

FIDEICOMISOS SOCIETARIOS, ABUSO O TENDENCIA?

LUCAS FEDERICO SHEKENDEMIAN

RESUMEN DEL CONTENIDO

El presente trabajo intenta establecer con fundamentos doctrinarios, si el contrato de fideicomiso, legislado por la ley 24.441, da origen a una nueva forma de instrumentar una asociación comercial, útil para lograr la finalidad de los interesados de poner en común alguna cosa con vistas a dividir el beneficio que pudiera resultar.

APROXIMACIÓN INICIAL

El presente trabajo intenta establecer con fundamentos doctrinarios, si el contrato de fideicomiso, legislado por la ley 24.441, da origen a una nueva forma de instrumentar una asociación comercial, útil para alcanzar la finalidad de los interesados de poner en común algún bien, en vista de dividir el beneficio que pudiera resultar.

La primera parte del mismo se destina a realizar una somera reseña y análisis de los antecedentes históricos y doctrinarios del fidei-

comiso; para luego adentrarnos en la legislación argentina vigente. El contrato de fideicomiso legislado ha sido analizado en los aspectos de su contenido, las partes intervinientes y los bienes fideicomitados, que constituyen el patrimonio fiduciario.

La segunda parte se dedica a efectuar una revisión de la doctrina societaria, en lo referente al concepto de actividad comercial, sujetos intervinientes, y sobre todo a las técnicas jurídicas necesarias para instrumentar su organización como ente y exteriorizar sus actividades de empresa en la actividad económica.

ANTECEDENTES Y REVISIÓN DOCTRINARIA

Es una modalidad contractual de vieja data en economías avanzadas, y que hace pocos años fue legislada específicamente en nuestro país, no obstante que para una parte de la doctrina ya lo contenía el Código Civil.

Esencialmente el fideicomiso permite el aislamiento de bienes o derechos de un patrimonio, con el objetivo de constituir un patrimonio autónomo para el cumplimiento de las más variadas finalidades que se expresan a través de un contrato.

En el fideicomiso no importa tanto la situación del sujeto como la situación de los bienes. Más que hablar de propiedad fiduciaria o dominio imperfecto sería mejor asimilar el fideicomiso a la institución alemana del "patrimonio de afectación" (afectado a un fin).

Para realizar una aproximación al concepto de fideicomiso se puede pensar en la antigua Roma, dónde el romano que se dirigía a la guerra y dejaba sus bienes en manos de una persona de su confianza, para que los administre a favor de su familia y se los entregue a su regreso o a sus familiares en caso de la muerte de éste. En el citado ejemplo se reconoce a una persona que cede sus bienes a favor de otra para su administración, otorgándole el beneficio de dicha administración a terceros. El espíritu que se manifiesta en el accionar del poseedor de los bienes es la confianza depositada en el administrador para cuidar sus bienes y desarrollar bien su tarea. Además, se permitía beneficiar a alguien que podía estar enterado o no de esa decisión.

Acorde a nuestra legislación *existe fideicomiso cuando una*

persona llamada fiduciante transmite bienes o créditos en propiedad fiduciaria a otra persona (fiduciario) para que cumpla expresos mandatos a favor de un tercero (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario). El beneficiario recibirá el producto de los bienes y derechos transmitidos durante el cumplimiento del contrato, y el fideicomisario será el destinatario final de los bienes entregados en propiedad fiduciaria.

En la definición de la ley publicada con fecha 9/1/95 se menciona en forma explícita la palabra *contrato*, lo que implica un acuerdo entre las partes, personas físicas o jurídicas. En el mismo se hace referencia; a la individualización de los bienes que conforma el fideicomiso; a la forma de incorporar otros bienes; el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario; el destino de los bienes a su finalización; los derechos y obligaciones del fiduciario; y su forma de reemplazarlo.

También hace referencia a la propiedad fiduciaria la que es imperfecta en cuanto el dominio no es total. Los bienes pueden no ser cosas, por ejemplo un flujo futuro de fondos. Estos bienes conforman un patrimonio separado a los del fiduciante y fiduciario. La consecuencia de ello es que no pueden ser alcanzados por los acreedores de éstos. En caso de falta de recursos por parte del fideicomiso para atender las obligaciones no podrá declararse la quiebra y el fiduciario procederá a la liquidación y hará entrega del producido a los acreedores del fideicomiso conforme al orden de privilegios establecidos. El fiduciario podrá disponer de los bienes si lo requieren los fines del fideicomiso.

Los bienes y derechos que recibe el fiduciario constituyen un patrimonio independiente y separado de su propio patrimonio, con lo cual éstos bienes se encuentran protegidos ante las eventualidades que le pudieran surgir a cualquiera de los intervinientes.

Esta expresamente prohibido que los bienes fideicomitados puedan pasar a formar parte del patrimonio del fiduciario. Una función insoslayable, es la de recibir la propiedad fiduciaria, ejercerla a favor del beneficiario, y transmitirla a la finalización del contrato, actuando durante la vigencia del mismo como un buen hombre de negocios.

REFLEXIONES EN TORNO A LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

La actividad económica es realizada por entes identificables, que constituyen combinaciones de recursos materiales e inmateriales; y que son coordinados por una autoridad que toma decisiones encaminadas a la consecución de los fines de la entidad.

En la doctrina societaria reconocemos la necesidad de identificar a estos entes que persiguen fines económicos particulares, y que son independientes de otros. Así también es una exigencia indispensable brindarles los medios técnicos-jurídicos necesarios para concretar los negocios subyacentes en un marco legal adecuado.

