

Condoleo, Néstor

Fideicomiso

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Condoleo, N. (2012). Fideicomiso [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fideicomiso-nestor-condoleo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

FIDEICOMISO

NÉSTOR CONDOLEO

En primer lugar cabe destacar que, el contrato de fideicomiso, forma parte directa del Código Civil y deja de estar con un texto diferente, formando parte de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y Construcción.

Como metodología, trata disposiciones generales del contrato y luego las particulares limitándose tan solo a denominarlos fideicomiso en garantía, el financiero y el, fijando para los dos últimos mencionados una sección especial que son la cuarta y la octava.

Sin perjuicio de que regula temas hasta el momento no regulados, cosa que nos parece muy saludable, al tratarlos lo hace de una forma poco clara y con una visión poco práctica del funcionamiento del fideicomiso, conforme se viene desarrollando en estos tiempos. Entendemos que también se pierde una gran oportunidad para que se fijen pautas que lleven a los contratantes obligatoriamente a la Mediación en el tema del contrato del fideicomiso, y evitar que los Juzgados tengan que intervenir ineludiblemente.

Hay cuestiones que están libradas a la interpretación de las partes, como por ejemplo al hablar del fraude, y fija pautas de registración que a nuestro entender deben estar tratados en los Derechos reales y no en esta parte del Código.

Así resulta que el Capítulo 30 que habla del contrato de fideicomiso, tiene una sección primera para Disposiciones generales abarcando desde el artículo 1666 al 1681, y habla sobre la definición del contrato de fideicomiso, el contenido del mismo, su plazo o condición, la forma y el objeto.

Luego en la sección segunda, habla de los sujetos del contrato, definiendo los roles del beneficiario, del fideicomisario y del fiduciario, a quien le dedica la mayor parte del articulado estableciendo su accionar y responsabilidades como así también la forma de sustitución. En la misma sección en el artículo 1680, titula y define al “Fideicomiso de garantía”, por lo que queda totalmente aislado del resto, ya que a continuación, y hasta terminar la sección habla de la aceptación del beneficiario y del fideicomisario, como del fraude.

En la sección tercera habla de efectos en general, desde el artículo 1682 al 1689, comenzando por definir la Propiedad Fiduciaria, los efectos frente a terceros, vuelve a prescribir el accionar del fiduciario. Continúa con la registración de los bienes incorporados, la constitución del patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, el límite que tienen los acreedores del mismo y los efectos de las deudas, finalizando con la facultad del fiduciario de realizar actos de disposición y gravámenes sin autorización alguna y la legitimación para actuar.

La sección cuarta habla del “Fideicomiso Financiero” y abarca desde el artículo 1690 hasta el artículo 1697.

Comienza definiéndolo; habla de los títulos valores y ofertas al público, el contenido del contrato.

La sección quinta, titulada “Certificados de participación y títulos de deuda”, se compone de dos artículos (1693 y 1694) que hablan de la emisión y caracteres de los mismos y los certificados globales y sus clases.

La sección sexta trata la “Asamblea de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación”, tratándola en los artículos 1695 y 1696, que hablan de la Asamblea y del cómputo.

La séptima sección trata en tan solo dos artículos (1697 y 1698) la “Extinción del fideicomiso” diciendo cuales con las causales y sus efectos.

En la octava sección trata el “Fideicomiso testamentario” en dos breves artículos (1699 y 1700) estableciendo que las reglas aplicables al mismo son iguales a lo dicho en anteriores artículos a los que remite en líneas generales, y la nulidad del fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Mantiene en líneas generales la estructura anterior y el mismo funcionamiento, despejando algunas dudas que existen a la fecha, y generando algunas otras.

Ha sido modificada la definición, ya que en la actual se incluye que el fiduciante transmite “o se compromete a transmitir la propiedad”, notándose aquí que se agrega el compromiso a transmitir (hubiera sido mejor que dijera que se obliga en vez de compromete) y dice “la propiedad de bienes”, sin mencionar que son fiduciarios.

