

Material Imprimible

Curso Fideicomisos: Instrumento de Financiación y
Herramientas de Inversión

Módulo Marco Regulatorio. Ley 24.441 y modificaciones
previstas por Ley 26.994

Contenidos:

- Legislación 24.441 y sus modificaciones
- Componentes constitutivos del fideicomiso
- Propiedad fiduciaria
- Contrato fiduciario. Sus características

La Ley 24.441, denominada “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, fue sancionada el 22 de diciembre de 1994 para ser posteriormente promulgada el 9 de enero de 1995.

Contiene en su seno una batería de artículos destinados a articular una variedad de instrumentos financieros con base en jurisprudencia del derecho privado, que permitieran abrir el abanico de mecanismos de apalancamiento e inversión en obras edilicias, aunque finalmente las aplicaciones que de ellos se sucedieran fueran potencialmente mucho más amplias.

Fideicomisos, certificados de participación y deuda, leasing, letras hipotecarias, créditos hipotecarios de vivienda, modificaciones a la ley de fondos comunes de inversión, son algunas de las herramientas que tomaron nueva forma a partir de la sanción de dicha ley. El hecho de que afectara también una desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal nos indica la finalidad fuertemente inmobiliaria que tuvo en un principio, aunque esa impronta se diluyera en el universo de aplicación de los instrumentos referidos, especialmente en el caso de los fondos comunes de inversión y los fideicomisos.

Como vimos en módulos anteriores, previo a la sanción de esta ley, los fideicomisos eran una figura principalmente testamentaria, tipificada en el artículo 2662 del viejo Código Civil, donde se instruía el dominio fiduciario como una suerte de dominio imperfecto.

Dicha norma rezaba que se hacía referencia al dominio fiduciario en tanto “se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

El hecho de que se haga referencia a un tercero no es elemento menor, ya que hace hincapié en la condición de testamentario de este contrato, siendo que en la universalidad de los casos la propiedad no era entregada al fiduciante, sino a un beneficiario.

En el texto de la ley 24.441 podemos observar este cambio, ya que se observa que “dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del

fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

El hecho de que observe el origen del fideicomiso no sólo en testamentos, sino también bajo la figura de contratos, y que sea entregado a quien corresponda, da constancia de que no se busca la administración de un patrimonio hasta el hecho -jurídico, valga la aclaración- del deceso del fiduciante, sino al plazo o condiciones que en el contrato se encuentren estipuladas.

Ahora, veamos nuevamente la definición de Fideicomiso según el Código Civil y Comercial, Capítulo 30 Artículo 1666. “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.”

A partir de la sanción y puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se implementan una serie de cambios propuestos para clarificar las figuras de los contratos de fideicomisos y acompañar desde la jurisprudencia las aplicaciones prácticas que se fueron sucediendo desde la sanción de la ley 24.441 en adelante.

En virtud del cambio de definición del contrato de fideicomiso, vemos que el ejercicio de la propiedad fiduciaria se realiza en beneficio de los beneficiarios y la transmisión de la propiedad se realiza a los fideicomisarios. Por dicho motivo, se diferencia claramente quién dispondrá de los frutos y de los bienes; por lo que, de disponerse ambos beneficios, deberá aclararse en el contrato.

Tengamos presente que el beneficiario dispone de los frutos, en cambio, el fideicomisario es el beneficiario residual de los bienes.

Por otro lado, se aclara que los derechos reales de garantía no pueden ser transferidos sin el crédito que aseguran y, por lo tanto, no pueden ser objeto del fideicomiso.

Finalmente, desde la perspectiva del fiduciario se salda un viejo debate acerca de si puede o no ser beneficiario del contrato: se establece en el artículo 1672 que no podrá ser en ningún caso fideicomisario, es decir, recibir el patrimonio fideicomitado al momento de extinción del contrato, aunque sí podrá ser beneficiario de las utilidades que de su administración se obtuvieren (con excepción de los fideicomisos financieros, en los que

la Comisión Nacional de Valores ha dictaminado que el fiduciario no podrá ser beneficiario).

