

PATRIMONIOS DE AFECTACION PARA FINES ESPECIFICOS MUCHO MAS QUE UN VEHICULO DE INVERSIONES

Pablo Muiños

La organización empresarial ha superado el límite que le imponía el concepto de persona como único centro de imputación normativo. Junto a la figura del comerciante individual y a la organización societaria aparecen hoy los patrimonios de afectación como empresas independientes. Ante esta realidad, debemos ampliar la oferta jurídica y generar reglas comunes a todas las formas de organización empresarial, pues la única forma de limitar los abusos actuales de las formas societarias es reordenar los principios rectores y presentar a la población un sistema de fácil utilización.

Lograr una síntesis superadora que -aprovechando el desarrollo del derecho societario- desarrolle institutos sencillos y coherentes, que se ajusten a las necesidades económicas y garanticen la correcta interacción con las otras ramas de derecho, es el verdadero desafío de estos tiempos.

Sabemos que la empresa es una realidad económica. Sabemos también que la ficción jurídica necesita vincularla a una persona física o ideal, único "centro de imputación jurídica" reconocido por el derecho. Tenemos entonces acuerdo en que la sociedad era hasta hace un tiempo la persona jurídica empresarial por antonomasia⁽¹⁾.

Lo ponemos en pasado porque hoy proliferan empresas que funcionan como patrimonio independiente.

(1) Citando a Brunetti, Halperin, enseñan que "la sociedad es el medio técnico por el cual se hace posible la actuación colectiva".

Marco histórico

1. Diariamente palpamos los embates que, contra la legislación vigente, dan la globalización y los “nuevos valores” de la sociedad contemporánea. Los vivenciamos en distintas manifestaciones, desde la proliferación de procesos concursales desfachatadamente proyectados hasta la puja por la habilitación de sociedades unimembres (o de un solo socio o “sociedades de no socios”), pasando por la actuación extraterritorial más o menos cierta; la interposición de hombres de paja y la utilización de figuras híbridas.

Sin dudas existen necesidades e intereses que se apoyan en los “nuevos valores” de la sociedad contemporánea, necesidades que las figuras jurídicas tradicionales no están conteniendo.

Lo planteamos de esta forma porque advertimos que los señalados “embates” son mayormente estudiados como si se tratara de fenómenos sin relación, sin advertir que hay una la fuerza motora común que impulsa esas manifestaciones y que reclama una necesaria evolución del derecho.

No estamos en condiciones de discurrir en arenas de la filosofía, ni revisar cosmovisiones, ni siquiera declarar superados ciertos paradigmas, pero algo de eso subyace en la caótica situación actual, pues existe -en nuestra sociedad particular y globalizada- una nueva concepción de empresa que no encaja en la largoplazista y pesada estructura jurídica dispuesta para la realidad societaria de la modernidad.

2. La modernidad ha sido superada. En estos tiempos de ultramodernidad el mundo de los negocios ha virado hacia la intermediación financiera, hacia la satisfacción de necesidades muy cambiantes en un mercado de consumo cada vez más grande y más unificado, hacia la producción y distribución bienes cuya vida útil resulta cada vez más exigua y, muchas veces, incierta. Algo similar sucede con los servicios. En este panorama, los negocios “de oportunidad” son muchos y muchos de ellos son efímeros.

Son tiempos de “negocios cortos”; de “gestión por programas”; de “administración con fines determinados”. Y también son tiempos de “tercerización” y de franquicias, de generación de sistemas donde los negocios se parten y aíslan, donde las rutinas y subrutinas se desplazan de la organización central para maximizar beneficios y minimizar riesgos. Tiempos donde lo único estable de muchas

empresas se limita a su imagen institucional, al valor de una marca, que se desvincula de los productos, de la producción de los mismos y de los servicios inherentes.

En este contexto nos parece lógico que el mundo empresario y la realidad económica reclamen figuras ágiles que permitan acotar el riesgo empresario a cada negocio particular manteniendo una la administración ordenada.

Hasta ahora las mayores discusiones giraron en torno a las muy resistidas sociedades unimembres (o de un solo socio, lo que es lo mismo que decir “sociedades de no socios”), pero la solución apareció desde fuera del derecho societario.

Evolución

3. De un tiempo a esta parte, advertimos cómo la función recaudatoria del Fisco desvinculó la identidad entre “persona” y “contribuyente” generando “centros de imputación de obligaciones fiscales” que no son personas. Cambios de semejante trascendencia no surgen de algún superpoder legisferante, sino todo lo contrario: el desordenado plexo normativo que emana de los organismos fiscales tiene la gran virtud de mantener fluido contacto con la realidad empresarial... y el gran defecto de reconocerla sin encauzarla (toda vez que su función es promover la “percepción” conforme la actividad económica y no dar coherencia ni pulcritud dogmática al sistema).

Así, vimos que además de las “sociedades de hecho” (a las que nuestra ley les reconoce personalidad limitada y siempre aparece la corresponsabilidad de los socios) el organismo reconoció calidad de “contribuyente” a las “sucesiones indivisas”.

4. Fue esta la primera figura comercial independiente en la que un patrimonio se mantiene sin titular⁽²⁾ y continúa administrando el fondo de comercio del causante (el hecho de tener límite temporal no quita trascendencia jurídica, especialmente por tratarse de plazos extensos y más dilatados aún en la práctica).

(2) ...y sin co-responsable, desde la presunción legal de que la aceptación ocurre con beneficio de inventario.

Según vemos, el fondo de comercio de una sucesión indivisa (una masa de bienes en busca de dueño) continúa operando y debe pagar impuestos y, como tal, registrarse debidamente y obtener su Clave Única de Identificación Tributaria. Bien sabemos que el CUIT es la puerta de entrada al "sistema comercial": sin CUIT poco importa que el derecho nos reconozca personalidad y tras ella los derechos de comerciar y ejercer industria lícita; con él, el mundo del comercio no cuestiona derechos: si puede emitir facturas, el "ente" es apto para comerciar.

Esta graciosa realidad estuvo acotada mucho tiempo a esa sola figura. Así, ese "comerciante sin persona" (la indivisión no es sociedad de sucesores y ni siquiera condominio) pasó casi desapercibido. Acotado como estaba el asunto a la ocurrencia de una defunción, su constitución escapaba a la voluntad o, por lo menos, resultaba de muy difícil previsión como para ser utilizado voluntariamente con demasiada efectividad.

5. Sin embargo hoy se reconoce también calidad de "contribuyente" al fideicomiso (patrimonio afectado contractualmente a un fin) y esto abre en el sistema una grieta difícil de disimular.

Justo es reconocer que, esta vez, el "golpe de realidad" viene amparado por legislación con vigencia previa; tan justo como destacar que ello no le resta trascendencia innovadora, pues el reclamo por la limitación del riesgo empresario es de larga data y "las aguas siempre fluyen por la Vía que ofrece menor resistencia".

Luego de años de tímidas pruebas, vemos a diario como esta herramienta jurídica da cobertura legal a empresas que llevan adelante negocios completos sin necesidad de "personalidad" y contando solamente con un contrato vigente (que no se inscribe ni registra), un CUIT propio (que le permite cristalizar la independencia burocrática), y la buena administración del fiduciario (que limita el riesgo de su tarea a la responsabilidad por mal desempeño).

Inversores y empresarios ajustan toda clase de operaciones y emprendimientos a esta figura sin demasiado sacrificio. No debe extrañarnos, pues en un fideicomiso "cabe" cualquier negocio jurídico, desde una simple compraventa hasta la más compleja de las asociaciones; y cabe naturalmente, sin necesidad de forzar ni simular ninguno de sus extremos (los actos fraudulentos que pueden darse son siempre consecuencia de forzar posiciones jurídicas incompatibles

o aparentar transferencias patrimoniales, pero no de violentar la versatilidad propia del contrato).

El patrimonio de afectación

6. La figura del fideicomiso echa por tierra la decimonónica calificación del patrimonio como atributo de la personalidad y también los principios de unidad y universalidad patrimonial. No es poco.

Es, sin embargo, una evolución que nuestro derecho necesitaba (los *bussines trust* tiene amplia difusión en el mundo anglosajón, donde han demostrado su utilidad y eficacia).

La figura hecha por tierra también todas las herramientas societarias diseñadas para el control societario-empresarial, especialmente la tipicidad y el capital. Lo hace naturalmente, sin necesidad de eludir ni simular nada porque, evidentemente, no es una sociedad comercial.

La cuenta capital simplemente no existe. El patrimonio de afectación debe responder solamente a la lógica contractual, pero no hay control inicial ni amparo funcional. Por supuesto no hay previsión de reservas. Ante la impotencia patrimonial, ya sea constitutiva o sobreviviente, el o los fiduciantes podrán reforzar el aporte fiduciario o dejar que el fiduciario disponga la liquidación.

Paralelamente, la organización interna queda abierta a las necesidades y creatividad de los contratantes. Es claro que existen como actores necesarios el fiduciante y el fiduciario y es claro que existen las "posiciones" de beneficiario y fideicomisario (que pueden ser atribuidas a los mismos fiduciantes, a alguno de ellos o a cualquier otra persona salvo el fiduciario); pero nada más. Puede haber o no un "consejo de administración", puede haber o no un "controlador" o un "revisor de cuentas" y puede haber cualquier otro órgano que se estime conveniente para el correcto funcionamiento mientras no desnaturalice la relación fundamental fiduciante-fiduciario. Los únicos rasgos de tipicidad surgen de específicas previsiones dirigidas al funcionamiento del fideicomiso financiero, especialmente por reglamentación de la CNV y del BCRA.

No más características típicas pues no hay personalidad que resguardar: el fiduciario es persona y él administra, él responde "como buen hombre de negocios", él percibe la remuneración que se pacte en el contrato.

En definitiva, los terceros, al momento de contratar con el fideicomiso deberán estar a la letra del contrato, a la potencia del propio patrimonio (y a las garantías específicas que pudieran constituirse) y, por supuesto, a la fe que les merezca el fiduciario.

7. En estos términos, cabe preguntarse por la verdadera utilidad de un instituto tan desprovisto de estructura. En respuesta, la realidad nos muestra que su difusión es amplia y su versatilidad enorme.

Es ampliamente aprovechado para los más diversos fines: emprendimientos constructivos, comercialización inmobiliaria, proyectos agrarios, garantías y autoseguros, obras de beneficencia y, por supuesto, fondos de inversión. Su utilización por el Estado merece un capítulo aparte que aquí obviaremos. Aún así, en otros países encontramos creativos proyectos de gran escala para la reconversión tecnológica y la protección del medio ambiente (v.g., "Fideicomiso para el Ahorro de Energía Eléctrica" de México y "Fideicomiso de Conservación de Ecosistemas" de Puerto Rico⁽³⁾).

Es claro que esta herramienta es funcional a muy diversos tipos de empresas de corto y mediano plazo y aún a la puesta en marcha todas las empresas que deseen convertirse en sociedades.

Advertimos sin embargo que existe una enorme asimetría de control y fiscalización. Por eso, los controles sobre los fideicomisos deberían ser reforzados; sobre las sociedades, morigerados. En todo caso, la enorme carga de información que habitualmente se requiere a cada empresa, procesarse debidamente.

El futuro

8. Lejos de aquellas realidades, muchos operadores jurídicos - encasillados en los límites del derecho societario- seguimos discutiendo sobre la relación entre capital y objeto, seguimos detectando simulaciones, seguimos denunciando abusos o funcionamiento anómalo del sistema societario; sistema que, a decir verdad, no provee

(3) Sobre el funcionamiento de cada una, en sus respectivos sitios: <http://www.fide.org.mx/> y <http://www.fideicomiso.org/>

figuras útiles para determinados negocios y al que se sigue recurriendo únicamente como limitador de riesgo.

Advertidos, nos compete buscar -y encontrar- una solución integradora y no extremar requisitos ni prometer peores castigos, elevando el índice de exclusión.

Es nuestra tarea ofrecer a la sociedad reglas jurídicas útiles y de simple seguimiento.

Debemos reconocer que los embates a la normativa vigente responden a una realidad social y, por tanto, no encaramarnos en la defensa de la normativa societaria como si se tratara de una lucha a vida o muerte, una resistencia agónica por contener los abusos y reafirmar su obligatoriedad. Creemos que el asunto no merece semejante tono trágico, pues la idea de evolución mantiene plena actualidad: no somos "modernos" ("evolución" ya no se identifica con "mejora") pero seguimos siendo capitalistas⁽⁴⁾. Así, coincidimos con Leibniz en que "no hay nacimiento ni muerte, no hay sino transformación bajo la ley del progreso".

Conforme nuestra visión, la mejor forma de hacer respetar la normativa societaria es permitir su elusión; generar una alternativa legal para que aquellos que quieran llevar adelante una empresa, pero no necesitan constituir una sociedad, no lo queden entrampados en estructuras innecesarias.

La confección de figuras que verdaderamente se ajusten a la actual realidad empresaria es el desafío actual y permanente que debemos enfrentar.

Tenemos la experiencia ganada en años en los que el derecho societario era la única opción.

Tenemos también la primera figura empresarial extrasocietaria.

Generar más alternativas y sistematizar los principios jurídicos que regulen de manera integrada todas las formas la organización empresaria será la tarea de los años venideros.

(4) "Sólo en la era del capitalismo, el futuro se percibe como una época de posibilidades illimitadas, crecimiento, acumulación, expansión t transformación". R.Heillbroner y W.Milberg, "La evolución de la sociedad económica", Prentice Hall, México 1999, p.163.