La particularidad es que al final de la definición, dice que al finalizar el plazo del fideicomiso o al producirse la condición pactada que tiene como efecto el cumplimiento del mismo, la propiedad de la cosa debe transmitirse al Fideicomisario solamente y no al fiduciante y/o al beneficiario. Es decir que se excluye la posibilidad que prescribía la Ley 24.441 de que al cumplirse el plazo o la condición, se transmitiera al fiduciante, beneficiario o fideicomisario

Mantiene el plazo de 30 años como máximo, salvo el caso en el que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida (término novedoso e incorporado) donde se prolongará hasta el cese de la incapacidad o su muerte.

Es interesante ver que receptando las dudas que al respecto se generan hoy en día, claramente establece en cuanto a la forma del contrato, que puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiera a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. Se percibe también la influencia positiva del actual artículo 1185 del Código Civil, ya que prevé que si no se cumple con la forma, el contrato es válido y se tomará como que las partes se obligan como promesa a hacerlo. Establece también que la incorporación de esta clase de bienes en forma posterior a la celebración del contrato, se puede cumplir con la forma establecida, en oportunidad de la incorporación, debiéndose transcribir en el instrumento público, el contrato de fideicomiso.

Cabe destacar que trata específicamente el objeto del contrato de fideicomiso, diciendo que son todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, y excluye las herencias futuras, manteniendo la prohibición de realizar pactos sobre las mismas.

Al hablar de los sujetos del contrato, repite lo dicho por la ley 24.441, modificando el término persona física por humana, y agrega que “Pueden ser beneficiarios el fiduciante, el fiduciario o el fideicomisario”. Al permitir que el fiduciario también pueda ser beneficiario, hace presumir la posibilidad de conflictos de intereses difíciles de zanjar, a punto tal que en el artículo 1673 que habla del Fiduciario, dice: “... El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”. La práctica actual, indica que en los casos donde por interpósita persona el fiduciario era también beneficiario (oculto), ha traído innumerables conflictos aún sin solución.

Permite la designación de varios beneficiarios, estableciendo la igualdad entre ellos, y que para el caso de renuncia o no aceptación de uno o más de los designados, o si no llegasen a existir, se puede establecer el derecho de acrecer o designar nuevos beneficiarios.

Si ninguno acepta o todos renuncian o no llegan a existir, el beneficiario será el fideicomisario.

Sigue siendo la figura del fiduciario la más regulada, y la que tiene mayores novedades. Así establece la posibilidad de la designación de más de un fiduciario para que actúen simultáneamente ya sea en forma conjunta o indistinta, pero siempre con la responsabilidad solidaria.

Al hablar de la sustitución del fiduciario, no distingue los distintos tipos de fideicomiso, y deja de ser claro.

Se refiere a la intervención judicial y a la creación de una nueva figura, que es la del fiduciario judicial que será designado por el juez a requerimiento de cualquier interesado. Esto no lo vemos mal, en tanto y en cuanto se refiera específicamente al fideicomiso financiero, ante la intervención de entidades financieras. Receipta la duda que se produce hoy en día respecto de qué ocurre con los bienes registrables, cuando se ha cambiado el fiduciario, ya que establece la a obligatoriedad de registrarse dicho cambio.

Al hablar del fideicomiso en garantía, trata de definirlo y en realidad no lo ha logrado, dado que el artículo 1680 resulta confuso en su redacción. Es demasiado abarcativo. Tanto el beneficiario como el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales en forma expresa o tácita mediante actos inequívocos, presumiéndose la aceptación. Puede el fiduciario requerir la aceptación y si no lo logra puede recurrir al juez.

Establece que el beneficiario y el fideicomisario pueden reclamar el debido cumplimiento del contrato y la revocación de los actos realizados por el fiduciario en fraude de sus intereses, sin perjuicio de los derechos de los terceros interesados de buena fe. Esto resulta sumamente peligroso porque deja librado al arbitrio del beneficiario y fideicomisario la interpretación de fraude.

En cuanto a los efectos prescribe la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos.

