

EL FRACCIONAMIENTO DEL PATRIMONIO

Julio César Rivera

I. Introducción. La doctrina clásica del patrimonio: exposición, evolución, crítica.

La doctrina del patrimonio como atributo de la personalidad ha tenido su origen en la pandectística alemana, hizo escala en el libro de Zacharie e hizo fortuna a partir de la formulación definitiva que le diera la obra de Aubry y Rau. Por ello un profesor argentino la calificó de "pedazo de bruma germánica entrada por la puerta de Estrasburgo" ¹.

Es a esta doctrina y a su evolución hasta el momento actual que hemos de dedicar este trabajo que fundamentalmente tiene por finalidad mostrar como está en crisis la idea de la unidad del patrimonio, pues como se tratará de exhibir, la regla es que hoy las personas (físicas y jurídicas) tienen la libertad (o lo asumen como tal) de fraccionar el patrimonio, creando múltiples patrimonios que afectan a determinados fines.

Hemos de comenzar con un breve itinerario histórico en el que no hemos de incurrir en ninguna originalidad, pero que nos permitirá ir identificando la idea de patrimonio personal con la de responsabilidad por las deudas.

1. De la potestad a la relación jurídica

En un principio la masa de bienes que se atesoraba para asegurar la propia subsistencia pertenecía al grupo (familia, clan), pero a medida que ese grupo perdió cohesión, cada individuo fue titular de su propia masa de bienes (Ferrara). Federico De Castro explica que la idea de patrimonio está condicionada históricamente y solo se hace visible con la separación efectiva de las esferas, personal (*meum internum*) y económica (*meum externum*). Está oculta mientras el pater familiae responde por todos y por todo. Será la paulatina ruptura del grupo y la separación entre el individuo y cada uno de ellos y sus bienes la que lleve a la concepción actual del patrimonio ².

Aparentemente la idea de patrimonio estaría en germen en los "*bona*" (bienes) y así Ulpiano considera que el "*bonorum*" era el conjunto de todas las cosas y los derechos reales o creditorios, excluidas las deudas ³.

Pero la idea que en el derecho romano tiene sin duda un desarrollo propio y que tendrá influencia posterior es la de peculio (el peculio del *filiis familiae*, el peculio castrense, el peculio proefecticum, el peculio cuasicastrense, el peculio del siervo)

Nacido el patrimonio personal nace también la idea de crédito y deuda en cabeza de cada individuo, aunque este responde no sólo con sus bienes sino también con su persona,

¹ Fornieles, Salvador, El concepto de patrimonio y la identidad personal del difunto y del heredero. La doctrina de Aubry y Rau, Rev. de Derecho Civil, Buenos Aires, 1930-1-23

² De Castro, Federico, El Patrimonio, en Temas de Derecho Civil, Madrid, 1972, págs. 35 y sigs

³ Salerno, Marcelo U., El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor, Bs.as., 1974, n° 16, págs. 16 y sig.

pudiendo ser sometido a esclavitud o servidumbre por deudas. En su primera versión el concepto de *obligatio* era un vínculo, ligamen, ligadura, *una atadura con la que el acreedor sujeta al deudor*⁴, de donde era razonable reconocer al acreedor el derecho de actuar sobre el cuerpo del deudor incumpliente⁵; cabría aquí precisar que la *obligatio* nacía del delito y de algunas otras causas; del contrato aparecía el *nexi*⁶. Pero la evolución de la noción de *nexi*, vínculo, ligamen, potestad, a la idea de relación jurídica empezó prontamente con la sanción de la ley *Paetelia Papiria* (año 428 de Roma) en tanto atenuó los alcances del *nexi* prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda⁷.

A partir de allí la obligación nacida del contrato sólo pudo ejecutarse en los bienes del deudor; fue el origen de la sustitución de la idea de potestad por la de relación jurídica que sistematizara y expusiera la doctrina alemana del siglo XIX⁸.

Más adelante la valoración de la persona por sí misma debida al cristianismo y al cambio paulatino de la economía permiten e impulsan ir liberando al deudor de responsabilidad penal (prisión por deudas) y centrar definitivamente la garantía del crédito en la vinculación de los bienes del deudor (responsabilidad patrimonial)⁹.

2. La elaboración del patrimonio “atributo de la personalidad”

La evolución hasta el patrimonio atributo de la personalidad concebido como universalidad y siempre idéntico a sí mismo es muy larga. Y no siempre necesariamente uniforme, pues como señala De Castro en algún momento se empieza a advertir la existencia de “masas unificadas de bienes” que corrían su propia suerte; las empresas en su aspecto

⁴ Hattenahuer, Hans, **Conceptos fundamentales del derecho civil**, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, pág. 78, nº 2

⁵ El acreedor tenía una verdadera *potestad* sobre el deudor, como la tenía sobre los hijos (*patria potestas*) y sobre los esclavos (*potestad heril*); v. Molinario, Alberto D., **La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas**, Rev. Aequitas, nº 6, año 1965, pág. 118

⁶ Según la explicación de Ortolan, M., con las palabras solemnes los que tomaban prestado se obligaban a los acreedores que les hacían el préstamo, y algunos empeñaban su propia persona para el pago de esa deuda; a esto se llamaba *nexi*: **Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano precedida de la Historia de la legislación romana**, trad. de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, 1896, pág. 139.

⁷ Ortolan explica así la génesis de la ley *Paetelia Papiria*: *Esa ley, producida por un rumor popular y pro una sublevación espontánea contra la lujuriosa barbarie de un acreedor (L. Papirio), fue, según Tito Livio, como un nuevo principio de libertad para la plebe. La servidumbre y el cautiverio por deudas estaban de tal modo en las costumbres de aquellos tiempos, y sus rigores eran tan duros y tan multiplicados, que era uno de los grandes medios que los tribunos empleaban para excitar y alentar a la plebe en su lucha contra el patriciado*; ob. cit., pág. 160. Esta ley prohibió que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de su deuda; así cesó de presente y para el porvenir la servidumbre de los *nexi*. Por la ley *Paetelia Papiria* fue modificado el *nexum*, ya que no era permitido empeña *per aes et libram* al deudor más que sus bienes, y de manera alguna su persona (ob. cit., pág. 161).

⁸ A partir de los estudios de Savigny; de este autor v. **Sistema del derecho romano actual**, trad. del francés de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878, vol. 1, # 52, págs. 222 y sigs.; síntesis conceptual en Hattenauer, ob. cit., nº 5 en pág. 83 y sigs.

⁹ Cabe señalar que según algunos autores, el primer antecedente que elimina la esclavitud por deudas está en Grecia a partir de las reformas de Solón (siglo VI AC) reforma que según Montesquieu habría tomado de Egipto: Salerno, ob. cit., nº 13, pág. 15

germinal (taberna, banchus, mensa) o de la economía familiar (dote, peculio), diferenciación de masas que se acentuaba en casos de crisis (insolvencia) .

