

## FIDEICOMISOS Y PERSONAS

Tomás R. Ribas

Como resulta de la etimología del término (*fidei committere*), con *fideicommissum*, que significaba encargo remitido a la *fides*, indicaban los romanos la manifestación de la voluntad no idónea por sí misma para producir efectos reconocidos por el *ius civile*, con la cual un testador dirigía a quien instituía heredero, o a quién de algún modo hubiera obtenido de él bienes patrimoniales *mortis causa*, la súplica de que realizara una determinada actividad en favor de otra persona, después de la muerte del testador, confiando en su lealtad y honradez.

Vino entonces a superar los inconvenientes del régimen formalista a que se sujetaba el legado, a la vez que a colmar las deficiencias que tanto legado como herencia entrañaban, cuando ni uno ni otro permitían favorecer toda suerte de disposiciones *mortis causa*. El fideicomiso carecía de ordenación formal y su imperio sólo se ejercía por la sola determinación de la moral.

Las palabras comúnmente usadas por los testadores, tanto en el testamento como fuera de él, para expresar, en relación con el *oneratus*, la disposición fideicomisaria, eran: *peto, rogo, volo, fidei comitto*, y también otras. El origen de tales disposiciones fiduciarias parece que debe buscarse en el hecho de que a través de ellas se podía hacer que los peregrinos u otras personas privadas de *testamenti factio* pasiva pudieran conseguirse *mortis causa* bienes patrimoniales (Gayo, 2, 285; *Theop., Paraph.*, 2, 23,1) más tarde se usó tal medio para hacer que obtuvieran bienes patrimoniales los *caelibes* y los *orbi*, a pesar de las disposiciones de las leyes de Augusto.

El uso frecuentísimo de disposiciones fideicomisarias a las cuales, como hemos visto, el *ius civile* no otorgaba eficacia hizo necesario darles una tutela. Augusto dio orden a los cónsules, en varias ocasiones, de intervenir para que las disposiciones fideicomisarias fueran cumplidas por aquellos que habían sido gravados por los testadores. Claudio instituyó, para este fin a dos *praetores fideicomisarii* que juzgaban *extra ordinem*. En las provincias esta misma función era confiada a los gobernadores.

Las diferencias entre los legados y los fideicomisos, ampliamente catalogadas por Gayo (2, 268 - 279) pueden concretarse en los puntos siguientes:

1º Los legados debían ser dispuestos en el testamento o en codicilos confirmados por un testamento; las disposiciones fideicomisarias podían ser manifestadas por el *de cuius* de cualquier forma y también en lengua griega.

2º Los fideicomisos podían ser dispuestos también en favor de personas que no tenían la *testamenti factio* pasiva con el disponente y también fuera de las limitaciones previstas para los legados.

3º El testador podía disponer por medio de fideicomiso que la herencia pasara a otras personas después de la muerte del heredero. Gayo (2, 277) nos da la fórmula usada comúnmente para tal fideicomiso (*cum Titius heres meus mortus erit, volo hereditatem mean ad P. Mevium pertinere*).

De este modo se hacía que existiera una verdadera y propia sustitución del heredero; en efecto la doctrina designa al instituto con el nombre de sustitución fideicomisaria. A

partir de este fideicomiso, que debía ya ser usado en Roma mucho antes del Siglo II p. C. se desarrolló más tarde el llamado fideicomiso de familia, regulado por Justiniano en la Novela 159, esto es, la disposición con la cual el testador pedía a su heredero que conservara el patrimonio hereditario y dispusiera que a su muerte éste fuera transferido a una persona determinada no individualmente sino por su pertenencia a un determinado grupo familiar, o que tuviera con el testador *oneratus* una determinada relación de parentela (ordinariamente el primógenito varón). Este instituto tuvo una amplísima aplicación en el derecho medieval y feudal, con consecuencias de extraordinaria importancia económica y social.

En la Edad Media, el testador podía disponer sustituciones fideicomisarias sucesivas en el interior de la familia sin límite de generaciones y también perpetuamente, de forma que tanto el primero que fue instituido heredero como los posteriores fideicomisarios debían conservar durante su vida el patrimonio hereditario y transmitirlo intacto, a su vez, a los fideicomisarios que les sucedían. De este modo se conservaban permanentemente en determinadas familias patrimonios ingentes con el vínculo de la inalienabilidad, atribuyéndose a los sucesivos titulares de los mismos especiales privilegios en relación con los acreedores.

El movimiento contra los fideicomisos de familia que constituían una de las bases de la aristocracia, se inició ya al declinar la organización feudal (algunas Ordenanzas francesas del Siglo XVI y del Siglo XVIII restringían a dos grados la eficacia de las sustituciones fideicomisarias); este sistema fue seguido también en Toscana, donde se prohibieron las sustituciones fideicomisarias entre burgueses limitándolas entre los nobles al cuarto grado. En el mismo sentido (Código Estense, tit. XXIII).

La Revolución Francesa dio el golpe definitivo a tales sustituciones prohibiendo las mismas. El Código Napoleónico, en el art. 896, confirmó la prohibición de las sustituciones fideicomisarias declarando nula también la primera institución de heredero.

Las leyes de los Estados italianos durante el período de la primera República y del Imperio Franceses prescribieron la nulidad de las instituciones fideicomisarias, considerando válida sin embargo, la primera institución de heredero (Ley Toscana del 23 de febrero de 1789; Edictos de Carlos Manuel, de 1797; más tarde también después de la Restauración, Código del Reino de las Dos Sicilias, arts. 941, 942 y 943; Código de los Estados de Parma, Piacenza y Guastalla, art.674; Código Albertino, arts. 879,880), que fueron seguidos por otras legislaciones dejando intacta la primera institución. Estando vigente este Código se discutió en la doctrina y en la jurisprudencia la validez del llamado fideicomiso de residuo, esto es la que quedaba de la herencia. Tal figura que estaba prevista en el Proyecto del Código Civil del año 1942, no fue acogida en el Código, el cual en los arts. 692 y 694, prohíbe la sustitución fideicomisaria, declarando válida la disposición, con la cual el testador impone al propio hijo o a un hermano o una hermana, la obligación de conservar y restituir, en todo o en parte, los bienes que están fuera de la legítima en favor de los hijos nacidos, o que han de nacer, del que había sido instituido o de un ente público.

En España la Ley de 11 de octubre de 1820 suprime los perpetuos, aunque mantiene los temporales. El proyecto del Código Civil 1851 declaró la nulidad del fideicomiso. Sin embargo, el Código Civil permite la sustitución fideicomisaria, con limitaciones y restricciones, regulándola muy parcamente, lo que plantea graves dificultades ( en contraposición

de la compilación de Cataluña que lo regula con gran detalle) evitando que pueda volverse a las vinculaciones antiguas. Regulado en los arts. 781 a 786 y la Disposición Transitoria 2ª.

#### DEL FIDEICOMISO ROMANO AL TRUST INGLÉS

##### Los fondos fiduciarios.

En los Estados Unidos, las leyes civiles difieren de un Estado a otro; la mayoría se rige por el sistema del Common Law - de origen inglés - mientras que en los restantes, la legislación es de origen romano y reconoce gran influencia del derecho francés y del español.

En los Estados cuyo sistema legal tiene raíz anglosajona, la porción legítima que corresponde a los herederos forzosos es muy inferior a la de nuestro sistema: del 30 % al 50 % para el cónyuge, y todo lo demás queda librado al criterio del testador. Por otro lado, los impuestos sucesorios son muy elevados.

Estos dos factores confluyeron para desarrollar ciertas instituciones llamadas trusts o fondos fiduciarios, que pueden crearse a lo largo de la vida o, incluso, por testamento. Sin que ésta sea la única posibilidad, algunos trust funcionan como fondos de ahorro e inversión con fines determinados; el fundador decide destinar al trust cierta cantidad de dinero, bienes o fuentes de ingresos ( por ejemplo, las mensualidades de una pensión ). Establece quienes serán los beneficiarios y quienes los Trustees o “ titulares fiduciarios ” a cuyo cargo estará la administración del fondo.

También se pueden crear fideicomisos (otra forma de designar a los trusts) con inmuebles: el titular fiduciario los recibe con el cargo de transmitir la propiedad al beneficiario cuando se cumpla determinada condición o en una fecha establecida.

En nuestro país, la Argentina, se interpretó durante mucho tiempo que el fideicomiso con fines sucesorios estaba prohibido. El origen estaba en la prohibición de “ pactos sobre herencia futura ” y, fundamentalmente, en una posibilidad que brindan estos fondos: manejar las herencias a través de las generaciones. Por ejemplo se puede crear un fideicomiso tal que su esposa sea designada titular y que, cuando ella fallezca, la totalidad de su activo beneficie a sus sobrinos.

Pero, sea cual fuere la interpretación que primó en el pasado, lo cierto es que, a partir del año 1995, se eliminó cualquier traba para el funcionamiento efectivo del fideicomiso: ahora está expresamente regulado en la ley 24.441. Esta institución está llamada a tener un importante utilidad, tanto en el campo de la planificación sucesoria, como en cuestiones financieras e inmobiliarias .

##### Los beneficiarios.

Los beneficiarios de los trusts pueden ser terceros en general o, como suele ocurrir en los Estados Unidos, los mismos herederos.

La experiencia argentina en fideicomisos es muy escasa, ya que todos los fondos fiduciarios que se habían hecho hasta la nueva legislación implicaron, más que nada, un intento de avance sobre una interpretación de la ley que los limitaba al máximo.

En los Estados Unidos, en cambio, la figura del trust está muy generalizada para cum-

plir objetivos de planificación sucesoria.

