

LAS IMPLICANCIAS DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION EN LOS FIDEICOMISOS

1.- Consideraciones generales.

Analizaremos las implicancias que el Código Civil y Comercial de la Nación” (al que llamaremos “Nuevo Código”) tiene sobre la figura del fideicomiso. ya que si bien no modifica su estructura básica la reforma impacta en el contrato.

En primer lugar debemos tener en cuenta que detrás de todo fideicomiso siempre existe no menos de “un contador”, ya sea interviniendo en la confección del contrato, como fiduciario, asesorando sobre la conveniencia de su constitución, o en su caso a un cliente que pretende o se la ha propuesto invertir en un negocio que se desarrollará bajo esta figura. A nadie le cabe duda alguna que la primera inquietud que plantea es CUANTO TENGO QUE PAGAR DE IMPUESTOS. Pues bien, el contrato que se confeccione tendrá fuerte incidencia en este aspecto, el que será abordado en las próximas charlas.

Por que entrar entonces en forma directa a la faz impositiva? La respuesta surge de inmediato, toda cláusula contractual puede tener implicancias en los impuestos a través del enfoque de los organismos de contralor, además nuestra tarea no se circunscribe solamente a este aspecto. Repito, todo lo dicho indica que se hace necesario abordar un enfoque integral de la figura del fideicomiso.

2.- La figura del fideicomiso.

Pese a que el fideicomiso tiene una larga aplicación tanto en el mundo en general como en el derecho comparado (latinoamericano), en nuestro país el mismo recién toma fuerza a partir de la sanción de la ley 24.441 en 1995. Esta situación es comprensible ya que, en general, bien podemos afirmar que hacemos un culto del aspecto legal, del formalismo, a esto se le debe agregar que no se tenía y me atrevo a decir que no se tiene incorporada la concepción de la “doble propiedad”, esencial en la comprensión de esta figura.

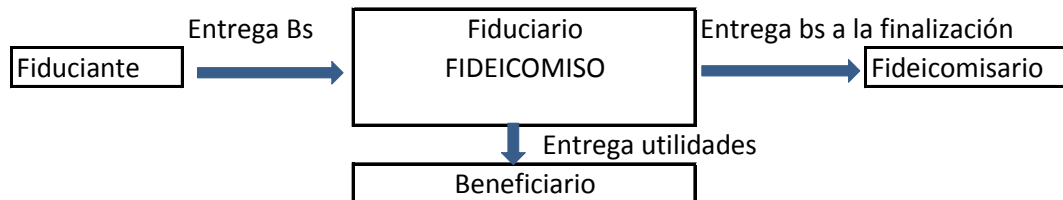
Con la sanción de dicha ley se buscaba la promoción de la vivienda, de allí la denominación que se da dio, sin embargo se pretendía que este objetivo se plasme a través del fideicomiso financiero, pero la realidad mostró que se logra, casi en su totalidad, aplicando la figura del fideicomiso ordinario.

Así las cosas y luego de algunos años de recoger experiencias y de ciertos intentos de modificaciones se sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación mediante la ley 26.944 sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el 7 del mismo mes mediante decreto 1795, publicada en el BO el 8 de octubre de 2014. Finalmente su vigencia fue llevada al 1 de agosto de 2015.

El “Nuevo Código” deroga el contenido de la ley 24.441 en cuanto a lo que se refiere a los fideicomisos, (artículos 1 a 26), introduciendo el tema en su Título II capítulo 30 a partir del artículo 1666. Cabe un interrogante, se hace borrón y cuenta nueva?. Por supuesto que NO. Esto es así ya que si bien ha recogido cuestiones de la doctrina y sobre todo de la práctica diaria no existe ninguna modificación significativa en lo que hace a su estructura básica.

Debemos descartar entonces toda idea de encontrar algo totalmente novedoso, sino que, en realidad, veremos una adecuación de determinados aspectos, algunos de los cuales merecerán críticas de mi parte.

Se hacemos un esquema simple tenemos:



Como vemos la estructura se mantiene intacta, una persona (fiduciante) cede sus bienes a un fiduciario, el que será el encargado de llevar adelante o cumplir con la finalidad del fideicomiso. Durante el tiempo que dure el mismo los beneficios que se obtengan se le distribuirá a/los beneficiario/s y finalizado el fideicomiso los bienes remanentes se le asignarán al/los fideicomisario/s.

Todo es igual, pero no “tan igual”, ya que la reforma del Código muestra ciertos aspectos “especiales” de esta figura. Veamos.

3.- Reformas introducidas.

3.1.- Definición.

Con idéntico criterio al planteado por el artículo 1º de la ley 24.441 “el Nuevo Código” comienza definiendo el fideicomiso. Como toda definición se convierte en una ventana que permite visualizar una cierta tendencia, la que luego tendremos que profundizar con la totalidad de las normas. Veamos entonces de que se está hablando: La ley 24.441 decía:

Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (Fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o fideicomisario.

Mientras que el “Nuevo Código” en su artículo 1666 dice:

Hay contrato de fideicomiso cuando **una parte**, llamada fiduciante, transmite o **se compromete a transmitir la propiedad de bienes** a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al **fideicomisario**

Veamos entonces:

3.1.1.- Partes del contrato.

La definición (artículo 1666) no llega a plasmar en su totalidad el hecho de que, en todo contrato intervienen “partes”. Digo esto ya que la nueva definición cuando menciona al

fiduciante en forma acertada le da el carácter de “parte”, mientras que al fiduciario lo llama “persona”, acaso esta situación modifica el criterio de perfeccionamiento?. Desde ya para nada, solo se ha perdido la oportunidad de que una vez y para siempre quede claro que para perfeccionar el contrato de fideicomiso solo se requiere la participación de dos partes, el fiduciante y el fiduciario, independientemente que puedan ser terceras personas no se necesitan las firmas del beneficiario y del fideicomisario,

Basta con analizar el resto de las normas relacionadas con los otros intervinientes (el beneficiario y el fideicomisario) (artículos 1671, 1672 y 1681) para ver con palmaria claridad que ambos, si bien deben estar identificados o ser identificables a la firma del contrato, solo tienen esta calidad cuando aceptan, situación que bien puede ser concretada con posterioridad al perfeccionamiento del fideicomiso, incluso a la inscripción del contrato.(esto cuando se inscriban).

Esta parece una situación menor, sin embargo tendría que ser tomada en cuenta no solo por los organismos que tendrán a su cargo la inscripción del contrato, sino también por aquellos que controlen los aspectos tributarios, sobre todo en lo que hace a su inscripción en los tributos, *siendo otra u otras personas no tienen por qué requerir o analizar en el momento de la inscripción la figura del/los beneficiario/s y fideicomisario/s.*

3.1.2.- Vigencia del fideicomiso, Compromiso de transmisión de los bienes.

Uno de los temas que dio lugar a discusiones y al que no debemos permanecer ajenos es el relacionado con la vigencia del contrato de fideicomiso. La doctrina sostenía que la misma se daba una vez transmitido los bienes, situación avalada por la definición de la ley 24.441. El “Nuevo Código” es claro poniendo las cosas en su lugar al tomar otra postura cuando incluye dentro de las posibilidades de nacimiento del fideicomiso el hecho de que el fiduciante “se comprometa” a transmitir los bienes. Esto deja bien en claro que no es necesario para que se perfeccione el contrato que se concrete la transmisión, la sola firma del mismo hace a la vigencia del fideicomiso. Recordemos la registración (hoy sin cumplimiento en nuestra provincia.)

Si bien es cierto que cuando se cumpla con el registro éste será el indicador de su real existencia no debemos olvidar que con la firma del contrato existió un compromiso, por lo que también, de ser necesario, debemos medir las consecuencias del mismo, ya que se las puede tener, aún sin registro.

La falta de cumplimiento puede perjudicar a alguno de los participantes, entonces?

Tampoco se podrá discutir su vigencia tributaria.

3.1.3.- Transmisión de “la propiedad”

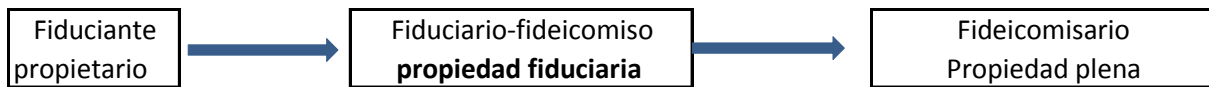
Aquí encontramos lo que podemos denominar como uno de los mayores aciertos de la reforma. La ley 24.441 decía que el fiduciante transmitía “*la propiedad fiduciaria*”, mientras que la reforma menciona la transmisión de “*la propiedad*”, expresión que refleja con mayor precisión la realidad de esta figura.

Cuando el fiduciante transmite los bienes en realidad se trata de “la Propiedad plena” y no la propiedad fiduciaria, o acaso le queda algún atisbo de la misma en su patrimonio? Por supuesto que no. Otra cosa hubiese sido si decía que se transmitía “en propiedad fiduciaria” pero no lo hacía. Esto potenció las divergencias sobre este aspecto.

Debemos ser conscientes que cuando el fiduciante trasmite la propiedad se desprende de la totalidad de la misma, el bien ya no le pertenece. Nada tiene del mismo. Una vez transmitida y en poder del fiduciario, durante la vigencia del fideicomiso esta propiedad se transforma en “fiduciaria” con todas las implicancias de la misma.

Finalizado el fideicomiso, el fiduciario la transmite al fideicomisario, pero en realidad, que es lo que transfiere, que se recibe “la propiedad plena”.

Gráficamente:



Hagamos una abstracción y pensemos que existe una frontera que rodea y protege al fideicomiso. Cuando se transmiten los bienes estos la cruzan, pasando a formar parte del patrimonio fideicomitado, a partir de ese momento se transforma en propiedad fiduciaria con la correspondiente protección.

Solo tiene este carácter mientras se encuentre en el fideicomiso, ya que cuando vuelve a cruzar la frontera para pasar a poder del fideicomisario nuevamente se convierte en propiedad plena.

3.1.4.- Bienes a transmitir.

La redacción de la ley 24.441 mencionaba a *la transmisión de bienes determinados*, mientras que la reforma menciona a *los bienes*, concepción muchos más amplia ya que no exige la determinación.

Cuál es la importancia de esta reforma, acaso antes o ahora no se pueden incluir varios bienes, por supuesto que sí, entonces? Lo importante es que, a partir de la reforma, se pueden incluir las universalidades.

Este tema lo ampliaré más adelante cuando analicemos el “objeto del fideicomiso”, el que a diferencia de las sociedades lo constituye los bienes que forman el patrimonio fideicomitado.

3.1.5.- Estructura del fideicomiso y el fideicomisario.

De la lectura de la definición dada por el artículo 1666 del “Nuevo Código” vemos con claridad lo que adelantábamos, su estructura básica no cambio, más aún podemos afirmar que se profundiza ya que le da a la figura del *fideicomisario* una participación trascendental, única, por lo que ya no podemos calificarlo como un “beneficiario residual”, repito adquiere importancia por sí mismo.

Como veremos los bienes a la finalización del contrato deberán ser entregados solo a quien se nombre fideicomisario, a diferencia de lo establecido por la ley 24.441, norma que mencionaba también como posible receptores al beneficiario y al fiduciante.

Cuidado con esta disposición, a la que entiendo no se la he prestado la atención que merece. En los contratos de construcción o inmobiliarios generalmente se pone que *el bien se le entrega en su carácter de beneficiario*. Una estipulación de esta naturaleza puede ocasionar serios problemas ya que con la nueva redacción del Código se puede interpretar que estos surgen de utilidades no declaradas, cuando en realidad no es así.

El fiduciario y el beneficiario deben estar perfectamente diferenciados, enunciados en el contrato, aún cuando sean la misma persona. Esto tiene origen en el hecho de que como veremos el fiduciario puede ser beneficiario pero nunca quedarse con bienes del fideicomiso, de allí que la diferenciación se torne imprescindible.

3.2.- Contrato.

3.2.1.- Forma.

Estamos frente a un contrato formal, el que debe ser extendido por escrito. En cuanto a las formalidades a tener en cuenta la ley 24.441 no había contemplado ninguna en especial, salvo en lo referente al contrato de fideicomiso testamentario, para el cual se preveía que para su confección se tomara en cuenta alguna de las previstas para el testamento.

Ahora bien el “Nuevo Código” en primer lugar no hace referencia alguna sobre la formalidad a cumplimentar en el supuesto de un fideicomiso testamentario, por lo tanto el contrato podrá ser confeccionado utilizando cualquier forma.

En lo que se refiere a los demás fideicomisos el artículo **1669 primera parte** dice que.-

El contrato puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto *cuando se trata de bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público*, situación esta en la que se deberá concretar mediante escritura pública.

Agrega que de no cumplirse con esta formalidad *el contrato vale como promesa de otorgarlo*.

Frente a ciertas conclusiones doctrinarias quiero dejar sentada mi posición sobre el alcance de esta norma, considero que, cuando habla de promesa de otorgarlo, se refiere al contrato y no a los bienes, por lo tanto solo el salvar esta omisión, es decir llevarlo a escritura pública lo convertirá en un contrato de fideicomiso, mientras tanto no dejará de ser una promesa.

Resumiendo el contrato puede celebrarse por acto privado o por escritura pública, pero si alguno de los fiduciantes se obliga a aportar algún bien cuya transmisión debe celebrarse por instrumento público el contrato se celebrará mediante escritura, caso contrario no tendrá validez como tal.

Considero prudente acotar que no es necesario que en el mismo contrato se haga el fideicomiso y la transferencia del bien, puede celebrarse el contrato mediante escritura y luego la transmisión del bien en otra escritura posterior. Considero que este procedimiento es más práctico en lo que hace a lograr una más rápida constitución del fideicomiso.

La norma sigue diciendo:

Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento en esa oportunidad de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso”

Estamos frente a otra disposición que ha despertado ciertas dudas, las que surgen dado que es difícil que la firma del contrato y la transmisión de los bienes se den en forma simultánea, situación que se puede agravar cuando se solicita la previa inscripción, la que se tiene que dar ante la simple promesa de transmisión. Entonces que alcances se le debe dar a la norma?

La misma debe ser analizada en su conjunto, de lo que surge claramente que la obligación de concretar el contrato mediante escritura pública se da cuando en el mismo se plasme el compromiso de transmitir bienes inmuebles (sujetos a dicha formalidad), con total independencia del momento en el que se perfeccione el acto de transmisión.

Entonces, cuando se considera que existe una transmisión posterior? Esta se da en aquellos supuestos de incorporaciones no previstas en forma expresa como aporte inicial al patrimonio

fideicomitido, es decir aquellas que se pueden dar como consecuencia de una compra posterior, por subrogación, inversión de utilidades, nuevos aportes no previstos en el contrato en forma individualizada.

Por ej. se prevé la posibilidad de invertir las utilidades, pero no su afectación específica, decidiéndose en su momento que con las mismas se compre un inmueble o se aporta dinero y luego se compra un inmueble. En estos casos en la escritura de adquisición se tendrá que transcribir el contrato de fideicomiso, situación muchas veces no deseada y que se subsana llevando el fideicomiso a escritura.

Cabe una aclaración, cuando se utiliza la escritura pública cualquier modificación, contractual, por mínima que fuese, se tendrá que concretar mediante el mismo medio.

3.2.2.- Contenido.

Tanto la ley 24.441 como el “Nuevo Código” establecen las que podemos denominar como pautas mínimas que deben contener los contratos de fideicomiso. Pensemos que se requiere la inscripción previa, por lo que las analizaremos previa transcripción de ambas normas:

➤ Artículo 4º de la ley 24.441.

- Individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso.
- El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar mas de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en que podrá durar hasta su muerte o cese de su incapacidad.
- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso.
- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

➤ Artículo 1667 del nuevo Código.

- Individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, **en su caso.**
- El plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria.
- La identificación del beneficiario, o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1671
- El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, con indicación del fideicomisario a quien deben transmitirse o la manera de determinarlo conforme con el artículo 1672
- Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesa.

Veamos entonces:

Individualización de los bienes.

Se mantiene sin modificaciones la cláusula que exige la individualización de los bienes. Se ha querido ver en la misma una contradicción con la ampliación de objeto dispuesta por el artículo 1670 del “Nuevo Código” sin embargo no existe contradicción alguna ya que la norma solicita “la individualización”, lo que no necesariamente significa un detalle minucioso, bien podría decir “el fondo de comercio de Juan, el que gira bajo tal denominación. Con esta cláusula individualizaríamos el aporte, el que como vimos solo se convertirá en propiedad fiduciaria cuando pase al fideicomiso cumpliendo con las requisitos que se consideren necesarios.

Incorporación de nuevos bienes.

En lo que se refiere a la incorporación de nuevos bienes la reforma agrega la expresión *en su caso*. Se ha querido plantear si realmente estamos o no frente a una modificación de significancia. Considero que si bien es breve, tiene un fuerte impacto, el que no podemos pasar por alto.

Su omisión no torna inválido al contrato ya que en realidad implicará que no se prevé la incorporación de nuevos bienes por parte de los fiduciantes originarios o de aquellos que se incorporen con posterioridad, situación esta que nos indica que será imposible el ingreso de nuevos fiduciantes.

Pese a esta conclusión recomiendo que en el supuesto de que se decida la no incorporación de nuevos bienes esta situación se plasme en el contrato.

El tema incorporación de nuevos bienes tiene singular importancia, no perdamos de vista que el artículo 1684 del “Nuevo Código” en su segundo párrafo establece que salvo estipulación en contrario del contrato el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiriera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos los bienes. Prestemos atención a esta modificación ya que el cambio es significativo. La ley 24.441 decía que esta posibilidad se daba cuando así resulte del contrato. Con la ley si nada se decía el fiduciario no se encontraba legitimado, mientras que con el “Nuevo Código” si nada se dice el fiduciario queda perfectamente legitimado para adquirir nuevos bienes con las utilidades o por subrogación.

Duración.

Si bien con distinta técnica legislativa se mantiene lo dispuesto sobre la duración del fideicomiso, la que se circunscribe al cumplimiento de la condición o un plazo máximo de 30 años.

En lo que se refiere a la posibilidad de su extensión se agrega el supuesto de que exista algún beneficiario con *capacidad restringida*, nueva figura mencionada en el artículo 32 del “Nuevo Código”.

El artículo 32 establece que el Juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, siempre que estime que el ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño para sus bienes o su persona.

Entonces cuando alguno de los beneficiarios se encuentra en estas circunstancias la existencia del fideicomiso se extiende hasta que se recupere o fallezca, pudiendo prolongarse por sobre los 30 años establecidos como máximo.

Beneficiario.

En cuanto al beneficiario, si bien con una distinta técnica legislativa, sigue los lineamientos de la ley 24.441 estableciendo la obligatoriedad de su identificación en el contrato.

Destino final de los bienes.

El “Nuevo Código” reafirma la obligación de consignar en el contrato el destino final de los bienes, agregando que se debe indicar *el fideicomisario*, reafirmando que es el único posible receptor de los mismos.

Derechos y obligaciones del fiduciario.

Finalmente hace referencia a los derechos y obligaciones del fiduciario, sin especificación alguna, siguiendo en este caso la misma postura adoptada en su momento por la ley 24.441. Sobre este aspecto se han escuchado algunas críticas, las que no comparto ya que considero prudente que atento a la naturaleza del fideicomiso se de la mayor libertad de contratación posible.

3.3 Objeto.

3.3.1.- Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso.

En cuanto a los bienes que pueden ser objeto de los fideicomisos el “Nuevo Código” trae una novedad de no poca importancia al disponer su artículo 1670 que:

Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio *incluso las universalidades*, pero no las herencias futuras.

La norma menciona a *los bienes que se encuentran en el comercio*, por lo que inmediatamente surge un interrogante, cuales son?

No existe una descripción y/o definición describiéndolos, por lo que tendremos que guiarnos por la negativa, es decir analizar cuales son los que no se encuentran comprendidos. Esta situación la encontramos en el artículo 234 del “Nuevo Código” que dice:

Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:

- ☐ Por la ley
- ☐ Por actos jurídicos, en cuanto este Código permita tales prohibiciones

Tengamos en cuenta que pueden ser incluidos en fideicomisos los siguientes bienes:

Bienes existentes y futuros. En el caso de los bienes futuros la promesa de transmisión está subordinada a la condición de que lleguen a existir. (artículo **1007**).

Bienes ajenos. Los bienes ajenos pueden ser objeto de contratos. Si el que lo promete no ha garantizado el éxito de la promesa, solo esta obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. (artículo **1008**).

Bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares. Este tipo de bienes pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los terceros (artículo **1009**).

En lo que se refiere a “las universalidades” podemos decir que el “Nuevo Código” al incorporarlas entre los bienes que pueden ser objeto de los fideicomisos da curso a un viejo anhelo. Ya expliqué que no existe contradicción entre esta norma y el inc. a) del artículo 1667.

En primer lugar debemos recalcar que por su naturaleza, los llamados derechos extrapatrimoniales (carecen de valor) que se corresponden con los derechos personalísimos y los de familia quedan excluidos de la posibilidad de constituir el objeto del fideicomiso.

3.3.2.- Herencias futuras.

Un párrafo aparte merece el tema relacionado con la imposibilidad de pactar sobre herencias futuras, situación que se aplica también a los fideicomisos.

El “Nuevo Código” establece la imposibilidad de contratar sobre herencias futuras. Al respecto en su artículo 1010 dice:

La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Como norma general es clara. Sin embargo admite excepciones, una de las cuales se encuentra en el segundo párrafo del mismo artículo que dice:

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de los terceros.

Esta norma tiende a mantener las explotaciones productivas, situación también tenida en cuenta cuando se permite que el fiduciario pueda adquirir la calidad de beneficiario.

Resumiendo, la prohibición de pactar sobre herencias futura dispuesta en forma general es totalmente aplicable cuando se constituya fideicomisos.

3.4.- Sujetos

3.4.1.- Beneficiario.

3.4.1.1.- Identificación.

Tal como lo vimos se mantiene la necesidad de su identificación, pudiendo ser tanto una persona humana como jurídica, la que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato, debiendo constar los datos que permitan su individualización. Hasta aquí ninguna diferenciación.

3.4.1.2.- El fiduciario como beneficiario

La reforma de mayor importancia, y quizás la mas criticada es la posibilidad de que el fiduciario adquiera la calidad de beneficiario. Se escuchan algunas argumentaciones a favor basadas en que da una mayor posibilidad de constituir fideicomisos familiares, también se ha dicho que beneficiará la constitución de fideicomisos de garantía en los que el fiduciario sea el acreedor. Son posturas relativas, pensemos en que si se hiciese como corresponde un fideicomiso de garantía, sin abuso por parte del acreedor, (generalmente una entidad financiera) esta modificación se tornaría inoficiosa ya que no debería coincidir el fideicomisario con el beneficiario. Acaso se puede considerar al acreedor como un beneficiario?

A los efectos de evitar conflictos la norma contiene una disposición, a la que bien podemos considerar como una expresión de deseos cuando dice *Que debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.*

En cuanto a este tema espero que los temores ante esta posibilidad sean infundados y no se provoque una distorsión en la figura del fideicomiso.

3.4.1.3.- Beneficiarios sustitutos.

El artículo 1671, norma que regula la figura del beneficiario, entre sus novedades dispone que pueden ser designados beneficiarios sustitutos. Estos pasarán a tener la categoría de beneficiarios solo ante la renuncia, no aceptación o inexistencia del nombrado como titular, mientras tanto no tienen ingerencia alguna, por lo que no podrán participar en el pedido de rendición de cuentas. Tampoco tienen que firmar el contrato ya que no se requiere aceptación alguna. Hago votos para que esta situación le quede totalmente clara a los Organismos de Contralor.

3.4.1.4.- Derecho de acrecer.

Otra novedad de la norma antes mencionada es que trae la posibilidad de que se establezca el derecho de acrecer. Esto para el caso en que se nombren varios beneficiario y alguno/s no acepten, renuncien o no llegasen a existir.

3.4.1.5.- Prelación.

Se deja constancia que si el beneficiario no acepta, todos renuncian o no llegan a existir el beneficiario es el fideicomisario. Si este tampoco existiese, renuncia o no acepta el beneficiario es el fiduciario.

3.4.1.6.- Transmisión de los derechos.

Se establece la posibilidad de que el derecho del beneficiario *aún cuando no hubiese aceptado* pueda ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte, excepto disposición en contrario del fiduciante.

Si bien se incorpora la posibilidad de transmisión de los derechos aún antes de la aceptación, se mantiene el error de dejar la posibilidad de oposición al fiduciante. Digo esta ya que si bien es quien lo nombra, firma un contrato con el fiduciario, por lo que este último no puede ser ignorado a la hora de tomar una decisión como la descripta.

3.4.2.- Fideicomisario.

3.4.2.1.- Identificación.

El artículo 1672 establece que el fideicomisario es la persona a la que se le transmite la propiedad al concluir el fideicomiso, el que como vimos debe encontrarse identificado en el contrato.

Se deja constancia que pueden ser fideicomisarios el fiduciante, el beneficiario, una persona distinta de ellos, pero no el fiduciario. Esto obliga a una prolija diferenciación de roles, no es lo mismo ser beneficiario que fideicomisario. Esta situación debe ser tenida muy en cuenta en ciertos tipos de fideicomisos, sobre todo los inmobiliarios.

3.4.2.2.- Norma aplicable.

El segundo párrafo del artículo 1672 dice que se le aplican al fideicomisario los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1671. El primero menciona el hecho de que puede o no existir al momento de otorgamiento del contrato, debiendo constar los datos para su futura identificación. El segundo párrafo establece la posibilidad de establecer el derecho de acrecer o en caso designar sustitutos. En lo que se refiere al tercer párrafo resulta evidente que existe un error de transcripción ya que el mismo se refiere a la inexistencia de beneficiario, situación no aplicable al fideicomisario que como veremos tiene un tratamiento distinto.

Resulta evidente que la norma se refiere al cuarto párrafo se refiere a la posibilidad de transmitir los derechos aún en el caso de que todavía no se halla aceptado la designación.

3.4.2.3.- Sustitución.

Apartándose de lo dispuesto en la ley 24.441 el “Nuevo Código” establece que si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el fideicomisario es el fiduciante. Con anterioridad se le daba una primera prioridad al beneficiario, postura dejada de lado por el “Nuevo Código”.

Aceptación del fideicomisario y del beneficiario.

Efectos

Para recibir las prestaciones del fideicomiso tanto el beneficiario como el fideicomisario deben aceptar su calidad de tales.

Aceptación.

La aceptación se presume:

- a) Cuando intervienen en el contrato de fideicomiso.
- b) cuando realizan actos que inequívocamente la suponen
- c) cuando son titulares de certificados de participación o títulos de la deuda en fideicomisos financieros. Entendemos que a estos titulares se tendrá que agregar aquellos que posea títulos valores abstractos (artículo 1820 del “Nuevo Código”).

Falta de aceptación.

No mediando aceptación el fiduciario puede requerirla mediante acto auténtico, fijando a tal fin un plazo prudencial.

No producida la aceptación debe solicitar a Juez que la requiera, sin otra substanciación, fijando a tal fin el modo de notificación al interesado que resulte más adecuado.

3.4.3.- Fiduciario.

3.4.3.1.- Sujetos habilitados.

Se mantiene la posibilidad de que el fiduciario pueda ser cualquier persona humana o jurídica, es decir no se requiere ningún grado de profesionalidad previa, con la restricción de aquellos que pretendan hacer oferta pública de su actuación. En este caso solo se modifica la denominación que se le da el ente de contralor que debe aprobar su funcionamiento.

3.4.3.2.- Fiduciario – beneficiario.

Sobre este aspecto me remito a lo comentado en el punto 3.4.1.2.

3.4.3.3.- Actuación. Responsabilidad.

Como no puede ser de otra forma ya que hace a la esencia misma del fideicomiso se establece que el fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y por el contrato con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa en base a la confianza depositada en él.

No perdamos de vista un aspecto de singular importancia que lo distingue de otras figuras a las que se les exige el mismo tipo de actuación *el actuar en base a la confianza que se le ha depositado*, repito base de todo fideicomiso.

3.4.3.4.- Fiduciario Plural.

Se termina con toda discusión ya el segundo párrafo del artículo 1674 establece claramente la posibilidad de que se designe a mas de un fiduciario para que actúen simultáneamente, aclarando que podrán actuar tanto en forma conjunta como indistinta según se determine en el contrato.

En el supuesto de que opte por la pluralidad, cualquiera sea la forma en que actúen, aún cuando se le asignen diversas tareas *asumen una responsabilidad solidaria* por el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

El Tercer párrafo del artículo 1688 deja en claro que en estos supuestos se considera constituido un condominio. Si bien pueden actuar en forma conjunta o indistinta los actos de disposición deben ser otorgados por todos conjuntamente, excepto pacto en contrario. Aquí vemos otra cláusula de importancia a tener en cuenta.

Ninguno de ellos puede ejercer la acción de partición mientras dure el fideicomiso.

3.4.3.5.- Obligaciones.

○ Rendición de cuentas.

Se mantiene la obligación del fiduciario de rendir cuentas, la que no podrá superar la periodicidad de un año.

Como novedad se faculta además del beneficiario al fiduciante y al fideicomisario para solicitar esta rendición

El contrato no lo puede dispensar de esta obligación

No se aclara la forma ni metodología de la rendición de cuentas. Sobre el tema el artículo 858 del “Nuevo Código” dice que se entiende por rendición de cuentas la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular. Sigue diciendo que hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada.

Se ha criticado esta definición, sin embargo considero que tratándose de fideicomisos no es desacertada. Entiendo que el fiduciario no solo tiene una obligación de rendir cuentas numéricas, sino que también tendrá que explicar situaciones especiales que pueden haber influido en el encargo que se le ha dado.

Según el artículo 859 la rendición de cuentas debe:

- Ser hecha de modo descriptivo y documentado.
- Incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión.
- Acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos excepto que sea de uso no extenderlos
- Concordar con los libros que lleve quien la rinda.

Repito, si analizados ambas disposiciones vemos que se aplican a la rendición de cuentas que debe hacer el fiduciario.

○ **Contratar seguros.**

Un tema que se ha intentado aclarar con cierto éxito es el de la responsabilidad objetiva, es decir aquella que se produce por la cosa fideicomitida, la que ha dado lugar a múltiples discusiones.

La reforma lo deja mucho mas en claro al establecer que el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil, que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. Los riesgos y montos serán los que fije la reglamentación y a falta de esta los que sean razonables.

Cuando no haya contratado el seguro o este resulte irrazonable el fiduciario será responsable de la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1757 del “Nuevo Código”.

3.4.3.6.- Atribuciones/derechos.

○ **Reembolso de gastos/remuneración**

El artículo 1677 del “Nuevo Código, siguiendo lo dispuesto por la ley 24.441 dice que el fiduciario *salvo disposición en contrario del contrato* tiene derecho al reembolso de gastos y a una remuneración.

La norma sigue diciendo que la misma estará a cargo de quien o quienes se estipulen en el contrato. Hasta aquí no existe duda alguna que el Código avanza por sobre la norma original al especificar que en el contrato se debe determinar quienes son responsables del pago, aunque entiendo que la redacción no es de la mejor ya que bien podría salir de los propios fondos del fideicomiso.

Acaso lo normado imposibilita esta forma de remuneración? Entiendo que no. Si se optase por una solución como la planteada se tendrá que especificar en el contrato quien se hace responsable del pago en el supuesto de insuficiencia de fondos.

Otro tema polémico en el que no coincido con gran parte de la doctrina, acaso puede ser nombrado como responsable del pago otra persona que no sea el fiduciante? Entiendo que no. Si bien la doctrina menciona como posibilidad la del beneficiario o el fideicomisario, una cláusula de este tipo desnaturalizaría el fideicomiso, aunque como van las cosas no me causaría asombro.