De allí que no sea extraño que haya sido Salgado de Somoza, a mediados del siglo XVII, en su famoso *Laberyntus creditorum concurrentium ad litem debitorum inter illos causatam*, publicado en 1646, quien utiliza por primera vez los términos y señale las líneas básicas del concepto técnico moderno del patrimonio ¹⁰

La expresión del patrimonio como atributo de la personalidad nace de la pandectística alemana del siglo XIX; el patrimonio se considera "emanación de la personalidad y expresión del poder jurídico de que está investida la persona como tal". El patrimonio, las propiedades, constituyen el círculo de libertad de cada hombre, donde puede ejercer libremente el poder (Savigny). Esta teoría pone el acento en el aspecto subjetivo del patrimonio

De la pandectística alemana pasó a la doctrina francesa por obra de Aubry y Rau, quienes en las primeras ediciones de su obra lo consideraban como el conjunto de los derechos civiles de una persona sobre objetos constitutivos de bienes, caracterizándolo como la universalidad jurídica de los derechos reales y personales de un sujeto. Y en la cuarta edición escriben lo que Vélez Sarsfield consagró en el Código argentino (art. 2311) : "Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne" ¹¹. Agregando inmediatamente que ese conjunto es visto como una universalidad; y que la idea del patrimonio se deduce directamente de la de personalidad. Cualquiera sea la variedad de los objetos sobre los cuales el hombre puede tener derechos a ejercer, cualquiera sea la diversidad de su naturaleza constitutiva, estos objetos, en tanto que forman la materia de derechos de una persona determinada, están sometidos al libre arbitrio de una sola y misma voluntad, a la acción de un solo y mismo poder jurídico; ellos constituyen, por ello mismo, un todo jurídico (*universum jus*). Por supuesto los componentes de la universalidad tienen un valor pecuniario.

De allí derivan los autores que el patrimonio es una idea abstracta, puramente intelectual, comprensiva de los bienes innés 8COMPROBAR TRADUCCION y de los a venir (aunque señalan que en el derecho positivo francés solo estos últimos forman parte del patrimonio).

3. Caracteres del patrimonio "atributo".

Siguen diciendo Aubry y Rau: Si el patrimonio se deduce directamente de la personalidad, y expresión del poder jurídico del cual una persona se encuentra investida como tal, de ello resulta:

- que sólo las personas físicas o morales tienen un patrimonio (por ello en el derecho romano los esclavos tenían peculio pero no patrimonio);
- que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aun cuando ella no tenga actualmente ningún bien;
- que la misma persona no puede tener más que un solo patrimonio, en el sentido propio de la palabra ¹².

¹⁰ De Castro, ob. cit. pág. 36

¹¹ Aubry, C. - Rau, C., "Cours de Code Civil", 4eme. Ed., París, 1873, vol. 6, # 573, pág. 229

¹² Aubry - Rau, ob. y lug. cit., pág. 231

Pero no termina allí la explicación de la doctrina del patrimonio emanación de la personalidad, pues los autores abundan en la justificación de la unidad e indivisibilidad del patrimonio, argumentando que él es en principio indivisible como la personalidad misma. La explicación es interesante y revela hasta qué punto Aubry y Rau pretendieron una noción puramente intelectual del patrimonio. Después de exponer que en el antiguo derecho se podían distinguir, a ciertos efectos sucesorios, distintos patrimonios; y que según Zachariae habría de separarse el patrimonio mobiliario del inmobiliario, afirman que "repugna a la razón que el patrimonio, cuyos elementos son puramente intelectuales, pueda recibir una división que no reposaría más que sobre las cualidades naturales de los objetos que se encuentran en él comprendidos" ¹³. En fin, la unidad de la persona en razón de su naturaleza incorporeal no es susceptible de división en partes materiales o de cantidad.

Ello no les impide exponer que el derecho reconoce ciertas universalidades jurídicas que se distinguen del patrimonio general. Entre ellos incluyen las universalidades creadas por el beneficio de inventario y la separación de patrimonios, que pertenecen al heredero pero permanecen separados del patrimonio general. También el patrimonio del ausente, según las etapas de posesión provisoria o definitiva. Y los bienes incluidos en un mayorazgo o en un fideicomiso universal o a título universal, que forman una universalidad jurídica distinta del patrimonio del titular del mayorazgo o del fideicomisario ¹⁴.

Luego señalan la fungibilidad de los bienes que forman parte del patrimonio y de allí derivan la idea general de subrogación real ¹⁵.

Esta exposición de las tesis de Aubry - Rau no puede omitir señalar que ellos tratan al patrimonio como objeto de derechos y como sujeto de obligaciones. En este último punto dicen: "Siendo el patrimonio una emanación de la personalidad, las obligaciones que pesan sobre una persona deben naturalmente también gravar su patrimonio. Es principio que nuestro antiguo Derecho formulaba en la máxima : *Qui s'oblige, oblige le sien*, ha sido consagrada por el art. 2092, en estos términos: "Quien se ha obligado personalmente, está sujeto a cumplir su compromiso sobre todos sus bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros". El art. 2092 establece así, en provecho de los acreedores, un derecho de prenda sobre el patrimonio mismo del deudor, así que sobre todos y cada uno de los bienes que en él se encuentran comprendidos. Pero como el patrimonio es en sí inalienable, y no puede ser objeto de una expropiación forzada ni de una enajenación voluntaria, este derecho de prenda, afectando el patrimonio mismo, sin embargo sólo es susceptible de ejercerse sobre los elementos de los cuales él se compone. Y, de hecho, el derecho de ejecución, la facultad de ejercer los derechos y las acciones del acreedor ¹⁶, y la acción pauliana que forman la sanción, no pueden tener por objeto más que bienes determinados" ¹⁷

¹³ Aubry - Rau, ob. cit., # 574, pág. 232

¹⁴ Aubry - Rau, ob. cit., # 574, pág. 234

¹⁵ La que constituye un principio general de derecho: Guastavino, Elías P., Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?, JA 1997-III-84

¹⁶ En el original dice "la faculté d'exercer les droits et actions du débiteur...", pero parece claro que han querido referirse a las acciones y derechos del acreedor como lo ponemos en el texto.

¹⁷ Aubry - Rau, ob. cit., # 579, págs. 247 y 248

En otro ámbito el patrimonio emanación de la personalidad se utiliza para explicar la sucesión y así da sustento a la "sucesión en la persona", de la cual resulta que el heredero es continuador de la persona del causante en tanto sujeto de un conjunto de derechos y obligaciones patrimoniales; de allí que se producirá la confusión de los patrimonios y el heredero será responsable por las deudas del causante¹⁸. Salvo que el derecho concibió la separación de patrimonios y el beneficio de inventario como instrumentos para eludir esa confusión de patrimonios, y como veremos poco más adelante, los autores señalan que de ese modo el heredero *parece* ser titular de más de un patrimonio

5. La continuidad de la doctrina del patrimonio atributo

En la doctrina francesa se aprecia una significativa continuidad en la exposición de la idea del patrimonio atributo de la personalidad. Más de cincuenta años después de la cuarta edición de la obra cumbre la exégesis, Planiol seguía difundiendo la idea del patrimonio atributo, mejorando la definición en estos términos: se llama patrimonio el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciables en dinero. Pero el núcleo de la doctrina era el mismo, pues "existe un vínculo íntimo entre la persona y el patrimonio" y de ello deriva que solo las personas pueden tener un patrimonio, todas las personas tienen necesariamente uno, cada persona no tiene "jamás" más que un patrimonio y él es inseparable de la persona¹⁹. Con relación a la unidad, amén del "*jamaís*" que hace más intensa y definitiva la afirmación, dice Planiol: "El patrimonio es uno como la persona; todos los bienes y todas las cargas forman una masa única". Y en cuanto a las excepciones, reconoce la existencia de instituciones excepcionales que operan en el patrimonio una suerte de división, y que hacen dos masas distintas. El derecho civil ofrece como ejemplo el beneficio de inventario acordado al heredero y el beneficio de separación de patrimonios acordado a los acreedores de una persona difunta. Estos dos beneficios tienen por resultado *separar ficticiamente* (en cursiva en el original) entre las manos del heredero, dos masas de bienes, de suerte que el heredero parece tener dos patrimonios"²⁰.

