

4

SEGURIDAD JURÍDICA

Implicancias económicas de la
puesta en vigencia del nuevo Código
Civil y Comercial

Capítulo 4: SEGURIDAD JURÍDICA

Implicancias económicas de la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial¹

El presente capítulo tiene por objetivo realizar un análisis del impacto económico del Nuevo Código Civil y Comercial en el desarrollo económico y financiero de nuestro país. Este trabajo no tiene como propósito realizar un análisis jurídico de determinadas partes del Código, materia de juristas especializados, sino que propone centrarse en el análisis sobre el modo en que el Código puede favorecer y/o dificultar el desenvolvimiento de los negocios y la actividad económica y qué interrogantes se abren a partir de la reforma. Por supuesto que el abordaje de este tema no es exhaustivo ni se agota en este trabajo, y presenta un enfoque que espera contribuir al debate y la construcción de nuestro esquema jurídico y económico. La elección de los puntos a desarrollar se debe a la relevancia que el tema en sí tiene en el plano económico o bien por la magnitud de la reforma en un tema que desde el punto de vista económico resulta relevante. En consecuencia, los puntos a desarrollar son: (1) La moneda en el nuevo Código Civil, (2) Contratos bancarios, (3) El patrimonio como función de garantía y (4) Fideicomiso

4.1 La moneda en el nuevo código civil y comercial

Comenzamos por aquí porque vivimos en un país que recurrentemente pone en marcha políticas monetarias y fiscales inconsistentes, es decir insostenibles en el tiempo, provocando el deterioro sistemático del valor de nuestra moneda. Esto se traduce en inflación y devaluación. En este contexto, la falta de un marco jurídico adecuado que permita reflejar en el tiempo el valor real de los bienes y servicios, como así también sus precios relativos, exacerba la inestabilidad económica. Así, se generan transferencias de riquezas y asimetrías entre las partes que firman un contrato.

La prohibición de indexar se mantiene desde el dictado de la Ley 23.928 (Ley de Convertibilidad) que se estableció en su artículo 7º. Esta norma no fue derogada por la Ley de emergencia 25.561 de 2002, sino que fue ratificada en su vigencia con una modificación quedando redactada como seguidamente se transcribe:

Artículo 7º — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o reposición de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley.

¹ Autores: Lic. Sergio Podingo, Dr. Ramiro Sosa Navarro. Agradecemos a todos aquellos a quienes hemos consultado, colegas, abogados y economistas, gente de bancos, del mercado y del sector empresario, entre otros. Agradecemos especialmente a Rosario Allende Posse por su contribución en el análisis jurídico de estos temas.

Esto implica que la prohibición de indexar se mantiene por una norma que tiene la misma categoría del Código Civil², pero que está fuera de su cuerpo normativo. Debido a la inflación que padece el peso argentino, el mismo se ha convertido en una moneda de baja calidad que solo sirve para las transacciones corrientes. Es decir que solamente es útil para las compras al contado o para las transacciones de muy corto plazo. Pero resulta poco útil para las obligaciones a plazo. Esta pérdida de relevancia de la moneda argentina para las transacciones con plazo resulta agravada con esta prohibición en la medida que no exista una alternativa clara. Sin embargo, y dada experiencia traumática de nuestro país tanto en materia de indexación como de dolarización bien vale mencionar el Caso de la Circular 1050.

En primer lugar, la Circular 1050 no fue una cláusula estabilizadora adecuada dado que no sigue la variación de la curva del costo de la vida. Estaba en función de otros parámetros; estaba en función del costo del dinero en plaza, que puede ser muy distinto de la variación de los costos de vida dado por índices tales como salario e inflación. Los datos que toma en cuenta no son adecuados para ser utilizados como cláusula estabilizadora. Esto revela que los datos tomados por la Circular 1050 fueron inadecuados para que funcione como cláusula estabilizadora. A esto se agregaba una segunda falla que estaba dada por su forma de funcionamiento puesto que se realizaba una capitalización mensual de intereses pactada por anticipado, lo cual incumple con el artículo del Código Civil, el 623, que prohíbe el anatocismo. En una economía inflacionaria no podemos dejar de actualizar tanto las deudas como el valor de los bienes y servicios, porque si no se las actualiza no se mantienen constantes dichos valores en el tiempo³. Podría ser probable que el Nuevo CCyC rechace la indexación como mecanismo de actualización producto de estas malas experiencias e incorrecto uso. Y podría pensarse, por lo tanto también, que buscarse privilegiar la equivalencia contractual implícita en la dolarización.

² En nuestra opinión profesional, la creación y aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y el Coeficiente de Variación Salarial (CVS) en nada altera la esencia de la prohibición de indexar, ni crea una excepción a dicha norma. No solo porque expresamente lo dice el artículo 5º del Decreto 214/2002, sino por una cuestión de lógica financiera. En el año 2002 no había dólares en los bancos. Entonces se decidió la pesificación de los depósitos. Para ello, entre varias alternativas, se optó por aplicar criterios de ortodoxia económica. En primer lugar, los depósitos en dólares se convirtieron a pesos al tipo de cambio oficial al momento del decreto (\$1,4 por cada dólar). De ahí en más, se optó por una "renta a tasa positiva" respecto de la inflación, y por eso se creó el CER (que tenía componentes de cobertura inflacionaria), más una pequeña tasa de interés. Por necesidad de Contrapartida (base del negocio bancario), debió aplicarse un criterio de conversión análoga con los préstamos en dólares (haciéndose cargo el estado de \$0,4 por dólar), con el mismo criterio de ajuste y con unos puntos más de tasa de interés (garantía de spread). Luego, ante determinados préstamos de índole social (por ejemplo, préstamos hipotecarios de viviendas familiares), el Gobierno decidió subsidiar también el tipo de adecuación del crédito, cambiando el CER por un coeficiente de variación salarial. En realidad, sostenemos que esto no altera la naturaleza de la prohibición de indexar porque (1) era acotado en el tiempo y en el tipo de contratos (financieros) y (2) porque sigue la misma lógica que aún hoy tienen los colocadores de depósitos a plazo fijo, que es, la de obtener rentabilidades positivas con respecto a la inflación.

³ Puede ocurrir que una de las partes conozca de antemano, debido a su especialización, la posibilidad de saber cómo debía o cómo iba a funcionar una supuesta cláusula estabilizadora que deforma el valor de las deudas, bienes y servicios, y aprovecha la inexperiencia de la contraparte parte. Pero en ese caso se trata de un vicio o una lesión intencional. El problema no se debe al mecanismo de actualización. Por otro lado, en muchas oportunidades, aunque se mantengan los valores estables, puede pasar que para un determinado grupo de trabajadores o empresarios sus ingresos disminuyan a valores constantes producto de una recesión económica, y ese grupo de deudores no pueda cumplir con sus obligaciones. Pero esto es un problema distinto al de la estabilización de la moneda. Tiene que ver con aspectos económicos como la evolución de los distintos sectores económicos y los ciclos económicos de dicha economía.

Sin embargo, y por el contrario, el nuevo Código Civil sancionado recientemente ha optado por volver al nominalismo monetario del viejo Código de Vélez Sarsfield de 1871, que había sido parcialmente abandonado en 1991, cuando se sancionara la ley de Convertibilidad. Esta última, además, pretendió instalar al dólar como una suerte de segunda "moneda" de curso legal en nuestro país. En efecto, para el nuevo Código de 2014, el dólar no sería una moneda sino una "cosa", igual que para Vélez Sarsfield, y por lo tanto, las obligaciones estipuladas en dólares son obligaciones de "dar cantidades de cosas", que pueden cumplirse entregando el "equivalente" en moneda nacional. Vale destacar que considerar la moneda extranjera como una "cosa" presenta limitaciones como el hecho de que las "cosas" no devengan intereses.

La dificultad de este criterio, establecido en el artículo 765 del nuevo Código consiste en determinar en qué consiste ese "equivalente". ¿Cómo se lo calcula? ¿Al tipo de cambio del mercado libre? ¿A cuál de ellos? ¿Al paralelo?, ¿Al contado con "liqui"? ¿Al oficial? Interrogantes que surgen en especial en un contexto económico de restricciones cambiarias y múltiples tipo de cambio⁴.

Artículo 765.- Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal.

Por otro lado el Artículo 766 del mismo código establece el criterio contrario al del 765 que dice que debe pagarse en la especie estipulada sin recurso al pago del "equivalente" en moneda nacional.

Artículo 766.- Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada.

Ahora bien, ¿cómo lo han resuelto los juristas? Según jurisprudencia, el artículo 765 del Código Civil no resulta ser de orden público y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten como dice el artículo 766 del mismo ordenamiento, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada.

Además, los contratos suelen prever la alternativa del pago de la cantidad de pesos equivalentes para comprar bonos cuyo vencimiento fuera en dólares estadounidenses. Esto conduce a un requerimiento de mayor sofisticación en la redacción de cláusulas específicas entre particulares para zanjar diferencias y cubrir eventuales contingencias. Y si se tratase de un contrato entre un particular y el soberano, este debería renunciar a sus derechos si esta bajo legislación local o bien manejarse bajo legislación extranjera.

Sin embargo, pactar en moneda bajo la legislación actual genera también distorsiones. Respecto de la expresión "dar cantidades de cosas" implica por ejemplo que no devenga intereses de ningún tipo, por lo que hay que demostrar un daño y perjuicio en caso de mora, por ejemplo. Por lo tanto, hay aspectos que no quedarán exentos de interpretación de los jueces.

⁴ Al momento de la redacción de este capítulo (noviembre 2015).

