

EL FIDEICOMISO Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Dr. Francisco M. Pertierra Cánepa*

El primero de agosto entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación quien lo receptó logrando mantener las ventajas de la figura e introduciendo algunas potenciales mejoras. Por supuesto que lo reciente de su puesta en marcha no está exenta de situaciones que generan dudas y consultas, especialmente en la práctica de su aplicación para la estructuración de los negocios fiduciarios.

En sus primeros artículos referidos al fideicomiso, el nuevo código reafirma su carácter de contrato y establece los contenidos del mismo, definiendo o mejorando algunos aspectos que permitían diversas interpretaciones en la ley 24.441.

Los requisitos que sigue exigiendo son:

- las dos partes, los beneficiarios y el fideicomisario, así como los derechos y obligaciones;
- individualización de los bienes objeto del contrato, o la descripción y características si no fueran individualizables hoy;
- la forma en que pueden ser incorporados otros bienes al fideicomiso;
- el plazo de duración, que mantiene los 30 años y la excepción por incapacidad;
- La condición del fideicomiso y la denominación de los beneficiarios;
- la identificación del fideicomisario y la transmisión del remanente;

Es así que partiendo de este adecuado tratamiento podemos remarcar algunos puntos donde se pueden apreciar claros avances, como dos fundamentales que refieren a los procesos de liquidación del fideicomiso y la sustitución del fiduciario. Otro avance que hace al resguardo de los negocios de riesgo, pero que vale aclarar todos los fiduciarios “idóneos” ya lo hacían con criterio profesional, es la obligación del artículo 1685 para la contratación de un seguro de responsabilidad civil por los potenciales daños con causa en los bienes

*Profesor de la Cátedra de Fideicomisos y FID en las Maestrías del CEMA (www.cema.edu.ar)
Director Ejecutivo de la Asociación Argentina de Fideicomisos y FID (www.aafyfid.com.ar)

fideicomitidos, que lo hacen al fiduciario responsable en forma personal si no lo contrata o tomara un seguro ilógico por la cobertura de riesgos o por su monto.

Los artículos 1678 y 1679 evidencian en caso de acefalía del fiduciario, que el Juez pueda designar, a pedido de una de las partes o de un acreedor del patrimonio fideicomitado, un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio.

El artículo 1680 contiene una modalidad de gran utilidad pero olvidada en la 24441, que es la constitución de fideicomisos de garantía, por el cual el fiduciario dispone de la facultad de utilizar los bienes fideicomitados, según lo pactado en el contrato, para aplicarlos a la garantía, aún los fondos del patrimonio incluyendo aquellos generados por el cobro judicial o extrajudicial, de créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. En relación al escudo de protección legal que evita agredir los bienes fideicomitados transferidos al fiduciario, deja la salvedad para los casos de fraude y la ineficacia concursal, permitiendo que los acreedores de beneficiarios y fideicomisario puedan subrogarse en sus derechos.

Además, reafirma en el 1687 una ventaja distintiva del fideicomiso por la cual ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados en caso de tener que responder por las obligaciones surgidas de la marcha del fideicomiso, no se decreta la quiebra sino que se debe proceder a su liquidación, acorde a lo diseñado en el contrato o a cargo del juez competente, en lugar del fiduciario como era antes. Por lo tanto el juez será quien deba fijar el mejor procedimiento para su concreción.

Pero también genera vacíos importantes que pueden producir trabas operativas importantes con efectos directos sobre la actividad económica, como es el caso del artículo 1699 que refiere a la obligación de inscribir los contratos en el Registro Público que corresponda. Esto ha generado una parálisis notoria ya que no hay mayores precisiones y nadie sabe a qué registro refiere ni cuál es el procedimiento (IGJ, Registros de Comercio, tiempos de duración de los trámites, condiciones, pedido de CUIT, etc.). Por supuesto que esto debería ser complementado con una normativa específica. Pero a la fecha no la hay y el anexo A de la resolución general de I.G.J. nº 07/2015, referida a la reglamentación

que supuestamente delegó el art. 1669 mencionado, no contribuye al esclarecimiento sino que agrava la confusión. Mientras esto ocurre, todos los proyectos en etapa de inscripciones, sufren esta incertidumbre y quedan navegando sin rumbo definido, lo cual genera un enorme daño al sector y al país.

Respecto a la preocupación existente por establecer estándares de base para desempeñar el rol profesional de fiduciario en fideicomisos ordinarios o mal llamados privados, no se han producido avances y se mantuvo la obligación, para los fideicomisos financieros y con oferta pública, de contar con fiduciarios inscriptos en el tradicional registro formal de la Comisión Nacional de Valores

Otro aspecto novedoso que a nuestro juicio puede generar complicaciones es permitir que el fiduciario actúe también y en simultáneo, como beneficiario (art. 1673), porque si bien recepta un hecho muchas veces práctico, y lógico desde la teoría de los incentivos, es complejo desde la óptica de la gobernanza, por los posibles problemas de agencia y conflictos de intereses.

Siguió aggiornando al incorporar la figura del cofiduciario contemplada en las legislaciones de otros países, pero estamos convencidos que, en la práctica, es muy complejo lograr que esto funcione exitosamente. Lo bueno fue que se acotó esto mediante el artículo 1674, que le asigna al cofiduciario la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de las obligaciones del fideicomiso.

Finalmente y luego de hacer un análisis reflexivo, los avances hacen que el saldo sea positivo pues se han protegido las ventajas de seguridad y flexibilidad del fideicomiso, pero queda una importante etapa complementaria para dilucidar y simplificar los puntos más complejos. En especial los derivados de la 1699 así como el monitoreo en la aplicación diaria del fideicomiso a los negocios de la economía real por las posibles fallas, de manera de establecer soluciones inmediatas sin afectar la enorme demanda por la figura, que se ha mostrado como uno de los motores de la economía a través de sus ventajas jurídicas, de negocios, sociales y participativas. -----