Muchos años más tarde, Ripert y Boulanger cuestionan la idea del patrimonio ligado a la personalidad, afirmando que ella llevó a Aubry y Rau a un concepto artificial del patrimonio²¹, pero siguen definiéndolo como el conjunto de bienes que pertenecen a la persona. Y en una abierta contradicción con su crítica al hablar de la unidad literalmente exponen: "De la relación entre la idea del patrimonio y la personalidad, surge una consecuencia: es que cada persona tiene un solo patrimonio. El patrimonio es *uno* (en cursiva en el original), como la persona"²², y la única excepción notoria la creada por el beneficio de inventario y la separación de patrimonios.

Como veremos más adelante, es recién con la doctrina de la última parte del siglo XX que en Francia se denuncia la crisis interna y externa de la idea del patrimonio ligado a la personalidad.

¹⁸ v. Zannoni, Eduardo A., Derecho de las sucesiones, 4ª. Ed., Bs.As., 2001, T. I, # 11, págs. 14 y sigs.

¹⁹ Planiol Marcel, *Traité Elementaire de Droit Civil*, 11ème. Edition, avec la collaboration de Georges Ripert, París, 1928, t. I, 3ª parte, cap. 1, # 1, n° 2147/8, pág. 697.

²⁰ Planiol, ob. cit., n° 2148, pág. 697/8

²¹ Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Trad. de Delia García Daireaux bajo la supervisión de Jorge Joaquín Llambías, Bs.As., 1963, t. I, n° 541, pág. 405

²² Ripert - Boulanger, ob. cit., n° 542, pág. 405

6. Crítica a la noción clásica del patrimonio

Pero como anticipábamos, la doctrina que podríamos llamar clásica no resistió a la crítica. En Argentina decía Borda hace más de 40 años que "Es falso concebir el patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente tener uno;... es asimismo falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen. Un patrimonio sin contenido, concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad. Si no hay activo, si no hay derechos, no hay patrimonio. Éste debe concebirse como un complejo concreto de derechos..."²³.

La orientación de la doctrina argentina era consistente. Prueba de ello es que aun antes que Borda, ya Salvat glosaba la crítica a la doctrina de Aubry y Rau y ponía de relieve la existencia de patrimonios "especializados" "que afectan una parte de los bienes de una persona a un fin determinado"²⁴.

Estas manifestaciones de la doctrina argentina tenían como fuente los estudios de la doctrina alemana y por supuesto la famosa tesis de Plastara dada a conocer en 1903²⁵, de modo que se hacía eco de las doctrinas objetivas, que centraron su estudio no en el sujeto sino en el objeto (los bienes) para llegar a la conclusión de que existen masas de bienes que tienen una existencia independiente, esto es, masas especiales que responden por deudas y cargas que les son propias, sin afectar el patrimonio general del titular de esos derechos.

Los autores no limitaban al beneficio de inventario y la separación de patrimonios las hipótesis de masas de bienes que no se confundían con el patrimonio general. Muchos identificaron a las fundaciones como un caso típico de patrimonio afectado a la consecución de un fin de bien público, que no necesitaba de ser elevado a la categoría de persona moral para que pudiera ser gestionado en aras de ese fin. De allí a los patrimonios sin sujeto (Winscheid) no había una gran distancia.

La síntesis de estas ideas en la doctrina está en la citada tesis de Plastara (1903) quien sostiene que lo que da carácter de todo orgánico a una masa de bienes es simplemente la comunidad de afectación, y que los patrimonios especiales son universalidades jurídicas pertenecientes a la propia finalidad. De allí que la regla, según este autor es la pluralidad de patrimonios y que éstos pueden transmitirse universalmente entre vivos.

Sin embargo, la tesis de Plastara no hizo fortuna, al menos en gran parte de la doctrina, en tanto los autores - como se verá - sostuvieron durante mucho tiempo la vigencia de la unidad del patrimonio. Y a ello se referirá este trabajo.

²³ Borda, Guillermo A., Manual de Derecho Civil - Parte General, Bs.As., 1961, n° 505, pág. 321

²⁴ Salvat, Raymundo, Tratado de Derecho Civil – Parte General, 10ª.ed., actualizada por Víctor Romero del Prado, Bs.As., 1954, t. II, n° 1307, pág. 10

²⁵ Plastara, G., La notion juridique de patrimoine, tesis, París, 1903; citada por Salvat, ob. cit., nota 1 en pág. 7

7. Utilidad de la noción de patrimonio. Su identidad y la responsabilidad por las deudas
Las tesis objetivas no llevaron a la doctrina a desproveer de toda utilidad a la noción de patrimonio.

Es cierto que evoluciones posteriores llevaron a que algunos autores del siglo XX (Coviello, Ferrara, Castán, en alguna medida Von Tuhr) desarrollaran una teoría que De Castro identifica como pluralista o atomista²⁶ según la cual no es útil hablar del patrimonio como algo distinto de los bienes o derechos que forman su contenido. No es otra cosa que una mera denominación para designar la suma de bienes o derechos que corresponden a una persona; en fin algunos han considerado entonces inútil la idea misma de patrimonio (Lehmann)

Sin embargo ha sido apuntado que la noción de patrimonio sirve para explicar ese especial valor jurídico que toma, pierde o conserva en parte, cada bien al entrar o salir de esas masas de bienes llamadas patrimonio.

Explica Von Tuhr que la unidad del patrimonio no significa solo que cada persona puede tener un solo patrimonio, sino que también se da desde el punto de vista temporal; los derechos egresan e ingresan al patrimonio sin solución de continuidad, y este sigue siendo el mismo patrimonio y como tal sigue respondiendo a sus acreedores²⁷.

En ese sentido De Castro también señala el valor de la “identidad del patrimonio” que hace que el deudor responda con todos sus bienes actuales y futuros (art. 1911 del CC Español; el principio es recogido en muchos otros Códigos de manera expresa o implícita)

De modo que la finalidad de identificar un patrimonio como conjunto de derecho de contenido económico que pertenecen a un mismo titular, radica en que ese patrimonio responderá por las deudas de ese sujeto titular del mismo, cualesquiera sean los derechos actuales o futuros que lo compongan²⁸.

Esto está consagrado en la mayoría de los Códigos de manera expresa (Francia, 2092) España (1911), Italia (2740), Portugal (817), Paraguay (430 a 433), Bolivia (1335); en el Código Civil argentino no está dicho de manera explícita en una norma, pero surge de manera evidente del conjunto del sistema.

De ello deriva que:

- los acreedores pueden ejercer individualmente acciones para agredir el patrimonio de su deudor a los efectos de obtener satisfacción de sus créditos;
- en caso de insolvencia todos los acreedores deben participar del procedimiento colectivo (la quiebra; y también en las soluciones preventivas de ella que todos los ordenamientos organizan) y ese procedimiento comprende todos los bienes que forman el patrimonio del deudor salvo exclusión legal expresa. Es la universalidad

²⁶ de Castro, ob. cit., pág. 37

²⁷ Von Tuhr, Andreas, Derecho Civil – Teoría general del Derecho Civil Alemán, Bs.AS., 1946, trad. de Tito Ravá, pág. 394

²⁸ Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil - Parte General, 2da. Ed., Bs.As., 2000, t. II; n° 1029, pág. 408

propia de los procedimientos colectivos causados en la insolvencia (en Argentina: arts. 1 y 111 de la ley de concursos);

- en caso de fraude - enajenación de bienes que integran el patrimonio del deudor de modo de provocar o agravar la insolvencia - los acreedores pueden ejercer una acción integrativa del patrimonio que en el derecho común es la acción pauliana y que cuando se ejerce en la quiebra es - en Argentina - denominada acción revocatoria concursal²⁹.

8. Subsistencia de la idea de unidad del patrimonio

Como anticipábamos al exponer las ideas de Plastara, en general subsiste la idea de que el patrimonio es único e indivisible. Al menos esta es la tendencia evidente en el derecho argentino. Así lo decía Borda en la tercera edición de su manual que citamos antes y lo mantiene en su Tratado muchos años después³⁰.

Es más, la doctrina más moderna, que se desembaraza de la noción de la unidad del patrimonio como principio, sin embargo termina concluyendo: "...cabe recordar la necesidad de que el patrimonio separado esté identificado por la norma, por cuanto la voluntad individual es incapaz de crear supuestos nuevos por tratarse de un *numerus clausus*"³¹

Criterio que también mantenían otros autores. Así Orgaz afirmaba "Los juristas modernos admiten, al contrario, que una misma persona puede tener más de un patrimonio, que éste es divisible y aún que es enajenable; pero – y esto es lo que deseamos destacar – ninguno de estos juristas ha pretendido nunca que la posibilidad de dividir el patrimonio pueda dejarse librada a la exclusiva voluntad de los particulares, de modo que éstos puedan a su arbitrio y con propósitos de lucro establecer las separaciones que quieran dentro de su patrimonio. Este extraordinario poder sólo se ha reconocido a la *ley*, única que tiene potestad para hacer de una masa de bienes en vista de fines especiales, un patrimonio separado, regido por un estatuto jurídico autónomo. Aún más, la doctrina ha negado expresamente a los individuos tan exorbitante facultad cuyo ejercicio podría, como es fácil advertir, introducir una grave causa de perturbación y de desorden en la vida jurídica práctica"³².

En la misma orientación Llambías exponía: "...no creemos que sea rigurosa la idea de la *unidad* de patrimonio...pues si los bienes exteriores están al servicio del hombre, como medios ordenados a la obtención de los fines de éste, no se ve porqué para el mejor desempeño de esa función, no puedan segregarse algunos de ellos del resto para afectarlos a un fin determinado y especial...". Claro que identifica como patrimonios separados a los tradicionales: la herencia aceptada con beneficio de inventario, el fondo de comercio, la masa

²⁹ En el caso de quiebra se llega a presumir que los actos de enajenación otorgados en un período anterior a la cesación de pagos (o insolvencia) están afectados de este vicio, y ello se traduce en la facilitación de la procedencia de la acción integrativa. Todos los ordenamientos de los países occidentales prevén tanto la acción de integración del patrimonio cuanto el período denominado entre nosotros de sospecha.

³⁰ Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Parte General, 11ª. Ed., Bs.As., 1996, t. II, n° 738, pág.

14

³¹ Piaggi de Vanossi, Ana Isabel, Estudios sobre la sociedad unipersonal, Bs.As., 1997, pág. 204

³² Orgaz, Alfredo, Estudios de Derecho Civil, Bs.As., 1948, págs. 308 y sigs

de la quiebra, el patrimonio del ausente, aunque dando un salto importante hacia adelante incluye a la empresa individual de responsabilidad limitada, pero con la salvedad de “esta última suele suscitar dudas”³³.

II. De la unidad al fraccionamiento voluntario del patrimonio

9. Las excepciones a la unidad. La inversión de la regla

Lo que trataremos de exponer en este trabajo es que en el derecho actual las excepciones a la unidad del patrimonio son múltiples; y que en realidad tal carácter ha dejado de existir en tanto las personas físicas y jurídicas pueden crear por su propia y exclusiva decisión patrimonios separados de su patrimonio general, sea por autorización explícita legal o por la utilización con esa finalidad de instituciones que fueron creadas para satisfacer otros objetivos.

Para ello debemos partir del origen y noción del patrimonio separado, para luego contemplar cuántos ejemplos pueden encontrarse de patrimonios separados, y en lo esencial, hemos de tratar de poner de relieve como partiendo de la excepcionalidad fundada en ley se llega hoy a una admisión generalizada de la posibilidad de que el patrimonio separado sea creado por la sola voluntad de la persona.

11. Origen de la idea del patrimonio separado o patrimonio de afectación

El concepto técnico del patrimonio proviene de la observación del peculio romano; en ese derecho, el peculio del siervo era separado del patrimonio del pater; la glosa generalizó esa idea y Salgado de Somoza demostró su importancia³⁴.

a) Noción

Von Tuhr caracteriza el patrimonio especial diciendo que él está presente cuando existe una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y susceptible de desarrollo económico de la misma manera que el patrimonio general³⁵. Por su lado Federico De Castro afirma que el patrimonio separado viene concebido como una masa patrimonial que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizada de éste, por estar legalmente destinada a un fin específico y determinado.

La doctrina destaca que la idea del patrimonio especial se vincula al fin que él persigue - por lo que suele hablarse de patrimonio afectado a un fin o patrimonio de afectación - el cual es específico y generalmente determinado por la ley que crea el patrimonio especial.

Y los bienes que lo integran el patrimonio especial son los que forman parte de él originariamente, los frutos y los que ingresan por subrogación real.

b) Los patrimonios separados creados por la ley

³³ Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil – Parte General, 9ª. Ed., Bs.As., 1982, t. II, n° 1288, pág. 195

³⁴ De Castro, ob. cit., pág. 35

³⁵ Von Tuhr, ob. cit., pág. 406

Con matices no demasiado significativos, se suele admitir que el ordenamiento positivo de cada país reconoce la existencia de masas de bienes que no se confunden con el patrimonio general y que por ello constituyen universalidades jurídicas sometidas a reglas propias ³⁶.

Los ejemplos más comunes son los que derivan de la aceptación beneficiaria de la herencia y de la separación de patrimonios, ya reconocidos por Aubry y Rau como se hubo señalado. Cabe apuntar que en el derecho argentino vigente desde 1968 la aceptación beneficiaria se presume, con lo que se ha invertido una de las reglas propias de la sucesión en la persona.

El patrimonio del declarado presuntamente fallecido por razón de su ausencia, no se confunde inmediatamente con el patrimonio de sus herederos, por lo que hasta que ello se produce se conserva como una universalidad jurídica distinta y el heredero puede soportar alguna limitación a su capacidad de disposición de los bienes que la forman. Pero como es una universalidad jurídica que se mantiene idéntica a sí misma, los bienes que ingresan en reemplazo de los enajenados forman parte de ese "patrimonio del ausente" y se sujetan a las mismas limitaciones de disposición.

En el derecho argentino se suele identificar como un patrimonio separado al del menor emancipado constituido por los bienes recibidos por este a título gratuito, pues se encuentra sujeto a requisitos de autorización (judicial o del cónyuge mayor de edad) para la enajenación de los bienes registrables que lo integran.

También es común la afirmación de que forma un patrimonio separado el conjunto de los bienes desapoderados al quebrado que quedan bajo la administración del síndico de la quiebra, con la finalidad de ser enajenados para obtener una masa de dinero partible entre los acreedores a prorrata de sus créditos ³⁷.

Se apreciaba la existencia de patrimonios afectados a un fin en una serie de supuestos en los que los bienes que daban afectados a fines ajenos a su uso y transmisión corrientes; tal sucedía con los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualesquiera otras especies de vinculaciones de bienes, ...censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza", así como las "manos muertas" y las capellanías.

