

LÍMITES A LA CREACIÓN VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN PARA LA SALVAGUARDA DE BIENES

ALVARO GAMIO
SANTIAGO CASTELLAN

1) INTRODUCCION

A través de este trabajo de investigación se pretende analizar los límites a una práctica cada vez más generalizada en nuestro medio, como lo es la utilización atípica del instrumento societario de responsabilidad limitada, o del instrumento del fideicomiso, con el exclusivo propósito de crear en forma voluntaria un patrimonio separado en el cual resguardar bienes.

En éste contexto, se comenzará el trabajo analizando con carácter crítico la teoría clásica de la unidad del patrimonio, y su relación con el artículo 2372 del C.C., el cual prescribe que todos los bienes del deudor, excepto los no embargables, son la garantía común de los acreedores.

Posteriormente se analizará la concepción moderna del patrimonio a partir de la cual se concibe que una persona física y/o jurídica pueda ser titular de más de un patrimonio, relativizando el concepto de unidad patrimonial

Como una aproximación a la sustancia de nuestra investigación, se analizarán en el ámbito del derecho comparado, las fórmulas más avanzadas dirigidas a la limitación de la responsabilidad patrimonial mediante la creación de patrimonios de afectación, analizando especialmente el caso de los "patrimonios destinados a un negocio específico" del derecho italiano, y el caso de las "empresas individuales de responsabilidad limitada" del derecho francés. Veremos como en ambas hipótesis, ya no se trata simplemente de constituir un nuevo sujeto de derecho con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tampoco de la creación de un patrimonio de afectación cuya titularidad pasa a manos de un tercero por un período de tiempo determinado (fiduciario). En ambos casos, se plantea una clara fragmentación o segmentación patrimonial, que aniquila por completo la tesis de la unidad del patrimonio.

Posteriormente, se analizará como nuestro derecho positivo ha ido también evolucionado desde un concepto clásico de patrimonio hacia la admisión de patrimonios de afectación, analizando distintos institutos que nuestro legislador ha ido previendo, tales como el beneficio de inventario, los fondos de ahorro previsional, los fondos de inversión, y en particular los fideicomisos, donde la Ley 17.703, recurriendo al concepto de propiedad fiduciaria, define al fideicomiso como un patrimonio de afectación.

Una vez finalizado el marco contextual, se tratará de exhibir como la regla es que hoy las personas físicas y/o jurídicas asumen tener la libertad de fraccionar voluntariamente su patrimonio, creando múltiples patrimonios afectados a determinados fines o a ningún fin.

Y como en el marco de ésta libertad, la opción preferida por parte de los operadores es la utilización atípica de sociedades comerciales de responsabilidad limitada, o de fideicomisos de administración.

Por último, a la luz del marco teórico anteriormente expuesto, se ingresará a lo que constituye en puridad el tema objeto de ésta tesina, como lo es el análisis de la legitimidad y los límites a éstas creaciones voluntarias de patrimonios para la administración de riegos.

En éste contexto, se analizara en una primera etapa si la enajenación en virtud de la cual los bienes pasan al patrimonio social de una sociedad de responsabilidad limitada o al fiduciario es válida, o nos sitúa por el contrario frente a una hipótesis de simulación absoluta o de simulación relativa subjetiva o por interposición de personas.

En una segunda etapa se analizará la propia validez y/o existencia de la sociedad comercial O fideicomiso que no desarrolla actividad económica, utilizados exclusivamente para resguardar bienes del patrimonio personal.

Y finalmente se analizara el instituto del disregard, a los efectos de determinar si la creación voluntaria de patrimonios de afectación para la mera salvaguarda de bienes, constituye o no la utilización de los instrumentos en fraude a la ley, en violación al orden público, o en fraude y con perjuicio a los derechos de los terceros.

Como corolario se expondrán las conclusiones a que se arribe a través de la investigación realizada.

2) CONCEPTO DE PATRIMONIO. SU EVOLUCIÓN

2.1) TEORIA CLASICA: PATRIMONIO COMO ATRIBUTO DE LA PERSONALIDAD

El concepto clásico de patrimonio se atribuye a Zachariae, y posteriormente, a partir de los fundamentos realizados por éste, a los autores Frances Aubry y Rau¹ quienes vinculan la idea de patrimonio a la de personalidad, entendida esta como la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

Para los citados autores el patrimonio es "... la personalidad misma del hombre en sus relaciones con los objetos del mundo exterior, sobre los cuales puede o podrá tener derechos a ejercitar". Se vinculaba a la idea de patrimonio con la aptitud legal de adquirir bienes y contraer obligaciones, es decir, la capacidad.²

En definitiva, el patrimonio es como se destaca³ la persona misma considerada desde el punto de vista de su poderío económico. Sería, en realidad, la aptitud legal de adquirir bienes y de contraer obligaciones.

La doctrina clásica considera al patrimonio como una universalidad distinta, independiente de las propias unidades que la integran, y de naturaleza intelectual como son también los elementos que lo integran. En relación a este último aspecto, la doctrina clásica sostiene que el activo del patrimonio no lo integran cosas en su sentido material, sino el derecho del titular de ese patrimonio sobre esas cosas "Los elementos del patrimonio consisten, por tanto, en los objetos de derechos civiles, considerados en su calidad de bienes; y como estos no revisten esta calidad en razón de los derechos a que se encuentran sometidos respecto a una determinada persona, se puede también, sustituyendo de alguna forma la causa por el efectos, definir al patrimonio, como el conjunto de derechos civiles de una persona sobre los objetos que constituyen sus bienes"⁴.

El patrimonio es una universalidad jurídica, entendida ésta como el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero. La universalidad jurídica se presenta como única, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes, como los bienes, derechos y obligaciones futuros.

De acuerdo a los postulados de la doctrina clásica, del concepto del patrimonio se pueden extraer los siguientes principios básicos: sólo las personas pueden tener patrimonio; ninguna persona puede carecer de patrimonio; toda persona tiene un solo patrimonio; y la persona no puede desprenderse de su patrimonio en vida⁵.

1.- Sólo las personas pueden tener patrimonio:

Este principio es consecuencia lógica del postulado que asocia al patrimonio como un atributo de la personalidad, lo cual excluye el patrimonio en sede de cualquier cosa que no sea una persona. De acuerdo a este postulado, no se admite la existencia de patrimonio sin dueño, entendido éste por una persona física o jurídica.

2.- Ninguna persona puede carecer de patrimonio:

Desde el momento en que se concibe al patrimonio como un atributo de la personalidad, no es posible admitir la existencia de una persona sin patrimonio así como tampoco es posible concebir la existencia de una persona sin capacidad de obrar. Al respecto, los juristas Franceses Planiol y Ripert⁶, cuando se referían al patrimonio lo ejemplificaban con una bolsa vacía, señalando que los elementos que se coloquen dentro de esa bolsa podrán mantenerse, sustituirse en un momento determinado, quitarse, desaparecer, quedando la bolsa vacía, pero aún así, se podría volver a llenar en el futuro, razón por la cual, aún vacía, no dejaba de constituir el patrimonio.

Por su parte, en nuestro medio el propio Del Campo señalaba que la idea de patrimonio no puede confundirse con la idea de riqueza, la cual es el resultado de la relación entre el activo y el pasivo. Por el contrario, una persona sin ninguna unidad en el activo no dejaría de tener patrimonio.

3.- Toda persona tiene un solo patrimonio:

1 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 5ª edi., París, p. 336.

2 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil. ADCU. T XXVII, FCU, pág., 473 y sgtes.

3 DEL CAMPO, Francisco, Derecho Civil, Bienes, Volumen I, pág. 10.

4 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 6ª edi., París, 1935, Pág. 9.

5 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930, pág. 24.

6 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930, pág. 24.

La indivisibilidad del patrimonio responde a que se concibe al patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada. A partir de esta característica, el patrimonio de una persona era sólo uno, el cual no se podía dividir en dos o más.

No obstante, este aspecto constituye el gran talón de Aquiles que tiene la doctrina clásica del patrimonio, por cuanto, como se verá, existen varias excepciones legales a este principio.

En efecto, ya en la época en que nació la doctrina clásica, los diferentes códigos civiles de origen continental recogían numerosas hipótesis de excepciones legales a este principio. En ese sentido, en nuestro código civil se deben destacar la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario (artículo 1078 Código Civil) a partir del cual el heredero aceptante va a ser titular de dos patrimonios bien diferenciados: el suyo propio y el del causante; la separación de patrimonios (artículo 1181 del Código Civil) a partir del cual los acreedores y legatarios del difunto pueden solicitar que no se confundan los bienes de la herencia con los bienes del heredero; el instituto de la ausencia en el cual se prevé la separación de dos patrimonios en sede de una misma persona: el patrimonio del ausente y el patrimonio del poseedor de los bienes del ausente, ambos en cabeza de este último.

Asimismo, a finales del Siglo XX y comienzo del presente, se han aprobado numerosas leyes que analizaremos más adelante, las cuales suponen que una persona pueda tener más de un patrimonio.

Planiol y Ripert, analizando las excepciones al principio de la indivisibilidad del patrimonio en el derecho Francés, señalan que “En todos estos casos nos encontramos en presencia de verdaderas universalidades, distintas del patrimonio mismo, puesto que los bienes que la componen responden a un interés especial, diferente al de la destinación común de los otros elementos del patrimonio. Cada una de estas universalidades tiene su activo y su pasivo propio y se encuentran sometidas a la aplicación normal de la subrogación real”⁷.

A partir de estas consideraciones, los referidos juristas concebían la existencia de varios patrimonios en cabeza de una misma persona.

4.- La persona no puede desprenderse de su patrimonio en vida:

Este postulado responde a que durante la vida de la persona, ésta no puede enajenar su patrimonio al igual que, explica la teoría clásica, no puede enajenar su personalidad. El patrimonio solamente se transmite por causa de muerte de la persona física o extinción de la persona jurídica. Mazeaud y Henry señalaban que de acuerdo a la teoría clásica, si bien se reconoce que la persona puede enajenar uno a uno todos los bienes del patrimonio, le resulta imposible la transferencia global del patrimonio⁸. Este carácter se vincula a la idea de universalidad jurídica del patrimonio, a partir de la cual se lo concibe como una universalidad distinta e independiente de las propias unidades que lo integran, siendo un concepto de naturaleza intelectual.

En una postura crítica a este principio, nuestra doctrina⁹ destacó que la escisión de sociedades comerciales constituye una excepción a este principio. En efecto, la sociedad que se escinde sin disolverse transmite cuotas partes de su patrimonio a título universal a otra sociedad.

Es decir, que en este caso existe un desprendimiento de parte del patrimonio a título universal sin que se haya verificado la extinción de la persona jurídica.

2.2) CRÍTICAS A LA TEORÍA CLÁSICA

Las críticas a la doctrina clásica se pueden dividir en dos grandes grupos: las absolutas y las relativas.

Como un importante exponente del primer grupo, se identifica el Argentino Salvador Fornieles¹⁰. El citado autor, niega al patrimonio el carácter de *universitas iuris* y lo considera una simple suma de elementos activos que soportan la carga de elementos pasivos. Rebate la identificación de patrimonio y personalidad y la continuidad de la persona del causante. Señala que la transmisión sucesoria no es otra cosa que una simple transmisión de bienes. Destaca como principal argumento en contra de esta doctrina, la existencia de numerosos ejemplos de personas que son titulares de más de un patrimonio (ver *ut supra*).

Dentro del segundo grupo de opiniones críticas respecto de la teoría clásica del patrimonio, se ubican Planiol, Ripert y Geny¹¹.

7 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 28.

8 HENRY LEON y MAZEAUD JEAN, Lecciones de Derecho civil, parte primera, volumen I, Edi. Jurídicas Europa – América (Bs. As.), 1976, pág. 439.

9 HARGAIN, DANIEL, Manual de Sociedades Comerciales, T.II, AEU, 1992, pág. 98.

10 FORNIELES, SALVADOR. Citado por Del Campo, Bienes, volumen I, pág. 17 y por DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

11 DEL CAMPO, FRANCISCO, Derecho Civil, Bienes, Volumen I, pág. 17,

Los primeros, en su "Tratado práctico de Derecho Civil Francés", de 1926; advierten desmesura en la teoría clásica de Aubry y Rau que establece una dependencia absoluta resultante de la identificación de persona y patrimonio¹².

Sostienen que el patrimonio no es otra cosa que un simple conjunto de bienes destinados al cumplimiento de obligaciones determinadas con una afectación particular de tipo finalista. De esta forma, reemplazan la idea del sujeto persona, del que el patrimonio es un atributo, por el de la finalidad, a partir de la cual se admite la posibilidad de distintos patrimonios de una misma persona, pero afectados a fines determinados. Puntualmente señalan: "No se podrá desconocer que la relación establecida por la escuela clásica entre el patrimonio y la personalidad descansa sobre la idea justa de que los bienes exteriores son considerados por el derecho en relación con los fines perseguidos por el hombre. Solamente que ello presente el inconveniente de desconocer que siendo múltiples los fines, una teoría unitaria del patrimonio no sería exacta".

Por su parte Coviello, crítico con la doctrina clásica, señala que es falso concebir al patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente poseer uno; esta afirmación, dice, es ridícula, pues la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio; algunos ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta, como ocurre con ciertos menores, sacerdotes regulares, reclusos, etcétera, que tienen la que sus padres, o la congregación, o el Estado les facilitan. Señala que "Eliminada la posibilidad de tal ficción, caen por sí sola las consecuencias. No se puede hablar de unicidad, pues encontramos casos en que la persona se considera como titular de patrimonios diversos (aceptación de herencia con beneficio de inventario, separación de patrimonios): decir que si en estos casos existen dos patrimonios existen también dos sujetos, el heredero por un lado y la herencia por otro, que la ley finge como sujeto de derechos, es crear sencillamente una nueva ficción que la ley ignora, para justificar otra igualmente arbitraria. No hay indivisibilidad, puesto que el mismo patrimonio del difunto se divide entre varios herederos, y da origen a otros tantos patrimonios distintos. No hay inalienabilidad, puesto que la ley mismo permite la cesión de la herencia, o sea del patrimonio adquirido por sucesión mortis causa..."¹³.

En el Derecho Argentino, Borda¹⁴ niega enfáticamente los postulados de la doctrina clásica. Afirma que es 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. Sigue diciendo que tampoco es exacto que el patrimonio sea inalienable, puesto que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquél. Inclusive es posible la alienación total, como ocurre, por vía de ejemplo, en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa en la cual ingresa. Ni siquiera es totalmente verdadero, según explica, que el patrimonio sea único e indivisible, pues hay casos en que una persona es titular de más de un patrimonio. El célebre autor Argentino finaliza concluyendo que la noción subjetiva del patrimonio ha sido reemplazada por otra de sentido objetivo y realista.

2.3) TEORIAS MODERNAS DEL PATRIMONIO

Las críticas a los postulados de la teoría clásica, dieron origen a la teoría moderna del patrimonio, a partir de la cual se concibe al patrimonio como universalidad jurídica que se encuentra determinada no por constituir un atributo de la persona, sino por los fines perseguidos por la persona, es decir, por la afectación de los bienes a un destino jurídico o económico específico. Incluso, yendo más lejos, esta admite la existencia de patrimonios sin dueños.

Francisco Ferrara, señalaba que la existencia de un patrimonio autónomo y separado tiene lugar para perseguir determinados fines, cuyas normas particulares estarán dadas por el legislador en cada caso, que es en definitiva quien constituirá los límites y el marco normativo de esa separación¹⁵.

Los postulados de la teoría moderna han sido recogidos por los ordenamientos jurídicos Suizo y Alemán. Así es que el artículo 419 del código de este último país regula la enajenación del patrimonio de una persona a otra: "Si una persona adquiere por contrato el patrimonio de otra, sus acreedores sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior que continúa existiendo, pueden, a partir de la conclusión del contrato, invocar contra el cesionario los derechos existentes en la época de la cesión. La responsabilidad del

12 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 25.

13 COVIELLO, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil, México, 1949, pág. 279.

14 BORDA, GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II, pág. 11.

15 FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 607

cesionario se limita al monto del patrimonio cedido y a los derechos que resulten en virtud del contrato. Si él no invoca esta limitación, habrá lugar a aplicarle por analogía los artículos relativos a la responsabilidad de los herederos”.

