

UNIVERSIDAD DEL CEMA
Buenos Aires
Argentina

Serie
DOCUMENTOS DE TRABAJO

Área: Finanzas y Negocios

**EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO
ESTRATÉGICO PARA LA PLANIFICACIÓN
PATRIMONIAL SUCESORIA EN LA EMPRESA**

Francisco María Pertierra Cánepa

Mayo 2015
Nro. 563

www.cema.edu.ar/publicaciones/doc_trabajo.html
UCEMA: Av. Córdoba 374, C1054AAP Buenos Aires, Argentina
ISSN 1668-4575 (impreso), ISSN 1668-4583 (en línea)
Editor: Jorge M. Streb; asistente editorial: Valeria Dowding <jae@cema.edu.ar>

EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO ESTRATÉGICO PARA LA PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL SUCESORIA EN LA EMPRESA.

FRANCISCO MARÍA PERTIERRA CÁNEPA*

Mayo 2015

RESUMEN

En este trabajo se analiza y propone, una novedosa aplicación del fideicomiso a nivel empresario, profundizando a partir del artículo 3 de la Ley 24.441 y del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, en el fideicomiso testamentario pero con una aplicación eminentemente práctica, en beneficio de la vigencia, preservación y sustentabilidad inteligente de los proyectos consolidados de la economía real. Se propone la herramienta del fideicomiso como la innovación estratégica que permitiría reflejar los objetivos e intereses empresarios fundacionales, el esfuerzo y la realidad lograda por sobre los intereses coyunturales individuales, los conflictos familiares y las debilidades empresariales que podrían perjudicar a los futuros herederos, especialmente los menores e incapaces, y a la comunidad relacionada.

Palabras clave:

Fideicomiso, planificación sucesoria, valor estratégico, empresa sustentable, rol fiduciario, protección de herederos; valor social y diseño a medida.

* El autor es Doctor en Dirección de Empresas, MBA del CEMA e Ingeniero Agrónomo de la UBA.

Como Profesor, dirige las Cátedras de: Entrepreneurship y Diseño de Planes de Negocios; de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa y de Mercado de Capitales.

Actualmente, es el Presidente de la Asociación Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa (www.aafyfid.com.ar).

Los puntos de vista personales del autor no necesariamente representan la posición de la Universidad del Cema.

La desaparición física de las personas es una circunstancia de acaecimiento inexorable en nuestras vidas, que depende exclusivamente de la decisión de Dios, lo cual es ajeno a nuestra voluntad. En consecuencia resulta interesante plantearse que, si bien no podemos planificar el momento de su ocurrencia, si podemos anticipar sus consecuencias en forma organizada e inteligente, previendo lo que ocurrirá en el futuro con el resultado del esfuerzo de toda una vida. Es decir, con el patrimonio que hemos forjado durante este lapso, sea este grande, mediano o pequeño.

Por supuesto que el objetivo de esta planificación tiene que ver con el modelo mental de quien la proyecta y el paradigma de vida que haya construido, y dependiendo de ello, podrá resolver naturalmente las cosas y no tomar medidas previsoras, o podrá recurrir a la redacción de un testamento ológrafo o requerir de la asistencia de una persona de su confianza para exponer un testamento secreto que será abierto ante escribano público, frente a los herederos. Esto es lo tradicional y conocido pero la buena noticia, es que desde la redacción y publicación de la ley 24.441 en enero del año 1.995, en su artículo 3, está contemplado el fideicomiso testamentario, el cual estudiado con criterio de negocios y bien aplicado, puede traer grandes beneficios ante diversas situaciones muy difíciles de contemplar desde la regulación y aún, el cuidadoso diseño desde el laboratorio, como es la supervivencia de las empresa como proyecto económico que permite el desarrollo de las personas relacionadas y la comunidad¹, la defensa del trabajo y el empleo, los intereses estratégicos públicos² y la protección de menores e incapaces.