³⁶ En el derecho alemán se mencionaban: los bienes reservados de la mujer, el patrimonio del infante libre de la administración del padre o del usufructo especial, la masa concursal, la herencia no aceptada o separada del patrimonio del heredero). En el derecho español De Castro apunta: la herencia aceptada con beneficio de inventario; la masa de la quiebra, el peculio del menor, el del incapacitado: ob. cit., pág. 58

³⁷ Al menos en el derecho argentino es claro que el fondo de comercio es tratado como una universalidad, pero no es un patrimonio separado, pues el titular del mismo responde con todos sus bienes por las deudas causadas en su explotación y no solo con los afectados al fondo.

Todas estas fueron liberadas en España en 1855³⁸. El codificador argentino se mostró renuente frente a estas figuras y por ello fueron prohibidas con la excepción de los censos y rentas por no más de cinco años; y luego se redimieron todas las capellanías por obra de la ley especial dictada en 1902.

Quedan como patrimonios afectados a un fin: la “*destinatio atque vinculatio*” de bienes para una fundación de bien público; los fondos que se obtienen de colectas públicas (en Argentina se suele ejemplificar con la gran colecta nacional destinada a la reconstrucción de la ciudad de San Juan destruida por un terremoto en 1946). En general son llamados patrimonios por suscripción.

c) El caso de la fundación

La fundación vincula un patrimonio a un fin socialmente útil³⁹.

En general para justificar esa vinculación se ha personificado a la fundación, exigiendo por lo tanto que ella sea organizada como una persona jurídica que requiere autorización estatal para funcionar y que está además sometida al control del Estado en su funcionamiento. Esta aproximación a las fundaciones tiene un doble fundamento: por un lado que se satisfaga efectivamente la finalidad pía, de interés general o socialmente útil que justifica la existencia de la persona jurídica; por otro, es un tributo a la doctrina clásica del patrimonio que no acepta la posibilidad de que exista un patrimonio sin un sujeto que le sirva de soporte⁴⁰.

En algunos ordenamientos en cambio la fundación es efectivamente tratada como un mero patrimonio de afectación.

De todos modos lo que queremos destacar en este punto es que los avances en la materia han llevado a la desvinculación de la fundación de la finalidad socialmente útil, para ser usadas con fines egoístas.

Ejemplo de esta orientación es la fundación de familia del derecho de Liechtenstein de las personas y las sociedades (20 de enero de 1926)⁴¹. El capítulo II del título V de ese

³⁸ En realidad el proceso “desvinculador” había comenzado con la invasión francesa a España en los albores del siglo XIX; por ello se señala la Constitución o Estatuto de Bayona (dada por José Bonaparte) como el primer intento de liberar las propiedades vinculadas, que se completa con una ley desvinculadora de 1820 y la ley desamortizadora de 1855: de Lorenzo García, Rafael, *El nuevo derecho de fundaciones*, Madrid, 1993, pág. 51, n° 2 y sigs

³⁹ de Lorenzo García, ob. cit., n° 3.1, págs. 29 y sigs.

⁴⁰ Señalamos las notas que caracterizan a las fundaciones en los países romano germánicos, que son compatibles con el derecho de los Estados Unidos (v. Bermann, George A., *The legal framework of foundations in the United States*, en *Le fondazioni*, Quaderni de diritto comparato, materiali raccolti da Guido Alpa, Padova, 1988, págs. 105 y sigs), pero que no son necesariamente universales. Así, en el derecho sueco no es necesaria ni la autorización estatal ni que la finalidad sea de interés general o social: v. Strömholm, Stig, *Le régime juridique des fondations en droit suédois*, en “*Le fondazioni...*”, citado, págs. 125 y sigs.

⁴¹ Tomamos los datos de Guggi, Bruno B., *La fondation de famille dans le droit liechtenstenois*, 7eme. Ed., Vaduz, 1989.

ordenamiento (conocido bajo la sigla PGR) se refiere a estas fundaciones, que son una de las instituciones destinadas a la "afectación general de bienes a uso particular", denominación que de por sí indica que el fin pío o de interés general está omitido. Por el contrario la fundación de familia consiste en una afectación de bienes destinada a satisfacer una finalidad determinada que puede ser cubrir los gastos de educación, de establecimiento como a la asistencia de los miembros de la familia; también puede tener por finalidad crear una suerte de "autoseguro" (fundación de previsión). Se dice que la fundación no puede tener una finalidad puramente lucrativa o comercial, sino que los resultados de la gestión del patrimonio son puestos a disposición de los miembros de la familia para la atención de sus necesidades. Más allá de esta apreciación, es clarísimo que se trata de fundaciones que tienen una finalidad en nada ligada a un interés general o de utilidad social.

En la práctica la fundación de Liechtenstein sirve como un instrumento de gestión de la fortuna personal. Muchas veces son usadas para ocultar bienes al fisco cuando no para eludir las reglas sucesorias de los países que tienen legítima o reserva para ciertos herederos.

También puede constatararse que en algunos países la fundación está siendo utilizada para ser titular de acciones de sociedades anónimas (fenómeno que fue común en algún tiempo en Argentina con la finalidad de conformar una mayoría de control) y para la realización lisa y llana de actividades empresarias ⁴².

De modo que puede señalarse una cierta tendencia a la desnaturalización de la fundación como vinculación de un patrimonio a una finalidad de interés general en tanto ella está siendo reemplazada por objetivos egoístas.

Desde este punto de vista la fundación aparece así como un fraccionamiento del propio patrimonio con la finalidad de excluir cierta masa de bienes del poder de agresión de los acreedores o la realización de actividades con la responsabilidad limitada a los bienes afectados a la fundación, obteniendo así las ventajas fiscales u otras que se atribuyen por el ordenamiento a las fundaciones.

11. La sociedad de responsabilidad limitada como mecanismo para fraccionar el patrimonio

No entraremos ahora al estudio del origen histórico de estas sociedades pero sí es necesario apuntar que durante mucho tiempo las sociedades de responsabilidad limitada al aporte han sido vistas como: (i) un medio de acumulación de capitales para la realización de negocios de cierta envergadura; (ii) causado en un contrato, que por lo tanto requería el entrecruzamiento de voluntades entre distintos sujetos; (iii) pero que de un modo más o menos intenso, requería la intervención estatal para autorizar su funcionamiento.

Estas características de las sociedades de responsabilidad limitada han cambiado sustancialmente con el devenir del tiempo y la consecuente evolución de los usos del comercio y de las necesidades individuales en una economía de mercado.

⁴² Strömholm, ob. cit., denuncia la misma práctica en Suecia

Veamos cómo.

Con relación a la constitución, en un principio estas sociedades dependían del Estado, que en realidad la creaba mediante el sistema del *octroi* (acto de incorporación y de concesión de derechos de soberanía, llegando a darle su estatuto o imponiendo que éste se ajuste a las bases dadas en el *octroi*)⁴³. Este sistema evolucionó pasando por el de la autorización gubernativa terminando en el de las disposiciones normativas inaugurado por la ley francesa del 24 de julio de 1867⁴⁴. En Argentina el sistema de autorización estatal para la constitución de sociedades anónimas fue el originalmente establecido en el Código Civil sancionado en 1869. Pero actualmente la intervención administrativa se limita al contralor de legalidad formal.