Los **criterios utilizados para identificar** estos entes económicos son los siguientes: a) **Conjunto de recursos destinados a satisfacer alguna necesidad social con estructura y operación propios;** y b) **Centro de decisiones independientes con respecto al logro de fines específicos,** es decir, a la satisfacción de una necesidad social. Por consiguiente dichos entes económicos constan de los siguientes **elementos: un fin económico particular, un conjunto de bienes** (materiales e inmateriales) **y un centro de decisiones, el cual coordina la actividad económica hacia el fin perseguido.**

A través del análisis del objeto, las partes intervinientes, los contenidos y las particularidades que puede revestir el contrato de fideicomiso, podemos establecer las siguientes relaciones con los entes económicos contables: 1) tiene un fin económico particular que es el encargo con respecto de un bien particular que le realiza el fiduciante al fiduciario (administración, inversión, garantía), 2) tiene un conjunto de bienes (materiales e inmateriales) que son los bienes fideicomitados o patrimonio fiduciario, y 3) tiene un centro de decisiones, el cual coordina la actividad económica hacia el fin perseguido que es el fiduciario quién debe realizar las acciones necesarias para ejecutar el encargo del fiduciante.

El análisis efectuado nos permite concluir, que el contrato de fideicomiso celebrado de acuerdo a la legislación vigente da origen a un ente económico contable y, por consiguiente "*contrario sensu*" todo ente económico contable (asociación en sentido lato) se puede instru-

mentar por medio de un fideicomiso, aprovechando las ventajas del mismo, que se pueden reseñar en que:

- a) El fideicomiso inspira certeza y seguridad a las operaciones subyacentes, las cuales sirven de instrumento de realización.
- b) El fideicomiso no es un negocio en sí mismo sino que es un medio que las partes utilizan para concretar otros negocios subyacentes bajo un esquema jurídico de máxima garantía.
- c) Los bienes fideicomitados, cualquiera fuese la clase de fideicomiso, constituyen un patrimonio separado del fiduciario, del beneficiario y del fideicomisario. De que surge que la quiebra de alguno de estos sujetos no afecta los bienes aislados.
- d) El fideicomiso posibilita una mejor administración del riesgo lo que permite controlar el costo del endeudamiento.
- e) Ante situaciones dadas el fiduciario cumple con las instrucciones recibidas sin necesidad de intervención judicial.
- f) A través de la transparencia que aporta a los negocios la intervención del fiduciario permite mejorar la calidad de ellos.
- g) En caso de fideicomisos financieros se agregan ventajas impositivas a los resultados derivados de los mismos.
- h) El fideicomiso no tiene personalidad jurídica, no es un sujeto de derecho, no es un instituto publicista regulado por razones de interés general, por consiguiente sin injerencia estatal.
- i) Es una relación jurídico obligacional entre el fiduciante y el fiduciario, un contrato entre partes sin intervención, y así agiliza las transacciones reduciendo sus costos.

Para concluir, puede decirse que el empleo del contrato de fideicomiso por parte de entes económicos contables -asociaciones en sentido lato- es útil, y presenta posibilidades muy interesantes en cuanto brinda una nueva forma, netamente contractualista, de instrumentar la organización y afectación de aportes de la empresa moderna, con el fin de acelerar y mejorar los cánones en las transferencias comerciales. Asimismo, puede complementarse con mecanismos de

control y seguimiento del cumplimiento del contrato a través del mismo fiduciario o eventualmente de algún beneficiario o interesado en los resultados; y además, entre otras constituye una vía de compromiso confiable que permite evitar anomalías.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini Jorge H. Código Civil Anotado.

Benébaz, Hector Angel, Coll, Osvaldo Walter. Sistema bancario moderno: manual de derecho bancario, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Bonfanti, Mario Alberto. Contratos bancarios: responsabilidad de la entidad financiera, secreto bancario, descuento bancario, leasing, factoring, underwriting, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

Borda Guillermo "Tratado de Derecho Civil- Derechos Reales", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1992.

Bossone, Biagio. The role of trust in financial sector development, Washington, Banco Mundial, 1999.

Carregal, Mario. El fideicomiso: su aplicación en el mercado financiero argentino, Buenos Aires, Fundación Raúl Prebisch, 1995.

Farina, Juan M. "Contratos comerciales modernos" Ed. Astrea, Bs. As. 1993.

Farina, Juan M. "Contratos comerciales modernos" Ed. Astrea, Bs. As. 1993.

Fontanarrosa, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino", Ed. Zavallía, Bs. As., 1979.

Gotlib, Gabriel. Nuevos instrumentos financieros: funcionamiento, naturaleza jurídica, imposición eficiente, Buenos Aires, Valletta, 1996.

Hansen, Leonardo. "Tratamiento Tributario: Fideicomisos Financieros", Ed. Macchi, Bs. As. 2000.

Highton, Elena, Mosset Iturraspe, Jorge, Paolantonio, Martín, Rivera, Julio. Reformas al derecho privado; ley 24.441, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

Johnson, Frank, Johnson, Richard. Bank management, Washington, American Bankers Association, 1989.

Lisoprawski, Silvio - Kiper Claudio. "Fideicomiso, Dominio Fiduciario. Securitización", Editorial Depalma, Bs. As. 1996.

Lisoprawski, Silvio, Kiper, Claudio. Fideicomiso: dominio difuciario: securitization, Buenos Aires, Depalma, 1995.

López de Zavallía, Fernando. Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición, Buenos Aires, Zavallía, 1996.

Martín, Julián A. Alchouron, Juan. Securitización, fideicomiso, fondos de inversión, leasing: tratamiento impositivo, Buenos Aires, Price Waterhouse, 1996.

Mosset Iturraspe, Jorge. "Contratos" (Edición actualizada), Ed. Rubinzal-Culzoni, año 1995.

Rodríguez, Alfredo C. Técnica y organización bancarias: manual del banquero, Buenos Aires, Macchi, 1980.