En este orden de ideas, cabría tener en cuenta ciertos objetivos, entre los cuales pueden destacarse, a la hora de prever un destino concreto del acervo patrimonial, los siguientes:

- la protección de seres queridos, sean hijos o nietos, personas de confianza o colaboradores,
- acciones de caridad y/o de responsabilidad social o institucional,
- preservación estratégica de la empresa hacia el futuro y sustentabilidad,
- cumplimiento de los objetivos fundamentales del fundador de la empresa,

¹ Pertierra Cánepa, Francisco María. “Responsabilidad Social Empresaria y Corporate Governance”. Buenos Aires. Maestría en Ciencias Políticas, Doctorado en Dirección de Empresas. UCEMA. 2004.

² Pertierra Cánepa, Francisco María. “Fideicomiso y negocios”. Buenos Aires, editorial Alfaomega, 2014.

- preservación de la fuente de empleo de los equipos humanos de la empresa, que con el tiempo, la buena conducción y la capacitación, pueden llegar a ser experimentados, profesionales, idóneos, fieles y que se comportan como un sistema,
- protección y blindaje de la misma, tanto respecto de imprevisibles avatares, como de los conflictos familiares.

Si bien es cierto que, el instituto del testamento, siempre ha existido desde tiempos inmemoriales habiendo sido un muy buen instrumento, la aparición del fideicomiso con la invaluable posibilidad que brinda de crear nuevos patrimonios, distintos de los originales, produjo un giro copernicano de alto valor estratégico, a la mentada planificación. Como se comprenderá, en este novedoso enfoque, la labor y responsabilidad del fiduciario será mucho más compleja y productiva que las esperadas para figuras tradicionales como el escribano, el curador o el albacea.

El fideicomiso testamentario es un instrumento, a través del cual el titular de un patrimonio individual que está planificando su futuro imparte un conjunto de instrucciones, previendo su desaparición física, señalando específicamente las cosas que recibirá cada uno de sus herederos, a través de la creación de un patrimonio nuevo, cuya titularidad será de un tercero de confianza e idoneidad garantizada para quien transmite los bienes. Indudablemente, que se trata de un sistema más complejo y completo que un simple testamento, por lo cual no puede ser analizado sin estudiar previamente el tema a fondo, y contemplando las diferentes situaciones y sus necesidades; tampoco siguiendo un esquema de pensamiento lineal y no adaptado a los cambios de contexto y las evoluciones del ambiente de los negocios. Además, vale destacar que, el testamento como tal, es un documento estático que sólo entra en vigencia, una vez ocurrida la muerte del testador, por lo que al incorporar al análisis una nueva figura, es necesario considerar los tiempos, los escenarios y los objetivos justificativos, para su diseño.

Resulta entonces que, cuando una persona, pensando en sus hijos y/o nietos o ante determinada situación de crisis, o sintomática de futura crisis, en su ámbito familiar o empresarial, decide planificar su futuro utilizando el instrumento de un fideicomiso de estas características, está proyectando la realización de un encargo personal a un administrador fiduciario idóneo y de su estrecho conocimiento, que se obligará a

realizar el “encargo en confianza”, para manejar dicho patrimonio con un fin específico. Es decir, recurre a un medio o nexo dentro del marco legal, que debe ser fiel y técnicamente apto, para poder cumplir eficazmente su voluntad, lo que hace que no haya transformación de su voluntad, ni incumplimiento del orden jurídico. Esto lo hace a través de un administrador fiduciario que, acorde a la ley, podrá ser una persona física, una sociedad o una institución, la que desarrollará su labor y tendrá la posibilidad, de acuerdo a lo convenido, de cobrar los honorarios previamente pactados. La ley en Argentina es muy amplia respecto a quien puede ser fiduciario, por lo que debe quedar muy en claro la conveniencia de elegir como fiduciario a quien pueda demostrar responsabilidad profesional y experiencia práctica en la materia. Por supuesto, que el único objetivo y finalidad del fideicomiso cumplir la voluntad del “encomendante”, entregando a los herederos beneficiarios el producto del patrimonio así administrado. Para ello, se estructura una organización con un “fiduciante”, que es la persona que transfiere al fideicomiso los bienes de su propiedad, que integrarán dicho nuevo y especial patrimonio. Asimismo, se contará con un “fiduciario”, que será el encargado de la administración del nuevo patrimonio, con beneficiarios (herederos) que recibirán el producido y con un “fideicomisario”, que será quien recibe el remanente del producido por los que conforman el fideicomiso, una vez que este llegue a su fin. Para concretarlo, las partes celebran un contrato de fideicomiso, cuyo fiduciario será responsable de administrar los bienes con la diligencia como buen hombre de negocios y acotado a lo indicado en los términos y condiciones del contrato.