En lo que hace a la acumulación de capitales para la realización de grandes y riesgosas empresas sin duda la sociedad anónima ha servido con creces a ese fin y por ello se le atribuye haber contribuido al desarrollo del capitalismo tanto o más que la invención de la máquina de vapor. Pero lo cierto es que hoy la sociedad anónima se usa para cualquier tipo de emprendimiento, grande o pequeño, y hasta para la sola finalidad de que estas personas jurídicas sean titulares de bienes⁴⁵.

Se advierte así que la sociedad anónima está siendo utilizada para limitar el riesgo en emprendimientos individuales o familiares.

Lo notable es que esto ha llegado a poner en crisis la noción misma de la sociedad - contrato.

Es que como se señala en la doctrina, la práctica se ha esforzado en usar diversos medios a fin de obtener las ventajas derivadas del reconocimiento de universalidades distintas del patrimonios de la persona⁴⁶.

Ello comenzó con la empresa individual de responsabilidad limitada, cuyo origen se encuentra en la ya citada regulación de Liechtenstein de las personas físicas y jurídicas mercantiles del 20.1.26 (PGR), sobre la base del proyecto del jurista austríaco Oscar Pisko (arts. 834 a 896)⁴⁷.

Los autores vieron en esta figura un mecanismo de fraccionamiento del patrimonio. Romero del Prado señalaba que las nuevas concepciones sobre el patrimonio se invocaban en apoyo de la posibilidad en el ámbito del derecho comercial, la denominada "empresa individual

⁴³ Una síntesis apropiada puede verse en Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, 7ª. Ed., revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, México, 1979, págs.. 409/10

⁴⁴ Garrigues, ob. cit., pág. 411

⁴⁵ En la doctrina argentina hay ciertos cuestionamientos a la utilización de la figura societaria con la sola finalidad de que sea propietaria de bienes: v. Bollini Shaw, Carlos, Sociedades aparentes e inexistentes, en el volumen Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs.As., 1990, t. II, pág. 33

⁴⁶ Weil, Alex - Terré, Francois, Droit Civil - Introduction générale, 4eme ed., París, 1979, pág. 362

⁴⁷ La traducción al castellano de la ley puede verse en San Martín, Pedro G. – Friker, Eduardo, La empresa individual de responsabilidad limitada en la legislación de Liechtenstein, Bs.As., 1960

de responsabilidad limitada”, que implica “organizar la separación jurídica y material de una parte del patrimonio de una persona que se afecta a un fin especializado”; separar el patrimonio general de las personas afectando una parte de sus bienes a un fin, y sólo responder con los bienes afectados y no con el resto del patrimonio, por las obligaciones que resulten de la actividad de la empresa ⁴⁸. En la doctrina francesa se lee que esta empresa individual es una ficción, una mera técnica de afectación patrimonial ⁴⁹.

Pero aun en 1960 un distinguido comercialista argentino escribía que el ejemplo de la legislación del principado de Liechtenstein no había sido imitado ⁵⁰

Mas hoy en día existe responsabilidad limitada del empresario individual en muchos ordenamientos, entre los cuales podemos mencionar Costa Rica (Código de comercio reformado en 1989), Panamá (1966), El Salvador, Perú, Brasil, y Paraguay (1983). Portugal en 1986 creó el Establecimiento individual de responsabilidad limitada sobre la base del patrimonio de afectación, que corresponde a una persona física que no puede multiplicar los centros de explotación autónomos ni el fraccionamiento sin límite del patrimonio

Sin embargo la práctica más usual para crear patrimonios separados por la sola voluntad de la persona, ha sido la utilización de personas jurídicas, fundamentalmente sociedades con responsabilidad limitada. Señalaban los citados Weil y Terré que "para crear un patrimonio comercial separado del resto de la fortuna del comerciante, este provoca la creación de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada... Esto ha contribuido al crecimiento del número de sociedades dotadas de personalidad moral... Su desarrollo atestigua sino la idea de fraude a la ley, al menos la existencia de desvíos hábiles dirigidos a favorecer, con complicidades más o menos numerosas, la aparición de sociedades más o menos ficticias, lo que ha conducido a sostener frecuentemente que hay una hipocresía lamentable y que más valdría reconocer francamente la posibilidad de constituir sociedades de una sola persona... ⁵¹

Y ello es lo que ha sucedido en muchos países ⁵².

En Alemania se incorporó la sociedad inicialmente unipersonal en la ley que entró en vigor el 1.1.81; en Dinamarca desde 1974.

En Francia con la ley del 11 de julio de 1985 n° 85-697; tiene 177 artículos divididos en dos títulos; el primero para la EURL y el otro para la empresa agropecuaria de responsabilidad limitada. Francia sigue la técnica societaria, de modo que la sociedad es “instituida por dos o más personas... Ella puede ser instituida en los casos previstos por la ley por acto de voluntad de una sola persona...”

⁴⁸ Romero del Prado, su anotación a Salvat, ob. cit., n° 1307^a, pág. 11

⁴⁹ Zénati, Frédéric, Législation française et communautaire en matière de Droit Privé Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1985-772

⁵⁰ Fontanarrosa, Rodolfo, Derecho Comercial Argentino, 2da. Ed., Bs.As., 1963, n° 266, pág. 307

⁵¹ Weil - Terré, ob. y lug. cit.

⁵² La revisión del derecho comparado puede verse en Piaggi de Vanossi, ob. cit., cap. V, a partir de pág. 100

Bélgica introdujo la "société privée à responsabilité d'une personne » (ley del 14.7.87). Italia introdujo en 1993 la sociedad originariamente unipersonal a responsabilidad limitada

Claramente estas sociedades no son contratos, desde que no hay entrecruzamiento de voluntades, por lo que son creaciones de una sola persona, que por un acto de voluntad separa una parte de sus bienes del patrimonio general y los atribuye al patrimonio de una "sociedad" con la cual ha de emprender una actividad económica. Y de ese modo logra su objetivo de fraccionar su patrimonio general, crear una universalidad separada del patrimonio general, que responderá exclusivamente a las deudas causadas en la gestión, de la cual no podrá alcanzarse al patrimonio general (salvo fraude).

En el ámbito europeo la XII Directiva del 21.12.89 propone la sociedad unipersonal, con adecuados mecanismos de control que permitan la separación del patrimonio personal del patrimonio social.

En la República Argentina no está aun consagrada la sociedad de un solo socio ni tampoco la empresa individual de responsabilidad limitada. Prácticamente todos los proyectos de reforma de la legislación societaria han previsto la sociedad unipersonal; y en la práctica son utilizadas las sociedades con un socio controlante al 99% cuando no las sociedades off shore cuya titularidad sigue siendo absolutamente anónima y que en general pertenecen a una sola persona y muchas son utilizadas tanto por personas físicas como por grandes corporaciones como "spv" (special purposes vehicles).

Es evidente que estas prácticas se prestan a veces al fraude, y por ello hay cuestionamientos a la creación de la figura de la sociedad unipersonal⁵³, proposiciones de imponer a los socios una suerte de obligación de capitalizar a la sociedad⁵⁴, o atribución de fraudulencia a la sociedad controlada por un solo sujeto.

Sin embargo la práctica sigue mostrando una utilización cada vez más frecuente y extendida de las sociedades de responsabilidad limitada como un medio de fraccionamiento del patrimonio general, ya por la sola voluntad del titular desde que la sociedad puede ser constituida sin necesidad de autorización estatal alguna ni su funcionamiento estará sometido a contralor alguno que exceda de lo meramente formal.

12. El fideicomiso

Llegamos así al estudio del fideicomiso, la institución que en su caracterización actual inspirada en el trust anglosajón, muestra notoriamente la tendencia a facilitar la creación de patrimonios separados.