En primer lugar, el impuesto que grava los fondos fiduciarios es notablemente inferior a los elevados gravámenes a la herencia que rige en ese país. Por ende, el trust es útil a los propósitos de disminuir la carga tributaria de la planificación sucesoria. En segundo lugar, los fideicomisos se emplean cuando hay hijos pequeños o desvalidos y existe el temor de que, desaparecido el causante, nadie pueda administrar razonablemente los fondos sucesorios. En efecto, cuando se constituye un fideicomiso lo que se hace crear un equipo de administradores profesionales que, pautados por instrucciones precisas del causante, aseguran la mejor forma de conservar, incrementar y aplicar el capital del fondo fiduciario. Cuando la administración del patrimonio queda en manos de un ejecutor testamentario o albacea, hay bastantes probabilidades de que, fallecido éste, el patrimonio quede expuesto a un manejo deficiente, si no hay otra persona en la familia que tenga capacidad de gestión financiera. En cambio, como los administradores fiduciarios suelen ser compañías dedicadas profesionalmente a dicha labor, se asegura una mayor continuidad en el tiempo.

Los fideicomisos se justifican, también cuando existe alguna necesidad de reserva o circunspección. Por ejemplo, cuando el fundador es una personalidad notoria y no desea que nadie esté husmeando en el patrimonio que transmitirá cuando fallezca.

#### El titular fiduciario.

Puede ser un familiar, un amigo o una institución, que, por lo general, es bancaria o financiera. El titular fiduciario tendrá derecho a cobrar un honorario por sus funciones, que consistirán en administrar el fondo “ como un buen hombre de negocios”, es decir, en inversiones lo bastante conservadoras como para no poner en riesgo el capital. Habitualmente se exige al administrador que contrate un seguro contra los perjuicios que pudiere generar su eventual mala gestión.

#### La entrega a los beneficiarios.

Esto corresponde, en otras palabras, al objetivo del fideicomiso. El trust puede satisfacer múltiples propósitos. Se puede pautar, por ejemplo, que determinada cantidad de dinero cubra los gastos educativos, y hasta se puede establecer la condición de que esto suceda siempre y cuando el beneficiario estudie una o determinadas carreras.

Por fin, el fundador del trust deberá disponer bajo qué condiciones y en qué momento finalizará la vigencia del fondo, por entrega de los saldos resultantes a los beneficiarios. Esto puede ocurrir de una sola vez o por etapas.

#### El fideicomiso en la ley argentina.

De acuerdo con la ley 24.441, el fideicomiso se puede constituir por contrato entre vivos o por testamento. El beneficiario puede ser una persona física o jurídica, que incluso puede o no existir en el momento en que se constituya el fondo; pero en caso de que no exista, deberán suministrarse los datos para su futura individualización.

A su vez, los bienes del fideicomiso se inscribirán a nombre del titular fiduciario, pero constituyen un patrimonio separado, por lo cual los acreedores del titular fiduciario no

podrán cobrarse sus créditos accionando sobre estos bienes. Incluyendo el caso de concurso o quiebra. Este instituto introducido por la citada ley consiste en que el dueño de un bien, cosa o conjunto determinado de ellos, vgr.: un inmueble, transmite su dominio fiduciario a un nuevo titular, que lo es en carácter de administrador del patrimonio fideicometido y se denomina “fiduciario”, que asume tal calidad a fin de, al cumplimiento de un plazo o condición, transferirlo a su vez al beneficiario designado. Configura un derecho real que se suma a los tradicionales: dominio, condominio, hipoteca, etc.

Si se pudiera expresar en apretada síntesis cuál es el punto medular de esta reforma sin duda es que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Es una innovación respecto de los principios generales del derecho la creación de un patrimonio separado quebrando la regla de la universalidad del patrimonio.

#### CONCLUSIÓN

Entiendo que el fideicomiso debería generalizarse como una herramienta importantísima para la planificación sucesoria, y por ende de un derecho fundamental de las personas, entendiendo por tal el diseño e instrumentación de estrategias con el objeto de que la transmisión hereditaria responda a los deseos e intereses del causante (heredante), y a las necesidades de su entorno afectivo en un marco de equidad. La práctica de la planificación sucesoria, bajo el nombre de estate planning, es de intensa aplicación, en los Estados anglosajones, donde existen pocas limitaciones a la libertad de disposición. Los autores norteamericanos dicen que es pensar y actuar teniendo en consideración la probabilidad del retiro y la certeza de la muerte.

Permite pues, cumplir determinados objetivos sin riesgo de que se pierdan los bienes por mala administración u otras eventualidades.

#### *De lege ferenda.*

De prosperar una reforma al sistema sucesorio de nuestro Código Civil de 1871 y sus modificaciones introducidas en 1968, será menester reformar el procedimiento sucesorio regulado en el libro V del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por último, los holdings, la sindicación de acciones, entre otros, son la moderna configuración de la vieja institución romana del fideicomiso, que a menudo se presentan como novedosas, olvidando la antigua y sabia prefiguración del derecho romano, que con algunas variantes y orientaciones mantiene vigente el tradicional esquema de administrar un patrimonio ajeno, destinado a ser entregado a un tercer beneficiario.

*Tomás R. Ribas*