Analizando esta alternativa vemos que, una de las ventajas fundamentales del fideicomiso testamentario, es que mientras viva el testador, tendrá libertad para disponer del patrimonio que haya involucrado en el proyecto en beneficio del mismo, como así también modificar la lista de beneficiarios. Esta es una cuestión de vital importancia a considerar, respecto del testamento tradicional.

El artículo 3ro.³ de la ley 24.441, denominada ley para el “financiamiento de la vivienda y de la construcción”, establece que, “el fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en algunas de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 4to.”.

³ García Andrea y García Roxana. “Trabajo de investigación sobre el fideicomiso testamentario”. Mendoza, Universidad de Cuy, 2011.

A su vez, el artículo 1ro. de la norma prevé que: “habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), estando obligado el fiduciario a ejercerla en beneficio de un tercero (beneficiario) y cumplido el plazo o la condición del encargo, transferir la propiedad del remanente, al fideicomisario”.

Como puede apreciarse, la esencia del fideicomiso radica en transmitir la propiedad de bienes de una persona a otra para que éste lleve adelante un cometido, en confianza, concreto y, finalmente, transmita los resultados a los beneficiarios previstos. La transmisión de la propiedad tiene dos momentos, en el primero se transmite a una persona para que ejecute el encargo y cumplido este, un segundo momento donde la propiedad será transferida a un tercero designado en el contrato. La transmisión presenta en materia testamentaria el inconveniente de la prohibición de la sustitución fideicomisaria, prevista por el Código Civil de Vélez Sarsfield, de acuerdo con lo previsto en sus artículos 3.723 y 3.724⁴.

Usualmente, el diseño tiene, como motivo subyacente, el ocuparse concretamente de los beneficios correspondientes a menores de edad o incapaces en caso de muerte de sus padres, nombrando a un administrador fiduciario para que gestione, proteja y asigne, a su mejor saber y entender, los activos incorporados al nuevo patrimonio creado, a los fines de cumplir la voluntad de quien los ha cedido.

El origen de su aplicación tiene que ver con personas físicas que, dado su importante patrimonio que puede involucrar activos de valor variable en el mercado como inmuebles, bienes muebles, acciones, participaciones en fondos o en empresas, fondos líquidos en diferentes monedas, obras de arte y otros bienes, evalúan la posibilidad de proteger mejor con esta herramienta, el futuro de sus herederos. Sin perjuicio de ello, los beneficios de la figura se fueron difundiendo y personas de patrimonio más acotado, también la empezaron a considerar y, en muchos casos, a utilizar, con fines similares.

Pero con el avance de las interacciones económicas de las comunidades de negocios, existen situaciones particulares que ocurren en forma generalizada y que han producido una necesidad estratégica, que sin duda con la difusión de la figura como solución alternativa, generará un enorme interés en el ámbito del mundo empresarial. Esta es, que llegado un determinado momento en la curva de crecimiento de una

⁴ Lisoprawski Silvio. Fideicomiso de planeación patrimonial. Buenos Aires, La Ley, marzo de 2015

empresa, en muchos casos, el fundador tras un análisis racional y objetivo de la misma y del tipo de liderazgo ejercido⁵, confirma la convicción de tener serias dudas sobre la capacidad de sus herederos, tanto para la defensa competitiva como para la administración exitosa y sustentable de la empresa, manteniendo con fidelidad sus objetivos fundacionales. Esto le genera una fuerte incertidumbre sobre el futuro de los proyectos que involucran su patrimonio, lo cual puede también afectar el bienestar de todos los recursos humanos de la empresa y sus familiares. Las dudas sobre la capacidad de los sucesores no solo tienen que ver con su falta de idoneidad, capacitación o habilidades, sino también con el desarrollo de potenciales escenarios de crisis, la irrupción en la gestión de la empresa de cónyuges o con que, los futuros responsables, son menores de edad o muy jóvenes, con la consiguiente falta de experiencia práctica en la conducción cotidiana vida empresarial.