⁵³ Muy recientemente Nissen, Ricardo, Resulta inconveniente la incorporación a nuestra legislación positiva de las sociedades de un solo socio, ED 7.5.2003

⁵⁴ Nissen, Ricardo, La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios, en Panorama actual de derecho societario, Bs.As., 2000, págs. 23 y sigs.; con lo cual se pretende desvirtuar la responsabilidad limitada propia del tipo societario, pues el accionista que no ha cumplido con esa obligación de capitalizar la sociedad asume una responsabilidad exigible sobre el resto de su patrimonio

La importancia del estudio del fideicomiso radica en que cada vez más nos enfrentamos en la vida práctica del derecho al trato con los trusts organizados bajo algún derecho anglosajón, casi siempre el inglés o el de los Estados Unidos. Y en que muchos países pertenecientes a la familia romano germánica, según la conocida clasificación de René David, vienen incorporando figuras inspiradas en el trust; así ha sucedido en Argentina con la ley 24441 del año 1995 a la que dedicaremos algunos párrafos.

a) Noción y caracteres básicos

El trust anglosajón es una institución de particularmente difícil aprehensión para el jurista formado en el derecho continental, y sabido es que los juristas anglosajones no son proclives a dar definiciones. Por lo demás, las regulaciones o prácticas locales hacen del trust una institución proteiforme⁵⁵.

La necesidad de los juristas continentales de encerrar la institución en un concepto, ha llevado a que una noción básica se encuentre en el Convenio de La Haya del 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al trust, que en su art. 2 lo individualiza como "...las relaciones jurídicas creadas - por acto inter vivos o mortis causa - por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control del *trustee* (fiduciario) en interés de un beneficiario o con un fin determinado".

Y sigue diciendo el Convenio de La Haya de 1985:

"El trust posee las características siguientes:

- a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forma parte del patrimonio del *trustee*;
- b) el título⁵⁶ sobre los bienes se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

.Por ello se dice en la doctrina que el trust es un conjunto de relaciones jurídicas en virtud de las cuales una persona, a la que se ha transferido la propiedad sobre unos bienes, está obligada a administrar esos bienes en beneficio de otra⁵⁷

En fin, el trust importa una desmembración o desdoblamiento de la propiedad⁵⁸: a partir de la constitución del trust, el bien fideicomitado es de propiedad del *trustee* que por ello es denominado *legal owner* (propietario legal), o sea tiene un título de propiedad reconocido por el *common law*, sin perjuicio de que el beneficiario pueda ser reconocido como *equitable owner*,

⁵⁵ González Beilfuss, Cristina, La institución angloamericana del trust y el derecho internacional privado español, Barcelona, 1997, n° 11, pág. 15/16

⁵⁶ Obviamente quiere decir la propiedad, el título de dueño

⁵⁷ González Beilfuss, ob. cit., n° 12, pág. 17

⁵⁸ Beaulne, Jacques, Droit de la fiducie, Montreal, 1998, n° 57, pág. 34

esto es un propietario reconocido por la *equity*⁵⁹, cuyas facultades como propietario se limitan a obtener la recuperación del bien del trustee o de un tercero si ha mediado abuso de las facultades del *legal owner*.

Cuadra puntualizar que:

- el trust se puede constituir sobre cualquier tipo de bienes (muebles, inmuebles, pólizas de seguros);
- se puede por lo tanto constituir sobre créditos, y en tal caso el trustee tiene todas las atribuciones para cobrar esos créditos⁶⁰.

b) El fideicomiso en los países de la familia romano germánica

Los países de la familia romano germánica han tenido que tomar contacto con el trust por las relaciones cada vez más intensas con USA, y con el Reino Unido a partir de su incorporación a la UE.

Ello motivó en un primer lugar la ya citada Convención de La Haya sobre ley aplicable al trust y luego que algunos países continentales se dieran leyes para incorporarlo a su legislación interna.

En Latinoamérica, México, Colombia y Panamá tienen regulado el fideicomiso⁶¹. Estas legislaciones inspiraron uno de los Proyectos de reformas al Código Civil de la Argentina⁶² que preveía una regulación del contrato de fideicomiso. Este proyecto a su vez fue la fuente directa de la ley 24441 sancionada en 1995 y actualmente vigente⁶³.

c) Argentina: La necesidad de contar con una legislación sobre fideicomiso

En la década de los 90 Argentina pretendía formar un genuino mercado de capitales y uno de los instrumentos idóneos para ello es la securitización (o bursatilización como se suele decir en otros países americanos). Como es sabido con ella se persigue aplicar mecanismos bursátiles en la instrumentación de operaciones de créditos, de modo que activos considerados tradicionalmente como ilíquidos y por tanto de baja rotación, puedan ser objeto de transacción en mercados de valores. Para ello

(i) los créditos se agrupan y se convierten en títulos valores

⁵⁹ Philippe, Denis, Le trust, en "Le trust et la fiducie. Implications pratiques", Bruselas, 1997, pág. 23; en el mismo sentido Batiza, Rodolfo, Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria, México, 1985, pág. 23

⁶⁰ conf. sobre los dos puntos Philippe, ob. cit., pág. 37

⁶¹ Colombia lo tiene regulado en el Código de Comercio; México en la ley general de títulos y operaciones de crédito; y Panamá en la ley 17/1941. Estas normas son las fuentes del Proyecto de reforma al Código Civil argentino que se menciona en el texto

⁶² Es el proyecto elaborado por la comisión designada por decreto del Poder Ejecutivo n° 468/92. El proyecto está publicado en Bs.As., 1993

⁶³ El Código de Québec regula "ciertos patrimonios de afectación" entre los artículos 1256 y 1298; entre ellos la fiducia 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 se obliga a administrar (art. 1260)

- (ii) los que se suscriben y son colocados entre los inversores
- (iii) los títulos valores están garantizados por los activos subyacentes y su flujo de fondos asociado
- (iv) en conclusión, el mercado de créditos obtiene así un ámbito de negociación secundaria.

Para que la securitización o bursatilización fuera posible, era necesario regular el fideicomiso, pues los activos subyacentes deben constituir un patrimonio separado del patrimonio general del emisor de los títulos valores (que en la ley argentina se denominan "certificados de participación" y "títulos de deuda"). De este modo se logra desvincular la solvencia emisor de la calidad del patrimonio subyacente; con lo cual se da el caso de títulos valores que tienen una calificación crediticia mejor que la del emisor (porque el activo es muy bueno en cuanto a liquidez, garantía, tasa, etc); y aun en caso de quiebra del emisor los títulos valores no sufren ningún efecto, pues siguen estando asegurados por ese patrimonio separado que sólo responde a ellos.

d) Argentina. Características esenciales del fideicomiso

En la ley 1995, el fideicomiso ha sido regulado sobre las siguientes bases fundamentales:

- es un contrato bilateral (art. 1), pero puede también ser constituido por testamento;
- implica una transmisión real del dominio de bienes determinados (art. 11)
- con finalidad de administración (arts. 2, 7 y 17)
- ese conjunto de bienes transmitidos en fideicomiso *constituye un patrimonio de afectación* (art. 14);
- que se administra en favor de un beneficiario (arts. 1 y 2)
- por un cierto plazo (que no puede exceder de treinta años) o hasta el cumplimiento de una condición resolutoria (arts. 1 y 4 c);
- y que *está exento del poder de agresión de los acreedores de fiduciante y fiduciario* (art. 15), salvo fraude;

e) Utilización del fideicomiso.