Desde la perspectiva del **contenido**, el artículo 1667 del capítulo 30 del Código Civil y Comercial de la Nación nos indica que todo contrato de fideicomiso deberá tener:

- la individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, debe constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes
- la determinación del modo en que otros bienes pueden 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

El artículo 1668, nos indica en relación con el **plazo o condición** de extinción del fideicomiso, que “cumplida la condición o pasados treinta años desde el contrato sin haberse cumplido, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse por el fiduciario a quien se designa en el contrato. A falta de estipulación deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos”.

Por **forma**, el artículo 1669 entiende que “el contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público”.

Finalmente, por **objeto** el artículo 1670 determina que pueden serlo “todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras”.

Para poder clarificar las partes constitutivas del contrato de fideicomiso, proponemos un ejemplo. Supongamos que tenemos una tienda de electrodomésticos, *Electrosolution*

S.A., que cuenta con líneas de financiamientos a clientes. Ahora bien, una necesidad urgente de disponibilidad de fondos (por ejemplo, para adquirir stock de productos y honrar los vencimientos de deuda de corto plazo) nos fuerza a buscar financiamiento. Ante esta situación, decidimos constituir un fideicomiso financiero sobre parte de nuestro patrimonio (en este caso, la deuda que tienen nuestros clientes con nosotros). Este contrato que se celebre (más allá de la normativa específica de los Fideicomisos Financieros que se encuentran regulados por la Comisión Nacional de Valores) deberá incluir el **objeto** del fideicomiso, o sea, las líneas de créditos a favor nuestro que constituyen el patrimonio fideicomitado, el **plazo o condición** de extinción, ya sea temporal, por ejemplo tres años, o a liquidarse la línea del crédito fideicomitado, la identificación del beneficiario, es decir, quien adquiere nuestros títulos de fideicomiso en el mercado bursátil, y la **forma**, responsabilidades y derechos del fiduciario, que estarán estipulados por las normas vigentes, en este caso dictaminadas por la Comisión Nacional de Valores.

Ahora pasemos al concepto de **propiedad fiduciaria**. ¿Saben de qué se trata? Es una figura contractual que se encuentra tipificada en el capítulo 31 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se indica en el artículo 1701 que es el dominio fiduciario aquel “que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

Se regula según las normas que rigen los derechos reales en general, y el dominio en particular. Además, se establece que siempre que haya dominio fiduciario, el titular del mismo tendrá “las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas”, lo que implica que dentro del marco establecido por el contrato podrá ser considerado acreedor de las facultades de un dominio perfecto.

Intentemos graficar el concepto de la propiedad fiduciaria desde la perspectiva de algunos de los tipos de fideicomisos que hemos visto en el Módulo I, aplicados a casos prácticos. En el caso de un **fideicomiso de administración**, un empresario decide suscribir parte de su patrimonio a un fideicomiso que será administrado por un inversor,

de modo que este último pasa a tener un dominio imperfecto de los bienes hasta que se cumpla el plazo o condición estipulados, siendo beneficiario de esta administración el empresario, o bien un tercero.

En el caso de un **fideicomiso inmobiliario**, el dueño de un terreno y una sociedad de inversiones se constituyen en fiduciantes entregando su patrimonio a una constructora, que en tanto fiduciaria ejercerá un dominio imperfecto sobre ésta construyendo un edificio, y habiendo sido terminado se liquidará el fideicomiso recibiendo ellos tanto bienes como beneficios, ya sea departamentos como dinero obtenido a través de la venta de unidades, de acuerdo a cómo haya sido estipulado en el contrato.

Como hemos visto, los **contratos fiduciarios** son, dentro de la familia de los contratos, tipificados en el capítulo 30 del código, aquellos donde un sujeto físico o jurídico, el fiduciante, entrega un patrimonio a otro sujeto, el fiduciario, quien lo administrará a favor de un tercero, el beneficiario, y que será restituido al cesar el fideicomiso al fideicomisario, que podrá ser el fiduciante, el beneficiario o un tercero. Estos contratos tienen por objeto la administración del patrimonio fideicomitido.