Este novedoso análisis implica el diseño y uso de los instrumentos en forma complementaria, como es el caso del testamento y el fideicomiso, en la planificación familiar del patrimonio objeto futuro a transmitir a los herederos. Para esto, se podría disponer a través de un testamento de parte de los bienes del patrimonio del eventual causante, los cuales activarían el fideicomiso al momento de ocurrir la muerte del testador, pero con la ventaja de contar con un contrato de fideicomiso establecido en vida, lo que permite planificar y controlar los fines y la administración del fideicomiso, acorde a los objetivos planteados por el fiduciante.

También podría resultar adecuado, según los casos, plantearse el diseño de un fideicomiso de administración y testamentario, con la cláusula gatillo generadora de la acción testamentaria, por lo cual en vida del interesado, en su calidad de fiduciante, se lograría la adecuada administración de los activos que éste desea que sean objeto de la herencia, que inclusive podrían generar ganancias, con lo cual habría un incremento patrimonial, pero sabiendo que ocurrida la muerte, se encuentre precisado en el contrato quienes, en que porcentajes y con que objetivos, recibirán los activos del patrimonio fideicomitado, según la voluntad manifestada por el testador fiduciante.

Por lo tanto, el fideicomiso para la planificación patrimonial es una excelente herramienta para anticipar y minimizar futuros problemas como:

- La sucesión, ya que la simplifica;

⁵ Pertierra Cánepa, Francisco María. “La importancia del liderazgo”. Buenos Aires. Doctorado en Dirección de Empresas. Universidad del CEMA. 2003

- La definición precisa de procedimientos y reglas en casos de incapacidad;
- El management y la administración de la empresa, de cara a las futuras generaciones, especialmente las familiares,
- La protección de activos y la perdurabilidad de los proyectos en el tiempo, siendo fieles a sus principios fundacionales;
- La protección y la sustentabilidad de las fuentes de empleo y sostenimiento de las actividades económicas y de las economías regionales,
- La confidencialidad del proceso.

Lo que es indudable desde un enfoque de negocios, es que esto otorgaría mayor sustentabilidad a los proyectos de la economía real y aumentaría la certeza a los inversores, estimulando el crecimiento del mercado de los negocios, ya que fortalecería los proyectos al dejarlos a salvo de las necesidades coyunturales de sus directivos, y contrarias al objeto social común, sirviendo también para asegurar la existencia de fondos para solventar la educación de hijos y/o nietos y la protección, justa y digna, de los incapaces.

Por supuesto que todo este planteo también tiene como objetivo producir material para el debate serio y responsable de la comunidad de negocios y de ciencias y así logran avances, donde es necesario el aporte no solo de los profesionales de las ciencias jurídicas, sino también de las ciencias del management, pero siempre, respetando la utilidad que se busca como herramienta de valor diferencial en apoyo de los negocios y las personas.

Además, este tipo de fideicomiso que presenta importantes ventajas al evitar un proceso sucesorio y, siempre en el supuesto que sea estudiado y diseñado correctamente, podría minimizar el efecto de tasas como la de justicia y determinados impuestos, con la transferencia de bienes generadores de ingresos al fideicomiso, como cuentas de inversión o alquileres, dado que el fideicomiso es gravado sobre los ingresos en lugar de que se graven personalmente. También puede haber puntos de análisis por el impacto de las diferentes categorías impositivas, por la acción de administradores profesionales, que logren mejores resultados con la inversión de los activos del portfolio. Obviamente en este aspecto, también es necesario el aporte de los especialistas de las ciencias económicas, para poder evaluar las mejores

alternativas de aplicación en base a la experiencia desarrollada en la práctica con fideicomisos.

Lo que resulta fundamental, a la hora de pensar en el diseño futuro de los proyectos y su patrimonio, es focalizarse en los objetivos del propietario del patrimonio, analizar las distintas alternativas y consultar con profesionales idóneos en la utilización del fideicomiso en estas áreas, teniendo en claro que se deben respetar algunos puntos centrales como:

- el régimen de las legítimas⁶,
- el de incapacidades para suceder⁷,
- la imposibilidad de poner gravámenes o condiciones a las legítimas⁸ y
- la prohibición de las sustituciones fideicomisarias.