En el supuesto de que el monto o forma de determinar la remuneración no se establezca en el contrato esta será fijada por el Juez. Hasta aquí nada nuevo, sin embargo el “Nuevo Código” agrega pautas a tener en cuenta. Mientras que la ley 24.441 mencionaba la índole de la encomienda y la importancia de lo deberes a cumplir se agregan *la eficacia de la función cumplida y las demás circunstancias en las que actúa el fiduciario.*

- **Actos de disposiciones y gravámenes.**

Estamos frente a un punto al que muchas veces no se le da la importancia que tiene. Pensemos por un minuto que la norma le otorga amplias facultades. El primer párrafo del artículo 1688 dice:

El fiduciario puede disponer y gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del beneficiario o fideicomisario.

La ley 24.441 terminaba diciendo *a menos que se hubiere pactado lo contrario*. Acaso se ha eliminado esta posibilidad, para nada ya que el “Nuevo Código” con una redacción mas adecuada a la realidad dice:

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que en su caso deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros de buena voluntad, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

Se introduce con toda fuerza el concepto de la *buena fe*. Si pensamos en fideicomisos que en su patrimonio poseen bienes inmuebles difícilmente se pueda dar una enajenación de buena fe, ignorando las limitaciones consignadas como notas marginales.

Sin embargo debemos ser cuidadosos ya que lo comentado no es aplicable a todos los fideicomisos ya que existen muchos constituidos con bienes no registrables, situación esta en la que el artículo 1688 adquiere singular importancia. No existirá nota marginal alguna.

- **Acciones en defensa de los bienes.**

El primer párrafo del artículo 1689 establece que el fiduciario se encuentra legitimado para iniciar todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, contra terceros, el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario.

Esta norma se encontraba en la ley 24.441, aunque a la luz de las nuevas disposiciones parece tomar mas fuerza.

3.4.3.7.- Cese del fiduciario.

Son causales de cese del fiduciario en sus funciones:

- **Remoción judicial**

Tal como lo disponía la ley 24.441 el “Nuevo Código” establece la remoción judicial como causal de cese del fiduciario. Sin embargo amplía las posibilidades de solicitar la misma al agregar *el hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función*. Este no es un tema menor ya que permite pedir la remoción judicial ante el peligro de que incumpla con sus funciones, permitiendo así que se actúe antes de que se concrete el incumplimiento.

El pedido lo puede efectuar el fiduciante o el beneficiario o el fideicomisario con citación del fiduciante. Agrega al fideicomisario entre quienes pueden concretar el pedido.

➤ **Incapacidad. Inhabilitación o muerte.**

Para el caso de las personas físicas reitera como causal de cese la muerte o incapacidad, agregando la inhabilitación y la capacidad restringida legalmente declarada.

➤ **Disolución**

Tratándose de personas jurídica mantiene a la disolución como causal de cese. El “Nuevo Código aclara que esta no se aplica en los casos de fusión o absorción.

➤ **Quiebra o liquidación.**

Mantiene a la quiebra o disolución como causal de cese. Sobre este tópico no hace especificación alguna.

➤ **Renuncia**

Se mantiene como causal la renuncia siempre que esta se encuentre autorizada en el contrato. Sin embargo el “Nuevo Código” agrega *o en caso de causa grave o imposibilidad material o jurídica de desempeño en la función*. Esto indica que, cuando se verifique alguna de estas causales, la renuncia se puede dar aún en el supuesto de que no se encuentre prevista en el contrato. Entonces bien puede ser una salida frente a la decisión de renunciar y esta posibilidad no se encuentre prevista en el contrato.

3.4.3.8.- Sustitución por muerte de la persona física.

En cuanto a la designación del nuevo fiduciario mantiene lo dispuesto por la ley 24.441. Cabe destacar que el segundo párrafo trae una disposición de suma importancia, la que termina con toda especulación sobre el destino de los bienes a la muerte del fiduciario persona humana y la posibilidad de que pudiesen entrar en sucesión.

Con todo acierto la norma dice:

En caso de muerte del fiduciario, los interesados pueden prescindir de la intervención judicial, otorgando los actos necesarios para la transferencia de los bienes

Terminada la discusión, con la designación del nuevo fiduciario se le transmiten los bienes sin más (ver punto siguiente)

3.4.3.9.- Designación de un fiduciario judicial.

Cuando se den cualquiera de las causales de cese el Juez puede a pedido del fiduciante, beneficiario, fideicomisario o *un acreedor del fideicomiso* designar un fiduciario judicial provisorio o dictar medidas de protección del patrimonio cuando existe peligro en la demora. Existen ocasiones en que el reemplazo del fiduciario puede no darse con la celeridad que ameritan el patrimonio fideicomitado (falta de acuerdo en la designación). Cuando se da esta situación cualquiera de los intervinientes, incluso un acreedor puede solicitar que se nombre un fiduciario judicial provisorio

En todos los casos en que la designación del fiduciario se concrete con intervención judicial deberá ser oído el fiduciante.

3.5.-Propiedad fiduciaria.

3.5.1.- Bienes separados. Acreedores.

Se deja totalmente en claro que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del perteneciente al fiduciario, al fiduciante, al beneficiario y al fideicomisario, teniendo efectos frente a terceros desde el momento que se cumplan los requisitos exigidos para la transferencia de acuerdo a la naturaleza de los mismos.

Cumplimentada la misma los bienes quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario. En el caso del fiduciante se deja a salvo las acciones de fraude y de ineficacia concursal.

Se agregan a los acreedores del fideicomisario entre quienes pueden subrogarse en los derechos en caso de deuda. Esta disposición solo aclara algo por demás de obvio.

3.5.2.- Deudas del fideicomiso.

Tal como lo disponía la ley 24.441 la norma reitera que los bienes del fiduciario no responden por las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

Se agrega que *tampoco responden por esas obligaciones el fiduciante, el beneficiario ni el fideicomisario, excepto compromiso expreso de estos.*

Considero que prever que el beneficiario o el fideicomisario puedan pactar hacerse cargo de deudas en caso de insuficiencia es un grave error de la norma, ya que es otra pauta que desnaturaliza totalmente la figura del fideicomiso.

3.5.3.- Insuficiencia patrimonial.

Se prevé que ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones contraídas no da lugar a la declaración de quiebra. En tal caso, ante falta de otros recursos se procederá a la liquidación del fideicomiso la que estará a cargo *del Juez competente* quien debe fijar en procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras en lo que sea pertinente.

Recordemos que la ley 24.441 dejaba esta liquidación en manos del propio fiduciario, situación esta que recibió frondosa críticas por parte de la doctrina.

El “Nuevo Código” mantiene lo que considero un error al mencionar al beneficiario entre los que podrían aportar fondos ante la insuficiencia patrimonial. Si bien esta situación debe estar prevista en el contrato, su inclusión desnaturaliza la figura del fideicomiso.

3.6.- Cese del fideicomiso.

En lo que se refiere al cese del fideicomiso la reforma no trae ninguna novedad de fondo, solo se remite a decir que en el caso de revocación esta no tendrá efectos en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o títulos de la deuda.

De la redacción queda claro que la norma no ha tenido en cuenta a los llamados certificados abstractos.

3.7.-Fideicomisos testamentarios.

3.7.1.- Normas generales

La modificación le ha dado al fideicomiso testamentario un tratamiento algo más extenso. En primer lugar establece que debe contener como mínimo las enunciaciones requeridas en el artículo 1667.

No establece ninguna formalidad especial como lo hacía la ley 24.441 que exigía que se cumpliese alguna de las formas previstas por el Código Civil para constituir testamentos.

Se aplica la norma que permite concretar una mejora a favor del heredero con discapacidad.

El artículo 2493 reafirma la posibilidad de que se constituya un fideicomiso testamentario, el que debe respetar la legítima de los herederos forzosos, excepto por lo previsto para el heredero con discapacidad.

El plazo máximo se cuenta a partir del fallecimiento del fiduciante.

En el caso de que el fiduciario no aceptase será nombrado por el Juez se aplica lo dispuesto por el artículo 1679.

3.7.2.- Sucesiones testamentarias.

Como era previsible el artículo 1700 prohíbe las sustituciones testamentarias al decir:

Es nulo el fideicomiso con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitido para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura.

Cabe acotar que estas sustituciones ya se encontraban prohibidas en el Código Civil ya que Vélez se basó en la doctrina francesa que no las aceptaba.

4.- Contabilidad.

La posibilidad y por que no la obligación de que el fideicomiso lleve contabilidad ha sido un tema que ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias. De acuerdo a las disposiciones de la ley 24.441 y los antecedentes que la rodean entendemos que este requisito no se torna obligatorio, ya que nada se establece en cuanto a las formalidades que deben contener las rendiciones de cuentas.

Lo antedicho se ve con total claridad si tenemos en cuenta que el fiduciario, por esta actividad no era considerado como comerciante, por lo tanto por no se le permitía la rúbrica de libros.

Ahora bien, con la sanción del “Nuevo Código” la situación sufre una drástica modificación, veamos entonces:

El artículo **320** menciona a los obligados a llevar contabilidad consignando a:

- ☐ Las personas jurídicas privadas.
- ☐ Quienes realizan una actividad económica organizada.
- ☐ Quienes son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicio.
- ☐ Cualquier otra persona.

Se exime de llevar la contabilidad, sin perjuicio de lo establecido por leyes especiales a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa.

Agrega que también pueden ser eximidas de llevar contabilidad aquellas actividades que por el volumen de su giro resulta inconveniente sujetarlas a tales deberes, según determinación de cada jurisdicción local.

En que situación nos encontramos ante la sanción del “Nuevo Código”? La lectura del artículo 320 permite que, solo en ciertos aspectos, coincidir con Eduardo M Favier Dubois (h) quien expresa que cuando se trate de un fideicomiso que tenga cierto grado de actividad económica organizada el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del citado artículo 320 del “Nuevo Código”.¹

No coincido en forma total ya que entiendo que la rendición de cuentas pensada para el fideicomiso no tiene los mismos alcances que la aplicada a las sociedades, supuesto este en que se ha considerado al balance como rendición de cuentas.

Este es otro aspecto de suma relevancia a tener en cuenta cuando se confecciona el contrato, en el que, mas allá de que se lleve contabilidad, se puede fijar rendiciones de cuenta por períodos menores al año, estableciéndose incluso puntos mínimos a contener.

A lo dicho se le debe agregar que el artículo 320 también dice que *cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de sus libros*.

Resumiendo entiendo que en aquellos fideicomisos que tengan cierto grado de actividad económica se torna obligatorio el llevar contabilidad, teniendo que presentar la rendición de cuenta según las cláusulas contractuales, las que bien pueden incluir el balance como una forma de concretar la misma.

Es de esperar que el Registro Público tome cuenta de esta situación.

¹ EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h) “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” artículo insertado en “Código Civil y Comercial de la Nación Ed Errepar (ERREIUS), Bs As 2014 pag. 59.