Dícese que tienen **forma**, ya que deben ser redactados acorde a la ley (dependerá la forma del contrato no solo de lo tipificado en el Código Civil y Comercial sino también de las distintas regulaciones que correspondan según el tipo de fideicomiso, por ejemplo los fideicomisos financieros son también regulados por las distintas normas promulgadas por la Comisión Nacional de Valores), y tienen un **plazo** o condición luego del que el patrimonio fideicomitido es entregado al fideicomisario.

Asimismo, como dijimos anteriormente, tienen como características **los efectos, el plazo o condición, la retransmisión de bienes fideicomitados, estipulaciones prohibidas y las previsiones contractuales**. Veamos cada uno de estos puntos en detalle.

Los **efectos** de los fideicomisos están tipificados en la sección 3° del capítulo 30 del Código Civil y Comercial de la Nación. En ella se establecen la **propiedad fiduciaria**, ya que sobre el patrimonio fideicomitido pesa la propiedad fiduciaria en tanto se encuentra tipificada en el mismo capítulo, **los efectos frente a terceros**, puesto que los bienes fideicomitados serán considerados propiedad fiduciaria frente a terceros en tanto se cumplan las condiciones exigibles propias de ellos mismos.

También **la registración de los bienes incorporados**, dado que todo bien plausible de ser registrado deberá serlo a título del fiduciario en caso de formar parte de un patrimonio

fideicomitido, **el hecho de ser un patrimonio separado**, porque todo bien fideicomitido es ajeno a los respectivos patrimonios del fiduciante, fiduciario, fideicomisario o beneficiario.

Asimismo, la **acción por acreedores**, ya que en tanto los bienes fideicomitados no forman parte del patrimonio del fiduciario ni del fiduciante, no podrán ser alcanzados por sus acreedores, el **carácter de las deudas** del fideicomiso, dado que no responderán por ellas ninguno de los sujetos del contrato, excepto que haya compromiso expreso de alguno de ellos.

Igualmente, los **gravámenes**, puesto que el fiduciario podrá disponer del gravamen del patrimonio fideicomitido sin mediar consentimiento de otro sujeto, y las **acciones**, porque el fiduciario está legitimado para tomar todo curso de acción considere pertinente a la defensa del patrimonio fideicomitido, contra cualquiera de los sujetos del contrato o un tercero.

Tanto **plazo** como condición de cese de los contratos de fideicomisos se encuentran tipificados en el artículo 1668 de la sección primera, capítulo 30, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como hemos ido estudiando, los fideicomisos en tanto contratos tienen un plazo o condición de realización. Esto significa que el contrato puede finalizar luego de cumplido un tiempo determinado en el mismo, o bien cuando se desarrolla una condición que fue previamente estipulada.

Temporalmente, los fideicomisos no pueden prolongarse en el tiempo por un plazo mayor a treinta años, siendo todo plazo mayor estipulado disminuido al máximo previsto. Lo mismo sucede en caso de que se estipulara una condición, por ejemplo que el fideicomisario del contrato alcance una edad determinada para poder acceder al patrimonio fideicomitido, si no es alcanzada en un plazo de treinta años desde constituido el fideicomiso.

Corren como excepción a esta regla los casos en los que el beneficiario sea mentalmente incapaz de ejercer el dominio del patrimonio fideicomitido según la ley indica, prolongándose la duración del contrato hasta cesar la invalidez o bien acaecer el fallecimiento del beneficiario. En todo caso en que cese el contrato y no haya beneficiarios o fideicomisarios estipulados en el mismo, el fiduciario deberá entregar el patrimonio fideicomitido al fiduciante o bien sus herederos.