A modo de resumen, podemos reafirmar algunos puntos que deben ser considerados de antemano para evitar equivocaciones o interpretaciones erróneas:

- Al ser un planteo de carácter estratégico para la sostenibilidad de la empresa, debe ser diseñado con ese espíritu exclusivo, atendiendo los objetivos fundacionales y con el mejor asesoramiento profesional.
- La aplicación de la figura de este tipo de fideicomiso tendrá como sentido fundamental ser una alternativa superadora por su flexibilidad y de valor estratégico, respecto a los instrumentos tradicionales y de uso generalizado.
- No es válido un fideicomiso testamentario sobre todos los bienes de la herencia. Si existen herederos forzosos, el fideicomiso solo puede establecerse sobre el porcentaje de libre disposición, lo que implica no vulnerar la legítima.
- Lo que si debe considerarse con especial atención a la hora del diseño, son los bienes que están involucrados en un proyecto de la economía real, y que por lo tanto constituyen una unidad con sentido productivo.
- El fideicomisario es un sucesor del testador, por lo tanto el fideicomiso testamentario realizado a favor de quien es incapaz de recibir por testamento,

⁶ Lisoprawski, Silvio V. "Fideicomiso Testamentario en el Código Civil y Comercial". Buenos Aires, La Ley, 3 de febrero de 2015.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

es nulo. Como bien explican los especialistas jurídicos, los acreedores del heredero forzoso si fue afectada la legítima de su deudor por la constitución del fideicomiso, pueden subrogarse en las acciones del legitimario.

- Los acreedores del heredero no forzoso que es beneficiario de un fideicomiso solo pueden ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos.
- Pero siempre en este tipo de fideicomiso propuesto, se debe prestar especial atención a los objetivos que se planteó quien decidió recurrir a la figura para, entre otros riesgos, no correr el de las sustituciones fideicomisarias.

Finalmente, queremos transmitir que este novedoso enfoque avanza sobre lo tratado hasta ahora en fideicomiso testamentario, aprovechando las posibilidades sobre planeación patrimonial que genera la interpretación del nuevo Código⁹, y tiene como objetivo central poner nuevamente al fideicomiso al servicio del desarrollo económico empresarial y la mayor equidad social, dando un aporte de valor estratégico superador del uso del fideicomiso convencional durante la vida de las personas y del fideicomiso testamentario previsto en la ley 24.441.

En consecuencia, auguramos y pronosticamos una etapa de auge creciente en su aplicación en la Argentina dadas las bondades de la figura para la sostenibilidad en el tiempo de los proyectos empresarios de la economía real, pero también en Latinoamérica, donde asegurar las pequeñas y medianas industrias es una de las claves para el desarrollo social, equilibrado y solidario de las naciones. Para eso, consideramos adecuado el enriquecimiento del planteo elaborado con el aporte de la comunidad científica especializada, y el estudio particular de cada caso, para que como siempre debe ser, se logre comprender que el fideicomiso es un diseño “a medida de cada negocio”, y que por lo tanto, no es posible ni conveniente, la copia de contratos y el diseño en línea, pues es un camino de corto alcance que sólo lleva a la generación de mayores costos ocultos¹⁰.

⁹ Op cit. Lisoprawski, Silvio V.

¹⁰ Op cit. Pertierra Cánepa, Francisco María

Bibliografía:

- García, Andrea y García, Roxana. “Trabajo de investigación sobre fideicomiso testamentario”. Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 2.011.
- Lisoprawski, Silvio V.” Fideicomiso de planeación patrimonial”. Buenos Aires, La Ley, 5 de marzo de 2.015.
- Lisoprawski, Silvio V. “Fideicomiso Testamentario en el Código Civil y Comercial”. Buenos Aires, La Ley, 3 de febrero de 2.015.
- Medina, Graciela y Maderna, Horacio. “Fideicomiso Testamentario, legítima y protección de incapaces”. Buenos Aires, El Derecho, 2.008.
- Pertierra Cánepa, Francisco María. “Fideicomiso y negocios”. Buenos Aires, editorial Alfaomega, 2.014.
- República Argentina. “Código Civil y Comercial de la Nación”. Buenos Aires, Infojus, Ley 26.994, Decreto 1.795/2.014.
- República Argentina. “Ley 24.441”. Buenos Aires, infojus, 1.995.