En los distintos países donde se usa el trust, incluida Argentina con su ley de fideicomiso, la utilización ha crecido exponencialmente, y se ha convertido en un instrumento esencial de la actividad financiera y aun para el gerenciamiento del patrimonio de las personas físicas.

En cuanto a las personas físicas, la *brochure* de un banco internacional que ofrece la constitución y manejo de trusts bajo el derecho anglosajón, señala que pueden servir para:

- sustituir un testamento;
- establecer un fondo de prolongado valor para varias generaciones
- proteger la fortuna de injerencias gubernamentales.

Y en la doctrina sobre la materia se apunta que en la práctica se lo usa para

- adquirir propiedades en zonas vedadas a extranjeros
- sustituir de la hipoteca

- sustituir el mandato para otorgar ciertos actos jurídicos (por ejemplo, los actos necesarios para la constitución o transmisión de derechos reales);
- administrar fortunas personales;
- constituir seguros de retiro o de vida;
- administrar bienes de incapaces.

En los medios empresarios el trust es idóneo para:

- administrar los planes de retiro del personal
- tener paquetes de acciones o de bonos;
- armonizar distintos intereses en la creación y desarrollo de grandes proyectos inmobiliarios
- armar sindicatos de accionistas

En la práctica argentina podemos apuntar que se han organizado fideicomisos con paquetes de créditos hipotecarios y otros con la finalidad de securitizar activos normalmente de baja rotación. Pero además de ello, se está utilizando la figura para los fines más diversos. Así, conocemos fideicomisos creados para :

- administrar bienes de incapaces;
- organizar sindicatos de accionistas de sociedades privatizadas ⁶⁴
- asegurar el cumplimiento de una compraventa condicional
- para asegurar el pago a acreedores de un fondo de comercio y para entregar el saldo al vendedor ⁶⁵
- para consolidar el aporte de una Provincia para construcción de una obra pública ⁶⁶.

También es muy común la constitución de fideicomisos en garantía. Para ello se ha hecho la cesión fiduciaria de fondos provenientes de regalías petroleras o del peaje recaudado en autopistas o de otros flujos de fondos. También se han constituido fideicomisos en garantía

⁶⁴ Los procesos de privatización de empresas públicas preveían la atribución de acciones a los empleados o ex empleados, lo que se conoció como “programas de propiedad participada (ppp)”. Obviamente eran miles de personas que recibían pequeñas cantidades de acciones; para concentrar su poder político se organizaban como fideicomisos generalmente administrados por un banco.

⁶⁵ En una compleja operación en la que nos tocó intervenir como abogado, se trataba de transmitir cerca de 20 fondos de comercio (en Argentina los establecimientos ubicados en las provincias son considerados cada uno como un fondo de comercio independiente, por lo que hay que realizar el trámite de enajenación en cada uno de ellos) asegurando a los acreedores la percepción de sus créditos y la entrega al deudor del saldo una vez pagados estos, Por razones del caso, obviamente causadas en el inusual número de establecimientos que debían transmitirse en razón de un único contrato, había ciertas asincronías, que se solucionaron poniendo el precio en un fideicomiso, de modo que el fiduciario liberaba los fondos a los acreedores a medida que se iban concluyendo los trámites de enajenación en cada Provincia; finalmente quedó un remanente para el vendedor.

⁶⁶ En otro caso en el que intervinimos profesionalmente se trataba de organizar una obra pública en la cual una Provincia se comprometía a pagar cierto precio mediante la imputación de fondos de origen especificado; y a la vez los constructores debían organizar una sociedad cuya propiedad sería finalmente transferida a la Provincia. Un banco actuó como fiduciario de los fondos y de las acciones, y fue liberando unos y otros a medida del avance de la obra.

sustituyendo a la hipoteca, aunque ello tiene alguna observación por algún sector de la doctrina.

Otros fideicomisos se han constituido para asegurar la gestión de cobro de carteras de créditos. Esto ha sido hecho por el mismo Banco Central que debe administrar carteras de bancos o entidades financieras liquidadas, y las ha transmitido en fideicomiso para que el fiduciario persiga el cobro.

Lo expuesto indica que la utilización del fideicomiso lo ha llevado mucho más allá de ser un mero instrumento para la viabilización de ciertos negocios financieros. Es más, se ha convertido en una herramienta que se utiliza en todos los ámbitos, desde la gestión del patrimonio de las personas físicas hasta en los ámbitos estatales cuando se pretende que ciertos activos se destinen a un fin específico; y por supuesto es un instrumento vital en la actividad financiera.

¿Y todo ello porqué?. Justamente porque asegura que los bienes atribuidos al fideicomiso constituyen un patrimonio separado, que no puede ser agredido por los acreedores del fiduciante ni del fiduciario, excluido por lo tanto de los avatares de fortuna de uno y de otro. Y que por ende responde sólo a las deudas que se causen en su gestión o, en el fideicomiso financiero, al pago de los títulos valores que hayan sido emitidos en función de ese patrimonio.

III. Conclusiones

La doctrina clásica del patrimonio sostenía la unidad del patrimonio, en el sentido de que nadie puede tener más de un patrimonio, salvo excepciones legales limitadas.

Más de cien años después de la formulación de esta doctrina, los autores - que habían abandonado la mayor parte de las formulaciones de la teoría clásica - seguían sin embargo sosteniendo este principio de unidad, el que se vinculaba con la identidad y la función de garantía frente a los acreedores. O por lo menos que la creación del patrimonio separado requería la autorización legal explícita, desde que se habría una suerte de *numerus clausus* de tales patrimonios ajenos al general. Negando de manera enfática que la creación de patrimonios separados pudiera resultar de un puro acto voluntario de la persona.

Pero la pretendida unidad del patrimonio no ha podido hacer frente a la realidad de las necesidades impuestas por las nuevas y crecientes complejidades de los negocios, así como a la pretensión de las personas físicas de: (i) no arriesgar todo su patrimonio en cada actividad que emprenden; (ii) preservar ciertos bienes de cualquier catástrofe individual.

De donde el fraccionamiento voluntario del patrimonio ha venido a hacerse casi la regla por la vía de la utilización - más o menos acorde o más o menos al margen de la ley - de: la empresa individual de responsabilidad limitada, de las sociedades de responsabilidad limitada, existan o no autorizadas las constituidas o integradas por un solo socio; y en ciertos casos, las fundaciones.

Pero ese proceso ha venido a quedar todavía más evidente al acogerse la institución del trust anglosajón bajo la figura del fideicomiso, pues la ley autoriza entonces al sujeto a que por su sola voluntad - y con el único límite del fraude a los acreedores - pueda fraccionar su patrimonio general en múltiples patrimonios especiales.

De donde se demuestra lo que decíamos más arriba: el fraccionamiento del patrimonio ya no está sometido a un numero clausus, no depende de una creación del legislador, sino que este da una verdadera autorización a los particulares para que ellos operen por sí mismos la creación de patrimonios separados, afectados a un fin, ajeno al poder de agresión de acreedores que no sean los causados en la gestión de ese mismo patrimonio especial.

Por ello, este fideicomiso ha venido a causar una verdadera revolución en el derecho de los países de la familia romano germánica y termina de despejar el último vestigio de aquella bruma germánica entrada por la puerta de Estrasburgo.

De todos modos, frente a la legítima aspiración de la seguridad patrimonial personal y de la realización de cada vez más complejos entramados financieros, se alza la difícil tarea del legislador y de los jueces de impedir que ello derive en el fraude a los acreedores y al fisco.