- Establece la obligatoriedad de registrarse los bienes incorporados al fideicomiso, en tanto y en cuanto se trate de bienes registrables.
- Presume que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos o productos, salvo estipulación en contraria en el contrato.
- Mantiene al patrimonio de afectación del fideicomiso, separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario, pero le establece al fiduciario la obligatoriedad de contratar un seguro por responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Tiene que establecer con razonabilidad los montos asegurados y los riesgos. El damnificado tiene acción directa contra el asegurador en los términos del contrato de seguro, si no hubo razonabilidad, es decir que la misma deberá ser analizada tanto por el fiduciario como por la compañía de seguros.
- Las acciones realizadas con fraude, le quitan al patrimonio del fideicomiso la protección que tiene.
- Los fiduciantes, beneficiarios y el fideicomisario pueden garantizar las obligaciones asumidas en la ejecución del fideicomiso.
- Si los bienes fideicomitidos no alcanzan para atender las obligaciones asumidas, esta situación no da lugar a la quiebra, pero si a la liquidación del fideicomiso, donde se aplicará el procedimiento previsto para concursos y quiebras.
- Mantiene el criterio de permitirle al fiduciario la libertad de disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin consentimiento de los demás. Las limitaciones al fiduciario deben estar previstas en el contrato, inclusive la de no enajenar y ser inscripta en los casos que corresponda.
- Crea la figura del “condominio” para el caso en que se nombren varios fiduciarios, y remite al art. 1674 respecto de la solidaridad, pudiendo otorgar actos de disposición solamente en forma conjunta, excepto pacto en contrario. También fija una imposibilidad de partición mientras dure el fideicomiso.
- Le da cierta libertad de acción al fiduciario pero lo limita bastante.

Como dijimos en la sección cuarta trata el Fideicomiso Financiero, sin hacer una definición expresa sobre el mismo, remitiéndose a la parte general, fijando la obligatoriedad de que el fiduciario sea una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y que los beneficiario son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

Prescribe la oferta al público de los títulos valores, siendo autoridad de aplicación el organismo de contralor de los mercados de valores, a quien le otorga la facultad de dictar normas reglamentarias para establecer los requisitos a cumplir en la actuación como fiduciario.

Pauta lo que debe contener el contrato, la emisión de los títulos valores, los certificados de participación que podrán ser al portador, nominativos endosables, o no endosables, cartulares o escriturales, pudiendo también emitirse diversas clases de series.

Fija pautas para las Asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación, y el compuesto del quórum y las mayorías necesarias para hacer valer las decisiones.

Extinción del fideicomiso

Las causales son tres: el cumplimiento del plazo o la condición, la revocación del fiduciante si se ha reservado expresamente esa facultad, y cualquier otra causa prevista en el contrato. En ningún caso tiene efectos retroactivos y los efectos que produce son los de entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario y otorgar los instrumentos que correspondan y realizar las inscripciones respectivas.

Fideicomiso testamentario

Remite a los artículos anteriores aplicables, estableciendo que el plazo se computa a partir de la muerte del fiduciante, y prescribe la nulidad del fideicomiso para el caso en que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Por último, nos llama la atención que en esta parte trate el dominio fiduciario, donde en realidad, en vez de definirlo, habla de que es el que se adquiere con en razón de un fideicomiso constituido por contrato o testamento.

Remite a los derechos reales en general y al de dominio en particular, manteniendo el criterio de dominio imperfecto, aclarando que el titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realice se ajusten al fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas.

También mantiene el criterio de la irretroactividad de la extinción del dominio fiduciario, excepto que no se ajusten a los fines del fideicomiso, y que el tercer adquirente carezca de buena fe y no sea a título oneroso.

Una vez extinguido el fideicomiso, el fiduciario se convierte en poseedor a nombre del dueño perfecto, y establece la registración de la readquisición para el caso de que se trate de bienes donde la inscripción sea constitutiva de derechos, de la readquisición, y si no es constitutiva la requiere a efectos de su oponibilidad. No resulta muy claro el artículo mencionado y diría que es hasta innecesario.

Termina estableciendo que cuando la extinción no es retroactiva, son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio fiduciario, pero si la extinción es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados.