

## EL FIDEICOMISO EMPRESARIAL COMO UN CONTRATO DE COLABORACIÓN

CELIA F. GONZÁLEZ MADREDA y JULIO C. D. FERNÁNDEZ

### *PONENCIA*

La economía de mercado exige que los países o regiones receptoras de la inversión propongan estructuras jurídicas que faciliten la libre circulación de bienes y servicios, abaratando el costo de las transacciones comerciales, permitiendo un libre desenvolvimiento interno de los dueños de esa inversión, sin descuidar la seguridad jurídica que de marco legal a las mismas.

Sólo los países y regiones que reúnan esas cualidades, estarán en condiciones de atraer a la inversión, y propender al desarrollo creciente de su propia economía.

Es por esta razón que encontramos en el contrato de fideicomiso comercial o residual, como lo hemos denominado, una institución jurídica segura, valiosa y versátil para amparar relaciones empresariales tanto nacionales como internacionales, de sociedades o empresarios locales o foráneos (aportantes de capital, bienes o servicios).

De esta manera estaríamos ofreciendo otra alternativa más a las posibilidades de agrupamiento, asociación, o interrelación de sociedades, además de las posibles vinculaciones a través de sociedades controlantes y controladas o mediante otras figuras como los agrupamientos empresarios, uniones transitorias de empresas, o *joint ventures*.

El ofrecimiento de esta figura acompaña la idea de brindar una estructura contractual simple, que no requiere de verificación ni control interno, ni de inscripción, allanando el camino al trámite simple y poco costoso.

La dimensión que hemos establecido de este instituto, sólo logrará su mayor expansión dentro de la teoría del patrimonio de afectación.

### *Propuesta de lege ferenda*

Incorporar a la ley un título que defina y regle el *patrimonio de afectación*, como un patrimonio distinto del patrimonio del fiduciante, del fiduciario, del beneficiario o del fideicomisario.

Este patrimonio carecería, en términos de derechos reales, de dueño, pues no le pertenecería a nadie. Es contingente (no puede durar más del plazo legal), y se encuentra afectado a *un fin*. No es objeto de quiebra, pues solo se liquida, tal como lo señala la propia ley.

Durante su administración una persona es la que se beneficia con el fruto de dicha administración (el beneficiario), y al momento de su extinción este mismo (el beneficiario) u otro sujeto (el fideicomisario o el propio fiducicomitente) serían los destinatarios final y de la propiedad afectada al fin.

Permitir que los fiduciarios registrados puedan efectuar oferta pública para ofrecer sus servicios de administración de patrimonios fiduciarios, eliminando a las entidades financieras, las que intervendrían con exclusividad en el fideicomiso financiero, permitiendo al mismo tiempo que puedan ofrecerse las empresas unipersonales, no solo personas jurídicas.

Regular el fideicomiso empresarial (cuando intervengan dos o más empresas) en orden a la demarcación funcional de sus relaciones. Intervención de empresas extranjeras, cumplimiento o no del art. 118 tercer párrafo Ley de Sociedades. Establecer grados de calificación entre aquellos fiduciarios que intervengan en actos de cierta complejidad o especialización, tanto en orden al monto del capital fideicomitado o a la materia objeto de su afectación, imponiendo en tal caso un control determinado y preciso por el organismo que tenga por objeto la fiscalización de esa materia.

Derogar la primera parte del art. 14 por cuanto, sería reemplazado por la creación del título especial que regle el Patrimonio de afectación.

Derogar el art. 15 por las mismas razones apuntadas para el art. 14. Respecto de la reserva de la acción de fraude, sería innecesario preverla, pues siempre la tendrían los acreedores del fiduciante por aplicación de los principios generales.

Regular las incompatibilidades e inhabilidades para ser administradores de estos patrimonios.

Crear un Registro Nacional de Administradores de estos fondos, para su mejor contralor y fiscalización, la que se limitaría a verificar las cualidades reunidas por éstos, conforme a los parámetros que se establezcan en cada caso.

Ello en vistas de dotar a este instituto de la mayor seguridad jurídica posible, y evitar que en los hechos se desnaturalice y desprestigie.

Promover el uso de esta figura jurídica como capaz de contener legalmente las transacciones comerciales nacionales e internacionales, con miras a la radicación de capitales extranjeros, y empresas de servicios fundamentalmente, aporte de tecnología, y medios de capacitación para nuestras empresas o para empresas extranjeras en

materias complementarias. Las empresas extranjeras podrían ser tanto constituyentes como administradores.

Se podría al mismo tiempo promover un tratamiento impositivo diferenciado, a fin de canalizar, por este medio, todos aquellos emprendimientos de medianas y pequeñas empresas que apunten al desarrollo de proyectos de inversión comercial, a la investigación, o a la capacitación, etcétera.

## **FUNDAMENTOS**

### **1. Introducción**

La realidad económica del pasado y presente siglo, fue imponiendo, en algunos casos, nuevas formas jurídicas que la contuviera, y en otros, las mismas formas jurídicas existentes impulsaron su desarrollo.

Francia, Inglaterra y Estados Unidos con la creación de la S.A. como forma jurídica de relaciones comerciales, fomentó el desarrollo de la economía.

Hoy, la realidad económica nos sigue imponiendo su ritmo, y al ser nuestra estructura jurídica rígida, el legislador deberá ser un vigía sin descanso, si su deseo es nuestro crecimiento económico.

De este modo, la aparición, en nuestro derecho, de la ley 22.903 en el año 1983, evidenció la necesidad de introducir figuras nuevas que contuvieran la trama de relaciones comerciales que se venían imponiendo con el crecimiento, complejidad y universalización de la economía.

Así aparece la regulación de los contratos de colaboración empresaria, comprendiendo en este concepto a los agrupamientos empresarios y a las uniones transitorias de empresas.

Los primeros como medio de unión empresaria con el fin de aunar esfuerzos en determinadas fases de la actividad empresarial, con un sentido de coparticipación en los resultados obtenidos, sin ser volcados, en forma directa, al mercado: Es decir como una manera de optimizar los resultados de medio. Los segundos, como una forma, a través de la unión de empresas, de desarrollar una obra, servicio o suministro determinado y concreto, relacionado con el objeto social o con la actividad empresarial de los participantes.

Ambas figuras no son sujetos de derechos ni constituyen sociedades, por un criterio absolutamente legislativo, tal como lo expresa la misma exposición de motivos.

Estas agrupaciones, son pues, simples contratos, que permiten a sus participantes unirse para el desarrollo común de algún aspecto de su actividad productiva, manteniendo su individualidad y evitando de esta manera la proliferación de sociedades, (vinculadas en torno al art. 30) el recargo de gastos y un dispendio de estructuras y medios respecto de propósito buscado (Exposición de motivos de la ley 22.903).

La concentración de capital, la eficiencia en los medios de producción, la creciente competencia, la conquista de mercados, entre otros, ha generado la necesidad

de optimizar los medios económicos para obtener mejores resultados, dando paso, a conceptos económicos nuevos que fueron acogidos en la doctrina internacional dentro de marcos jurídicos apropiados para su desenvolvimiento.

La asociación con otros, con el ánimo de producir, transferir bienes o servicios, comercializarlos, lo que implica una suma esfuerzos para obtener un mejor fin de medio o de resultado, se hace cada vez más necesaria.

Frente a los grandes grupos económicos, los pequeños y medianos emprendimientos requieren igualmente de mecanismos de asociación o agrupamiento, que simplifiquen la tarea de su desarrollo interno y se inserten en un medio económico cada vez más disputado, competitivo y agresivo, para protegerse, incluso, de aquellos.

Este mismo motivo fue el que inspiró a la doctrina francesa para idear moldes jurídicos que cumplieran con estos fines. Llegaron así a la configuración de la "*société anonyme simplifiée*", aunque sin salirse del marco societario, pues se autoriza solamente entre sociedades, y con el fin de dar respuesta a los agrupamientos de segundo grado (ver ponencia Richard-Richard, III Jornadas de Institutos de Derecho Comercial realizada en Mendoza en agosto pasado).

Por lo expuesto, es que hemos considerado de vital importancia para el desarrollo de nuestra economía, su crecimiento y proyección, poner en esta mesa de ideas, la propuesta de utilizar y perfeccionar los instrumentos jurídicos con que contamos, para dinamizar la realidad económica, y las relaciones empresariales tanto nacionales como internacionales, captando su interés, al dotarlas de medios eficaces que resuelvan de un modo sencillo, con ventajas económicas propias en sus resultados, el problema de la configuración del marco legal para encarar sus relaciones comerciales.

Para ello, no hemos diseñado un nuevo instituto, sino, hemos entendido que, sin perjuicio de nuestra opinión, vertida a lo largo de este trabajo, contamos ya con uno, recientemente incorporado a nuestra legislación, aunque con vacilaciones, que contiene sobrados elementos como para satisfacer, en parte, ese objetivo. Hablamos del *fideicomiso* que es el contrato en virtud del cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien designe en el contrato y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Este contrato podría enmarcarse, con la finalidad y modificaciones que proponemos, dentro del ámbito de los Contratos de Colaboración Empresarial, adoptando el fideicomiso empresarial (como lo llamaremos), el medio utilizado, para obtener los mismos resultados que aquellos contratos.

Es, a nuestro entender, necesario y conveniente incluirlo dentro de un contexto que facilite su explicación, interpretación y aplicación de normas legales pertinentes y análogas: por ejemplo normativa impositiva.

Su uso se justificaría por: La seguridad de contar con un patrimonio afectado a un fin protegido legalmente para que el objetivo propuesto se cumpla. La agilidad en

su configuración, que no requiere verificación interna, ni requisitos a llenar, es de fácil desenvolvimiento, y amplia flexibilidad interna en su estructuración.

De ahí que sería el marco legal ágil y seguro, para la complementación de dos o más sociedades o empresas, por la que, asignando un patrimonio fiduciario, (como escisión de sus propios patrimonios), es entregado a otra u otras sociedades o empresas (dentro del concepto de la ley), o a "otro" patrimonio creado por ellas (dentro de nuestro concepto), para que las administre (otra u otras empresas), sin perder ninguna de ellas su individualidad, volcando sus resultados "directamente" al mercado, a través de la figura del beneficiario. Superando también la valla del art. 30 de la Ley de Sociedades.

## 2. *Tratamiento legislativo del contrato fiduciario*

Antes de la ley 24.441 existía dentro del Cód. Civil el art. 2662 que sólo trataba el "dominio fiduciario", proveniente de un fideicomiso singular, previsto solo para las cosas (muebles e inmuebles). Lo regulaba a través de la figura del dominio imperfecto. Ello llevó a parte de la doctrina a considerar a este artículo letra muerta por cuanto carecía de regulación contractual. Pues sólo creaba la relación "real", no así la "personal".

Esta ley incorpora el concepto del contrato de fideicomiso el que podrá ser civil o comercial conforme a la finalidad, distinguiéndose dentro de éste último al financiero:

En el Capítulo I regula las relaciones personales que se establecen en su consecuencia. El Capítulo IV regula al fideicomiso financiero, en el que sólo pueden ser fiduciarios entidades financieras o sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, con los alcances fijados por la propia ley.

Por su parte el art. 73 sustituye el art. 2662 del Cód. Civil, aclara y amplía el concepto de "dominio fiduciario" siendo éste el que se adquiere de un fideicomiso constituido por contrato o testamento y está sometido, a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso...".

## 3. *Crítica parcial a la ley*

Sin perjuicio que ponderemos la incorporación de tantas figuras extrañas a nuestro derecho, que si bien es oportuno defenderlas, consideramos de igual necesidad el mejorarlas.

El fideicomiso, tal como está tratado por la 24.441, trae a nuestro derecho, como dijimos, una figura desconocida pero con nombre conocido.

Esta figura, modifica principios generales estableciendo una excepción confusa dentro de situaciones jurídicas semejantes (*infra* interp. art. 25).

Efectivamente, si bien la ley denomina a esta figura *fideicomiso*, en realidad, respetó en parte el fideicomiso romano, e instituyó, en parte, al *trust* del derecho con-

suetudinario, por lo que no resultan del todo armónicas sus previsiones. De haberlo configurado como en su fuente, no se hubiesen violentado tanto los principios que intentaron protegerse.

Existe, por otro lado, una desproporción interna, entre el fin que se proponen las partes, que es una administración, con la manifestación externa, es decir, el medio jurídico empleado, que es la transmisión de la propiedad de la cosa o del crédito, o en definitiva, del patrimonio afectado. Esto puede prestarse al abuso de la fiducia por parte del fiduciario, desprestigiando esta figura y poniéndola en peligro por la falta de garantía y seguridad jurídica necesaria.

La ley al regular este instituto, ha tenido en vista, fundamentalmente, el fideicomiso financiero, y no se detuvo a reglar con mayor detenimiento su finalidad comercial propiamente dicha, perdiendo así la posibilidad de haber creado un instituto capaz de resolver otras relaciones comerciales distintas a las financieras.

Nuestra base romanista, como única forma posible de ejercicio de esta figura, nos impone el criterio de transferencia de poder jurídico ilimitado, (aún dentro del dominio imperfecto), pudiendo ello provocar un estancamiento y falta de garantía en el desarrollo de las relaciones comerciales requeridas.

Por ello, tenemos que imponer el criterio de fraccionamiento del concepto de patrimonio como un atributo a la personalidad (patrimonio natural), y como un atributo a la finalidad (o patrimonio legal). Esta finalidad, que perseguida por el hombre, es proyección de su propia personalidad, por lo tanto merecedora de protección jurídica.

Este contrato, tal como lo regula la ley, quiebra fundamentalmente dos principios: el principio del patrimonio único, y aquél por el cual el patrimonio es la prenda común de los acreedores.

El fiduciario adquiere la propiedad de "un patrimonio", separado del suyo, pero que por definición también es suyo, resultando de esto un sujeto con dos patrimonios. Al mismo tiempo, al no responder por sus "propias" deudas (que no sabemos cuáles de cuáles, por cuánto las del patrimonio fiduciario, también serían propias), queda abstraído como prenda común.

Entendemos que hubiese sido más beneficioso para los principios romanos, haber incorporado la figura tal como fue tratada en su fuente inmediata, (Código de Quebec) y por lo tanto insertar en nuestro derecho la teoría del *patrimonio de afectación o autónomo*.

Con ello se hubiere visto alterado sólo el principio por el cual todo patrimonio pertenece a un sujeto como atributo de su personalidad, ya que éste patrimonio no pertenecería a nadie. El resto es consecuencia de esta doctrina.

Así al considerar el patrimonio fiduciario como una entidad autónoma sin sujeto, surgirían estas otras consecuencias, más coherente con el sistema general: No hubiese sido necesario aclarar que no se confunde con el patrimonio del fiduciario ni con el del fiduciante (art. 14), si por definición no le pertenece ni a uno ni a otro. Tampoco

hubiese sido necesario recalcar que los acreedores del fiduciario y del fiduciante no pueden agredir dicho patrimonio, por cuanto al no pertenecerles no es prenda de sus propios acreedores (art. 15).

Dentro del recurso creado por la ley con la doctrina de la separación de patrimonios, surge la siguiente contradicción:

La ley se encarga de aclarar que el patrimonio fiduciario, es separado del patrimonio del fiduciario y del "fiduciante".

Esta aclaración no resulta coherente con el sistema general de nuestro derecho, por cuanto, los bienes que conforman dicho patrimonio al ser transferidos al fiduciario, ya salieron del patrimonio del fiduciante, y mal podrían seguir perteneciéndole a éste.

A lo sumo, la ley, tendría que haber declarado la excepción al principio general: Que dichos bienes forman un patrimonio separado del patrimonio personal del *fiduciario* que es quien los adquiere, no ya del fiduciante que fue su enajenante.

La aclaración, que acabamos de criticar, sólo cobra sentido dentro del espíritu del instituto en su estado natural, pues allí la "separación" se produce con el patrimonio de *fiduciante*. El patrimonio de afectación es aquel creado como una *escisión del patrimonio del fiduciante*, quien lo *transfiere a otro patrimonio que constituye*, quedando separado del suyo, pero al mismo tiempo *sin pertenecerle* al fiduciario. Por ello, al no incorporar este concepto, la ley debe salir a aclarar que dicho patrimonio *también* es independiente del patrimonio del fiduciante.

El art. 1° define el contrato: Prevé sólo el fideicomiso singular (sobre bienes determinados) no así el universal, (como se conocía también en el derecho romano), e incorpora a los "bienes", no restringiéndolo a las cosas como el art. 2662, Cód. Civil, que hablaba de "dominio", que sólo puede recaer sobre las cosas (art. 2506). Crea por lo tanto el concepto de "patrimonio fiduciario", compuesto por cosas y objetos inmateriales susceptibles de tener un valor, o sea bienes.

La transferencia de dicho patrimonio es del fiduciante al fiduciario, es decir que éste se hace *dueño* de dicho patrimonio, con los efectos que establece la ley y ha desarrollado *in extenso* Claudio Kiper (*Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma).

La ley se encarga de decir que habrá fideicomiso cuando el fiduciante *transmita* el patrimonio fiduciario, es decir que este contrato se perfeccionará conforme al modo en que se perfeccionen la transmisión de los bienes fideicomitidos, mezclando dos modos diferentes de transmisión y por lo tanto dos momentos diferentes de perfeccionamiento del contrato. (doc. del art. 1140 *contrario sensu* y 1141 Cód. Civil).

Efectivamente, en la doctrina francesa, Pothier, fiel a la teoría del título y modo lo aplicaba tanto para la compraventa (permuta, donación), como para la cesión de créditos. En ésta el modo era la notificación de la cesión. El Código napoleónico, cambiando estos principios, impone el consensualismo tanto para la compraventa como para la cesión. Es decir que el mero consentimiento "transmite el dominio o el derecho". Vélez, apartándose de estos principios, conservó la teoría de título y modo para

la compraventa, donación, permuta, pero adoptó el consensualismo para la cesión. Esto es un crédito se transmite por el mero consentimiento (arts. 577 y 1457 Cód. Civil).

De ello se desprende que es impropio que la ley delegue la perfección del contrato de fideicomiso en la "transmisión" del patrimonio fiduciario cuando éste puede quedar sujeto a diferentes principios de transmisión por componerse de bienes.

De la definición surgen dos características de este contrato: como negocio traslativo (de derecho real), y como negocio obligacional, pues obliga (al fiduciario) a ejercerlo en beneficio de quien se designe en el contrato.

Surge también la figura del fideicomisario, como una persona distinta del beneficiario. Esto es: el beneficiario es el titular de los derechos que son frutos del "ejercicio" de la propiedad fiduciaria, en tanto que fideicomisario es el destinatario final de la propiedad fiduciaria (art. 2º, tercer párrafo y art. 26). Con ello la ley innova sobre su fuente, pues allí el beneficiario y el fideicomisario son la misma persona.

*El beneficiario:* La ley lo impone como parte del contrato. (arts. 1º y 2º), y el que necesariamente debe estar "presente" durante el ejercicio de la propiedad fiduciaria o al final, según veremos, pudiendo ser como última alternativa el mismo fiduciante (art. 2º, tercer párrafo). La ley innova en cuanto a su diferenciación con el fideicomisario (A diferencia del fideicomiso romano que éste era aquél. Así Peña Guzmán).

Los frutos le pertenecen durante el ejercicio del patrimonio fiduciario, (art. 1º) por cuanto éstos pueden ser perseguidos por sus acreedores (art. 15 *in fine*). Ello se contradice con lo establecido en el art. 13, ya que éste le autoriza al fiduciario a adquirir "nuevos" bienes con los frutos percibidos.

Para Kiper, esta aparente contradicción se solucionaría de este modo: Si está previsto en el contrato, los frutos pertenecen al beneficiario, si no está previsto, al fiduciario.

No estamos de acuerdo con esta interpretación, por cuanto opinamos que la inclusión de la cuarta persona en éste contrato, (fideicomisario) ha definido el papel que juega cada uno, y la misma ley ha marcado este rol: así el beneficiario es "para quien" se ha obligado el fiduciario a ejercer el patrimonio (art. 1º), y lo distingue claramente del destinatario final del patrimonio, que puede o no coincidir con el beneficiario (art. 26). Si se le niega, a éste, el beneficio de los frutos, y se los queda el fiduciario (a falta de previsión contractual según Kiper), que "beneficio" obtiene el beneficiario?

Sería un contrasentido más de este instituto. Entendemos que el art. 13 debe ser leído en el sentido que el fiduciario podrá "reinvertir" los frutos del patrimonio fiduciario, en dos casos:

1. Con el consentimiento del beneficiario, siempre que sea percibido antes de la transferencia al fideicomisario.
2. Siempre que el beneficiario y el fideicomisario sean la misma persona. Por ello creemos que siendo diferentes las personas del beneficiario y del fideicomisario, siempre tiene que haber algún beneficio para el beneficiario "du-

rante" el ejercicio del patrimonio de afectación. De lo contrario ese beneficio lo adquiriría el fideicomisario. De lo contrario no encontramos sentido al art. 1° que define el instituto y al art. 15 que autoriza lo que autoriza.

También, respecto de los frutos, el principio sentado por la ley. (arts. 1°, 13, 15), altera el establecido por el art. 557 del Cód. Civil, que establece que, verificada la condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio. Y ello es así por cuanto la cosa le pertenecía durante la condición (nota art. 557). La solución del art. 557 es acorde con todo el sistema, (así el art. 577), pues la adquisición de los frutos es una consecuencia natural o jurídica del dominio, que es el que otorga el *ius utendi, fruendi y abutendi*.

El art. 4° en su inc. c) refiere incorrectamente a dominio fiduciario, cuando debería haber dicho patrimonio fiduciario. Pues a tenor de ello, el dominio (sobre las cosas) estaría sujeto al plazo máximo que allí señala, y la propiedad de los derechos a qué plazo se sujetaría?

Art. 5: Conforme a este art. fiduciario: "...Podrá ser cualquier persona física o jurídica, pero sólo podrán *ofrecerse al público* para actuar como fiduciarios entidades financieras y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores.

La ley parte del supuesto de lo que podríamos denominar un contrato fiduciario de concertación privada y un contrato fiduciario de concertación pública.

El antiguo proyecto del Poder Ejecutivo de 1986, hablaba de fideicomiso privado y fideicomiso público, calificado éste último tanto por su objeto (cuando estaba dispuesto en beneficio de la sociedad o un sector considerable de ella), como por el sujeto: Sólo podían ser fiduciarios los Bancos autorizados a funcionar en la República y las entidades autorizadas por el Poder Ejecutivo.

Sin definirlo, la ley, incorpora, en parte, el criterio utilizado por dicho proyecto, cuando regula el fideicomiso financiero (pues sólo pueden ser entidades financieras).

Pero al tratar el fideicomiso común o privado, también limita al sujeto, pues cuando hay *oferta pública* para actuar como fiduciarios, solo las *entidades financieras* autorizadas a funcionar y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores, pueden serlo.

Es precisamente en este último supuesto, que entendemos que la ley se quedó en mitad del camino, constriñendo el instituto, a un fin financiero, desperdiciando situaciones *negociales* que trascienden ese fin. Por ejemplo con ello perdemos la posibilidad que se *ofrezca al público* una urbanizadora para administrar un patrimonio de afectación que tenga por finalidad, urbanizar, lotear y/o construir viviendas con el mandato del fiduciante de venderlas a particulares. O de una empresa que pueda ofrecer sus servicios de explotación de campos mineros con aplicación de su propia tecnología, o de explotación forestal con sus equipos técnicos, o de piscicultura, o de servicios informáticos, o de investigación o de capacitación, etcétera. El art. 11 remite al dominio imperfecto. Este título comprende dos institutos: el dominio revocable y el dominio fiduciario. Si ambos son imperfectos por estar sometidos a una condición re-

solutiva cual será la diferencia ente ellos? En la fiducia de la ley 24.441, la diferencia es clara: pues la cosa fideicomitada se debe transferir a un tercero. En el dominio revocable al antiguo dueño. Pero no encontramos diferencia cuando al cabo del plazo deba restituirse al fiduciante.

Tampoco hallamos diferencia sustancial cuando en virtud del art. 25 inc. b) el fiduciante se reserve el poder de revocar el dominio fiduciario. En tal caso tanto éste como el dominio revocable tendrían las mismas consecuencias y efectos. Que haría distinguir uno de otro? Es decir que todo contrato sujeto a una condición resolutoria podría contener en sí un pacto de fiducia.

El art. 15 aclara, innecesariamente conforme a las reglas de nuestro derecho, que el patrimonio fiduciario queda eximido de la acción de los acreedores del fiduciario (se supone que son los acreedores de su "otro" patrimonio, pues ambos patrimonios son suyos) y de los del fideicomitente.

La reserva que efectúa sobre la acción de fraude, entendemos que resulta redundante con lo establecido en arts. 961 y ss. del Cod. Civil.

Art. 16: En su primera parte, respecto a los bienes del fiduciario, reitera el principio sentado en art. 14, por cuanto si los bienes que recibe en fiducia *forman un patrimonio separado* del suyo, cómo sería posible que sus bienes respondiesen por las deudas provenientes de ese "otro" patrimonio.

Los arts. 7°, 8°, 9°, 17 y 18 descalifican la naturaleza de propietario asignado, por la misma ley, al fiduciario. Así:

El art. 7°, en su primera parte, establece una consecuencia propia del mandato (rendición de cuentas art. 1909). Y en su expresión final la prohibición de readquirir, el fiduciario, los bienes fideicomitados (doct. art. 1918), pese a que estos bienes, ya le pertenecían. Eso no se entiende.

El art. 8° establece igualmente consecuencias propias del mandato (reembolso de los gastos y retribución por la *gestión* encomendada (arts. 1948, 1949, 1952).

En el mismo orden de ideas, el art. 9° en el inc. a) propone otra solución que violenta los principios generales. Como podría un *dueño* ser removido judicialmente por incumplimiento de sus obligaciones, pues en todo caso el dominio se revocaría por incumplimiento de la condición a la cual se sometió.

El art. 17 limita su poder de disposición, y lo subordina a los fines del fideicomiso.

El art. 18, trata del ejercicio de las acciones que se halla legitimado a ejercer el fiduciario para la defensa de los bienes fideicomitados, tanto contra terceros como contra el beneficiario. Si fuese coherente con el sistema creado, esta aclaración sería absolutamente innecesaria, pues el ejercicio de estas acciones no es sino la simple manifestación del ejercicio de su dominio (fiduciario o imperfecto, pero que le acuerda plenas facultades como hemos visto).

En su segunda parte, trae una solución que también escapa a los principios generales: siendo dueño el fiduciario el juez podría autorizar al fiduciante o al beneficia-

ria a ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, cuando el fiduciario no las ejerciere sin motivo suficiente.

A tal facultad jurisdiccional sólo hay, a nuestro entender, dos formas de interpretarlas:

1. Que se base en el principio establecido por el art. 546 del Cód. Civil: pues pendiente la condición suspensiva, el acreedor puede proceder a todos los actos conservatorios necesarios que protejan sus intereses.
2. Que sea consecuencia del "injerto de éste retoño anglosajón en pie continental" (como expresaron, en aquella oportunidad, la Comisión Tucumana que criticó el Anteproyecto de ley del Poder Ejecutivo del año 1986).

La primera interpretación entendemos que no se ajusta a los hechos por cuanto aquella acción está concedida al que, de cumplirse la condición, se convertirá en dueño de la cosa, y en el caso subexámen el que se convertirá en dueño de la cosa será el fideicomisario, que puede o no coincidir con el beneficiario o el fiduciante.

De ahí que esta última parte, estaría en franca violación a los principios establecidos para el dominio, (que es "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de *una persona*—esto es su titular— art. 2506 del Cód. Civil), por cuanto estaría sometiendo los bienes del fideicomiso, a la voluntad y acción del fiduciante y del beneficiario, por definición extraños a la relación real de ese dominio.

Evidentemente todas estas disposiciones estarían descalificando, el carácter de dueño, asignado por la propia ley (art. 11) al fiduciario, lo que demostraría una vez más que se trata de un mero *administrador*.

El art. 26 (y art. 7º *in fine*) estaría modificando el principio de consolidación establecido por el art. 554 del Cód. Civil, por cuanto siempre tiene la obligación (el fiduciario) de transferir los bienes fideicomitidos.

Por último no sabemos si la ley ha querido incorporar un derecho real nuevo. En tal caso, conforme al contenido de la relación personal, que circunscribe, marca y determina la relación real, consideramos que no estaríamos frente al derecho real de dominio en los términos que el Código Civil lo regula: O bien se le daría al dueño amplias facultades frente a la cosa, y en tal caso se convertiría en un instituto peligroso, por los abusos que éste pudiese comete. O bien se le restringen dichas facultades, y no estaríamos frente al derecho real de dominio, ya que tendría más afinidad con el mandato.

#### 4. Fideicomiso

En el sentido propuesto, podríamos decir que hay fideicomiso empresarial cuando una empresa (constituyente o fiduciante) *separa parte de su patrimonio* y *transfiere bienes a otro patrimonio*, que él constituye, y que está separado de aquél, el que afecta a un fin particular, para que sea administrado por otra empresa (administrador) con el objeto de obtener determinados resultados para ser asignados a un tercero (beneficiario), transfiriendo el patrimonio de afectación, al cumplirse el objeto o al tér-

mino del contrato, al fideicomisario, que puede ser el beneficiario o el propio constituyente.

Con la teoría del patrimonio de afectación se estaría *incorporando* a nuestra legislación una figura *nueva*, diferente en sus características a las figuras conocidas.

Así en Colombia y Costa Rica se lo considera como un "patrimonio autónomo". En México y Honduras como un patrimonio de afectación.

### 5. *Contrato fiduciario empresarial*

Para el desarrollo de este contrato, con la aplicación práctica que intentamos darle, es necesario:

1. Apartarnos de la idea del pacto de fiducia romana, por no tener prácticamente ninguna semejanza con él.
2. Reemplazar el concepto de confianza "subjetiva" como subyacente en la estructuración de este contrato, por el de "confianza" en sentido objetivo. Sólo con la evolución de este concepto podremos lograr que esta figura jurídica nos brinde su mayor versatilidad y utilidad.

Esta confianza objetiva, determinaría la elección del fiduciario. Se compone de diferentes elementos extraídos de la realidad. Entre otros, encontramos: Su trayectoria empresarial, su seriedad, su respaldo económico, su estructura institucional, su ubicación en el mercado, su exclusividad en el servicio, técnica o materia requerida o solicitada, su arraigo e inserción en el medio, su responsabilidad empresarial, su capacidad o cualidad técnica, etcétera.

3. Acercarnos a los principios que configuran el *trust*, por ser éste el modelo jurídico tomado por la comisión reformadora, pero no trasladado en toda su dimensión y características.
4. Considerar las relaciones contractuales, (trabadas a través del fideicomiso), cuando intervengan empresarios individuales o sociedades, como una forma de colaboración empresarial, con una gran flexibilidad para regir sus relaciones, con contribuciones de sus participantes a un fondo común operativo (patrimonio fiduciario), con una finalidad común, esto es el desarrollo de una fase de su actividad empresarial, bajo la tutela y administración de otra u otras empresas que reúnan los requisitos de confianza objetiva necesarios para cumplir dicho papel.
5. Incorporar el concepto de "Patrimonio de Afectación", con el carácter y alcance que le hemos dado.
6. Sincerar el instituto y no considerar al fiduciario como titular de dicho patrimonio, sino sólo su administrador. Para ello es necesario provocar las modificaciones que sean consecuentes con dicha concepción, a fin de darle a esta figura su mayor envergadura y alcance práctico.

## 6. *Patrimonio de afectación*

Partiendo de la idea que así como hay un patrimonio "natural" que le pertenece al hombre como un atributo a su personalidad, lo que es reconocido y protegido por el derecho, también entendemos que como una proyección de ese atributo se encuentra la finalidad asignada a los recursos del hombre para satisfacer sus necesidades. Que es la economía, sino una trama de necesidades, requerimientos, fines, objetivos y medios, que se entrecruzan unos con otros en miras a su compensación y satisfacción de las necesidades del hombre. En este desorden de elementos aparece la ley para dar remedio jurídico y conceder canales de relación, que legitimen el accionar del hombre a través de un juicio de valor y oportunidad.

Toda esta fuerza emprendedora del hombre, fue en su momento captada y valorada por la ley, quien entendió que era necesario proteger el fin perseguido por aquél, dándole la posibilidad que "asignara" de su patrimonio, parte del mismo, y pudiere cumplir ese objetivo, sin empeñar el resto de su patrimonio en ese esfuerzo. Otras consecuencias de dicha protección fue la reunión de otros sujetos, que coincidiendo con esa finalidad, pudieran disminuir el riesgo en dicho emprendimiento. Así nació la sociedad anónima, y con ella el desarrollo de la economía.

Sólo la ley, es quien pondera, premia o castiga, y es así que evaluando los motivos, puede dar respuesta a un patrimonio sin sujeto, sin pertenecerle nada más que con el objeto para el cual ha sido asignado por su constituyente. Sería sin duda un patrimonio legal (a diferencia del que podríamos decir "con-natural al hombre"). No creemos que requiera de mayor argumentación, pues es un recurso de técnica jurídica, tal como el hecho de la valuación si son o no sujetos de derecho los emprendimientos empresariales enmarcados en los contratos de colaboración empresaria, o en el contrato de fideicomiso empresarial, bajo la forma de patrimonio de afectación. Ello es de absoluto resorte del legislador.

Supuestos así su configuración, como una entidad patrimonial independiente del o de los constituyentes, vemos que este patrimonio proviene de la "asignación" que éste o éstos efectúen de su patrimonio, el que orientado a la consecución de un fin determinado, le da o dan vida como una prolongación más, de aquél impulso natural de desarrollar su o sus propias necesidades. Esto último es suficiente justificativo para darle sustento en sí, y hacerlo objeto de protección jurídica.

Desarrollado así el concepto de patrimonio como un atributo a la "finalidad" perseguida por el hombre, es necesario cumplir con los requisitos que protejan los intereses de los terceros como es que quede perfectamente delimitado, publicitado, y oponible, en su constitución, para no afectar la buena fe de los contratantes, y de los acreedores de los intervinientes.

Sólo esta concepción (ya recogida en parte por la ley 24.441), da el marco de seguridad necesario para convertir a esta figura, en apta como medio para la consecución de aquellos fines.

*Consecuencias del patrimonio de asignación:* No es necesario aclarar que queda exento de la acción de "otros" acreedores, pues sólo está afectado a los propios. El administrador (fiduciario en los términos de la ley) es solo eso: De ahí que deberá obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 6º de la ley); los frutos son del beneficiario, por asignación del contrato y de la ley; deberá rendir cuentas y tiene derecho a una retribución aún cuando no esté prevista en el contrato, salvo que le sea negada en el mismo (art. 8º). Tiene la facultad de administrar, pero no de disponer, salvo para transferir al destinatario final. Tiene el ejercicio de las acciones por ser el responsable de la administración, y en caso de incumplimiento es válido que se concedan al beneficiario, ya que es a su favor el beneficio, o al constituyente quien tiene interés en que se cumpla su manda.

En razón de lo expuesto, el marco de configuración contractual, de la creación de este patrimonio, es el que fija libremente los límites del mismo y sus consecuencias, crea derechos y obligaciones. Al no pertenecer a nadie en particular, ningún sujeto puede esgrimir sobre él derecho alguno que no se le haya conferido en el acto constitutivo.

### **7. Principios nuevos en nuestro derecho**

Esta figura jurídica estaría introduciendo a nuestro derecho, como dijimos, los siguientes principios:

No todo patrimonio tiene necesariamente un titular, pues este no tiene *dueño*. El fin que lo creó es su único justificativo y sustento.

Sería un patrimonio *administrado* por un sujeto con facultades de disposición.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- ARANGIO - Ruíz, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*, Depalma, 1973, Bs. Aires.
- Derecho societario y de la empresa*, t. III. Parté I, Contratos de colaboración y asociativos, Córdoba 1992.
- CABANELLAS DELAS CUEVAS, Guillermo, KELLY, Julio Alberto, *Contratos de colaboración empresaria*.
- CAUSE, Jorge R., "Fideicomiso. Oponibilidad e insolvencia", *Revista del notariado*, 1983.
- FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, 1993.
- GRAHAM, Peter E., *Evolution of Quebec trust law. La revue du notariant*, 1994.
- KILNY, Mario Oscar, *Obligaciones negociables*, Abeledo-Perrot, 1991.
- KUPLER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Bs. Aires, 1995.

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Zavallía, 1975.
- MARLANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Zavallía, 1987. Bs. Aires.
- MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*. Astrea, 1993.
- PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto, *Derechos reales*, Tea, 1975.
- PROYECTO DE LEY DE FIDEICOMISO DE LOS NOTARIOS DELEGADOS DE TUCUMÁN. XX Jornada Notarial Argentina.
- SASLAVSKY, Celia Norma. "El negocio fiduciario". *Revista del notariado*, 1985.
- VON IHERING, Rudolf, *De interés en los contratos*, Ataya.
- ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot.