



El fideicomiso en el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial.

Lucas Ignacio Jakimowicz (*)

INTRODUCCIÓN

Desde la sanción de la ley 24.441 de “financiamiento de la vivienda y la construcción” en el año 1995, el Fideicomiso en sus diferentes variantes (administración, garantía y fi-

nanciero) se ha erigido como una herramienta fundamental para el desarrollo económico del país, potenciando el crecimiento de sectores tan diversos como el inmobiliario, la construcción, el consumo, la industria, la actividad forestal y agropecuaria y la realización de obras de infraestructura.

(*) Responsable de Legales de Rosario Administradora Sociedad Fiduciaria S.A.

En el mes de marzo de 2012, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner presentó el anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil con el de Comercio, elaborado por la comisión formada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, que fue remitido al Honorable Congreso de la Nación para su tratamiento legislativo (en adelante el “proyecto”). Adicionalmente, se creó la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación a los efectos de generar un debate amplio, plural y federal respecto de los principales temas que integran la reforma⁽¹⁾. Sin perjuicio de haberse reunido en más de 15 jurisdicciones, la complejidad de la empresa encarada y los dilemas que han presentado muchos puntos polémicos del Código Civil obligaron a postergar el tratamiento de la reforma para el ejercicio legislativo del año próximo.

En relación al fideicomiso, tal como lo ha manifestado la doctrina especializada, el proyecto supone un mejoramiento de la normativa existente, en función de la experiencia habida desde la sanción de la ley 24.441. Sin perjuicio de ello, se destaca una deuda pendiente en el marco normativo de la figura para su consolidación definitiva como herramienta de facilitación de acceso al crédito y especialmente su orientación a la actividad productiva.

El presente artículo tiene por objeto sintetizar las modificaciones de mayor relevancia del proyecto y su comparación con el régimen actual de la ley 24.441.

1.- LOS AVANCES RESPECTO A LA REDACCIÓN DE LA LEY 24.441

Si bien en términos generales el proyecto se ciñe a los lineamientos generales de la ley 24.441, en diversos artículos se destaca un mejoramiento, respondiendo a reclamos históricos de la doctrina. Cabe subrayar la incorporación de disposiciones específicas respecto a la forma del contrato (artículo 1.669), la posibilidad de que las universalidades puedan ser objeto del contrato de fideicomiso (artículo 1.670) y la posibilidad de actuación de cofiduciarios, siendo en tal caso solidaria la responsabilidad por las obligaciones del fideicomiso (artículo 1.974).

También el proyecto recoge las observaciones realizadas por la mayoría de la doctrina a la actual redacción del artículo 15 de la ley 24.441, en cuanto a que la facultad de los acreedores del fiduciante de atacar los bienes fideicomitidos no se limita a la acción de fraude, sino que también abarcaría las acciones de ineficacia concursal (ver artículo 1.686).

Por otra parte, el proyecto representa una innovación en relación a la ley vigente, estableciendo que el fiduciario

puede ser beneficiario, con la prevención de “evitar cualquier conflicto de interés y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato” (artículos 1.671 y 1.673). Asimismo, en relación a la responsabilidad del fiduciario mejora la deficiente redacción del artículo 14, estableciendo “la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la propia responsabilidad del fiduciario, disponiendo que los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación y, en defecto de ésta, los que sean razonables. El fiduciario es responsable en los términos del artículo 1.757⁽²⁾ y concordantes cuando no haya contratado un seguro, o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos y montos”.

2.- INSUFICIENCIA DE BIENES. LIQUIDACIÓN JUDICIAL

El proyecto impone un cambio de paradigma respecto al régimen de liquidación extrajudicial de la ley 24.441 ante la insuficiencia de bienes fideicomitidos para afrontar las obligaciones del fideicomiso. Al igual que el artículo 16 de la ley 24.441, el artículo 1.687 establece que “la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra”. No obstante, a diferencia de su correlativo, el proyecto establece que, en tal supuesto, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, la liquidación se realiza “judicialmente”, a cargo del juez competente, quien deberá fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente. Adicionalmente, se elimina el procedimiento específico de liquidación establecido en el artículo 24 de la ley 24.441 para el fideicomiso financiero.

La liquidación judicial del fideicomiso supone un giro de ciento ochenta grados respecto al régimen de liquidación extrajudicial vigente. No puede dejar de reconocerse que la escueta redacción del actual artículo 16 merece severas críticas por la carencia de un procedimiento legal preestablecido y uniforme para el patrimonio fideicomitado insuficiente. No obstante, obligar a los contratantes a que en “todos los supuestos” (ante insuficiencia del patrimonio fideicomitado) deba recurrirse a la vía judicial, parece un exceso de ritualidad de la norma que desnaturaliza la figura y contribuye al aumento de la litigiosidad en nuestros ya atiborrados tribunales. Párrafo aparte merece la figura del fideicomiso financiero, que será objeto de comentario cuando se analicen los cambios de la especie en particular.

3.- FIDEICOMISO EN GARANTÍA

La reforma consagra legislativamente la especie, despejando toda duda respecto de su licitud. El artículo 1.680 del

(1) El proyecto oficial puede descargarse de la página web de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial: <http://ccycon.congreso.gov.ar/8842012.pdf>

(2) El artículo 1.757 es la norma correlativa al actual artículo 1.113 del Código Civil y establece que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

proyecto establece que “Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitados, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”.

Sin embargo, entendemos que la reforma se ha quedado a mitad de camino, ya que la importancia de la figura merece un tratamiento más riguroso que permita una efectiva alternativa a las garantías hipotecarias y prendarias tradicionales, así como su utilización para el fomento y desarrollo de actividades productivas.

Puntualmente, no se establecen criterios específicos en relación al estándar de actuación del fiduciario, pudiendo ser fiduciario en garantía cualquier persona física o jurídica y, peor aun, tampoco para el supuesto en que el fiduciario sea beneficiario, calidad que, como vimos anteriormente, puede revestir en cualquier tipo de fideicomiso.

Tampoco establece un mecanismo reglamentado para la ejecución de la garantía, estableciendo con bastante laxitud que “en defecto de convención, los bienes fideicomitados se deberán ejecutar en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes”; ni se contemplan disposiciones específicas para el caso de concurso o quiebra del fiduciante. Sin lugar a dudas, es el tema que más debate ha suscitado en relación al fideicomiso de garantía.

4.- FIDEICOMISO FINANCIERO

Conceptualmente, el proyecto contempla los lineamientos de la ley 24.441, reproduciendo en forma casi textual lo previsto en sus artículos 19 y 20 (artículos 1.690 a 1.692 del proyecto) respecto a la definición y contenido del contrato, destacándose que establece la obligatoriedad de que el contrato de fideicomiso financiero contenga “las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, y la denominación o identificación particular del fideicomiso financiero”.

El artículo 1.693 contempla la emisión y caracteres de los títulos y certificados; y el artículo 1.694, la emisión en clases o series debiendo otorgar los mismos derechos dentro de una clase determinada. Ambos artículos replican básicamente el 21 y 22 de la ley actual.

Se destaca que el artículo 1.693 in limine contempla la posibilidad de emitir “títulos valores atípicos”, en los términos

del artículo 1.820; y el artículo 1.694 in fine que otorga a los titulares de títulos representativos de deuda el derecho a reclamar “por vía ejecutiva”, asimilándolos a las obligaciones negociables.

Al igual que en el régimen actual de la ley 24.441, los títulos de deuda y certificados de participación son considerados títulos valores⁽³⁾, pudiendo ser objeto de oferta pública (artículo 1.691).

Una de las novedades del proyecto es que incorpora un capítulo entero dedicado a codificar la teoría de los títulos valores (Cap. 6 del Libro Tercero, arts. 1.815 a 1.881). En dicha sección, el artículo 1.820 establece el principio de “libertad de creación”, otorgando el derecho a cualquier persona de “crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija, comprendiendo en dicha facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derecho de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores previstos en la legislación vigente”. La segunda parte del artículo establece la posibilidad de emitir títulos valores abstractos no regulados por la ley, con la limitación que “sólo pueden emitirse cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores”.

Por otra parte, tal como se ha señalado, el proyecto ha eliminado los actuales artículos 23 y 24 de la ley 24.441, que establecen un mecanismo específico de liquidación para el fideicomiso financiero ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitado. En su reemplazo, incorpora dos artículos referidos a las reglas para convocatoria, quorum, mayorías y cómputo de las asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación; reenviando a las reglas del régimen societario para las asambleas ordinarias para su funcionamiento común y a las de las asambleas extraordinarias para la insuficiencia del patrimonio fideicomitado y la restructuración de pagos a los beneficiarios, con una mayoría calificada para la decisión, en estos casos, de las tres cuartas partes de los títulos emitidos y en circulación.

5.- CONSIDERACIONES PERSONALES

En términos generales no se evidencian grandes innovaciones en relación a la ley 24.441, sino más bien un mejoramiento en la redacción de su articulado. Se destaca la posibilidad de que el fiduciario pueda ser beneficiario, el régimen de liquidación judicial para los fideicomisos ordinarios y la incorporación del fideicomiso de garantía.

(3) A partir de la sanción del decreto 677/01 la expresión “título valor” ha sido reemplazada por “valor negociable”.



En relación a este último, debe decirse que, si bien la figura no es ajena a nuestro derecho, ya que desde la sanción de la ley 24.441 ha tenido una vasta aplicación práctica, su incorporación al ordenamiento jurídico nacional supone un avance significativo.

No obstante, entendemos que no se han recogido las principales observaciones de la doctrina, ni se ha tenido en cuenta su regulación en otras legislaciones latinoamericanas donde la herramienta goza de una amplia aplicación práctica, permitiendo a los deudores –generalmente de escasos recursos– una vía de acceso al crédito que no podrían acceder en caso de sólo contar con las garantías tradicionales ⁽⁴⁾.

Creemos que no debería dejarse pasar la oportunidad de agiorar definitivamente el régimen del fideicomiso en garantía con el régimen de concursos y quiebras, convencidos de que un

esquema que permita el entendimiento entre ambos sistemas debería contemplar al menos los siguientes principios:

- Que ante el concurso o la quiebra del fiduciante deudor, el fiduciario está obligado a denunciar la existencia del contrato de fideicomiso, debiendo prestar su mayor colaboración con el juez del concurso y la sindicatura.
- Que la apertura del concurso o la declaración de quiebra no producen la suspensión de los intereses devengados con posterioridad, pero sólo pueden ser cobrados hasta el límite de lo percibido por la realización de los bienes fideicomitados.
- Que el beneficiario necesariamente debe verificar su crédito, en carácter de acreedor eventual, para poder proceder a la ejecución de la garantía.

(4) A modo de ejemplo, se señala que los mexicanos –quienes se encuentran a la vanguardia en las normas sobre fideicomiso en garantía– otorgan una amplia regulación de la figura en la “Ley general de títulos y operaciones de crédito” y en el “Código de Comercio”, contemplando aspectos específicos relacionados con las condiciones para actuar como fiduciario en garantía, para que el fiduciario pueda ser beneficiario, para evitar el desplazamiento de los bienes y el procedimiento para la ejecución de la garantía, entre otros temas de importancia. Asimismo, a través de la Iniciativa de Ley de Garantía de Créditos, se pretende regular los efectos del concurso del fiduciante con relación a los concursos y las quiebras.



- Que en ningún supuesto la ejecución de los bienes podrá ser suspendida, ni los juicios contra el deudor que tengan por objeto reclamar el cumplimiento de una obligación garantizada mediante fideicomiso de garantía iniciado con anterioridad al concurso.
- Que realizada la ejecución de los bienes, el fiduciario deberá rendir cuentas ante el juez del concurso o la quiebra, debiendo depositar el remanente de los bienes, una vez cubiertos los créditos, en el plazo que fije el juez independientemente de la existencia de fideicomisario.
- Que en el supuesto de quiebra los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado que se hubiere constituido con anterioridad a la misma no forman parte de la masa fallencial ni serán objeto de desapoderamiento.

Respecto al fideicomiso financiero resulta positiva la posibilidad de emitir valores negociables atípicos, como, por ejemplo, títulos mixtos que reúnan los caracteres simultáneos de títulos de deuda y certificados de participación; y la ampliación de los derechos de los beneficiarios mediante la elevación de los títulos de deuda y certificados de participación a la categoría de “títulos ejecutivos”.

En lo que hace a la liquidación del fideicomiso financiero, no obstante la eliminación de los artículos 23 y 24, se descarta que se haya eliminado la posibilidad de liquidar la especie en forma extrajudicial. El artículo 1.692 establece que el contrato de fideicomiso debe contener “las reglas para la adopción de decisiones por parte de los beneficiarios que incluyan las previsiones para el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado”. Ello implica que la reforma debería interpretarse en el sentido de que, si las partes

han previsto en el contrato un mecanismo de liquidación específica para el fideicomiso en el caso de insuficiencia o insolvencia del patrimonio fideicomitado, la liquidación deberá llevarse de acuerdo a esas previsiones, pudiendo realizarse inclusive en forma extrajudicial, obrando el fiduciario como liquidador con la obvia obligación de rendir cuentas. Mientras que, si nada se previó, la liquidación estará a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente conforme al artículo 1.687.

No se nos debe pasar por alto que la figura del fideicomiso financiero ha sido una de las especies que ha gozado de mejor salud desde la sanción de la ley 24.441. Basta revisar la considerable cantidad de emisiones en el mercado de capitales y los escasísimos casos donde las controversias se han resuelto por intermedio de los tribunales, para concluir que es en esta figura donde la autonomía de la voluntad y la extrajudicialidad han reportado mayores beneficios.

6.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se destaca que el fideicomiso, en todas sus variantes, ha sido una herramienta de suma utilidad en la dinámica mercantil desde su aparición en el derecho argentino. La ley 24.441, si bien adolece de ciertas inconsistencias, ha resultado el andamiaje jurídico adecuado de una constante evolución de la figura.

Una reforma integral del sistema jurídico argentino como la que se pretende, se justifica en la medida que sea superador del régimen vigente. Para ello debería tenerse en cuenta que una adecuada legislación en la materia debe permitir impulsar el crédito de la pequeña y mediana empresa, de la industria, de la construcción y del sector agropecuario, ofreciendo a los operadores garantías y procedimientos de ejecución expeditos para resolver los casos de deudores incumplidores.

El proyecto de reformas se debería orientar en ese sentido. Desde nuestra posición abogamos porque toda reforma contribuya a superar las ineficiencias del régimen legal vigente, permitiendo acceder a financiamiento a los sectores de la economía nacional que carecen del mismo, particularmente, la pequeña y la mediana empresa, la industria, de la construcción y el sector agropecuario.

Finalmente, creemos que el proyecto de reformas contribuirá al fortalecimiento de la figura, ampliando su horizonte de aplicación y favoreciendo la seguridad jurídica. No obstante, en un futuro creemos que se deberá avanzar sobre los puntos señalados como pendientes, fundamentalmente en lo que hace al fideicomiso de garantía y su interrelación con el régimen de concursos y quiebras.