Se entiende por **retransmisión de bienes fideicomitidos** al proceso mediante el que el fiduciario hace entrega del patrimonio fideicomitado al beneficiario, o fideicomisario, determinado en el contrato de fideicomiso al finalizar el mismo. Este cese tendrá origen en el cumplimiento de un plazo o condición, tal como lo estudiamos en la anterior diapositiva.

Otra causal puede también ser la revocación del fiduciario, si se ha reservado expresamente esa facultad. Esta revocación, de acuerdo con el artículo 1697 del Código Civil y Comercial, no tiene efecto retroactivo.

Por otro lado, se indica que la revocación es ineficaz en los fideicomisos financieros después de haberse iniciado la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos de deuda.

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario está obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan.

Finalmente, cabe aclarar que en los casos en que la administración del fideicomiso diera origen a un contingente de deuda que no pueda ser honrado por su patrimonio, y a falta de recursos previstos con pleno consentimiento por parte del fideicomisante o los beneficiarios, un juez deberá proceder a la liquidación del fideicomiso.

Cuando nos referimos a **estipulaciones prohibidas**, hacemos referencia a todas las normas e indicaciones en la jurisprudencia vigente que tipifican los fideicomisos y constan lo que no se puede hacer. El ejemplo más común de esto es la incapacidad virtual del fiduciario en ser constituido también en fideicomisario del contrato de fideicomiso.

En esta línea indica el artículo 1676 que “el contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”.

Esto significa que ninguna de las obligaciones contraídas por el fiduciario en términos de defensa y administración del patrimonio fideicomitado pueden dejar de ser cumplidas por más que se encuentre estipulado en el contrato, además de no poder ser acreedor del patrimonio fideicomitado al momento del cese de contrato.

Las **previsiones genéricas** de los fideicomisos son los componentes contractuales que por ley se fuerza a se incluyan a su contenido: individualización de los bienes que

constituyen el patrimonio fideicomitido, determinación del modo en que otros bienes adicionales puedan ser incorporados, el plazo o condición de cese del contrato, del destino de los bienes a la finalización, y los derechos y obligaciones del fiduciario (incluyendo el mecanismo para sustituirlo).

Asimismo, pueden incluirse cláusulas particulares que puedan resultar de interés en distintos escenarios que se puedan prever, a saber: determinación de beneficiarios y fideicomisarios, periodicidad de rendición de cuentas por parte del fiduciario del estado del patrimonio fideicomitido (la ley exige una comunicación anual, pero pueden disminuirse los plazos de estar estipulado en el contrato), fijación derechos de reembolso de gastos y retribución por administración del fiduciario, procedimientos ante liquidación de deudas generadas en la administración o insuficiencia del patrimonio fideicomitido.

En los casos de fideicomisos financieros, la ley establece que deberán incluirse como previsiones las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

Veamos en un caso práctico los temas desarrollados en esta clase. En el año 2000, se sancionó la Ley 25.300, “Ley de Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa”. Tenía por objetivo “el fortalecimiento competitivo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPyMEs) que desarrollen actividades productivas en el país, mediante la creación de nuevos instrumentos y la actualización de los vigentes, con la finalidad de alcanzar un desarrollo más integrado, equilibrado, equitativo y eficiente de la estructura productiva”. Para lograrlo, se determinó constituir un Fideicomiso Financiero sobre la legislación vigente (la ley 24.441, ya que aún no se había sancionado el Código Civil y Comercial).

Entre las previsiones contractuales de este fideicomiso se encontraban sus efectos (se establecía al Banco Nación como fiduciario, al Ministerio de Economía como fiduciante, al Estado Nacional como fideicomisario), un plazo de 25 años de duración con posibilidad de renovación en igual período en forma indefinida, y la constitución de un comité de administración que evaluara proyectos de inversión compuesto por integrantes designados por el Poder Ejecutivo.

En cuanto a la retransmisión de los bienes fideicomitados, se establecía que ante la liquidación del fideicomiso el patrimonio debía ser entregado al Poder Ejecutivo, incluyendo como previsión que fuera reinvertido en proyectos de la órbita de las PyMEs.