Planiol y Ripert, así como formularon sus reparos a la teoría clásica del patrimonio conforme se señaló en el numeral anterior, también criticaron duramente la teoría moderna del patrimonio, señalando que debe rechazarse por exagerada la concepción alemana del patrimonio por la que se admite la existencia de patrimonios sin dueños: “... la teoría del patrimonio sin dueño resulta también tan abstracta como la teoría clásica. Tampoco esta teoría puede explicar el porque el derecho puede considerar a los bienes con independencia de aquellos que lo poseen y además se presenta como una construcción puramente técnica”¹⁶.

El devenir del siglo XX ha mostrado como, impulsado por el poder de los hechos, la doctrina clásica cedió terreno a favor de la doctrina moderna, a partir de la erosión de algunos de sus postulados fundamentales. En ese sentido, han aparecido en numerosos ordenamientos jurídicos institutos que implican que una persona tenga más de un patrimonio, o que una persona pueda desprenderse de parte de su patrimonio en vida, o que el patrimonio se pueda fraccionar, incluso se ha admitido la existencia de patrimonios sin dueños.

3) RECONOCIMIENTO DE PATRIMONIOS DE AFECTACION EN EL DERECHO COMPARADO: EL TRUST ANGLOSAJON

En el marco de la evolución reseñada, el reconocimiento de los patrimonios de afectación es un fenómeno que se ha ido manifestando con cierta intensidad, aunque con diferentes tiempos y de diferentes maneras según el ordenamiento jurídico en cuestión.

En ese sentido, el antecedente más remoto del reconocimiento de patrimonios de afectación con las características reseñadas en la evolución teórica, lo encontramos en la edad media, con el instituto del Trust, el cual a su vez, es un derivado de la fiducia del Derecho Romano.

El trust, antecedente inmediato del fideicomiso, es un instituto del derecho anglosajón, el cual supone un acuerdo privado por el cual una persona transfiere un bien o derecho a otra persona de su confianza, con el fin de que lo controle y administre en beneficio de terceras personas, normalmente familiares o allegados.

Como se ha señalado¹⁷, el “Trust es la relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (Cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust, (settlor)”. Explica Serrano Trasviña que lo característico del trust y probablemente una de las diferencias más importantes que lo distinguen del fideicomiso de origen romano, es la existencia de dos propiedades que concurren sobre los mismos bienes: el trustee es el propietario legal y el cestui que trust (beneficiario) recibe protección como propietario en equidad.

Como se dijo, el trust anglosajón encuentra un primer antecedente en el derecho Romano, más particularmente en el fideicommissum y el pactum fiducia¹⁸. Sin perjuicio de la influencia del derecho Romano, el antecedente más inmediato del trust lo ubicamos en el derecho inglés de la Edad Media. En efecto, en la Gran Bretaña de la Inglaterra de la Edad Media, se acudió a la utilización del denominado “use”, principalmente como un instrumento para eludir las confiscaciones fiscales en tiempos de guerra dinásticas y de persecuciones políticas que se abatían sobre los vencidos. Además, el use también era utilizado por caballeros que partían a guerras y/o cruzadas, quienes transferían el dominio de sus propiedades a un hombre de su confianza para que las administre en beneficio de la esposa e hijos menores de edad.

A través del use, el propietario de tierras (settlor) traspasaba el dominio de las mismas a un hombre de su confianza (feoffee to use), con el acuerdo de que una tercera persona (cestui que use) tenía el derecho de gozar y disfrutar de esas tierras. En su origen, la entrega de las propiedades por parte del denominado feoffee to use al cestui que use, dependía exclusivamente de imperativos morales, en virtud de que no existía el instituto del use en el common law, y por lo tanto no había forma de constreñir al hombre de confianza al cumplimiento del encargo¹⁹.

Sin embargo, los repetidos abusos y expolios que se producían por parte de estos hombres de confianza, hizo que el Tribunal de Cancillería que era la corte de justicia de la época, fundamentándose en la equidad,

16 PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La Habana, 1930, pág. 30.

17 SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Aportaciones al Fideicomiso. México 1950. Páginas 88 y 89.

18 ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. El Fideicomiso. Ediciones del Foro. 2004. Página 4.

19 LISOPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO. Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, pág. 5.

fallara en reiteradas oportunidades compeliendo al feoffee to use a cumplir con el encargo oportunamente confiado, dando origen al instituto del trust, cuyo incumplimiento se penaba con prisión.

El resultado final de esta evolución del instituto del use fue una disposición que reconoció al trustee como propietario legal y al beneficiario como propietario en equidad, produciéndose un desdoblamiento de la titularidad del bien. Al decir de los Argentinos Malumián, Diplotti y Gutiérrez, esta segregación se fundamenta en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distinguía entre el derecho del Common Law y el derecho de equidad (Equity Law), de manera que la propiedad legal o formal se encuentra sometida al Common Law, mientras que la material o de goce se ampara en la equity²⁰.

De acuerdo a esta estructura, si bien el trustee tiene la propiedad legal de los bienes que integran el trust, el derecho de equidad subordina los derechos de éste a los derechos del cestui que trust (propietario por equidad), quien goza del patrimonio constituido en su favor, recibe los frutos y tiene capacidad de disposición en las condiciones previstas en el acto constitutivo del trust. De esta forma, el dominio legal se encuentra supeditado al dominio por equidad.

El referido desdoblamiento de la propiedad en propiedad legal y propiedad de equidad, supone la creación de un patrimonio de afectación en sede del cestui que trust.

4) OTROS INSTITUTOS DE PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Sin perjuicio de la existencia del trust anglosajón, en una época más reciente, el reconocimiento de patrimonios de afectación es un fenómeno que se ido manifestando con cierta intensidad en la Unión Europea y en los Estados Unidos, principalmente en las últimas décadas del Siglo XX, producto de una competencia jurídica entre los diferentes ordenamientos jurídicos internos de cada estado, que pujaron con la finalidad de brindar a los operadores económicos las estructuras jurídicas que más se adecuen al tráfico mercantil, velando por obtener mayor eficiencia²¹.

En ese contexto, el ámbito donde se vislumbró un mayor grado de evolución, fue en el marco de las estructuras jurídicas asociativas, especialmente en las sociedades comerciales. Éstas últimas han sido objeto de cierta flexibilización en su regulación, a partir de la cual se derribaron ciertos iconos como por ejemplo la admisión de las sociedades unipersonales, que contribuyeron a lograr un mejor desempeño de estas estructuras en el mercado.

En el marco de esa evolución, se produjeron alteraciones importantes en las estructuras jurídicas, las cuales supusieron el abandono de los postulados de la concepción clásica del patrimonio, reconociéndose por parte de numerosos ordenamientos jurídicos, los patrimonios de afectación, ya sea en el marco de una sociedad comercial o fuera de ella.

Quizá las innovaciones legislativas más notables en este aspecto, se encuentran en Lichstestein con las fundaciones, en Francia con “las empresas de responsabilidad individual limitada”, o en Italia con los “patrimonios destinados a un negocio específico”. En el caso de las dos últimas, se concibe que un mismo sujeto de derecho (persona física en el caso de Francia y jurídica en el caso de Italia), sea titular de más de un patrimonio, todos ellos independientes entre sí.

4.1) LAS FUNDACIONES O STIFTUNG

Las Fundaciones de Liechtenstein o Stiftung, como se le conoce abreviadamente, son actos por el cual una persona dona un activo para el logro de los fines establecidos previamente en el acta fundacional por parte del denominado fundador, en provecho de unas personas denominadas Beneficiarios.

Estas estructuras jurídicas han sido consagradas en el principado de Liechtentein, y más recientemente en Panamá.

A diferencia de una Sociedad Anónima, la Fundación no tiene Socios o Accionistas y no puede dedicarse, en forma regular y continua, al ejercicio del comercio, pudiendo realizar actos de comercio solamente

20 MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y securitización: aspecto legal, fiscal y contable; La Ley, 2001, pág. 6 y stes.

21 DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

de manera accidental o puntual. Los Fines de la Fundación pueden ser diversos, excepto los vinculados al ejercicio de actividades lucrativas o comerciales en forma habitual o continua.

A diferencia del Fideicomiso, la fundación posee personería jurídica, erigiéndose en un sujeto de derecho separado del fundador y tiene por tanto sus propios derechos y obligaciones.

Las Fundaciones no están sujetas a la vida o muerte de su fundador, por lo cual tienen un carácter permanente, sometido a las condiciones establecidas en el Acta Fundacional.

4.2) LOS PATRIMONIOS DESTINADOS A UN DESTINO ESPECÍFICO DEL DERECHO ITALIANO

En el año 2003, a través del Decreto 6/2003 del 17 de enero de 2003, Italia reformó numerosas disposiciones de su Código Civil, entre las cuales se encuentran varias modificaciones correspondiente al derecho societario. Uno de los aspectos más innovadores de esta reforma, lo fue la inclusión de normas destinadas a la regulación de patrimonios de afectación constituidos por la propia sociedad anónima, aplicados a un negocio específico (artículos 2447 bis a 2447 decies). Estos patrimonios son llamados “dedicados” (o destinados) y se integran con el conjunto de bienes destinados a un negocio determinado e independientemente o separado del patrimonio principal, similar solución a la adoptada por la ley 16.565 de jubilaciones y pensiones bancarias.

De esta forma, se produce un quiebre al principio tradicional de unidad patrimonial generalmente atribuido a las sociedades comerciales, recogido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 2372 del Código Civil, a partir del cual se establece que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores.

Esta estructura legal permite que una sociedad comercial pueda constituir uno o más patrimonios afectados a negocios específicos. Los patrimonios creados al amparo de esta figura legal guardan una total separación entre sí, constituyendo activos segregados.

Como se dijo anteriormente, la presente reforma se inserta dentro de la competencia existente entre los diferentes ordenamientos jurídicos Europeos para proveer las estructuras jurídicas que se adapten con mayor efectividad a las demandas del comercio. En ese sentido, se buscó a través de esta solución legal, la posibilidad de constituir activos segregados dentro de una misma sociedad comercial, sin la necesidad de acudir a un nuevo sujeto de derecho, lo que posibilita la realización de una administración de riesgos, afectando bienes a actividades específicas.

En efecto, los patrimonios destinados a fines específicos permiten que una sociedad comercial que realiza varias actividades, limite el riesgo ínsito en cada una de esas actividades comerciales a tan solo una parte del patrimonio social, y no a la totalidad del mismo.

Como corolario lógico de la autonomía patrimonial de la universalidad jurídica que se crea, resulta que los acreedores de la sociedad no podrán perseguir los bienes que integran dichos patrimonios con destino específico para el cobro de sus créditos. Asimismo, la sociedad sólo responderá por las deudas y obligaciones asumidas en relación con el patrimonio específico, hasta el límite de dicho patrimonio (art. 2447 quinquies).

Como contrapartida de la posibilidad de crear patrimonios de afectación con destino específico dentro de la propia sociedad, la ley prevé determinado marco de protección hacia los acreedores del patrimonio principal de la sociedad. En ese sentido, se limitó la posibilidad de constituir patrimonios de afectación independientes a un 10% del patrimonio neto principal de la sociedad (art. 2447 bis). Asimismo, la creación de estos patrimonios deben estar precedidos por la realización de publicaciones del acto constitutivo, a partir de las cuales, se abre una instancia de oposición de los acreedores sociales (art. 2447 quater).

En definitiva, el régimen instaurado en la reforma del Código Civil Italiano resulta absolutamente novedoso, básicamente porque rompe en sede de sociedades comerciales con el principio de unidad patrimonial.

En nuestro país Olivera Amato analizó la innovación que supone la presente reforma del Código Civil Italiano, y realizó la siguiente consideración: “Frente a la calificación del patrimonio como atributo de la personalidad dotado de unidad, se abrió paso en forma progresiva el reconocimiento de patrimonios de afectación independientes cuya propiedad no está designada a una persona física o jurídica. El paradigma de los fideicomisos, ampliamente difundidos en el derecho comparado, ha terminado por abrir una grieta en las concepciones tradicionalistas imposible de disimular. En ese sentido, el terminante reconocimiento de este tipo de patrimonios de afectación en los diferentes ordenamientos jurídicos implicó un sinceramiento frente a la práctica de utilizar formas societarias para la organización de los negocios, el blindaje de activos y gestión de riesgos, aprovechando la limitación de responsabilidad”²².

22 OLIVERA AMATO, Juan Martín. La Creación de Patrimonios con Destino Específico en el Derecho Uruguayo”. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Págs. 537 a 542. FCU. Montevideo.

4.3) LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DEL DERECHO FRANCÉS

Por su parte, el derecho Francés también dio un salto importantísimo en la evolución del concepto de patrimonio, desde que incorporó la posibilidad de constituir patrimonios de afectación en sede de personas físicas, y ya no sociedades comerciales, como el caso de la reforma del derecho Italiano analizado.

Se trata de la figura del empresario individual con responsabilidad limitada (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée EIRL*) vigente a partir de la ley n° 2010-658 del 15 de junio de 2010.

La citada ley permite que en sede de las personas físicas que realizan actividad comercial o profesional coexistan dos patrimonios diferenciados: el personal y el patrimonio afectado a una actividad. La novedad de esta solución legal con respecto a otras anteriores, es que la empresa individual de responsabilidad limitada no supone la creación de un nuevo sujeto de derecho, sino que los dos o más patrimonios coexisten bajo una misma persona²³.

Antes de la aprobación de la ley 2010-658, si una persona quería emprender una actividad en forma individual, acotando los riesgos derivados de la misma a determinados bienes, debía necesariamente acudir a la figura de la sociedad unipersonal, lo cual generaba inconvenientes producto de los trámites burocráticos y de los elevados costos. Además, la técnica de la sociedad unipersonal muchas veces no lograba respetar la limitación del riesgo empresarial producto que los bancos solicitaban como garantía, fianza personal de los titulares de las sociedades.

En Francia, antes de la aprobación de esta ley, existían 3.003.693 empresas, de las cuales 1.540.130 adoptaron la forma societaria, en tanto 1.459.563 se encontraban en cabeza de personas físicas que operaban con su propio nombre. Con esta normativa el legislador Francés buscó promover aún más la actividad privada desarrollada por personas físicas, neutralizando el riesgo que significaba el hecho de que ante la insolvencia, el empresario individual respondía por las deudas de la empresa con todo su patrimonio, incluyendo naturalmente, los bienes no afectados al negocio²⁴.

La ley francesa crea un procedimiento simplificado que permite separar los bienes personales de los afectados a la actividad de la empresa (creación de dos patrimonios), de forma que los acreedores de ésta sólo podrán satisfacer sus créditos con el patrimonio de la empresa. Asimismo, los personales no podrán agredir el patrimonio de ésta.

Entonces, el empresario individual tendrá dos (o más) patrimonios independientes: su patrimonio afectado responderá sólo de sus deudas profesionales, mientras que su patrimonio personal responderá frente a las otras deudas. Esta innovación supone un daño irreversible a la teoría de unidad patrimonial del patrimonio, con el agravante de que ya no se cuestiona este concepto en sede de personas jurídicas, sino que se prevé que la propia persona física sea titular de más de un patrimonio, uno de los cuales, naturalmente, debe estar aplicado a un fin específico, que deberá estar marcado por cualquier tipo de actividad profesional independiente, fuere esta comercial o artesanal, agrícola o liberal.

5) RECONOCIMIENTO DE PATRIMONIOS DE AFECTACION EN EL DERECHO URUGUAYO

En el tema que nos ocupa, nuestro derecho ha seguido la evolución del derecho Francés. En ese sentido, en un principio reinaba la teoría clásica manifestada en el artículo 2372 del Código Civil que prescribe que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, atenuada con determinados institutos a partir de los cuales el legislador previó la existencia de dos patrimonios en cabeza de la misma persona (beneficio de inventario, separación de bienes, instituto del ausente, etcétera).

Independientemente de los institutos nombrados, que incluso habían sido reconocidos por Aubry y Rau en su concepción de la teoría clásica, existen otros artículos previstos por el legislador decimonónico en el propio Código Civil Uruguayo, que en cierta medida reflejaron una relativización de la teoría de unidad patrimonial.

2009, pág. 540.

23 DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

24 VAUVILLE, FRÉDÉRIC. <http://henricapitantlawreview.org/article.php?lg=en&id=310>

En ese sentido, se cita el artículo 1922 del Código Civil que en sede de sociedades civiles, le niega acción sobre los bienes sociales a los acreedores de un socio²⁵.

También cabe referirse al propio artículo 2372 del Código Civil, el cual, por un lado, consagra el principio de unidad patrimonial, pero por otro lado, crea una excepción a esta regla constituida por los bienes no embargables, los cuales, al decir de la doctrina, forman parte de un recipiente separado, de una unidad distinta²⁶.

Asimismo, otros sectores de la doctrina²⁷ haciendo referencia al origen de los patrimonios afectados a un fin, encuentran el mismo en el instituto de la personalidad jurídica. Explica que las corporaciones, establecimientos o asociaciones que gozan del reconocimiento de la autoridad pública (art. 21 CC), o las sociedades comerciales admitidas por la ley de sociedades comerciales N° 16.060, cuya personalidad está restringida al cumplimiento del objeto social, han constituido las formas de afectar un conjunto de bienes a la consecución de un fin, encartado en el objeto de la sociedad, asociación o establecimiento.

En el caso de las sociedades comerciales, la categorización de éstas como patrimonios de afectación adquiere mayor énfasis en las sociedades unipersonales, a partir de las cuales, el comerciante individual puede apartar ciertos bienes de su patrimonio para afectarlos a la actividad comercial. Al respecto, se debe señalar que en nuestro derecho, la mayoría de la doctrina es conteste en admitir su existencia⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾.

Además, la doctrina cita como otros ejemplos de afectaciones de bienes a fines en el ámbito civil, a: a) la prenda y la hipoteca, en las que se afecta un bien a un fin específico que es la seguridad de una obligación; y b) a la afectación de los bienes comunes en una propiedad horizontal a un fin, cual es permitir el funcionamiento de la copropiedad³¹.

Finalmente, también se puede destacar como un ejemplo de afectación patrimonial de larga data, al conjunto de los bienes desapoderados del quebrado (hoy concursado) que quedaban bajo la administración del síndico de la quiebra (hoy concurso), con la finalidad de ser enajenados para obtener una masa de dinero partible entre los acreedores a prorrata de sus créditos.

Ahora bien, independientemente de la referida normativa que incitaba al cuestionamiento de los principales postulados de la doctrina clásica, con el devenir del Siglo XX y el comienzo del Siglo XXI nuestro derecho positivo incorporó varios institutos o regulaciones que suponen, ya no una atenuante de los postulados de esta doctrina, sino su abandono, relativizando por completo el alcance de la unidad patrimonial recogida en el artículo 2372 del Código Civil, aceptando, por el contrario, la admisión de patrimonios de afectación, y la existencia de varios patrimonios de afectación en una misma persona.

En relación al fenómeno de la creación de patrimonios de afectación, parte de la doctrina³² destaca que en la actualidad puede apreciarse a nivel nacional una tendencia legislativa que busca conservar la idea del patrimonio como universalidad, pero en lugar de asociarla, como otrora, a la personalidad, la vincula con la afectación de los bienes a los fines perseguidos por la persona, los que, naturalmente, pueden ser múltiples. Explican que el reconocimiento de dicha realidad conduce pacíficamente a la admisión de la pluralidad de patrimonios en una misma persona: por un lado, el 'patrimonio común' u 'ordinario' del sujeto de derecho – persona física o jurídica-, garantía común de los acreedores, y respecto del cual se mantienen inalterados los postulados tradicionales; y a su vez, uno o varios 'patrimonios de afectación', esto es, conjuntos compuestos de unidades activas – afectadas a un fin determinado-, y obligaciones resultantes de una determinada actividad.

La evolución del concepto de patrimonio responde, al igual que el origen de muchos de los institutos del derecho, especialmente, institutos de derecho mercantil, a la imperiosa necesidad de satisfacer las exigencias del comercio, mediante la creación de los instrumentos jurídicos adecuados que permitan a esta rama de

25 OLIVERA AMATO, JUAN MARTIN. La creación de patrimonios con destino específico en el Derecho Uruguayo, Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág.540.

26 HARGAIN, DANIEL. El negocio del Fideicomiso, análisis conceptual general, RCDP V. 5, año 2008, pág. 139.

27 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475.

28 VALLARINO BERRETTA, CLAUDIA, Sociedad unipersonal, In memoriam Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 95 y stes.

29 RIPPE, SIEGBERT, Sociedades de un solo socio, ADC T. 7, FCU, 1996, pág. 45 y stes.

30 MILLER, ALEJANDRO, Sociedades anónimas unipersonal de origen, Evaluación de la ley de soc. comerciales, a 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág. 25 y stes.

31 DECORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475.

32 FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007, pág. 607

actividad obtener el grado de desarrollo deseado, partiendo de la permisa que el comercio es el motor para lograr un desarrollo social sostenido.

En el sentido indicado, se puede citar como ejemplos recientes que recogen el concepto de patrimonios de afectación en el derecho Uruguayo a la ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias N° 16.565, de 21 de agosto de 1994; la ley de seguridad social 16.713 de 3 de setiembre de 1995; la ley de fondos de inversión N° 16.774 de 27 de setiembre de 1996 y finalmente, la ley de Fideicomisos N° 17.703, de 27 de octubre de 2003.

5.1) LEY DE REFORMA DE LA CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES BANCARIAS

La ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias N° 16.565, en su artículo 6, dispone que la caja podrá organizar, establecer y administrar con independencia patrimonial regímenes complementarios del sistema general, así como prestar servicios vinculados con su actividad. En el momento de la aprobación de la citada ley, la disposición contenida en el artículo 6 no generó una gran repercusión, seguramente atribuible a que la ley regula un sector muy específico de actividad; no obstante lo cual, no se puede desconocer que este artículo constituye el primer gran paso que dio nuestro legislador en aras de la introducción a nuestro ordenamiento jurídico del concepto de patrimonios de afectación.

En este caso concreto, la ley habilitó a que un sujeto de derecho, persona jurídica, como es el caso de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, pueda afectar determinados bienes a la realización de un fin específico, que es administrar regímenes complementarios del sistema general de jubilaciones, así como prestar servicios vinculados a su actividad. De esta forma, se quebró por primera vez en nuestro derecho, en forma indiscutible, el principio de indivisibilidad del patrimonio, puesto que, en este caso puntual, un mismo sujeto de derecho podía ser titular de más de un patrimonio. El nuevo patrimonio que se cree constituye una universalidad jurídica diferente del patrimonio principal de la caja de jubilaciones, razón por la cual, tiene sus propios bienes y responde frente a sus acreedores con su propio patrimonio.

5.2) FONDOS DE AHORRO PROVISIONAL

Tiempo después de la sanción de la ley de reforma de la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, se sancionó la ley de seguridad social 16.713 de 3 de setiembre de 1995, la cual introdujo importantes reformas al sistema previsional Uruguayo, estructuradas en base a un régimen jubilatorio mixto, a partir del cual se complementan el antiguo régimen de jubilación de solidaridad intergeneracional con el régimen de jubilación de ahorro individual obligatorio.

En cuanto al sistema de ahorro individual obligatorio, se dispone que los afiliados realicen aportes por este concepto, los cuales conforman los fondos de ahorro previsional que, según dispone el artículo 111 de la ley, constituyen patrimonios de afectación que son copropiedad de los afiliados. Vemos nuevamente en esta ley el reconocimiento de patrimonios de afectación destinados a un fin específico, que en este caso, se limita, únicamente, a financiar las prestaciones indicadas en el artículo 50, esto es, las jubilaciones, el subsidio transitorio por incapacidad parcial y las pensiones de sobrevivencia.

El régimen de los fondos de ahorro previsional también constituye un apartamiento importante al concepto clásico de patrimonio, especialmente en cuanto al carácter de indivisibilidad.

La presente ley de seguridad social no solo crea un patrimonio de afectación independiente, sino que además prevé que los bienes y derechos que componen el patrimonio de los fondos de ahorro previsional son inembargables, al igual que la participación de los afiliados en la propiedad del mismo (artículos 112 y 115), agregando una excepción más a la máxima recogida en el artículo 2372 del Código Civil que prescribe que todos los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores.

Por otra parte, se dispuso que los afiliados al fondo son copropietarios del mismo, participando en su propiedad en función del cociente entre el saldo de su cuenta individual y el valor total del fondo.

En cuanto a la entidad receptora de los fondos de ahorro previsional, se las denomina administradoras de fondos de ahorro previsional (AFAP), y deben organizarse necesariamente como sociedades anónimas, quedando reguladas por las disposiciones de la ley 16.060 (artículo 92 de la ley 16.713). Estas sociedades no son propietarias, ni copropietarias de los fondos, sino solamente son administradoras de los mismos.

5.3) FONDOS COMUNES DE INVERSION

La ley 16.774 de fecha 27 de setiembre de 1996 introduce en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los fondos de inversión. La presente ley pone a disposición de los operadores económicos del mercado un nuevo instrumento de financiamiento e inversión, distinto de las entidades de intermediación financiera y el mercado de valores, denominado Fondo Común de Inversión³³.

Conforme prescribe el artículo 1, inciso 1 de la ley, los fondos de Inversión constituyen un patrimonio de afectación independiente, integrado por aportes de personas físicas o jurídicas. Es decir, que ya de la propia definición del instituto emerge el reconocimiento del concepto de patrimonio de afectación aplicado al mismo. Los aportes que realicen las personas físicas o jurídicas van a constituir una universalidad jurídica distinta a la propia de cada uno.

Por otra parte, siguiendo la solución prevista en la ley 16.713, se previó que estos Fondos de Inversión no constituyen sociedades, careciendo de personalidad jurídica. Por el contrario, se establece que los aportantes al Fondo de Inversión son copropietarios de los bienes que integran el patrimonio del mismo, los que permanecen en estado de indivisión. Es decir, la universalidad jurídica constituida por aportes realizados no es propiedad de un nuevo sujeto de derecho que se crea a esos efectos, sino que por el contrario, la misma permanece en cabeza de los aportantes, coexistiendo con la universalidad jurídica propia de cada uno. Eso explica el hecho de que el patrimonio del fondo no responda por las deudas de los aportantes y que, por otro lado, la responsabilidad de los aportantes por las deudas del fondo se limiten a los aportes realizados (art. 1, inciso 3 y 4 de la ley de FCI).

El hecho de que los aportantes sean copropietarios de los aportes realizados al fondo, abona la tesis de la divisibilidad del patrimonio, por cuanto se presentan dos patrimonios en cabeza de la misma persona, el aportante.

Asimismo, esta universalidad constituida por los aportes realizados al fondo de inversión cuenta con una regulación propia recogida en la ley. En ese sentido, el artículo 3, prescribe que el estado de indivisión del patrimonio del fondo se mantiene durante todo el plazo de su existencia. Y se dispuso que esa indivisión no cese a requerimiento de uno o varios de los copropietarios indivisos, sus herederos, causahabientes o acreedores, los cuales no pueden pedir su disolución durante el término establecido para su existencia en el reglamento de Fondo. Por otra parte, el fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, quiebra, concurso civil, liquidación judicial, embargo o cualquier otra inhibición legal de un aportante no afectará al Fondo ni obstará a que la sociedad administradora continúe gestionando la alícuota de activos correspondientes al mismo.

Los fondos de inversión deben ser gestionados por una sociedad administradora de fondos. Esta sociedad administradora sí es sujeto de derecho, pero como bien dice la ley, se le atribuyen a la misma las facultades del dominio sin ser propietaria, para que, por cuenta de los aportantes, realice una adecuada composición de sus activos, considerando riesgos y rendimientos (artículo 1, inciso 2 de la ley de FCI).

Es importante señalar que estos fondos de inversión nacen a la vida jurídica por un acto administrativo de aprobación del Banco Central (artículo 15 de ley de FCI).

5.4) EL FIDEICOMISO COMO PATRIMONIO DE AFECTACION

Quizá el hito normativo más importante en nuestro país relacionado con los patrimonios de afectación, lo constituye la ley n° 17.703, de 27 de octubre de 2003, que regula el negocio de Fideicomiso, ya sea entre vivos o a partir de un testamento, crea el instituto de la propiedad fiduciaria y especifica las disposiciones aplicables al fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios.

En nuestro derecho, la doctrina³⁴, en relación a este instituto, señala que se trata de una modalidad de negocios jurídicos de significativo desarrollo en muchos países y ha demostrado ser de gran utilidad como instrumento de administración de patrimonios, canalización de inversiones públicas y privadas, procesos de privatizaciones y concesiones públicas, constitución de garantías, solución de crisis empresariales y como otro vehículo (junto con los fondos de inversión cerrados de crédito) para la securitización de activos.

El artículo 1 de la ley define al contrato de fideicomiso diciendo que el fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona

33 DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil, ADCU Tomo XXVII, pág. 475 y stes.

34 ALBACETE; JUAN MANUEL; MERCANT, JUAN MANUEL, La ley de Fideicomiso, análisis del marco legal, reglamentario y tributario de la nueva figura, ADC Tomo 10, pág. 223 y stes.

(beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

Carregal, citado por Lisoprawski y Kiper, en conceptos extrapolables a nuestro derecho, define al fideicomiso como el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido³⁵.

De acuerdo a los conceptos analizados, en el contrato de fideicomiso se traba una relación obligacional entre por un lado el fideicomitente, y por otro lado el fiduciario. El primero, se obliga a constituir la propiedad fiduciaria de ciertos bienes y derechos, y de abonar una remuneración al fiduciario, salvo pacto en contrario. Por su parte, el segundo, se obliga a cumplir respecto de los bienes y derechos fideicomitados las instrucciones suministradas por el fideicomitente en interés del beneficiario³⁶.

En el fideicomiso se produce una transmisión de una parte del patrimonio del fideicomitente, pero a diferencia de lo que ocurre en los fondos de ahorro previsional y en los fondos comunes de inversión, ese patrimonio transmitido no es copropiedad de su titular anterior, es decir, del fideicomitente, sino que pasa a manos del fiduciario, en lo que se denomina la propiedad fiduciaria.

Según prescribe el artículo 6 de la ley, los bienes y derechos fideicomitados, es decir, la propiedad fiduciaria, constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario. En esta norma reside uno de los aspectos más novedosos del instituto del Fideicomiso, y también el abandono de otro de los postulados fundamentales de la teoría clásica del patrimonio, como es la indivisibilidad. En efecto, más allá de que la propiedad fiduciaria constituye un patrimonio independiente y separado de los patrimonios del fideicomitente, beneficiario y del fiduciario, en cabeza de este último van a coexistir dos patrimonios separados e independientes: el suyo propio y el patrimonio fiduciario. Al respecto, los Argentinos Malumián, Diplotti y Gutiérrez³⁷, analizando las disposiciones del fideicomiso Argentino, el cual guarda semejanza con el nuestro, señalan que con el fideicomiso "Se rompe el principio de univocidad del patrimonio que conlleva que toda persona tiene un patrimonio y que todo patrimonio corresponde a una persona".

En relación a la propiedad fiduciaria transmitida al fiduciario, Francisco Ferrara, citado por Lisoprawski y Kiper, sostiene que estos derechos no ingresan en el patrimonio personal del fiduciario, sino que se crea un patrimonio autónomo en cada caso. Sostiene que con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad³⁸.

En cuanto a la coexistencia de dos patrimonios en cabeza del fiduciario, se señala³⁹ que el fiduciario adquiere sobre dicho patrimonio una propiedad fiduciaria que, a diferencia de lo que ocurriría si fuera titular de la propiedad plena, no puede utilizar libremente. Sus posibilidades de actuación están limitadas por las reglas que dicte el Fideicomitente e incluso en ciertas hipótesis los actos que realice contra dichas instrucciones resultaran inoponibles al Fideicomitente y al Beneficiario y podrá solicitarse judicialmente la revocación de éstos.

Los artículos 7 y 8 de la ley regulan los vínculos de la propiedad fiduciaria con los acreedores del fideicomitente, fiduciario, beneficiario y con las deudas que surjan como consecuencia del cumplimiento de las instrucciones fideicomitadas. Esta regulación, en última instancia, no hace más que recoger con un sentido de lógica, las consecuencias propias del carácter de patrimonio de afectación de la propiedad fiduciaria.

En ese sentido, se prescribe que los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario (artículo 7, inciso 1). Por otro lado, se establece que los acreedores del beneficiario no podrán perseguir los bienes fideicomitados mientras éstos se encuentran en el patrimonio del fiduciario, pero podrán perseguir para la satisfacción de sus créditos los frutos que dichos bienes generen, pudiendo asimismo subrogarse en los derechos de aquél (artículo 7, inciso 2).

35 LISPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO, Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, Bs.As., pág.184.

36 CAFFERA, GERARDO, El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguaya 17.703, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2203, pág. 18.

37 MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y Securitización, análisis legal, fiscal y contable, La Ley, 2001, pág. 78.

38 LISPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO, Tratado de Fideicomiso, Depalma, 2004, Bs.As., pág.158.

39 CAFFERA, GERARDO, El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguaya 17.703, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2203, pág. 14.

En el caso del fideicomiso por acto entre vivos, se prescribe que los acreedores del fideicomitente no podrán perseguir los bienes fideicomitados, pudiendo ejercer tan solo las acciones por fraude previstas por la ley (artículo 7, inciso 3).

Asimismo, el artículo 8 prescribe que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. Sigue señalando la norma que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de quiebra, concurso o liquidación judicial. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fideicomitente o el beneficiario según disposiciones contractuales, procederá su liquidación privada, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

5.5) LEY DE COOPERATIVAS

Finalmente cabe hacer referencia a la ley 18.407, de fecha 14 de noviembre de 2008, que regula el funcionamiento general de las cooperativas en el derecho Uruguayo.

El artículo 91 del texto normativo reguló un instituto denominado “secciones”, el cual prevé la existencia de una estructura organizativa que las cooperativas eventualmente pueden incluir en sus estatutos, y que tiene por finalidad regular la existencia y el funcionamiento de secciones que desarrollen actividades económico-sociales específicas, complementarias del objeto social principal.

Si bien las secciones no poseen autonomía patrimonial, como sí fue previsto para las actividades complementarias realizadas por la caja de jubilaciones y pensiones bancarias, la citada regulación constituye un avance en ese sentido, el cual adquiere cierta relevancia porque se introdujo en el marco de la regulación general de un instituto societario de gran importancia como son las cooperativas.

Se prescribe que en caso de que existan secciones, las mismas deberán llevar una contabilidad independiente, sin perjuicio de la correspondiente a la cooperativa. Asimismo, la distribución de excedentes será diferenciada: por un lado se distribuirán los excedentes generados en función del cumplimiento del objeto principal de la cooperativa, y por otro lado, se distribuirán los excedentes generados producto de la operativa de el o los objetos complementarios.

Finalmente, se dispone que el volumen de operaciones de una sección, en ningún caso, podrá superar el 20% (veinte por ciento) del volumen total de operaciones de la cooperativa, y en forma conjunta las secciones no podrán superar el 50% (cincuenta por ciento) del volumen total de operaciones de la cooperativa.

6) CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION

Conforme emerge del desarrollo efectuado, la existencia de distintos patrimonios de afectación en pie de un mismo sujeto de derecho, constituye hoy una realidad.

Y con ello, la consecuente relativización de la tesis de la unidad patrimonial, sustentada por la teoría clásica.

Como bien se ha expresado, a partir de la regulación de los institutos vistos en el capítulo precedente “se puede apreciar que la unívoca relación sujeto- patrimonio que caracterizó a nuestro ordenamiento jurídico hasta entonces, se ha difuminado. Lo que es totalmente natural a la luz de las necesidades actuales de los individuos y las colectividades humanas en su interacción”.⁴⁰

Entre estos institutos, indudablemente que el fideicomiso regulado por la Ley n° 17.703 constituyó el hito más importante, pues reguló de manera expresa al patrimonio fideicomitado como un patrimonio de afectación.

Sin embargo, la importancia de ésta norma se extiende mucho más allá, en la medida en que marca también un hito fundamental en la evolución desde los patrimonios de afectación creados por iniciativa legislativa, a los patrimonios de afectación creados por iniciativa particular.

En efecto, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se regula expresamente y sobre todo con carácter general, la posibilidad de que una persona física y/o jurídica pueda, en el marco de su autonomía de la voluntad, resolver fraccionar o segmentar o escindir su patrimonio personal creando distintos patrimonios de afectación.

⁴⁰ HOLZ, EVA. Sociedades Unipersonales en el Derecho Nacional. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Página 16.

Nos situamos así, enteramente en el ámbito de la segmentación o fraccionamiento patrimonial voluntario, en tanto nuestro ordenamiento jurídico ahora permite expresamente que las personas puedan, por su sola voluntad, colocar en infinitos patrimonios los distintos bienes de los que se valen, siendo a la vez los beneficiarios.

Sin embargo, la segmentación patrimonial voluntaria no es un fenómeno reciente. La realidad imperante en nuestro país muestra que el fraccionamiento patrimonial voluntario, mediante la creación de patrimonios separados del personal, tiene lugar desde mucho antes de la Ley 17.703.

La práctica profesional exhibe a los operadores jurídicos como tanto las personas físicas y/o jurídicas asumieron desde hace mucho tiempo tener esa libertad de fraccionar voluntariamente su patrimonio, creando múltiples patrimonios, afectados o no a determinados fines.

A partir de la Ley 17.703 pueden hacerlo mediante la constitución de un fideicomiso de administración. Pero desde mucho antes a ésta norma, y en lo que sigue siendo la opción preferida por parte de los operadores, lo hacen mediante el uso atípico del instrumento societario.

A través de la utilización del instrumento societario, los operadores económicos por su propia y exclusiva decisión logran crear patrimonios separados de sus patrimonios personales. Y si bien estos patrimonios no son en estricto rigor técnico "patrimonios de afectación", desde el punto de vista económico indiscutiblemente lo son.

Como se ha destacado "lo fundamental es rescatar que la causa objetiva del negocio constitutivo es la división patrimonial autogestante que genera la elección de la figura societaria personalizante, y la causa subjetiva determinada por el objeto (¿empresa?) que se determina negocialmente como fundamento de la escisión patrimonial"⁴¹

En efecto, el uso del instrumento de la sociedad de responsabilidad limitada constituye un vehículo a través del cual se puede lograr una auténtica segmentación o fraccionamiento patrimonial, a través de la creación voluntaria de patrimonios sociales, que constituyen el corolario del reconocimiento de su personería jurídica.

Como ha destacado la doctrina, la atribución de personalidad jurídica a las sociedades comerciales es un recurso técnico jurídico, una herramienta técnica dentro de un sistema normativo, que persigue facilitar que los operadores económicos puedan realizar su actividad⁴².

La atribución de personalidad jurídica determina que estemos en presencia de un nuevo sujeto de derecho. Como se ha destacado⁴³, éstas sociedades "son personas" al igual que las personas físicas. Y este "ser personas" implica que son titulares independientes de derechos y obligaciones. O, dicho en palabras más corrientes, que firman contratos, asumen obligaciones, tienen deberes con sus empleados, toman créditos, pagan impuestos, reciben concesiones, son sancionados por el gobierno. La sociedad misma –y no sus accionistas– es la "persona" directamente involucrada en estos actos.

Precisamente, la principal consecuencia de la atribución por parte nuestro legislador de personería jurídica a las sociedades comerciales, es la existencia en pie de ese sujeto de derecho de un patrimonio "similar" a un patrimonio de afectación como es el "patrimonio social".

La personalidad jurídica se convierte en un instrumento facilitador de la actividad de los operadores económicos, al posibilitar que se imputen a la propia sociedad ciertos bienes, derechos y obligaciones⁴⁴.

En efecto, nuestro legislador le reconoce a éstas sociedades la existencia de un patrimonio propio e independiente, el cual se integra con el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de la sociedad comercial.

Se trata de un patrimonio totalmente independiente, diferenciado y separado de los patrimonios individuales de los socios o accionistas. Por ello es que una vez que los bienes ingresan a éste patrimonio, estos serán del dominio exclusivo de la propia sociedad, y no de sus socios o accionistas. Esto es, será la propia sociedad comercial, actuando a través de sus órganos, la cual podrá por ejemplo realizar actos de disposición o administración sobre éstos bienes, pero no los socios o accionistas. Se trata en puridad de un patrimonio

41 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astray IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF. Página 61.

42 FERRER MONTENEGRO, ALICIA. Contrato Consigo Mismo, Ocultamiento Patrimonial y Conjunto Económico. Anuario de Derecho Comercial Tomo 13. FCU. Página 400.

43 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF. Página 7.

44 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 91 y 92.

que no tiene características propias, sino que se rige por iguales principios y normas que los aplicables a las personas físicas⁴⁵.

Esta "autonomía patrimonial" que tienen las sociedades comerciales, sumado a la limitación de la responsabilidad de los tipos sociales más usados en el medio, es en cierta medida la que justifica que los operadores económicos recurran al instrumento societario, para crear el efecto de un patrimonio de afectación, logrando de esta forma segmentar o fraccionar voluntariamente su patrimonio.

Ciertos sectores de la doctrina han rechazado la idea de que mediante la utilización del instrumento societario pueda lograrse la mentada segmentación o fragmentación voluntaria del patrimonio. Y ello, en base a la consideración de que en estos casos no se produciría una alteración en la composición neta del patrimonio del socio.

Así, afirman que, a través del instrumento societario de responsabilidad limitada jamás podría burlarse el principio de la universalidad del patrimonio, pues cuando una persona física y/o jurídica aporta capital a una sociedad comercial (en dinero o en especie) simplemente estaría modificando la composición cualitativa de su patrimonio, el cual antes estaría integrado por los bienes muebles o inmuebles aportados a la sociedad comercial, y ahora estaría integrado por las cuotas sociales o acciones representativas del capital de esa sociedad comercial. Si bien los bienes muebles y/o inmuebles aportados a la sociedad pertenecerían ahora al patrimonio social, ahora habría en el patrimonio individual de los socios o accionistas cuotas sociales o acciones de un valor equivalente a esos bienes aportados a la sociedad. Por ello, al no modificarse el patrimonio neto mediante el uso del instrumento societario, los acreedores particulares del socio o accionista podrían perseguir las acciones o cuotas sociales en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, más allá de que pueda no existir una modificación en la composición neta del patrimonio del socio, desde el punto de vista económico es indiscutible que éste, mediante el uso del instrumento societario, lograr administrar sus riesgos y colocar fuera de su patrimonio personal bienes de los cuales se vale, haciendo mucho más difícil su persecución, y logrando de ésta manera una auténtica fragmentación patrimonial en forma voluntaria.

Pero como se dijo, los operadores económicos recurren al instrumento societario no solamente porque el legislador pone en pie de éste sujeto de derecho un patrimonio separado y diferenciado del individual de los socios o accionistas, sino también porque establece en los tipos societarios más utilizados (sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima) la limitación de responsabilidad de éstos al monto de sus aportes.

Hay tipos societarios en desuso como las sociedades colectivas y en comandita, en donde no se opera una completa separación entre las personas de los socios y la sociedad, ya que los socios colectivos y comanditados tienen responsabilidad subsidiaria por las obligaciones sociales, junto a la responsabilidad directa de la sociedad. En cambio hay otros tipos como las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas en las cuales sí opera ésta absoluta separación. Ello explica que éstos sean los tipos sociales más utilizados. En un trabajo reciente⁴⁶ se informó que las sociedades de personas, en las que la responsabilidad es ilimitada, prácticamente no existen.

La responsabilidad limitada supone la posibilidad que existe en algunos tipos sociales de levantar una valla entre la sociedad y los socios. Siguiendo a Cerisola, este es, como resulta fácil de comprender, un tema importante para la decisión de inversión⁴⁷.

Los operadores económicos han abandonado las formas jurídicas de sociedad colectiva, en comandita y de capital e industria, optando casi exclusivamente por las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Conforme señala Olivera García, "En esta opción resulta esencial la circunstancia de que estas sociedades consagran un régimen de limitación de responsabilidad, dando una opción de limitación de riesgo, esencial para la evaluación de cualquier proyecto económico"⁴⁸. Sigue el citado autor señalando que "la posibilidad de crear una entidad separada, con personería jurídica ... con patrimonio propio, con una responsabilidad propia ... transforma a la anónima en un vehículo indispensable para el desarrollo del comercio. La posibilidad de limitar el riesgo de los negocios constituye un requisito esencial para que los mismos puedan realizarse

45 ROMANG COLOMINAS, Catherine. Fraccionamiento del Patrimonio Social a través de la creación de patrimonios de afectación. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Páginas 559 a 566. FCU. Montevideo. 2009.

46 ODRIOZOLA, Carlos S., "La sociedad anónima actual", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires XII/2003, p. 73. Citado por RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, "Sociedades Comerciales", p. 117 y sigtes. y sus citas. 2004.

47 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF. Página 12.

48 OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU. Página 377.

... Una actividad sujeta a un riesgo infinito no hace más que desincentivar iniciativas de negocios, atentando contra la productividad y el desarrollo".⁴⁹

En definitiva, la existencia del patrimonio social, sumado al principio de limitación de la responsabilidad en los tipos sociales más usados, determina que los operadores económicos se hayan atribuido el derecho de crear patrimonios separados, de escindir voluntariamente su patrimonio personal, desde mucho antes de la Ley 17.703.

7) CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION PARA LA EXCLUSIVA SALVAGUARDA DE BIENES

Vimos como la creación voluntaria de patrimonios de afectación, sea a través de la constitución de un fideicomiso de administración, o mediante el uso atípico del instrumento societario de responsabilidad limitada, constituye actualmente una realidad en nuestro medio.

Quizá la situación más típica al respecto, es que la creación voluntaria de algunos de estos tipos de patrimonios separados, guarde relación con la afectación de determinados bienes y/o derechos de la persona, a una determinada actividad específica. Esto es, que la sociedad sea el "soporte de una empresa", o bien que el fideicomiso de administración, tenga por objeto el encargo de una verdadera gestión.

De alguna manera, estos fueron los fines "típicos" para los cuales el legislador creó tales instrumentos.

Sin embargo, en otros casos, tal segmentación tiene un propósito inverso, cual es el de utilizar tales patrimonios para la exclusiva salvaguarda o resguardo de bienes. Esto es, la persona busca escindir su patrimonio en forma voluntaria, colocando bienes de los cuales dispone en patrimonios de sociedades o fideicomisos no afectados a ninguna actividad, y con el único propósito de realizar una administración de riesgos.

En efecto, en el ámbito del ejercicio profesional todos hemos visto en infinidad de oportunidades como las personas físicas y/o jurídicas utilizan muchas veces al fideicomiso de administración, o más comúnmente el instrumento societario, en particular a las sociedades anónimas, con el único propósito de excluir bienes de su garantía general, limitando indirectamente su responsabilidad.

Esta práctica puede revestir distintas modalidades:

a) las personas traspasan bienes muebles o inmuebles a un fideicomiso de administración, con el único propósito de que el fiduciario conserve los mismos en un patrimonio de afectación separado, y posteriormente, luego de cumplido el plazo, se los devuelva al fideicomitente beneficiario;

b) las personas traspasan bienes a una sociedad anónima que no realizará actividad económica alguna;

c) la sociedad anónima directamente adquirirá bienes de terceros, normalmente con dinero aportado por el propio accionista titular de la totalidad del capital integrado.

Cabe preguntarse, ¿por qué razón los operadores económicos hacen esto?, máxime teniendo en consideración que existe la posibilidad de que la persona física o jurídica realice una actividad de riesgo mediante la utilización de un tipo societario de responsabilidad limitada, por lo cual, podría parecer infundado que dicho operador pretenda concomitantemente excluir bienes de su patrimonio personal para "protegerlos" o "conservarlos". En efecto, las contingencias de la actividad desarrollada recaerían sobre el patrimonio social y no sobre su patrimonio personal.

Siendo así, parecería que el único móvil o propósito de ese agente sería el fraude, para perjudicar a terceros.

Sin embargo, la realidad nos muestra otra cosa. En los últimos años, se ha venido incrementando de manera exagerada las disposiciones legales que debilitan el principio de limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas de los tipos sociales más usados, extendiendo en forma solidaria a éstos la responsabilidad del ente.

Ello es, por ejemplo, lo que ha ocurrido en materia laboral o tributaria, en donde diversas normas o prácticas jurisprudenciales han ido ampliando en forma incesante el abanico de personas garantes de los adeudos existentes. Y ello, acompañado de otras normas que, concomitantemente, han ido aumentando las potestades discrecionales de la Administración a la hora de fijar el monto de las sanciones.

De lo que resulta que, ese principio de limitación de la responsabilidad antes analizado, que tan importante resulta para la decisión de inversión y para todo el comercio en general, se debilita constantemente en

⁴⁹ OLIVERA GARCIA, RICARDO. El Sistema Constitutivo de la Anónima en el Derecho Uruguayo. Revista de Derecho Comercial Número 4. 2011. FCU. Páginas 173 y 174

pos de proteger el derecho del fisco al cobro de sus impuestos, o bien en pos de proteger los derechos de los trabajadores.

Si el desarrollo de un emprendimiento comercial supone para el operador económico poner en riesgo, no solamente los bienes aportados a la sociedad a través de la cual realiza la actividad empresarial, sino también los bienes de su patrimonio personal, resulta al menos una inquietud lógica que ese operador pretenda, en forma previa o concomitante al desarrollo de la actividad, limitar adicionalmente su responsabilidad excluyendo de su patrimonio parte de sus bienes a “modo” de resguardo.

Se trata pues, en definitiva, de una especie de “contrapeso” natural a las dificultades de los operadores económicos para limitar su responsabilidad patrimonial.

Cualquier operador enfrentado a la posibilidad de participar en una actividad evaluará su decisión teniendo presente el riesgo que asume. Señala Olivera García que “La gestión empresarial es, por su propia esencia, una actividad lucrativa, pero también una actividad de riesgo. Los agentes toman generalmente decisiones económicas en un escenario de incertidumbre, sin conocer cuál va a ser el resultado de la decisión tomada, la cual puede traducirse en la obtención de un lucro ilimitado o en una pérdida. Si esa pérdida es también ilimitada las decisiones empresariales encuentran el límite natural de la disposición de los agentes económicos a asumir riesgos también ilimitados”⁵⁰

En función de las consideraciones realizadas, si detrás de un emprendimiento comercial existe el riesgo de que se extienda la responsabilidad de la sociedad gestionante a los socios, éstos o bien se verán inclinados a desistir pues el riesgo será muy grande, o bien evaluarán tomar algún recaudo para salvaguardar alguno de los bienes colocándolos en otro patrimonio, sin que necesariamente exista una intención de perjudicar a terceros.

En definitiva, el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para la protección de bienes, como forma de palear éste impedimento de limitar la responsabilidad empresarial, parecería al menos éticamente fundado. Analizaremos a continuación su legitimidad.

8) LÍMITES A LA CREACION VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACION PARA LA SALVAGUARDA DE BIENES

A la luz del marco teórico expuesto, se ingresará a lo que constituye en puridad el tema objeto de ésta tesina, como lo es el análisis de los límites a éstas creaciones voluntarias de patrimonios de afectación o sociales, para la exclusiva salvaguarda o resguardo de bienes del titular.

Como se ha expresado en nuestro medio⁵¹, no debe perderse de vista la norma constitucional y principio general del derecho conforme al cual lo que no está prohibido está permitido. En efecto, en materia de contratación privada el principio es la libertad y su expresión concreta en el ámbito de la contratación entre privados lo es la autonomía de la voluntad. Esta autonomía reconoce sus límites por ejemplo en el orden público, en causales de nulidad, y en institutos o instrumentos jurídicos o procesales que buscan evitar los actos con intención fraudulenta. Hacia allí se dirige la presente investigación.

8.1) VALIDEZ DE LAS ENAJENACIONES AL FIDEICOMISO O A LA SOCIEDAD COMERCIAL. SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA.

Se destacó anteriormente como una de las modalidades más comunes a través de las cuales los operadores creaban patrimonios separados en los cuales resguardan parte de sus bienes, realizando una gestión de riesgos, era mediante la constitución de un fideicomiso de administración o la constitución y/o adquisición de una sociedad comercial, normalmente sociedad anónima, que será utilizada exclusivamente para ser titular de inmuebles, adquiriendo bienes del accionista o bien de terceros pero con dinero del accionista controlante.

Por lo que, el análisis de los límites a dicha práctica, necesariamente debe pasar por el filtro previo de determinar si las enajenaciones a favor del fideicomiso o de la sociedad comercial constituyen actos de enajenación válidos y eficaces, o por el contrario absolutamente nulos.

50 OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU. Páginas 379 y 380.

51 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 475 y 476.

En particular se analizarán dos situaciones:

A) La primera, es si configura una hipótesis de simulación absoluta la enajenación de un inmueble realizada por una persona física y/o jurídica AAA, a favor de un fideicomiso de administración cuyo fiduciario tiene como único mandato conservar y luego devolver esos bienes a AAA, o la enajenación de un inmueble por parte de AAA, a favor de una sociedad BBB cuyo capital pertenece totalmente a AAA.

Como se ha destacado^{52,53}, lo más característico de un negocio simulado es la divergencia intencional entre la voluntad y la declaración. Al estipular un negocio simulado los simulantes declaran querer cuando, en realidad, no quieren. Se daría pues, una declaración deliberadamente disconforme con su secreta intención. La divergencia se daría entre lo que las partes declaran al celebrar el negocio simulado (por ejemplo declararían querer comprar y vender) y su intención verdadera (que no sería comprar ni vender, sino realizar una mera apariencia de la compraventa). La divergencia o contraste tendría lugar entonces entre la apariencia de negocio, que las partes crean, cuando realizan el contrato simulado, y su voluntad interna, que estaría en consonancia con la voluntad del acuerdo simulatorio. La intención de los contratantes no concordaría con lo declarado al contratar, ya que los simulantes no querrían realmente celebrar el negocio.

Se dice que cuando las partes realizan un negocio simulado, en realidad quieren las declaraciones que emiten, pero no quieren el contenido de dichas declaraciones. Por ello todo contrato requiere una doble voluntad: esto es voluntad del contenido y voluntad de la declaración.

La simulación es absoluta cuando las partes crean el negocio simulado, pero no se proponen nada más que producir esta apariencia de realidad. En ésta simulación por debajo del negocio simulado no hay nada. El ejemplo típico de éste tipo de simulación lo constituye la enajenación aparente (compraventa, permuta) que un deudor realiza para evitar que sus acreedores, que ya existen al momento de la enajenación, hagan efectiva su responsabilidad patrimonial. El deudor simula una venta con una persona de su confianza. De ésta manera, para los terceros el bien ha salido del patrimonio de su deudor, dejando de formar parte de la llamada garantía genérica del artículo 2372 del CC. Pero en realidad nunca cesa de pertenecer al enajenante simulado, porque la venta no es querida, sino ficticia, estando destinada sólo a burlar los derechos del acreedor.

Ahora bien: ¿las hipótesis en análisis constituyen un caso de simulación absoluta? La situación con la sociedad se planteó en un caso jurisprudencial muy resonado⁵⁴ en el cual una persona física había transferido la propiedad de un inmueble como integración de capital a favor de una sociedad comercial de la cual era Director y presumiblemente titular de la totalidad de su paquete accionario. La misma persona intervino como enajenante a título individual y como Director en nombre y representación de la sociedad. Cinco años después de la transferencia, un acreedor de esa persona física, por un crédito que se contrajo con posterioridad a la referida enajenación, promovió un proceso ordinario para pretender anular la enajenación del inmueble, aduciendo que la transferencia fue simulada por carecer la enajenación de causa y de consentimiento.

En primera instancia la Sede entendió que dicha transferencia no fue simulada, por falta de “causa simulandi”. Dijo que no había habido engaño alguno respecto al actor, pues cuando éste otorgó el crédito el demandado hacía más de 5 años que había sacado de su patrimonio el inmueble, lo cual “el actor hubiera podido conocer con solo pedir la correspondiente información registral”.

Por el contrario, el Tribunal de Apelaciones entendió en mayoría que dicha enajenación “revelaba por sí un designio de exteriorizar un negocio aparente, irreal, cuya finalidad es la de alterar una situación patrimonial engañando y perjudicando a terceros, no surge intención alguna de contratar a título oneroso, existiendo pura apariencia engañosa”. De esa forma se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar hacer lugar a la demanda.

Resulta difícil comprender el fallo citado. Tal como expresara la doctrina al analizar el fallo mencionado⁵⁵, la transferencia de un inmueble a una sociedad anónima como integración de capital recibiendo a cambio acciones de la sociedad anónima no es un acto o contrato simulado.

Se trata a nuestro juicio de un contrato real, querido y con contraprestación razonable. Tanto la persona AAA como la sociedad anónima BBB tuvieron la intención y voluntad de hacer este negocio. Y claramente se trató de una enajenación real si lo que recibió fueron las acciones.

52 GAMARRA JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979. Páginas 14 y siguientes.

53 ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO. Acción Simulatoria. 2ª Edición. Ediciones del Foro. Páginas 1 a 125. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979. Páginas 14 y 15.

54 Sentencia n° 197 del 23 de Julio de 2003. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno. Ministro Redactor: Dr. Sosa.

55 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Página 475.

En definitiva, no hubo ausencia de causa ni de consentimiento, y la contraprestación no fue vil. Incluso en terreno de los motivos podríamos imaginar muchos que justificarían la transferencia, no basados en mala fe.

Lo mismo ocurriría en la hipótesis de la utilización del fideicomiso de administración. En el caso, tanto la persona AAA como el fiduciario tienen la intención y la voluntad de hacer el contrato. Y claramente el traspaso del bien al patrimonio fideicomitado constituye una enajenación real, aún si el fideicomitente y beneficiario es el mismo AAA.

Como bien se ha señalado⁵⁶ el negocio fiduciario es diverso del negocio simulado pues se está en presencia del traspaso efectivo de un derecho de una persona fiduciante a otra persona fiduciaria, estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir a fines determinados. En el negocio simulado no ocurre o no se da esa situación.

Asimismo se ha destacado⁵⁷ que el negocio simulado es un negocio fingido, no real; mientras que el negocio fiduciario es un negocio querido y existente. El negocio simulado se realiza para producir una apariencia, un engaño; el negocio fiduciario quiere suplir un orden jurídico deficiente o evitar ciertas consecuencias negativas que se derivan de un negocio.

B) La segunda situación a analizar consiste en determinar si configura una hipótesis de simulación relativa subjetiva o por interposición de personas, la enajenación de un inmueble por parte de un tercero CCC a un fideicomiso de administración BBB que meramente lo conservará y transmitirá al beneficiario AAA, o la enajenación de un inmueble por parte de CCC a una sociedad anónima BBB que no tiene actividad comercial, en ambos casos con dinero aportado exclusivamente por el beneficiario o accionista AAA.

La simulación relativa subjetiva o por interposición de personas es aquella en la cual la simulación recae exclusivamente en la persona de los sujetos que intervienen como parte en el contrato. Aparecería figurando ostensiblemente un contratante aparente, un testaferro o prestanombre (que en el caso sería el fiduciario o la sociedad BBB) que en realidad no sería parte en el contrato, pues el contratante oculto sería el beneficiario o el accionista que puso el dinero.

De configurarse éste tipo de simulación, su declaración judicial se limitaría a sustituir un contratante (el fiduciario o la sociedad anónima BBB) por otro (AAA).

La interposición de personas requiere siempre tres sujetos: el interponente, que es el sujeto interesado, que toma la iniciativa del negocio (en el caso sería AAA); la persona interpuesta o testaferro (en el caso sería el fiduciario o la sociedad anónima BBB); y el tercero que contrata con el testaferro (en el caso sería CCC). En éste tipo de simulación, el sujeto interpuesto (BBB) no adquiere derechos ni obligaciones, pues sólo interviene simuladamente en el contrato; su misión consiste en ocultar al verdadero contratante (en el caso el beneficiario o accionista AAA) y en servir de puente para la transmisión de los derechos.

Ostensiblemente existiría entonces un contrato (negocio simulado) donde son partes el tercero (CCC) y el sujeto interpuesto (BBB). Pero la presencia de éste es simulada, pues quienes contratarían efectivamente serían el tercero CCC y el interponente (AAA). Mientras la simulación no se declare el contrato aparecería celebrado entre el tercero y el testaferro; luego de la declaración de simulación la realidad afloraría y se constataría que el testaferro nunca fue parte y que el verdadero contratante fue AAA.

Ahora bien, en el caso en análisis no estaríamos frente a una hipótesis de simulación relativa subjetiva, pues, como destaca nuestra doctrina⁵⁸, ésta forma de interposición requeriría necesariamente un acuerdo trilateral⁵⁹ entre el tercero o contratante ostensible, el contratante oculto o interponente, y el testaferro o prestanombre. Porque si por ejemplo el tercero (CCC) no interviene en dicho acuerdo, el testaferro (BBB) adquiere realmente y la interposición resulta real y no ficta. Esto es, un acuerdo interno entre contratante oculto (AAA) y testaferro (BBB) no vuelve simulado el contrato si el tercero no participa en el mismo. El tercero (CCC), que ignora el acuerdo entre el interpuesto (BBB) e interponente (AAA), vende a BBB, quiere realmente contratar con él.

En todos los casos en que el vendedor no sepa quién aporta el precio, no hay interposición simulada. Y aunque conozca esta circunstancia, tampoco la hay porque el vendedor tiene voluntad de transferir el dominio al fideicomiso o sociedad comercial compradora interpuesta; y el origen del dinero, así como el comportamiento posterior del fiduciario o de la sociedad comercial, son circunstancias que no le incumben.

56 MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires. 1981. Tomo II. N° 43. Página 453.

57 FERRARA CARIOTA. El Negocio Jurídico. Madrid. 1956. Pg. 197. N° 65.

58 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.

59 Así lo ha reafirmado la SCJ en sentencia 29 del 17.12.03 donde sostuvo que la acción de simulación relativa subjetiva requiere necesariamente la prueba del acuerdo simulatorio trilateral, no alcanzando la prueba del mero conocimiento por parte de uno de los sujetos, de la especie y del vendedor, sino el consentimiento de éste.

En el caso, no estaríamos entonces frente a un caso de simulación relativa por interposición de personas.

8.2) VALIDEZ Y/O EXISTENCIA DE LOS FIDEICOMISOS Y SOCIEDADES UTILIZADAS PARA EL EXCLUSIVO RESGUARDO DE BIENES

Habiendo concluido acerca de la validez de la enajenación de los bienes a favor del fideicomiso o de la sociedad comercial utilizada para el exclusivo resguardo de bienes, corresponde adentrarnos en el análisis de la validez y/o existencia de éstos dos instrumentos, cuando son utilizados para realizar una gestión de riesgos, o limitar la responsabilidad patrimonial.

Se trata en definitiva de determinar si la utilización de éstos instrumentos para fines atípicos, distintos a los perseguidos por el legislador cuando los reguló, ocasionaría la inexistencia del patrimonio de afectación creado a través del fideicomiso, o bien la inexistencia del ente societario con personería jurídica propia.

En cuanto al primer punto, parecería no haber dudas acerca de la validez del fideicomiso de administración que es utilizado exclusivamente para que el fiduciario conserve bienes del fideicomitente y posteriormente los restituya al fideicomitente beneficiario. En efecto, en toda la Ley 17.703 no existe una sola disposición a partir de la cual pueda extraerse una limitación en ese sentido. El artículo 1 refiere expresamente a que los derechos transmitidos al fiduciario pueden tener como cometidos su administración o bien cualquier tipo de ejercicio sobre los mismos de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso. Por lo que nada obsta a que el fideicomitente constituya el fideicomiso con el mero encargo de que el fiduciario conserve dichos bienes en beneficio del propio fideicomitente y luego los restituya al cumplimiento del plazo o condición pactado en el propio contrato.

Por el contrario, mayores dudas se plantean acerca de la validez y/o existencia de la sociedad comercial que es utilizada atípicamente con el único designio de salvaguardar bienes en su patrimonio. Pues bien podría sostenerse que si la sociedad no realiza actividad económica alguna, entonces no hay sociedad comercial, y por ende no hay sujeto de derecho ni patrimonio social separado.

Por supuesto que dicho análisis debe realizarse en el marco de una interpretación evolutiva y no rígida del instrumento societario. Sabido es que, el derecho comercial y/o mercantil, no para de avanzar y modificarse. En el origen de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, estas eran concebidas como un medio de acumulación de capitales para la realización de negocios de cierta envergadura. Las mismas eran causadas en un contrato, que por lo tanto requería el entrecruzamiento de voluntades entre distintos sujetos. Y además de un modo más o menos intenso, requerían la intervención estatal para autorizar su funcionamiento. Pero como se destaca⁶⁰ todas estas características 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. En el marco del derecho societario contemporáneo, las sociedades de responsabilidad limitada, y muy en especial las anónimas, lejos de utilizarse exclusivamente para grandes emprendimientos, se utilizan para diversas actividades.

En nuestro medio, Alejandro Miller ha postulado la validez de éstas sociedades comerciales cuando son utilizadas como vehículo para la constitución de un patrimonio de afectación, pero siempre que dicho patrimonio este vinculado a un negocio específico⁶¹. Así expresa que “la consideración de la polivalencia funcional de la sociedad anónima como un instrumento jurídico idóneo y de organización de amplio espectro así lo merita, en el actual desarrollo del derecho societario comparado”.

El citado autor analizó este tipo de uso del instrumento societario para verificar su validez al amparo de las normas societarias uruguayas, y postuló expresamente su validez en tanto el mismo no contravenga normas de orden público o configure un uso fraudulento con perjuicio de la ley y de los derechos de los accionistas y terceros, en cuyo caso correspondería, como se analizará más adelante, la desestimación de la personería jurídica de la sociedad.

Si bien la Ley 16.060 continúa en forma implícita reconociendo que la sociedad es un contrato asociativo, en los hechos y tal cual lo señalara la doctrina, la sociedad anónima hoy en día es una máquina jurídica tan útil como las que utiliza la industria: “No estamos habituados a semejante expresión, sin embargo, debe-

60 RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, “Sociedades Comerciales”, p. 117 y sigtes. y sus citas. 2004.

61 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Página 453.

ríamos tener en el derecho una ciencia de los mecanismos jurídicos al igual que existe en la industria una ciencia de las máquinas”⁶².

En la misma línea, se ha calificado reiteradamente a la sociedad como un centro de imputación con un criterio basado en la escisión patrimonial, o la generación de un haz de relaciones sobre ciertos bienes, por una disposición del legislador vinculada o no a una declaración de voluntad, pero siempre relacionada a un dato de la realidad: el cumplir una finalidad o sea un funcionalismo⁶³.

Por nuestra parte, y por lo que se dirá, no solo postulamos la validez y existencia del instrumento societario utilizado como vehículo para la constitución de un patrimonio de afectación vinculado a un negocio específico, sino también cuando no está afectado a ninguno.

El artículo 1 de la Ley 16.060 prevé que “habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada”.

En base a ésta norma, ciertos sectores de la doctrina han afirmado que el calificativo “organizada” no está referido a la sociedad sino a la actividad comercial, motivo por el cual si detrás del instrumento societario no hay una “empresa”, no hay una combinación organizada de factores de producción y trabajo, entonces no hay sociedad.

Por el contrario, consideramos que el calificativo “organizada” está relacionado a la estructura orgánica del instrumento societario, esto es, a su régimen de administración, representación y fiscalización, es decir, a la organización de los complejos intereses comunes de los socios para el logro del objeto societario⁶⁴. En este sentido la organización estaría calificando a la sociedad y no a su actividad. Por lo que, en esta tesitura, no hay objeción en que no haya una empresa atrás de la sociedad.

Pero además, aun cuando se interpretare que la noción de sociedad está vinculada al concepto de ente jurídico receptor de una empresa, la sociedad comercial titular de bienes que no realiza actividad alguna igualmente existiría y sería válida, en tanto dicha utilización atípica no ha sido prevista como una causal de disolución u nulidad. Como se ha afirmado⁶⁵ “la exigencia legal no marca límites temporales para dicho ejercicio ni sanciones específicas en caso de incumplimiento”. En el mismo sentido, “si la actividad económica no se realiza en forma organizada, no por ello dejará de existir una sociedad comercial si se reúnen y mantienen los demás elementos esenciales de la definición legal, ya que no se prevén sanciones por su falta ni ésta constituye presupuesto para una declaración de inexistencia, nulidad o disolución de la sociedad”⁶⁶.

Podría haber eventuales consecuencias como generarse la causal de disolución por la inactividad en el funcionamiento de los órganos sociales. Pero aún en ésta hipótesis la disolución no operará nunca de pleno derecho.

Tampoco la sociedad comercial dejará de existir o ser válida por el hecho de que no se persiga a través de la misma la obtención de un beneficio económico directo. Dispone el artículo 1 de la Ley 16.060 que el fin de la sociedad es “participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”. Según nuestra interpretación, en tesis compartida por parte de la doctrina⁶⁷, la expresión “ganancias” abarca tanto los beneficios económicos directos como los indirectos. Y en tal sentido, la protección patrimonial que se logra segmentando el patrimonio mediante el uso atípico del instrumento societario supone claramente un beneficio indirecto.

Además, debe tenerse presente que la propia ley societaria habilita la existencia de sociedades con objeto no comercial y por tanto no con el propósito de obtener ganancias en el sentido de beneficios económicos y repartibles en dinero. Por tanto el instrumento societario puede estar al servicio de patrimonios de afectación destinados a otros propósitos como los educativos o culturales o deportivos. Esto nos demuestra la idoneidad del instrumento societario y su polivalencia funcional.

Tampoco en éstos casos la sociedad comercial se disolvería por imposibilidad de lograr su objeto social. Conforme al artículo 159 de la Ley 16.060 “las sociedades se disolverán: 4) por la consecución del objeto social

62 RIPERT, GEORGES. Aspectos Jurídicos del capitalismo moderno. Ed. BOSCH. 1950. Página 110. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456

63 EFRAIN, RICHARD. Sociedades y contratos asociativos. ZAVALLIA. BSAS. 1987. Página 98. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456

64 MERLINSKY, RICARDO. De la existencia de la sociedad mercantil. Análisis Exegético de la Ley 16.060 sobre sociedades comerciales. FCU. 1991. Página 10.

65 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 456 a 463

66 RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992. Página 29.

67 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 456 a 463

o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo". Pues, como afirma la doctrina citada la imposibilidad del logro del objeto social debería ser total, permanente y definitiva, y como afirma la jurisprudencia, de tal magnitud que al producirse se frustre la permanencia del vínculo social. Pues bien, si el accionista que conforma la sociedad para dejar a resguardo ciertos bienes es conteste en que la estructura de la sociedad no ha sido generada para dar ganancias en el sentido de un lucro económico sino beneficios de otra naturaleza, entonces la causal de pérdidas económicas o de explotación antieconómica no tendrá ni sorpresa ni relevancia, ni desaparecerá tampoco la causa o fin por el cual el socio constituyó o adquirió la sociedad comercial.

La razón por la cual se utiliza el instrumento societario es para segmentar el patrimonio personal de su patrimonio, por lo que el objetivo se estará materialmente realizando con la generación de ese patrimonio social que pone a salvaguarda el patrimonio personal del controlante.

Además, nuevamente, no debemos olvidar que las causales de disolución no son de aplicación automática sino que dependen de una declaración judicial previa.

En definitiva, y por las razones antedichas, no encontramos obstáculos para sostener que la sociedad utilizada con un fin atípico, como es el de ser meramente custodio de inmuebles de su controlante, es una sociedad existente y válida. Si en la utilización de tal instrumento se presenta el fraude, el remedio para combatirlo será el *disregard*, y no su declaración de nulidad o inexistencia.

Como bien se ha expresado "se habla de negocio indirecto cuando un determinado contrato es utilizado por las partes no para realizar la función que corresponde a su causa, sino un fin no realizable por ningún contrato, en el caso concretamente generar un patrimonio separado ... limitando la responsabilidad de éste ... sustrayendo de los propios acreedores un bien que se traspasa a la sociedad mientras esa sociedad no desarrolla actividad alguna"⁶⁸.

También se ha expresado⁶⁹, aunque en relación a la anónima unipersonal, que esta "configura un negocio indirecto. Negocio que no es fraudulento ya que el fin perseguido en definitiva (un fin diferente al habitual) no es ilícito. Al respecto, hemos manifestado que las partes recurren a un negocio indirecto para alcanzar, a través del mismo, fines diversos de los que podrían deducirse de la estructura del negocio mismo. De allí que habrá negocio indirecto toda vez que para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, transversal; pero –y aquí la diferencia con el negocio fraudulento– dicho fin no es lograr por vía indirecta lo que la ley no permite a texto expreso, esto es una elusión fraudulenta. El fin perseguido y obtenido en esa vía transversal del negocio indirecto es también un fin lícito y legítimo, protegido por el derecho. En la Argentina (caso *Fracchia Raymond SRL*) la sociedad de cómodo o unipersonal de facto es tildada de negocio en fraude, pero ello es consecuencia que la ley argentina establece como causal de que la personería jurídica no sea oponible cuando se persigue un fin extra societario, circunstancia que nuestra ley –con acierto– no recepta".

En definitiva, el uso atípico del instrumento societario para el exclusivo resguardo de bienes no constituye una hipótesis de fraude "per se". No se puede presumir la existencia de fraude sin realizar una valoración del caso en particular, legislar en base a la patología. Conforme señala Miller, "La anónima, como hemos dicho, es un instrumento jurídico, depende de los hombres el uso que tenga. No se puede castigar al instrumento –prohibiéndolo. Porque ciertos hombres le han dado cierto uso indebido. Es como matar al mensajero cuando la noticia no es buena".⁷⁰

8.3) DISREGARD ANTE EL USO ATÍPICO DEL INSTRUMENTO FIDUCIARIO O SOCIETARIO PARA EL SOLO RESGUARDO DE BIENES

Nuevamente nos situamos en el análisis de los límites a la segmentación patrimonial voluntaria, realizada por los operadores económicos como metodología para la "administración de riesgos", a efectos de procurar excluir de su garantía genérica determinados bienes que desean preservar.

En éste contexto, se concluyó en una primera instancia sobre la validez de la enajenación a través de la cual el fideicomiso de administración, o bien la sociedad comercial, adquiere la propiedad de bienes, como consecuencia de su traspaso por parte del fideicomitente o del accionista controlante, o como consecuencia de su adquisición a terceros con aportes de éstos. En efecto, en cualquiera de estas operaciones existe causa y consentimiento, y el mismo no se encuentra viciado.

68 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. *Ferro Astray IN MEMORANDUM*. Derecho Societario. IBdeF. Página 74 y 75.

69 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. *Semana Académica 2009*. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

70 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. *Semana Académica 2009*. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

También se concluyó en la legitimidad del uso del instrumento fiduciario con el único propósito de que el fiduciario conserve bienes del fideicomitente beneficiario, para su posterior devolución al mismo, una vez cumplido el plazo o la condición acordada en el instrumento creado.

En el mismo sentido, y más allá de las dudas que puedan aparejar alguno de los artículos de nuestra ley de sociedades comerciales, se afirmó que el instrumento societario, utilizado exclusivamente para ser titular de bienes que pertenecen en sustancia al accionista controlante, en sí mismo existe y es válido, aún cuando el mismo no sea soporte de una actividad comercial o empresa.

En el marco desarrollado, el análisis de los límites a ésta segmentación patrimonial voluntaria realizada para el exclusivo resguardo de bienes del controlante, debe culminarse con un análisis del instituto del *disregard*.

Esto es, corresponde entrar en profundidad en la conceptualización de si, ante un uso atípico de estos instrumentos para el exclusivo resguardo de bienes, estamos en presencia de un negocio indirecto o atípico lícito, o muy por el contrario, estamos frente a un uso ilícito o fraudulento que habilita la aplicación del *disregard*.

Pues, de ser así, correspondería imputar esos bienes resguardados en el fideicomiso o sociedad comercial, al patrimonio personal del fideicomitente beneficiario o del accionista controlante, haciendo caer el efecto de segmentación patrimonial buscado por el operador económico.

En el fideicomiso, a diferencia de lo que acontece en las sociedades comerciales, la ley no prescribe un fin específico que deba perseguirse con la utilización de dicho instrumento. Por el contrario, según prescribe la ley 16.060, habrá sociedad cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada.

Pero al margen de los fines típicos que motivaron el reconocimiento positivo de la personalidad jurídica, y la convirtieron en indispensable para el desarrollo actual de los negocios, lo cierto es que ésta fue siendo progresivamente utilizada por los operadores para el cumplimiento de fines primero atípicos, y luego ilícitos.⁷¹

En tal contexto, la teoría del “*disregard*” nació precisamente frente a ésta posibilidad de un uso ilícito o fraudulento de la personería. En tales casos, correspondería prescindir de la personería jurídica para constatar cual fue la maniobra interna encubierta y aplicar a tal realidad el derecho positivo que corresponda.

Esto que nuestro derecho denomina “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*” ha recibido distintos nombres en la doctrina y en los derechos extranjeros. Se habla de *inoponibilidad* o *prescendencia* o *desestimación* o *penetración* o *superación* de la personería jurídica.

Y se la justifica normalmente señalando la necesidad de superar la forma jurídica adoptada o de descorrer o levantar el velo, o quitar la máscara de la personería, para constatar cuál es la realidad interna encubierta y aplicar a tal realidad el derecho que corresponda.

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, la que lo denominó “*to disregard the legal entity*” o “*to pierce the corporate veil*”, es decir “*allanar la personalidad jurídica*” o “*descorrer el velo de la personalidad jurídica*”. También la jurisprudencia alemana comenzó a plantearse el problema de la prescendencia de la personalidad jurídica en la época de la segunda posguerra.

Pero la sistematización y difusión de ésta teoría fue finalmente alcanzada a través de la obra del jurista alemán ROLF SERICK⁷². En ésta obra, éste autor alemán fundaba la aplicación de la teoría en los principios del “*abuso de derecho*”, sosteniendo que los magistrados se encuentran autorizados a prescindir de la forma societaria creada por los particulares y de la consiguiente personalidad jurídica en caso de que esa forma jurídica sea utilizada con “*abuso de derecho*”, es decir: 1) con fraude a la ley; 2) con fraude o violación al contrato; o 3) causando un daño fraudulento a terceros. Expresaba SERICK que existe fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y por el contrario se ha querido evitar. Nos encontramos frente a un caso de fraude o lesión de contrato cuando por medio de la personalidad jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la del socio. Y finalmente se habla de daño fraudulento a terceros, cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude de ley y de contrato. En definitiva expresaba éste autor que se podría prescindir de la personalidad jurídica cuando la misma es utilizada en forma abusiva. Y hay una utilización abusiva de la

71 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del *Disregard Of Legal Entity*. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Página 54.

72 SERICK, ROLF. *Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica*. Barcelona. 1958.

misma, cuando con la personalidad jurídica se pretende burlar la ley, incumplir obligaciones contractuales, o perjudicar fraudulentamente a terceros.

En el derecho uruguayo, la posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales fue recogida por algunos fallos judiciales ya desde la década del 50, aunque sin un fundamento jurídico claro⁷³.

Fue recién en 1973 donde en particular un fallo⁷⁴ avanzó en el camino de consagrar un criterio jurisprudencial en la aplicación de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

Por su parte la doctrina nacional, inclinada inicialmente por rechazar la aplicación jurisprudencial de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica y aconsejar su consagración en vía legislativa, evolucionó luego hacia la aceptación del concepto, sobre todo a partir de la obra del Dr. Nicolás Herrera, quien recogió los desarrollos realizados en la obra de SHERICK basada en el "abuso de derecho"⁷⁵. Su trabajo se convirtió rápidamente en el principal referente dogmático de la jurisprudencia, hasta que en el año 1991 nuestro legislador reguló positivamente y lo incorporó a la Ley 16.060.

En definitiva, la Ley 16.060, en sus artículos 189 a 191, termina recogiendo de cierta manera la elaboración jurisprudencial y doctrinaria de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica, para crear una normativa que determina los casos en que este instrumento puede ser utilizado y los mecanismos procesales para ello.

Se trata en puridad, de un remedio legal ante la posibilidad de que se use en forma ilegítima o fraudulenta la personalidad jurídica de una sociedad comercial. Y de un remedio legal que, muchos años después, vuelve a ser recogido por nuestro derecho pero ahora ante la posibilidad de un uso fraudulento también del instrumento fiduciario.

En efecto, el artículo 7 de la Ley 17.703 declara "aplicables a la propiedad fiduciaria las disposiciones contenidas en los artículos 189, 190 y 191 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, en lo pertinente".

En el marco descripto, corresponde adentrarnos en el análisis de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo 189 de la Ley 16.060, de forma tal de determinar si el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para el exclusivo resguardo de bienes del controlante, constituye tan sólo un uso atípico o indirecto pero lícito de los mismos, o por el contrario ilícito y/o fraudulento.

Adelantando de antemano conclusión en el sentido de que, sin perjuicio de los parámetros que se analizarán, jamás podría afirmarse con carácter general que siempre el uso atípico de éstos instrumentos para el exclusivo resguardo de bienes del controlante sea lícito o ilícito.

Pues, como con acierto destaca Polo, en los comentarios del libro de SERICK, es claro que "la doctrina del disregard exige un detenido examen y valoración de las circunstancias de cada caso para que sea posible adoptar una solución que se halle en concordancia con la razón de política jurídica a que responde la norma que se aplica. Contra lo que pueda parecer al observador superficial, la aplicación de soluciones adoptadas por deducción maquinal a base del concepto de persona jurídica, no proporciona verdadera seguridad. Estimamos que es preferible el método de exponer detalladamente las circunstancias del caso y enlazar con ellas los criterios de política jurídica a que responde la razón de ser del Derecho".⁷⁶

El primer presupuesto habilitante del disregard mencionado por el artículo 189 sería la utilización del instrumento fiduciario o societario "en fraude a la Ley".

En Argentina, MOSSET ITURRASPE⁷⁷ expresa que el fraude "consiste en hacer que opere una norma jurídica con el fin o propósito de eludir o evitar la aplicación de otra, es la utilización de un norma de cobertura para obtener un fin prohibido por la ley defraudada".

El fraude a la ley ocurriría cuando se actúa de acuerdo a las normas jurídicas pero contrariando los fines para los cuales éstas se han dictado⁷⁸. Existiría una violación indirecta de la ley según su espíritu.

73 La Justicia Uruguaya. Tomo número 23. Caso número 3.390.

74 Sentencia n° 276 del 11.09.73 del Juzgado Civil 5 Turno.

75 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.

76 SERICK ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona. 1958. Página 273.

77 ITURRASPE MOSSET. El Fraude a la Ley. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126

78 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 94 y 95.

Reproduciendo las palabras de FERRARA, el que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico.⁷⁹

Por su parte, expresa SERICK en su obra que “existe fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial”. “Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal”⁸⁰.

Ahora bien, dentro del marco conceptual expuesto, cabe preguntarse si la utilización de un fideicomiso de administración o de una sociedad de responsabilidad limitada como mero soporte aislado de bienes del controlante, podría o no suponer una utilización de tales instrumentos “en fraude a la ley”, por vulnerar indirectamente el artículo 2372 de nuestro Código Civil, el cual prescribe que todos los bienes del deudor, excepto los no embargables, son la garantía común de los acreedores.

En efecto, bien podría pensarse que, a través de la utilización atípica de estos instrumentos para el solo resguardo de bienes, el controlante se estaría amparando en las diversas normas de cobertura que crean estos patrimonios, pero indirectamente estaría defraudando la normativa que recoge la tesis de la unidad patrimonial.

En efecto, y como bien se ha destacado⁸¹ “tradicionalmente, aunque confundiendo conceptos, se ha indicado que la imposibilidad de separar patrimonios de un individuo (limitar su patrimonio) era obstáculo para la sociedad unipersonal, ya que la misma configuraba un negocio en fraude a la ley, al agredir la normativa jurídica consistente en que la totalidad de los bienes del deudor configura la garantía de cobro de los acreedores. Reproducido en nuestro derecho civil en el artículo 2372. Por tanto el expediente de recurrir a una anónima devenida unipersonal o a una “sociedad de cómodo” o de pluralidad formal (testaferros) no era sino un fraude a la ley, al transgredir de manera oblicua la unidad patrimonial proclamada. Entendemos que en este razonamiento se confunden conceptos. Una cosa es la sociedad anónima, vista desde el ángulo de su acto constitutivo (sea como contrato o como postulamos una técnica de organización empresarial) y otro es la consideración de la anónima como sujeto de derecho. Bajo esta segunda óptica es que se debe aplicar la máxima del patrimonio como garantía de los acreedores”

Compartiendo la tesis citada, resulta claro además que, como surge del cuerpo de la presente investigación, la presunta universalidad del patrimonio está además, al menos, en tela de juicio. Y en todo caso, es claro que tanto las disposiciones contenidas en la Ley 16.060 como las contenidas en la Ley 17.703 son de igual rango jerárquico que el artículo 2372 del Código Civil y posteriores en el tiempo. Por lo que a lo sumo, constituirían una excepción, adicional a las ya mencionadas en el cuerpo de la presente, a tal presunta universalidad.

El segundo presupuesto establecido por el artículo 189 para la procedencia de la inoponibilidad, consistiría en que el uso atípico del instrumento fiduciario o societario para el mero resguardo de bienes, constituya una utilización de los mismos en violación del orden público, esto es en violación de normas de interés general⁸².

En consideraciones realizadas en el derecho argentino, que consideramos perfectamente extrapolables a este análisis, FARGOSI entiende que el concepto de orden público “... debe ser entendido en su más estricta acepción”⁸³.

RIPPE por su parte, analizando la expresión, entiende que abarca “todo acto que implique violar los principios y disposiciones imperativas o prohibitivas que informan o sobre las cuales se asienta el orden jurídico del país –aunque ellas no se manifiesten en normas concretas y precisas y sean esencialmente contingentes y mutables- cuya aplicación es de interés general”. Sería el caso por en que una persona constituya

79 FERRARA, FRANCISCO- La simulación de los negocios jurídicos. Página 78. Madrid. 1953.

80 SERICK ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica. Barcelona. 1958. Página 44.

81 MILLER, ALEJANDRO. Sociedad Anónima Unipersonal de Origen. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 25 a 37.

82 FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU. Páginas 94 y 95.

83 FARGOSI, HORACIO. Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria. Revista Jurídica LA LEY, Derecho Comercial, Doctrinas esenciales. Páginas 505 y siguientes. La Ley. 2008.

una sociedad para transferirle bienes y, luego, distribuir las acciones entre ciertas personas vulnerando las legítimas para el caso de muerte.

A nuestro juicio, la utilización del instrumento fiduciario o societario con el único móvil de administrar riesgos, para salvaguardar parte de los bienes de los cuales la persona se vale, no guarda relación alguna con el interés general, razón por la cual no habría violación del orden público por el uso atípico de tales instrumentos.

Por último, el tercer supuesto consistiría en que el instrumento fiduciario o societario sea utilizado por el operador en fraude y con perjuicio de los derechos de terceros. Una primera cuestión fundamental a analizar en el caso gira en torno al elemento volitivo del fraude.

Es decir, se debe determinar si para que opere el desregard por fraude y perjuicio a terceros, se requiere que el fideicomitente o accionista controlante haya tenido la intención de inferir un daño, o si por el contrario, basta con que se haya producido el perjuicio para que opere

El tema adquiere relevancia por cuanto, como ya se destacó, la gran mayoría de las veces, cuando se constituyen fideicomisos de administración o se crean sociedades comerciales con la única finalidad de que las mismas sean titulares de bienes, no se tiene la intención de ocasionar un daño a un acreedor, que muchas veces ni existe, ni tampoco es presumible que vaya a existir.

En nuestro país, la mayoría de la doctrina civilista⁸⁴ se ha afiliado a la tesis objetiva del fraude y no considera esencial “la intención elusiva”. En el mismo sentido se ha pronunciado parte minoritaria de la jurisprudencia⁸⁵: “El fraude ... debe ser entendido en su más amplia concepción de engaño ... habiéndose probado la existencia del daño producido, no es necesario la prueba de la existencia de una deliberada intención de perjudicar ...”.

Similar posición ha sostenido la doctrina española⁸⁶: “La doctrina del fraude ... es especialmente adecuada si recordamos su carácter totalmente objetivo ... No es precisa la intención de defraudar; basta con el resultado fraudulento ... no se trata de sancionar a quien obra de mala fe, sino de evitar la vulneración del ordenamiento”.

Muy por el contrario, quienes suscriben ésta investigación se adhieren a la tesis mayoritaria de la doctrina comercial que considera al fraude de naturaleza subjetiva. Y sobre ésta premisa, consideramos en consecuencia que el principal filtro a evaluarse para determinar la aplicabilidad del desregard por éste supuesto, pasa por el análisis del móvil o intención que haya tenido el fideicomitente o accionista controlante a la hora de utilizar atípicamente el fideicomiso o instrumento societario para la exclusiva salvaguarda de bienes.

Como bien ha afirmado cierta jurisprudencia⁸⁷ la procedencia del desregard implica una prueba muy severa en tanto la utilización de la personalidad jurídica puede obedecer a múltiples factores o circunstancias lícitas, no reprobadas por el derecho. La dilucidación de la cuestión reside en determinar si en el caso ha operado la “previsión fraudulenta”, en los que se recurre a la forma jurídica precisamente con el objeto de eludir responsabilidades futuras y en previsión de ellas. Así también lo ha destacado la SCJ⁸⁸ para quien el fraude se configura mediante 2 rasgos generales: la intención de dañar o perjudicar y la consecuencia de un daño real o eventual.

En el mismo sentido, HERRERA ha argumentado esta posición en defensa de una sentencia en la cual se rechazó la pretensión de levantar el velo de una sociedad comercial ejercida por parte de acreedores insatisfechos por una deuda de sus socios. En los comentarios señala que⁸⁹ “en este caso, la sociedad no fue utilizada para ninguno de estos fines, ya que se utilizó para realizar un negocio plenamente válido, que no podía de ninguna forma atentar contra derechos de “acreedores” que no existían al momento de su celebración. No existió fraude alguno”. “Es injusto que un acreedor tenga dificultad para cobrar lo que le es debido. Pero esa injusticia no es fundamento suficiente para elaborar los supuestos de actuación fraudulenta que no aparecen probados sino que brillan por su ausencia”.

Otro argumento que a juicio de quienes suscriben esta investigación resulta relevante en defensa de la tesis que entiende que la inoponibilidad de la personería jurídica por fraude y perjuicio se debe aplicar en forma subjetiva, es el inciso 2 del propio artículo 189 de la Ley 16.060, al prescribir que “se deberá probar

84 BLENGIO. El negocio en fraude a la ley. Anuario de Derecho Civil Tomo XV. Página 56. FCU.

85 Sentencia del TAC 3º n° 121/2000 del 20.10.99. Anuario de Derecho comercial Tomo X. Página 276.

86 ORTIZ VAAMONDE, SANTIAGO. El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo. Régimen Contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros. La Ley. Madrid. 2004. Páginas 24 a 29.

87 Sentencia del TAC 4º Turno del 13.09.00. LJU. Caso 14.199.

88 Sentencia de la SCJ del 09.03.00. LJU. Caso 14.018.

89 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Desregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 478 Y 479.

fehacientemente la efectiva utilización de la sociedad comercial como instrumento legal para alcanzar los fines expresados”.

Claramente la norma recoge la tesis subjetiva, desde el momento en que vincula la utilización de la sociedad con los “FINES EXPRESADOS”, es decir, fraude a la ley, violación del orden público o fraude y perjuicio a terceros

Cierta doctrina⁹⁰ ha expresado que la mera creación de un centro imputativo por parte del accionista controlante, realizada con el exclusivo propósito de limitar su responsabilidad, determina la existencia del fraude y abuso del medio técnico. No podemos compartir tal afirmación.

Sobre la base de la naturaleza subjetiva del fraude, debemos adentrándonos en el análisis de los móviles, y así consideramos que corresponde descartar de plano la posibilidad de aplicar el disregard, cuando exista en forma contundente un móvil del fideicomitente o accionista controlante, que no guarde relación alguna con la posibilidad de inferir un daño a un tercero. Tal podría ser el caso de un sujeto que, siendo titular de un importante inmueble de difícil división y teniendo varios hijos, opte por reestructurar su patrimonio transfiriendo dicho inmueble a una sociedad comercial, para que a su fallecimiento el bien admita cómoda división (repartándose los herederos las acciones).

También podría ser el caso del sujeto que procure una reestructura de su patrimonio para obtener alguna ventaja tributaria, en el marco de una elusión legítima.

Si la segmentación patrimonial operada mediante la utilización del instrumento fiduciario o societario, tuvo alguno de éstos móviles, indudablemente no habrá existido “previsión fraudulenta”, y no procedería la aplicabilidad del disregard, aún cuando se termine infiriendo un daño.

Transportando a nuestro análisis los conceptos de parte de la doctrina tributaria⁹¹, podría afirmarse que la existencia de un propósito ajeno a generar un perjuicio a los acreedores, que explique la segmentación patrimonial, haría descartar de plano la existencia de fraude a los acreedores. En tal caso, la utilización del instrumento fiduciario o societario sería legítima. Sólo sería concebible cuestionar la utilización atípica del instrumento en caso de que no exista evidencia de un propósito ajeno a evitar el perjuicio de los acreedores. Y la verificación de la existencia o inexistencia de un propósito ajeno a lo expuesto “pasa no sólo por el análisis de las operaciones en sus aspectos objetivos sino también, y fundamentalmente, por el análisis de las personas que participaron en las mismas a fin de determinar sus intenciones, sus propósitos (elemento subjetivo)”.

Por el contrario, en el otro extremo al planteado, sí procedería el disregard por éste presupuesto, si el móvil del fideicomitente o accionista controlante hubiere sido el insolventarse y escaparse de la persecución de los acreedores, sea que éstos ya existieren o incluso si tan solo fuere previsible su existencia mediata o inmediata.

Ahora bien, se mencionó antes que en la mayoría de las oportunidades, el propósito que persigue el operador económico que segmenta voluntariamente su patrimonio a través del uso atípico del instrumento fiduciario o societario no es la generación de un daño o perjuicio a un tercero, sino el deseo de conservar “fuera de todo riesgo” parte de los bienes de los cuales se vale para la vida, es decir, realizar una gestión de riesgos. Siendo ello, como se dijo, en gran medida, una consecuencia del debilitamiento del principio de limitación de la responsabilidad, vigente en los tipos sociales más usados.

Como regla general, podríamos sostener que no media “previsión fraudulenta” alguna, y por ende no procedería el disregard, si no es dable probar de manera fehaciente que el instrumento fiduciario o societario fue utilizado para perjudicar al tercero que aduce haber sufrido un perjuicio.

Sin embargo, dicha regla podría presentar varias excepciones que harían procedente el disregard, sobre todo en aquellas hipótesis en las cuales además del deseo administrar los riesgos, era dable esperar por parte del fideicomitente o accionista controlante, y con cierto grado de probabilidad, que aparecería un acreedor que podría perjudicarse fruto del fraccionamiento (previsión fraudulenta).

Asimismo, y si bien no está vinculado al fraude, tampoco parecería un dato menor en el análisis de cada caso, la naturaleza del tercero que promueve el disregard.

En nuestro medio⁹² ya se ha destacado la diferencia que se plantea en la situación de los acreedores “voluntarios” (como regla los contractuales) respecto de los “involuntarios” (como regla los extracontractuales). En efecto, en el caso de los acreedores voluntarios más calificados, como serían los bancos y entidades financieras, resultaría “chocante” admitir que éstos puedan aducir la existencia de una actuación fraudulenta por

90 EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astray IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF. Página 75.

91 FAGET PRATI, ALBERTO. El “Disregard of Legal Entity” en el Derecho Tributario. Página 387 y 388.

92 CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. 3era Edición. AMF. Páginas 15 y 16.

el hecho de que su cliente tiempo atrás hubiere transferido sus bienes a un fideicomiso o sociedad comercial. Pues, cuando se le otorgó crédito, éstos estaban en condiciones de evaluar perfectamente la situación patrimonial de su cliente, siendo ésta tan sólo un elemento más en la evaluación del crédito al momento de concederlo o no.

Igual razonamiento puede aplicarse respecto a los acreedores voluntarios menos calificados, pues, como se ha afirmado⁹³, en el contexto de la autonomía de la voluntad y salvo disposición en contrario en el ámbito contractual, es que se aplica el artículo 2372 del Código Civil que establece que “Los bienes todos del deudor, exceptuándose los no embargables (artículo 2363), son la garantía común de sus acreedores...”. Pero esta regla admite excepciones pues no hay norma prohibitiva expresa ni orden público afectado si, entre las partes, al contratar libremente, se limita la responsabilidad de alguna o de ambas partes.

En este contexto, se dable decir que el tercero que contrata con una persona que no tiene bienes en su patrimonio fruto de la segmentación realizada en forma previa a través del uso atípico del instrumento fiduciario o societario, aceptó esa limitación de su responsabilidad.

Por el contrario, distinto sería el caso de los acreedores “involuntarios”, como sería por ejemplo el caso de una víctima de un accidente de tránsito o incluso la propia Administración Tributaria (DGI o BPS), pues, por definición, ellos no han tenido oportunidad de negociar las condiciones con la persona que segmentó su patrimonio.

En definitiva, el mero uso atípico del instrumento fiduciario o societario, para la conservación absoluta de bienes de los cuales se vale el fideicomitente o accionista controlante, no hace automáticamente aplicable la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

El Disregard sólo resultaría aplicable en aquellos casos en que sea demostrable de modo fehaciente que, en la segmentación patrimonial voluntaria verificada mediante el uso atípico de estos instrumentos, existió por parte del fideicomitente o accionista controlante fraude o previsión fraudulenta, teniendo como móvil perjudicar a un tercero.

De lo contrario, estaremos simplemente frente a un uso atípico o indirecto de estos instrumentos, pero legítimo.

Lo expuesto se confirma cuando vemos que nuestro ordenamiento, a diferencia del derecho argentino, no previó como una causal de disregard la mera “la utilización de la sociedad para la consecución de fines extra societarios”.

9) CONCLUSIONES

La creación voluntaria de patrimonios de afectación para la salvaguarda de bienes es una práctica recurrente no solo en nuestro medio, sino también a nivel mundial. En épocas anteriores, el concepto clásico de patrimonio atribuible a Aubry y Rau⁹⁴ y sus postulados se erigía en un obstáculo para realizar este tipo de negocios jurídicos. Sin embargo, tal cual hemos hecho referencia en este trabajo de tesina, el referido concepto evolucionó hacia la idea de patrimonio – fin, a partir de la cual, se concibe la divisibilidad del patrimonio y la existencia en un mismo sujeto de derecho de tantos patrimonios como fines se encuentren previstos.

La práctica cotidiana nos muestra que las herramientas jurídicas más utilizadas en nuestro mercado para lograr la segmentación del patrimonio son las sociedades comerciales, específicamente las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, producto de la limitación de responsabilidad y autonomía patrimonial de ambos tipos, y más recientemente el fideicomiso, producto de la autonomía de la propiedad fiduciaria.

Ahora bien, al mismo tiempo que reconocemos la viabilidad de segmentar el patrimonio con la única finalidad de resguardar bienes, como una decisión de administración de riesgos, también reconocemos que no es ésta una práctica irrestricta, sino que por el contrario, la misma se debe encuadrar dentro de ciertos límites.

Nadie discute que cuando el fideicomiso o sociedad comercial es utilizada para los fines típicos para los cuales fueron creados ambos institutos, en el caso de este último para realizar una actividad comercial organizada, la segmentación del patrimonio es enteramente admisible. Las dudas se han planteado tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, cuando se hace un uso atípico de estos institutos, como por

93 HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU. Páginas 476 y 477.

94 AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 5^a edi., París, p. 336.

ejemplo, para reducir el costo impositivo a través de la elusión; o realizar una administración de riesgos, colocando en sede del nuevo patrimonio de afectación, determinados bienes, sustrayéndolo de la garantía común de los acreedores (art. 2372 del C.C.), etc.

Ahora bien, con el objetivo de desentrañar cuales son esos límites, se debe enfocar la problemática desde tres ángulos diferentes: a) la existencia de simulación en el negocio que supone la transmisión del bien en particular a la sociedad comercial o al fideicomiso; b) la validez del instrumento utilizado en forma atípica, ya sea fideicomiso o sociedad comercial; y b) la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o del fideicomiso cuando éstos son utilizados en el sentido señalado.

A) En cuanto a la existencia de simulación absoluta o relativa, como se demostró en el desarrollo de esta tesis, el negocio de transferencia de un bien a una sociedad comercial o a un fideicomiso nunca podrá ser declarado simulado por el sólo hecho de que el instrumento se utilice en forma atípica, por ejemplo, para realizar una administración de riesgos o segmentar el patrimonio.

Por el contrario, al igual que en cualquier otro negocio, el problemas de la simulación se deberá abordar en cuanto a la existencia de causa y consentimiento válidos, producto de la existencia de una coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

En la medida en que las partes contratantes quieran el negocio, que se trate de un negocio real, querido y con contraprestación razonable, entonces no habrá un negocio simulado. Éste sólo aparecería en caso de que la intención de los contratantes no concuerde con lo declarado al contratar, ya que los simulantes no querrían realmente celebrar el negocio. Un claro indicio de que las partes no quieren el negocio, puede ser, por ejemplo, la existencia de un precio vil. Pero la transmisión de un bien determinado a un fideicomiso o a una sociedad comercial, con la única finalidad de segmentar el patrimonio, no constituye en si mismo, un negocio simulado.

B) Asimismo, tampoco se puede cuestionar la validez o inexistencia del fideicomiso o la sociedad comercial cuando se utiliza en forma atípica con la única finalidad de segmentar el patrimonio.

Este punto no presenta mayores dudas en la aplicación del fideicomiso, por cuanto en la Ley 17.703 no existe una sola disposición que restrinja la utilización del mismo para determinados fines en particular. En ese sentido, el artículo 1 de la citada ley prescribe que la transmisión de la propiedad fiduciaria se puede realizar para que el fiduciario "los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso", sin que se restrinja a ninguna actividad en particular.

En cuanto a las sociedades comerciales, la utilización en forma atípica de estas entidades tampoco afecta su existencia.

En ese sentido, corresponde señalar en primer lugar, que la utilización atípica del instrumento societario es admitida por la mayoría de la doctrina comercialista. Si bien parte de esa doctrina condiciona la validez de esa utilización atípica a que el patrimonio de afectación utilizado se encuentre vinculado a un negocio específico⁹⁵, quienes suscribimos esta tesis entendemos que no es necesario tal extremo.

En efecto, como bien señala Rippe, si no se realiza una actividad económica u ésta no se realiza en forma organizada, no por ello dejará de existir una sociedad comercial si se reúnen y mantienen los demás elementos esenciales de la definición legal, ya que no se prevén sanciones por su falta ni ésta constituye presupuesto para una declaración de inexistencia, nulidad o disolución de la sociedad ⁹⁶.

Por otra parte, debe tenerse presente que la propia ley societaria habilita la existencia de sociedades con objeto no comercial, y por tanto el objeto de éstas nunca va a ser el objeto típico previsto en el artículo 1 de la ley 16.060, esto es, realizar una actividad comercial organizada. Por tanto el instrumento societario puede estar al servicio de patrimonios de afectación destinados a otros propósitos como los educativos o culturales o deportivos. Esto nos demuestra la idoneidad del instrumento societario y su polivalencia funcional.

C) Finalmente, se debe concluir que el mero uso atípico del instrumento fiduciario o societario, para la conservación de bienes de los cuales se vale el fideicomitente o accionista controlante, no hace aplicable por su solo hecho la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica.

En efecto, la utilización de un fideicomiso o sociedad comercial con la única finalidad de segmentar el patrimonio, aún cuando en el caso de esta última no realice ninguna actividad comercial, no ingresa "per se", dentro de ninguno de los presupuestos de hecho previstos en el inciso 1° del artículo 189 de la ley 16.060.

En primer lugar, no se advierte la existencia de fraude a la ley, entendido éste como el mecanismo por el cual se hace que opere una norma jurídica (leyes 16.060 o 17.703) con el fin o propósito de eludir o evitar

95 MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Página 453.

96 RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992. Página 29.

la aplicación de otra (art. 2372 del C.C.)⁹⁷. En ese sentido, resulta claro que la presunta universalidad del patrimonio prevista en el artículo 2372 del C.C.) ya no es un principio absoluto, sino que por el contrario, ha sido relativizado por un sin fin de normas, entre las cuales se incluyen las leyes de sociedades comerciales y de fideicomiso.

Por otro lado, y por análogas razones que las expuestas respecto del fraude a la ley, tampoco existe violación del orden público, por cuanto con la segmentación del patrimonio a través de cualquiera de los instrumentos referidos no se advierte la violación de principios y disposiciones imperativas o prohibitivas que informen o sobre los cuales se asiente el orden jurídico del país.

Finalmente, tampoco se advierte la existencia de la sociedad comercial o fideicomiso en fraude o perjuicio de los terceros por el solo hecho de que se utilicen estos instrumentos para segmentar el patrimonio. En efecto, siendo el concepto de fraude la base de este tercer presupuesto, resulta esencial el móvil o la intención del agente que utilizó de cualquiera de estos instrumentos jurídicos. Se trata de un presupuesto de naturaleza subjetiva⁹⁸.

Sobre la base de la naturaleza subjetiva del fraude, debemos detenernos en el análisis de los móviles y descartar de plano la posibilidad de aplicar el *disregard* cuando no se advierta un móvil del fideicomitente o accionista controlante de actuar con intención fraudulenta e inferir un daño a un tercero.

Es importante reiterar que la segmentación del patrimonio puede explicarse por un sin fin de móviles lícitos que no buscan perjudicar a terceros ni acreedores, como ser, la reestructuración del patrimonio para lograr una elusión que permita pagar menos impuestos, o simplemente realizar una administración de riesgos frente a determinada actividad, transmitiendo bienes de un patrimonio a otro.

Sin perjuicio de lo expuesto, cuando se advierta que detrás de la constitución de determinado patrimonio de afectación existe una intención fraudulenta y se haya generado un perjuicio a un tercero, entonces sí sería procedente levantar el velo a esa estructura jurídica.

En definitiva, y a modo de reflexión final, la segmentación del patrimonio con la única finalidad de resguardar bienes es lícita, en la medida en que la misma se encuadre dentro de los límites propios de utilización del instituto empleado (fideicomiso o sociedad comercial). A juicio de quienes suscriben este trabajo, ese límite está marcado por la existencia de un actuar fraudulento, esto es, con la intención de provocar un daño.

10) BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALBACETE; JUAN MANUEL; MERCANT, JUAN MANUEL, La ley de Fideicomiso, análisis del marco legal, reglamentario y tributario de la nueva figura, ADC Tomo 10.

AUBRY, C. Y RAU, C. ; Code de Droit Civil Francais, 5° y 6° Edición. París.

BLENGIO. El negocio en fraude a la ley. Anuario de Derecho Civil Tomo XV. Página 56. FCU.

BORDA, GUILLERMO, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II.

CAFFERA, GERARDO, El contrato de Fideicomiso, análisis de la ley Uruguay 17.703, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003.

CERISOLA, ANDRES. Curso de Derecho de la Empresa. Capítulo 1: La sociedad, vehículo de la empresa. Tercera Edición. AMF.

COVIELLO, NICOLAS. Doctrina General del Derecho Civil, México, 1949.

DASSO, ARIEL ANGEL. Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada. Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Héctor Alegría. Abril 2011.

⁹⁷ ITURRASPE MOSSET. El Fraude a la Ley. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126

⁹⁸ Sentencia de la SCJ del 09.03.00. LJU. Caso 14.018.

-
- DE CORES, CARLOS. Los fondos comunes de inversión, perspectiva desde el derecho civil. ADCU. T XXVII, FCU.
- DEL CAMPO, FRANCISCO. Derecho Civil, Bienes, Volumen I.
- EFRAIN, HUGO RICHARD. Unipersonalidad o Pluralidad constitutiva de sociedad y limitación de responsabilidad. Ferro Astray IN MEMORANDUM. Derecho Societario. IBdeF.
- EFRAIN, RICHARD. Sociedades y contratos asociativos. ZAVALIA. BSAS. 1987. Página 98. Citado por MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario. Pág. 454 a 456
- FACAL JULIO Y MIHALI GABRIEL. Las sociedades comerciales como administradoras de patrimonios de afectación, Derecho Societario, homenaje a Ferro Astray, Indef., 2007.
- FAGET PRATI, ALBERTO. El "Disregard of Legal Entity" en el Derecho Tributario. Página 387 y 388.
- FARGOSI, HORACIO. Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria. Revista Jurídica LA LEY, Derecho Comercial, Doctrinas esenciales. Páginas 505 y siguientes. La Ley. 2008.
- FERRARA CARIOTA. El Negocio Jurídico. Madrid. 1956. Pg. 197. N° 65.
- FERRARA, FRANCISCO. La simulación de los negocios jurídicos. Madrid. 1953.
- FERRER MONTENEGRO, ALICIA. Contrato Consigo Mismo, Ocultamiento Patrimonial y Conjunto Económico. Anuario de Derecho Comercial Tomo 13.
- FLORIN UGARTE, FEDERICO. Algunos Aspectos Prácticos Sobre la Acción de Inoponibilidad de la Persona Jurídica. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009. IDC. FCU.
- GAMARRA JORGE. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979.
- HARGAIN, DANIEL, Manual de Sociedades Comerciales, T.II, AEU, 1992.
- HARGAIN, DANIEL. El negocio del Fideicomiso, análisis conceptual general, RCDP V. 5, año 2008.
- HENRY LEON y MAZEAUD JEAN. Lecciones de Derecho civil. Parte primera. Volumen I, Edi. Jurídicas Europa – América (Bs. As.), 1976.
- HERRERA OREGGIA, NICOLAS. De la Simulación y el Disregard. En defensa de la libertad para conformar el patrimonio de las personas y acotar responsabilidades, sin fraude. Anuario de Derecho Comercial Tomo 11. FCU.
- HERRERA OREGGIA, NICOLAS. Teoría del Disregard Of Legal Entity. Un enfoque basado en el abuso de Derecho. Anuario de Derecho Comercial Tomo I. Páginas 53 a 71.
- HOLZ, EVA. Sociedades Unipersonales en el Derecho Nacional. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC.
- ITURRASPE MOSSET. El Fraude a la Ley. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Número 4. Página 126
- LISOPRAWSKI, SILVIO y KIPER, CLAUDIO. Tratado de Fideicomiso, Depalma, Buenos Aires. 2004.

- MALUMIAN NICOLAS, DIPLOTTI ADRIAN y GUTIERREZ PABLO. Fideicomiso y securitización: aspecto legal, fiscal y contable; La Ley, 2001.
- MERLINSKY, RICARDO. De la existencia de la sociedad mercantil. Análisis Exegético de la Ley 16.060 sobre sociedades comerciales. FCU. 1991.
- MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires. 1981. Tomo II. N° 43.
- MILLER, ALEJANDRO, Sociedades anónimas unipersonal de origen, Evaluación de la ley de soc. comerciales, a 20 años de su promulgación, FCU, 2009, pág. 25 y stes.
- MILLER, ALEJANDRO. La Sociedad Anónima como Vehículo para la Constitución de un patrimonio de afectación destinado a un negocio específico. X Congreso Argentino de Derecho Societario.
- OLIVERA AMATO, Juan Martín. La Creación de Patrimonios con Destino Específico en el Derecho Uruguayo". Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. IDC. Págs. 537 a 542. FCU. Montevideo. 2009.
- OLIVERA GARCIA, RICARDO. El Sistema Constitutivo de la Anónima en el Derecho Uruguayo. Revista de Derecho Comercial Número 4. 2011. FCU.
- OLIVERA GARCIA, RICARDO. La Dictadura de la Sociología Societaria. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a 20 Años de su promulgación. FCU.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. El Fideicomiso. Ediciones del Foro. 2004.
- ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO. Acción Simulatoria. 2ª Edición. Ediciones del Foro. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XIII. Tercera Edición. Montevideo 1979.
- ORTIZ VAAMONDE, SANTIAGO. El Levantamiento del Velo en el Derecho Administrativo. Régimen Contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros. La Ley. Madrid. 2004. Páginas 24 a 29.
- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE, Tratado práctico de Derecho Civil, Tomo III, La habana, 1930.
- RIPPE, SIEGBERT. Sociedades Comerciales. FCU. 1992.
- RIPPE, SIEGBERT, Sociedades de un solo socio, ADC Tomo 7, FCU, 1996.
- RIVERA, Julio César. Las sociedades como instrumento para el fraccionamiento del patrimonio. Suplemento especial LA LEY, «Sociedades Comerciales», p. 117 y sigtes. 2004.
- ROMANG COLOMINAS, Catherine. Fraccionamiento del Patrimonio Social a través de la creación de patrimonios de afectación. Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales. A los 20 años de su promulgación. FCU. Montevideo. 2009.
- SERICK, ROLF. Apariencia y Realidad en las Sociedades Comerciales. El Abuso de Derecho por medio de la Persona Jurídica. Barcelona. 1958.
- SERRANO TRASVIÑA, JORGE. Aportaciones al Fideicomiso. México 1950.
- VALLARINO BERRETTA, CLAUDIA, Sociedad unipersonal, In memorial Ferro Astray, Indef., 2007.
- VAUVILLE, FRÉDÉRIC. <http://henricapitantlawreview.org/article.php?lg=en&id=310>