREEDORES DEL FIDUCIANTE.—IX. SUPERPOSICIÓN DE ROLES.—ABREVIATURAS MÁS USADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Los primeros antecedentes históricos que se registran del fideicomiso emanan del Derecho romano, concretamente de la fiducia y de las herencias y legados fideicomisarios. Estas dos alternativas (intervivos y actos de última voluntad) fueron las dos modalidades utilizadas históricamente (1) para instrumentar estos negocios de confianza (2).

Sin perjuicio de ello se ha dicho que el fideicomiso que crea la ley argentina número 24.441, si bien tiene el esquema o armazón de la institución romana, su ropaje viste una figura esencialmente distinta (3). La evo-

(1) Así también en el Derecho americano. Vid. MENNELL, ROBERT L., *Wills and trust in a nutshell*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, pág. 5 y 169.

(2) Así también se ha reconocido como primer origen del *trust angloamericano* el antiguo *use*, en las que el antiguo terrateniente inglés ponía sus tierras «en uso» para lograr diversos fines, lícitos o incluso fraudulentos (KEETON, GEORGE W., *The law of trusts*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd. Ninth edition, London, 1968, pág. 21).

(3) VÁZQUEZ, HUMBERTO, «La institución del fideicomiso en el Derecho romano», en *JA*, 1999-III, pág. 1087.

lución posterior de la figura fiduciaria y su desarrollo fundamental en el Derecho de raigambre anglosajona (4) fue lo que permitió una revitalización del instituto e inserción en el Derecho continental latino (5).

Quizá uno de los principios esenciales en la legislación argentina reside en el artículo 15, ley 24.441 (que rige desde el año 1995). Este precepto dispone que los bienes fideicomitidos quedarán «exentos» de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos 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 fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

II. SISTEMA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO

Esta disposición sólo tiene sentido si se interpreta en relación al resto del sistema ideado por el legislador para el fideicomiso. Así, lo primero que debe tenerse en cuenta es la noción de patrimonio fiduciario o propiedad fiduciaria. La propiedad fiduciaria (en sentido lato) hace referencia a una propiedad revocable o temporal que, bajo la titularidad del fiduciario, es ejecutada en beneficio de un tercero (beneficiario) para transferirla a su fin al fideicomisario (art. 1, ley 24.441). Esta propiedad, si bien es ejercida por el fiduciario, constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art. 14, ley 24.441).

Esta idea de *separación patrimonial* logra una verdadera «impermeabilización» del fideicomiso que separa no sólo los bienes y derechos que conforman el activo fiduciario, sino también las deudas del fideicomiso: ni el fideicomiso (*rectius*: fiduciario en relación a los bienes fideicomitidos) responde por las deudas personales del fiduciario; ni el fiduciario responde por las obligaciones asumidas en la ejecución del fideicomiso (art. 16, ley 24.441).

En esencia, los patrimonios separados son «conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto

(4) Así se ha dicho que corresponde a México el haber iniciado, hace más de ochenta años, la primera cristalización del movimiento de expansión internacional del *trust* y de las *trust companies*. En efecto, a fines del año 1905, el entonces Secretario de Hacienda, señor José Y. Limantour, envió al Congreso de la Unión un proyecto de iniciativa que facultaba al Ejecutivo para expedir la ley por cuya virtud pudieran constituirse en la República instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de «agentes fideicomisarios», que no llegó a aprobarse (BATIZA, RODOLFO, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, Editorial Jus, México, 1995, pág. 82).

(5) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*, Abaco, Bs. As., 2004, pág. 389.

del resto del patrimonio» (6). En el caso del fideicomiso, importa la constitución de dos masas patrimoniales en cabeza de un mismo sujeto (el fiduciario), gozando ambos conjuntos de ciertos caracteres, tales como administración, composición, fines, etc.

El patrimonio fideicomitado, conformado por activo y pasivo, está afectado a la obtención de los *finés del fideicomiso* (art. 17, ley 24.441). En el logro de tales fines, el patrimonio sufre constantes mutaciones (propias de la dinámica de cualquier patrimonio).

Así, se producen incrementos en el activo o en el pasivo del fideicomiso. Los aumentos en el acto se producen, bien por la incorporación de bienes cuya transmisión se había obligado al fiduciante (art. 1, ley 24.441), o bien por la llamada «subrogación real», según la cual existe la posibilidad que si se dispone de un determinado activo fiduciario, el producido del mismo u otro bien equivalente ingrese al acervo fiduciario (art. 13, ley 24.441). También puede ingresar como frutos o productos de los bienes fideicomitados (art. 13, ley 24.441).

III. ACCIÓN COLECTIVA PERSONAL

Lo primero que destaca el artículo 15, ley 24.441, es que los bienes fideicomitados no pueden ser alcanzados por la «acción colectiva» de los acreedores del fiduciario. Básicamente, esta disposición es una consecuencia de la separación patrimonial: si existe separación patrimonial entre los bienes del fideicomiso y los personales del fiduciario, los efectos de las acciones colectivas no pueden alcanzarlos.

Cuando la ley 24.441 alude a *acción colectiva* (7) (art. 15, ley 24.441) se refiere básicamente al pedido de quiebra del fiduciario. Ello así, pues tanto el acuerdo preventivo extrajudicial (8) (art. 69 y sigs. LCQ) como el concurso preventivo (art. 5 y sigs. LCQ) —o, incluso, la quiebra convertida— (9) (arts. 90 y sigs. LCQ) sólo pueden ser instadas a pedido del propio deudor (esto es, con exclusión de los terceros).

(6) ENNERCERUS, LUDWIG, *Derecho Civil (Parte General)*, 13.^a revisión por HANS CARL NIPPERDY, trad. de la 39.^a edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, Bosch, 1934, vol. I, pág. 614.

(7) Salvedad hecha de la incorrección técnica del término empleado.

(8) Ver: MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias*, Abaco, Bs. As., 2003, pág. 13.

(9) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., «Conversión de quiebra en concurso preventivo en la ley 24.522», en *Derechos Patrimoniales. Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Doctor Efraín Hugo Richard* (Directoras: LAURA FILIPPI y MARÍA LAURA JUÁREZ), Ad-Hoc, Bs. As., 2001, t. II, pág. 1089.

La idea es clara: el desapoderamiento del artículo 107 LCQ, no comprende el patrimonio fiduciario, atento estar excluido por ley (art. 108, inc. 7 LCQ). La ley 24.441 ha procurado otra solución: la cesación del fiduciario como tal (art. 9, inc. d, ley 24.441) y el traspaso de los bienes fideicomitidos al fiduciario sustituto (art. 10, ley 24.441).

De otro lado, esta disposición referente a la acción colectiva debe conjugarse con el artículo 16, ley 24.441, que prohíbe taxativamente la declaración de quiebra del patrimonio fideicomitido.

IV. SEPARACIÓN PATRIMONIAL Y DISTINTOS SUJETOS CONTRACTUALES

Sin perjuicio de ello, la norma parece redundante, pues se supone que si son *patrimonios separados*, la «separación» debe ser *real* y no meramente nominal o teórica. Una separación efectiva excluye cualquier atisbo que permita la confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fideicomitido. Pero el sentido de la exclusión (consecuencia del principio establecido en el art. 14, ley 24.441) tiene un matiz pedagógico: despejar cualquier duda de la impermeabilización patrimonial en acciones individuales y acciones de quiebra.

Asimismo, la separación patrimonial trae algunas consecuencias vinculadas con los acreedores de los distintos intervinientes del fideicomiso. Así, los posibles roles contractuales previstos por el ordenamiento de la ley 24.441, son: i) fiduciante; ii) fiduciario; iii) beneficiario; iv) fideicomisario. Para un análisis más adecuado, cabe escindir el análisis según la posición contractual que posea el deudor.

V. ACREEDORES DEL FIDUCIARIO

V.1. Principio esencial. Cabe distinguir entre los acreedores «personales» del fiduciario y los vinculados a la ejecución del patrimonio. La ley 24.441 ha sido expresa en esta idea: los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (art. 15, ley 24.441). En este sentido, y dada la separación patrimonial, los acreedores personales del fiduciario no pueden cobrarse de los bienes fideicomitidos; sólo pueden ejecutar los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario. En sentido concordante, el artículo 16, ley 24.441, dice que los «bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos».

Así, se ha dicho que si algún acreedor personal del fiduciario intentase ejecutar algún bien fideicomitido, éste deberá instar las acciones defensivas correspondientes, por ejemplo, el levantamiento de embargo sin tercería o la tercería de dominio (arts. 97 y sigs. CPCCN) (10).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que si el fiduciario, en su carácter de tal, causa un daño derivado de un delito o un cuasi delito, responderá también con su patrimonio personal si se dan los presupuestos de la responsabilidad en relación a su actuar. Ello con fundamento en la responsabilidad que en este caso deriva de su propio actuar, su propia culpa o negligencia (y ni qué hablar del dolo).

De otro lado, resultaría ilógico desligar de la relación de responsabilidad a quien si bien ocasionó el daño con culpa, revestía la condición de fiduciario. La sola condición de fiduciario no es suficiente para desligarlo de la responsabilidad subjetiva.

V.2. La cuestión en el ámbito tributario. En el ámbito tributario la cuestión no es muy clara. Esta separación de los patrimonios pierde nitidez por cuanto el fiduciario ha sido calificado como «administrador de patrimonio ajeno». En este sentido, se ha dicho (11) que la doctrina ha criticado la carencia de la ley 24.441 en incluir un tratamiento tributario integral del fideicomiso (12), ya que «el éxito o fracaso del desarrollo del fideicomiso está condicionado por su encuadre fiscal» (13).

El Decreto 780/95 intentó cubrir el vacío denunciado al reglamentar las facetas tributarias del instituto, al menos para el impuesto a las ganancias (arts. 10 a 12) y para el impuesto a los bienes personales (arts. 13 a 15). Si bien el patrimonio fiduciario no es persona, sí tiene personalidad fiscal y es sujeto pasivo de tributos (14).

(10) VÁZQUEZ, GRABRIELA ALEJANDRA, «El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-3 (fideicomiso), Rubin-
zal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 122.

(11) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 124, a quien seguimos en este punto.

(12) FRÖLICH, JUAN R. y ANDRADE, JORGE A., «Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios», en *Doctrina Tributaria*, núm. 194, Errepar, Bs. As., mayo de 1996, t. XVI, pág. 1001.

(13) MANTILLA, FERNANDO R., «Una introducción al fideicomiso», en *LL*, 1995-B, pág. 796.

(14) Sin embargo, por aplicación del principio de realidad económica (art. 2, ley 11.683), se sugirió marginar al patrimonio fiduciario en garantía de la posibilidad de atribuirle el rol de sujeto tributario (ver, en la jurisprudencia administrativa, el dictamen 20/96 DGI del 10-4-96 publicado en *BDGI*, 520, pág. 697, suscrito por DARÍO GONZÁLEZ). Acerca de los aspectos tributarios del fideicomiso, ver: MARTÍN, JULIÁN ALBERTO, *Securitización. Fideicomiso. Fondos de inversión. Leasing. Tratamiento impositivo*, Bs. As., 1996, págs. 11 a 41; LITVAK, JOSÉ D., «Los aspectos tributarios de la nueva Ley 24.441 de Financiación de la Vivienda y la Construcción», en *La Información*, núm. 71 (1995),

Sin embargo, el fiduciario, por efecto de los artículos 10 y 13 del Decreto 780/95 y más tarde por la ley 25.063, ha sido encuadrado como *administrador de patrimonio ajeno* (art. 6, inc. e, ley 11.683, texto ordenado 1.998) y por tanto «responde con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo», salvo que demuestre «debidamente a la Administración Federal de Ingresos Públicos que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales» (art. 8, *ib.*) (15).

Esta atribución de responsabilidad personal y solidaria «se contradice abiertamente con lo previsto en el artículo 16 de la ley 24.441, que pone al patrimonio del fiduciario a salvo de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso» (16).

V.3. Patrimonio fideicomitado. Desde otra perspectiva, los acreedores personales del fiduciario que no tendrán derecho a cobrarse del patrimonio fideicomitado, sí podrán ejecutar sus acreencias en relación a la retribución y al crédito que el fiduciario tenga por los gastos de reembolso (art. 8, ley 24.441), a los fines de obtener el pago de lo adeudado, pago que debe respetar, entre otros, el principio de integridad (17). En efecto, y salvo que exista estipulación en contrario, el fiduciario tiene derecho al pago de sus honorarios y a que le reembolsen los gastos que irrogó la administración del fideicomiso. Estos «derechos» son cuantificables patrimonialmente y son susceptibles de embargo.

Resulta obvio aclarar que si el fiduciario tiene derecho a dichos estipendios, pero ellos no se han fijado en el contrato, podrá concurrir al juez (o, también los acreedores por la vía del art. 1.196 del Cód. Civ.) a los fines de

pág. 1377; VENNARI, ARIEL, «Fideicomiso financiero inmobiliario. Una nueva alternativa de negocios en la Argentina. Caracterización. Principales aspectos impositivos y contables», en *Doctrina Tributaria*, Bs. As., 1996, t. XVII, pág. 321; FRÖLICH y ANDRADE, *Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios*, cit., pág. 997; SOLER, GUSTAVO H., «Fideicomiso común u ordinario», en *Impuestos*, 1996-B, pág. 2542; NELZI, FLAVIA; SCHNEIR, ALEJANDRA, y DÍAZ, VICENTE, «Conceptualización del sujeto tributario del negocio jurídico de fideicomiso. Aproximación doctrinaria y positiva», en *Doctrina Tributaria*, 1997, t. XVIII, pág. 5; DÍAZ, VICENTE, «Análisis tributario del negocio jurídico de fideicomiso. Aproximación doctrinaria y positiva», en *Impuestos*, 1997-C, pág. 3047; SOLER, OSVALDO H. y MORENO GURREA, JOSÉ, «Beneficios impositivos procedentes de fideicomisos financieros», en *Impuestos*, 1998-B, pág. 2134; FREIRÉ, *El fideicomiso*, cit., pág. 165. Cfr. VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 124.

(15) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 125.

(16) FRÖLICH y ANDRADE, *Financiamiento. Aspectos jurídicos y tributarios*, cit., pág. 1014; VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 125.

(17) El principio de integridad traduce la idea de un pago completo; dicho de otro modo, permite incluir todo aquello que cuantitativamente ha sido programado en la obligación y está comprendido dentro de ella (DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 1993, pág. 445).

la determinación de los mismos, según la índole de la encomienda y la importancia de los deberes (art. 8, ley 24.441).

VI. ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

VI.1. Derecho personal. El beneficiario es, valga la reiteración, aquél en cuyo beneficio el fiduciario ejerce el fideicomiso. En este sentido, así como el fiduciario ha asumido obligaciones en la ejecución del dominio fiduciario, el beneficiario, luego de la aceptación (art. 504 del Cód. Civ.), se ha constituido en titular de una serie de derechos emanados de la relación jurídica fiduciaria.

Estos «derechos» de los que goza el beneficiario son solamente crediticios o personales y no revisten naturaleza de derecho real. Así, mientras el producido de dichos bienes o sus frutos no se transmitan jurídicamente a los beneficiarios, éstos solamente tiene un derecho personal al cobro de estos derechos.

El único interviniente en el contrato de fideicomiso que goza de relación real con los bienes fideicomitidos (y sus subrogados reales) es el fiduciario. Ni el fiduciante, ni el beneficiario, ni el fideicomisario poseen derecho real sobre las cosas fideicomitidas.

Como consecuencia de ello, los acreedores del beneficiario no pueden cobrarse de los bienes fideicomitidos directamente (atento la ausencia de derecho real sobre esos bienes). Estos acreedores sólo pueden ejercer sus derechos sobre el crédito que el beneficiario tiene sobre el patrimonio fideicomitido. La cuestión no es baladí, pues en un caso el derecho de cobro podría ejercerse directamente, ejecutando los frutos del patrimonio fideicomitido y, en el otro, sólo podrá ejecutar el derecho que el beneficiario tiene sobre esos frutos.

El hecho de que el artículo 15, ley 24.441, haya establecido que los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos, no tiene la entidad suficiente para romper los esquemas jurídicos del sistema. En efecto, el giro de la norma ha sido erróneo, a tal punto que el artículo 1.572, Proyecto 1.998, en su parte final, aclara la cuestión: los acreedores del beneficiario y del fideicomiso sólo pueden subrogarse en los derechos de su deudor.

VI.2. Medidas cautelares. En esta idea, los acreedores del beneficiario (en el pleito individual por el cobro de la acreencia al beneficiario) pueden solicitar se traben embargo sobre el derecho que el beneficiario tenga en un fideicomiso determinado. El oficio de embargo deberá presentarse al fiduciario a los fines que no abone el crédito por frutos al beneficiario y deposite a la orden del tribunal y en los autos referidos el importe correspondiente al embargo.

Mientras el fiduciario no liquide el crédito con el beneficiario, el acreedor del beneficiario tendrá derecho sólo sobre el crédito (18). Ahora bien, una vez que dichos frutos hayan sido liquidados, si el embargo ingresó con anterioridad a tal liquidación o a la efectiva recepción por parte del beneficiario, el acreedor del beneficiario tendrá derecho a cobrarse de tales bienes (19).

VI.3. Acción subrogatoria. Esta conclusión, si bien valedera, debe complementarse con otra medida que pueden tomar los acreedores del beneficiario para poder cobrar sus derechos de los frutos fiduciarios: la acción subrogatoria (art. 15, ley 24.441). Esta potestad debe complementarse con las disposiciones civiles referidas a esta acción (oblicua o subrogatoria) (20).

En este sentido, dice el artículo 1.196 del Cód. Civ., los acreedores (en este caso del fiduciario) pueden ejercer todas las acciones de su deudor, salvo las inherentes a su persona. En cuanto a las condiciones para la promoción de la acción oblicua existe conformidad doctrinaria en las siguientes:

- i) que el subrogante sea acreedor del subrogado;
- ii) que exista inacción del subrogado (beneficiario);
- iii) que tenga interés legítimo para actuar;
- iv) no requiere de autorización judicial.

(18) Dice VÁZQUEZ: «Una interpretación estrictamente literal del texto transcrito podría conducir a soluciones no queridas por el legislador. En efecto, los frutos de los bienes fideicomitidos integran el patrimonio separado y no pueden ser agredidos sino por los acreedores del fideicomiso; el acreedor del beneficiario no lo es. De manera que el precepto debe entenderse en el sentido de que el acreedor del beneficiario podrá ejercer su derecho "sobre los frutos de los bienes fideicomitidos" en la medida en que éstos constituyan la prestación del crédito del beneficiario, y sólo en el *quantum* y en los tiempos fijados en el negocio originario. En cambio, si el destino estipulado en el acto constitutivo (contrato o testamento) respecto de los frutos fuere otro, el acreedor del beneficiario estaría impedido de hacerlo» (VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 126).

(19) En este sentido, señala GIRALDI: «El derecho de los acreedores a cobrarse de los frutos depende de que tales frutos existan, siendo factible que los bienes puedan no producirlos o no producirlos en la cantidad suficiente (...) el beneficiario carece de un derecho inmediato y automático sobre los frutos, ya que éstos están afectados primeramente a los requerimientos propios del fideicomiso (gastos generales, impuestos, remuneración del fiduciario, etc.) debiendo entenderse que sólo participará de las ganancias netas y no de las entradas brutas» (GIRALDI, PEDRO M., *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Depalma, Bs. As., 1998, pág. 114).

(20) PIZARRO, RAMÓN DANIEL y VALLESPINO, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, 1999, t. 2, pág. 313; CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La vía subrogatoria*, Tecnos, Madrid, 1995; MAZEAUD, H. L. J.; CHABAS, *Leçons de Droit Civil. Obligations. Théorie générale*, 7.^a edic., 1985, t. II. vol. I, pág. 1025; LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 1967, Abeledo-Perrot, t. I, pág. 493; MAYO, JORGE A., en *Cód. Civ. y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (BUERES, ALBERTO J., dir.; HIGHTON, ELENA I., coord), Hammurabi, 1999, t. 3 c, pág. 26; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 100.

Por ello, si sólo está pendiente la liquidación de los frutos del fideicomiso (previo pago de los gastos y honorarios del fideicomiso), el beneficiario tendrá derecho para cobrar dicho crédito. Luego, si existe inacción por parte del beneficiario, cualquier acreedor del beneficiario podrá subrogarse en tales derechos, emplazando al fiduciario a que cancele, previa liquidación, el crédito que el beneficiario tiene contra el fideicomiso y rinda cuentas de su gestión (art. 7, ley 24.441).

Pero cabe advertir que el gran problema que tiene la acción subrogatoria es que para que el beneficiario (o sus acreedores) tengan derecho a reclamar los frutos, los mismos deben estar liquidados.

Sólo después de que se han devengado los estipendios profesionales del fiduciario y se han cancelado todos los gastos generados por la actuación, el fiduciario deberá dividir a prorrata (o según como se haya pactado en el contrato) entre todos los beneficiarios. Sólo en este momento se produce la concretización del crédito. El crédito existía, pero no el *quantum*. Y, para más, había posibilidad que el mismo sea de cuantificación igual a cero.

No obstante ello, y hasta tanto se liquide el crédito del beneficiario, sus acreedores tienen las acciones conservatorias correspondientes. Así, el artículo 546 del Cód. Civ. establece que pendiente la condición, «el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios, necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y de sus derechos».

VII ACREEDORES DEL FIDEICOMISARIO

La ley 24.441 ha guardado un absoluto vacío en relación al fideicomisario. Más ello no ha sido óbice para que el ordenamiento (ora el específico, ora el general) confiera una solución al tema.

El fideicomisario sólo tiene un derecho creditorio «condicional» sobre los bienes fideicomitidos; derecho que se encuentra sometido a la condición del fideicomiso. Sólo al término de dicho contrato (por cumplimiento de la condición o plazo, por revocación del fiduciante, si así se hubiere pactado o por cualquier otra causal —art. 25, inc. c, ley 24.441—) dicho derecho se consolidará (o dejará de existir) y el fideicomisario tendrá derecho a **reclamar** al fiduciario la entrega del residual del fideicomiso.

Por ello, los acreedores del fideicomisario sólo pueden cobrarse del derecho que el fideicomisario tiene sobre tales bienes, más no de tales bienes hasta que no se haya operado la mentada transmisión.

También cuentan con la acción oblicua (art. 1.196 del Cód. Civ.) para ejercer las acciones que la corresponden al fideicomisario ante su inactividad. Si bien esta facultad no está contemplada de manera expresa en la ley 24.441, ello surge del ordenamiento general o bien de una aplicación analógica

(art. 16 del Cód. Civ.). Así también lo contempló el Proyecto 1.998, cuando en su artículo 1.572 equipara al beneficiario y al fideicomisario.

VIII. ACREEDORES DEL FIDUCIANTE

VIII.1. Regla general. El fideicomiso constituye un patrimonio de afectación «separado» del patrimonio del fiduciante (y del fiduciario) (art. 14, ley 24.441). Por ello, y atento la tajante división patrimonial, los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fideicomitado. Dice textualmente el artículo 15, ley 24.441: tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, *quedando a salvo la acción de fraude*.

Los acreedores del fiduciante no tendrán ningún derecho sobre el activo fideicomitado, atento que dichos bienes salieron definitivamente del dominio o propiedad del fiduciante. Que se trate de un dominio fiduciario (y por ende temporal) no alcanza para detener los efectos de la enajenación. De otro lado, la revocabilidad del dominio fiduciario beneficia a un tercero (beneficiario o fideicomisario) que si bien puede coincidir con el mismo fiduciante, puede no hacerlo (arts. 1 y 2, ley 24.441).

Esta separación patrimonial, si bien entre partes (fiduciante y fiduciario) opera desde el momento de la constitución del fideicomiso, frente a terceros (v.gr., acreedores del fiduciante) opera sólo cuando se hayan cumplido las formalidades requeridas según el tipo de bienes para transmitir la propiedad (arg. art. 12, ley 24.441). Así, en caso de inmuebles, se exige, además del título y modo, la inscripción en el registro respectivo (art. 2.505 del Cód. Civ.).

Hasta tanto no se produzca dicha inscripción (u otras formalidades para la transmisión de derechos reales), los acreedores del fiduciante pueden «agredir» el patrimonio del fideicomiso (que no es del fideicomiso, pues no se ha inscrito). En esencia, lo que pueden ejecutar es el patrimonio del fiduciante que aún no se ha transferido al fiduciario. Una vez operada la transmisión, los acreedores del fiduciante no podrán cobrarse de tales bienes.

VIII.2. Acción de fraude. Pero la ley 24.441 ha incorporado una excepción al principio de no agresión del patrimonio fideicomitado: la acción de fraude. La primera duda que se suscita se vincula con la extensión conceptual del giro lexicográfico empleado por el artículo 15, ley 24.441. Más concretamente si esta noción abarca sólo la acción de fraude o pauliana del artículo 961 y sigs. del Cód. Civ., o si abarca otras acciones como la de simulación (arts. 955 y sigs. del Cód. Civ.), la revocatoria (art. 119 y sigs. LCQ), la ineficacia de pleno derecho (art. 118 LCQ), la de fraude del artículo 1.298 del Cód. Civ., etc.

La doctrina ha señalado que «cuando la ley 24.441 se refiere en su artículo 15 a la "acción de fraude" no sólo comprende a la acción pauliana del

Cód. Civ. (arts. 961 y sigs. del Cód. Civ.), sino que también abraza a las ineficacias contempladas en los artículos 118 y 119 de la Ley Concursal 24.522, en las que el fraude se presume. Así, el fideicomiso constituido por un fiduciante luego fallido puede ser declarado inoponible, aun de oficio, si aquél ha comportado un acto a título gratuito; un pago anticipado de deudas cuyo vencimiento, según el título, debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; o la constitución de una preferencia» (21), como si se hubiera constituido un fideicomiso en garantía respecto de una obligación no vencida que originariamente no tenía esa cualidad (22). Así se agregó que también el fideicomiso podrá ser declarado inoponible a la masa si, como lo establece el artículo 119 LCQ, fue otorgado en el período de sospecha y quien celebró el acto con el fiduciante fallido tenía conocimiento de su estado de cesación de pagos (23).

Asimismo agrega VÁZQUEZ: el texto legal omite toda referencia expresa a otros supuestos de ineficacia (24). Piénsese que el acto de transmisión fiduciaria podría padecer alguna otra especie de imperfección, por defectos en sus elementos sustanciales u operativos. En torno a su sustancia, podría tratarse de un negocio nulo por un vicio en la voluntad (v.gr., por error, dolo, violencia, etc.), lesivo, simulado, o sin autoría del legitimado. Y en relación con su operatividad o funcionalidad, podría tratarse de un acto irrelevante (v.gr., la transmisión operada con omisión del asentimiento conyugal no titular —art. 1.277 del Cód. Civ.—) o que sirva de marco para subyacentes donaciones o legados que afecten la legítima de los herederos forzosos, inoponibles a éstos (arts. 1.830, 3.476, 3.477, 3.601, 3.602 y 3.955 del Cód. Civ.) (25).

Por ello, concluye que el silencio de la ley 24.441 no implica que la transmisión fiduciaria no pueda ser impugnada por tales defectos, ya que el fideicomiso no es ajeno a los principios generales del sistema. No pueden

(21) ALTERINI, JORGE HORACIO; CORNA, PABLO MARÍA; ANGELANI, ELSA BEATRIZ, y VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA, «La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra», en *La Lev.* Bs. As., 2.000, pág. 43.

(22) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 119.

(23) ALTERINI, CORNA, ANGELANI y VÁZQUEZ, *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra*, cit., pág. 43.

(24) Y dice: utilizamos la terminología ineficacia en su concepción amplia: «Cuando nos referimos a la ineficacia lo hacemos en forma genérica respecto de todas las imperfecciones que pueden presentar los actos; aludimos tanto a los actos cumplidos o consumados, que no llegaron a ser jurídicos por carecer de requisitos sustanciales, como a los actos jurídicos que, aun cuando sean completos sustancialmente, no llegan a tener operatividad como tales. Es decir, que “ineficacia” es el género, mientras que las imperfecciones de nulidad, la resolución, la rescisión, la revocación, la inoponibilidad, etc., son especies del género» (ALTERINI, JORGE HORACIO; CORNA, PABLO MARÍA; ANGELANI, ELSA BEATRIZ, y VÁZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA, «Teoría general de las ineficacias», en *La Lev.*, 2000, pág. 11).

(25) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 120.

vulnerarse los límites del orden público plasmados en el artículo 21 del Cód. Civ. En consecuencia, el fideicomiso es pasible de impugnación con fundamento en las restantes causales de ineficacia de que puede adolecer el negocio fiduciario (26).

Compartimos la opinión de esta destacada autora. En efecto, si bien la excepción alude solamente a la acción de fraude o pauliana, pensamos que tal restricción se riñe con una interpretación del ordenamiento jurídico en su integralidad. Que la acción de fraude se permite a los acreedores del fiduciante, no quedan dudas. Siempre, por supuesto, que se cumplan los requisitos del artículo 962 del Cód. Civ., cuales son:

- i) que el crédito de quien intenta la acción pauliana sea de fecha anterior al negocio jurídico impugnado;
- ii) que haya causado perjuicio a los acreedores;
- iii) si el negocio ha sido a título oneroso es preciso que haya mediado fraude y complicidad del acreedor.

Ahora bien, la cuestión a determinar es si se admiten otras acciones, tales como la de nulidad, la simulación, inoponibilidad, etc. Lo primero que cabe señalar es que tales acciones no están prohibidas por la ley 24.441. Al contrario, la ley 24.441 se integra y complementa con el resto del sistema jurídico y se nutre de las directrices fundamentales.

Aún más: así el artículo 15, ley 24.441, no hubiese incluido expresamente la excepción de la acción de fraude, esta posibilidad se mantendría viva por aplicación de la parte general del Cód. Civ. Ante el silencio de la *lex specialis*, mantiene vigencia la *lex generalis*, en cuanto no está modificado por el texto específico.

El fideicomiso es un supuesto *especial* dentro de la regulación *general* del contrato. Por ello, se trata de una norma más específica, *lex specialis*, enmarcada dentro de una *lex generalis*, que en este caso es la normativa destinada a regular el sistema de los contratos (que, a la vez, se enmarca en la teoría general del acto jurídico —art. 944 y sigs. del Cód. Civ.—). La segunda de las normas jurídicas (*lex generalis*) se refiere a una cierta área de la realidad, mientras que la primera (fideicomiso) sólo se refiere a una parcela más limitada de esa misma realidad.

Lex specialis derogat generali (o *speciali generalibus derogant*), como señala el brocardio romano, es perfectamente aplicable a la cuestión. Más, como lo aclaraba el francés FABREGUETTES, con respecto a los brocárdicos, se recomienda su utilización sólo después de un examen detallado de las circunstancias del caso, para verificar que la cuestión considerada sea abso-

(26) VÁZQUEZ, *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*, cit., 121.

lutamente semejante, en todos sus aspectos, al que la regla ha querido contemplar (27).

Dicha regla no sólo implica que en el supuesto específico prevalecerá la ley especial, sino que también significa que, en ausencia de normativa específica, se aplicará subsidiaria y supletoriamente la *lex generalis* (28).

Analizando tal regla desde un punto de vista lógico, no existe incompatibilidad alguna. Aplicando dicha regla a nuestro ejemplo, decimos que el «fideicomiso» es un supuesto especial (*lex specialis*) con respecto al «contrato y al acto jurídico» (*lex generalis*); y por ello prevalece todo lo dispuesto detalladamente en la ley 24.441 a la normativa general destinada a regular los contratos. Pero, en caso de insuficiencia o vacío normativo del fideicomiso, se produce «una nueva remisión» a las normas regulatorias de los concursos preventivos en general.

Como se adelantara *supra* en la primera pauta, no existe incompatibilidad desde el punto de vista lógico. Una norma, *lex specialis*, se refiere a una situación de hecho específica, mientras que la otra norma (ley general) se refiere a una situación de hecho descrita en términos más generales. Entonces, la regla general, en este caso la regulación del fideicomiso, se aplica a todas las especies del género, *excepto* en las partes específicamente reguladas por la norma especial.

La dificultad del intérprete al afrontar este tipo de situaciones es, por lo tanto, no un problema lógico concerniente a la aplicación de ambas normas jurídicas, sino un problema relacionado con la *extensión lógica de la excepción*.

Por razones que nada tienen que ver con la lógica sino con los valores jurídicos involucrados en el caso, el intérprete puede considerar justificada la extensión de la excepción a casos a los que la *lex specialis* no se refiere expresamente, o puede decidir, por el contrario, interpretar la excepción en el sentido más estrecho posible (29). En este campo tiene un rol protagónico el *análisis de la axiología y tradición del instituto*, la voluntad del legislador al sancionar la norma en cuestión, etc. En síntesis, las normas generales de los contratos realzan su vigencia en las situaciones de vacío normativo del instituto particular (fideicomiso).

De otro lado, la intención de la ley 24.441 fue establecer que tal principio de separación patrimonial no es tan inquebrantable como parecía. En efecto, expresamente incluyó una excepción como una forma de abrir las posibilidades impugnativas del negocio fiduciario. Además, resulta inconcebible exigir al legislador tanta minuciosidad en contemplar todos y cada uno de los su-

(27) FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, 1914, pág. 195, núm. 1.

(28) MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Concurso preventivo del garante*. *Lev* 24.522. *Teoría y práctica*, Depalma, Bs. As., 2000, pág. 55.

(29) CUETO RÚA, JULIO CÉSAR, «Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales», en *LL*, 3-I 1-99, pág. 4.

puestos que permiten las acciones de los acreedores. Desde otra óptica, para interpretar que la verdadera intención del legislador fue excluir cualquier acción que no sea la de fraude, debió asumir el camino inverso y proscribir las demás acciones (simulación, inoponibilidad, nulidad, etc.).

Asimismo, y atento que se trata de un instituto que restringe un derecho o posibilidad impugnativa, debe interpretarse restrictivamente, siempre bregando por la subsistencia de tal derecho. En caso de duda, la vigencia de la protección de un derecho debe mantenerse. Por ello, el argumento *a contrario* (que es el único argumento fuerte para sostener la imposibilidad de acudir al resto de las acciones de todo el ordenamiento) atento su tenor restrictivo (30). Además, pues justamente contradice toda una gama de posibilidades expresamente previstas en el sistema.

Desde otra óptica, la interpretación restrictiva contradice la axiología del instituto y la lógica interna del sistema. Así, se opone a principios claves y rígidos del ordenamiento jurídico, tales como el orden público (art. 21 del Cód. Civ.), la moral, las buenas costumbres, etc. (art. 953 del Cód. Civ.), la prohibición del abuso del derecho (art. 1.071 del Cód. Civ.), la buena fe (art. 1.198 del Cód. Civ.), etc. Estos cartabones no sólo son inderogables, sino que cimientan (desde la Constitución nacional misma) las bases de un sistema jurídico. Así, aun antes de la reforma solidarista del año 1968 (ley 17.711), cuando el sistema tenía unas pocas normas rudimentarias centrales (tales como el art. 953 o el art. 21 del Cód. Civ.), la jurisprudencia y, principalmente la doctrina, impusieron su sello y evitaron situaciones incongruentes con un esquema justo de distribución de los derechos.

Además, se caería en el absurdo de generar una única excepción a todos los actos jurídicos. Gráficamente se podría decir: todos los actos jurídicos están sometidos a la teoría general del acto jurídico (y sus derivados, lesión, simulación, fraude, nulidad, inoponibilidad, etc.), menos el fideicomiso, que sólo puede ser atacado por fraude. Si el acto constitutivo tiene un defecto de origen interno o externo no importa. Sólo fraude. Por ello, si existen dos alternativas posibles, una de las cuales conduce a resultados absurdos, debe preferirse la que combine con el sistema jurídico general.

IX. SUPERPOSICIÓN DE ROLES

IX.1. Reales posibilidades de los acreedores. En caso de que exista superposición de roles (esto es, que el fiduciante ocupe la posición jurídica

(30) ANDRUET (H), ARMANDO S., *Teoría general de la argumentación forense*, Alve-roni, 2001, pág. 279.

del beneficiario y fideicomisario), los acreedores de éste podrán cobrarse en la misma forma expresada anteriormente.

Incluso podrán acumular sus posibilidades: así, el acreedor del fiduciante (que a la vez es beneficiario y fideicomisario) podrá no sólo iniciar las acciones de fraude o simulación que correspondan (en caso que la transferencia fiduciaria engarce en estos supuestos) sino que podrá cobrarse de los réditos que se devenguen al beneficiario y del derecho al residual del fideicomisario (art. 26, ley 24.441).

En esta idea, si el fiduciante —a los fines de defraudar a sus acreedores— transfiere la propiedad fiduciaria al fiduciario y se autodesigna beneficiario y fideicomisario, sus acreedores, si bien podrán optar por la acción subrogatoria (acción de prueba diabólica), también podrán embargar y ejecutar los derechos que le correspondan como beneficiario y fideicomisario.

IX.2. Ejemplificación. Un ejemplo aclarará la cuestión: supóngase un fideicomiso de acciones en el cual el accionista (fiduciante) transfiere la propiedad fiduciaria de la acción al fiduciario y se reserva los beneficios patrimoniales de las acciones (beneficiarios), pudiendo volver a gozar de la titularidad plena al término del fideicomiso (fideicomisario). Los acreedores del accionista, si bien no podrán agredir directamente el patrimonio fideicomitido (arg. art. 14 y art. 15, ley 24.441), podrán embargar los dividendos que generen los títulos y los derechos que el accionista pueda tener como fideicomisario. En esta inteligencia también podrán subrogarse en sus derechos (art. 15, ley 24.441).

CARLOS A. MOLINA SANDOVAL
Abogado

ABREVIATURAS MÁS USADAS

CACCom.: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.
CNACCorr.: Cámara Nacional Civil y Comercial Correccional.
CNCiv.: Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal.
CNCom.: Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal.
Cód. Civ.: Código Civil.
Cód. Com.: Código de Comercio.
Concs.: Concordancias.
CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
CPCCCba.: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.
ED: El Derecho.
JA: Jurisprudencia Argentina.

LL:	La Ley.
LLBA:	La Ley Buenos Aires.
LLC:	La Ley Córdoba.
LIVA:	Ley de Impuesto al Valor Agregado.
LPR:	Ley de Prenda con Registro.
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
SCJBA:	Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires.
TSJCba.:	Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.
LCQ:	Ley de Concursos y Quiebras.
LC:	Ley de Cooperativas.
LS:	Ley de Seguros.
LSC:	Ley de Sociedades Comerciales.
CN:	Constitución Nacional.
LDC:	Ley de Defensa del Consumidor.
RDCO:	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones.
RDPC:	Revista de Derecho Privado y Comunitario.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.