Adicionalmente, el Nuevo Código Civil y Comercial incorpora normas especiales con relación a la moneda extranjera, como el Artículo 1390 que establece que los depósitos bancarios en moneda extranjera, esto es, en la práctica, en dólares, deben devolverse en la especie designada, es decir también en dólares, y no en el "equivalente" en moneda nacional. Otras normas: Art. 1.408 para el préstamo bancario, Art. 1.409 para el descuento bancario, Art. 1.410 para la apertura de crédito bancario, y Art. 1.525 y 1.527 para el mutuo dinerario.

4.1.1 Sobre las causas de la inflación y la indexación

Desde un punto de vista económico, y desde la óptica que comparten los autores, la inflación tiene origen en dos causas principales: la emisión de dinero para financiar el déficit fiscal y el aumento de salarios no acompañado de incrementos en la productividad. Pero estas dos causas se potencian enormemente por el aumento de la velocidad de circulación del dinero que la misma inflación provoca. Esto implica decir que cuando hay inflación, el público se apresura a gastar más rápido su dinero para proteger su poder adquisitivo, y este patrón de comportamiento, enteramente racional desde el punto de vista individual, retroalimenta el proceso inflacionario.

Pero si por el contrario, se permitieran depósitos a plazo fijo indexados en los bancos o títulos públicos o privados indexados, el público se refugiará y ahorrará alternativamente en estos instrumentos, lo cual quitaría presión sobre la demanda de bienes y la consecuente suba de precios, y de esta manera se lograría un mejor seguimiento de la evolución de los precios. Esta protección del valor del dinero en el tiempo permitiría además que dichas colocaciones (depósitos) se realicen a mayores plazos lo que conduciría a que los bancos busquen colocar esos fondos a través de créditos a plazos más largos, favoreciendo la inversión, el crédito productivo y por lo tanto, la generación de empleo.

La indexación no es una panacea pero tendría la virtud de aumentar la demanda de la moneda indexada. En tal sentido, ayudaría a bajar la velocidad de circulación de la moneda corriente y sería un factor importante en la lucha contra la inflación en la medida que se acompañe de una reducción gradual de la tasa de crecimiento de la cantidad de dinero, la cual tiene como destino financiar el déficit fiscal.

Vale aclarar además que los fallos de nuestra Corte Suprema anteriores a la ley de convertibilidad eran favorables a la indexación expresando que "el aumento del monto nominal en función de los índices de precios al consumidor no hace a la deuda más onerosa en el origen: solo mantiene el valor económico real frente al paulatino envilecimiento de la moneda".

4.1.2 Conclusiones

La legislación monetaria argentina resultante del nuevo Código Civil finalmente aprobado por el Congreso es susceptible de ganar en claridad dado que por una parte parece moverse en la dirección de la pesificación y el nominalismo y, por otra parte, mantiene vigentes otras leyes que vedan la indexación, todo lo cual desde ya asombra por su falta de coherencia. Luego, plantea excepciones para determinadas operaciones en las cuales las partes firmantes de un contrato se obligan en moneda extranjera aunque esta última no es considerada una moneda

sino una “cosa” con las limitaciones que esto implica. Sin embargo, el tratamiento de los temas o tópicos estrictamente económicos han ganado posiciones dentro de la jerarquía jurídica aportando una mayor estabilidad al sistema económico de nuestro país. Por ejemplo, y tal como hemos mencionado anteriormente, el Artículo No. 1.390 establece que los depósitos bancarios en moneda extranjera (dólares), deben devolverse en la especie designada, es decir en dólares, y no en el “equivalente” en moneda nacional. Dicho artículo forma parte del Código, por lo que no se puede modificar con una Ley, para cambiarlo sería necesario modificar el Código. Esto no solo le brinda una mayor estabilidad y previsibilidad a nuestro sistema económico sino que la presencia de este artículo hubiera modificado la resolución de la crisis argentina del año 2002 a partir de la cual el gobierno llevó a cabo una pesificación asimétrica de los préstamos y depósitos.

4.2 Contratos bancarios

La tendencia a “bancarizar” la mayoría de los movimientos económicos y la tendencia creciente a la utilización de servicios bancarios son notas que resaltan la importancia de una regulación legal de los denominados “contratos bancarios”, tarea que el Código Civil y Comercial (CCyC) desarrolla en los Artículos 1.378 y subsiguientes. En este sentido, el Artículo 1.392 dedicado a los depósitos a plazo dice:

Artículo 1.392: El depósito a plazo otorga al depositante el derecho a una remuneración si no retira la suma depositada antes del término o del preaviso convenido. El banco debe extender un certificado transferible por endoso, excepto que se haya pactado lo contrario, en cuyo caso la transmisión sólo puede realizarse a través del contrato de cesión de derechos.

La norma legal reconoce a favor del depositante el derecho a una remuneración que comúnmente consiste en intereses que se calculan sobre la base del monto depositado y el tiempo del depósito. Ese derecho está condicionado a que el depositante no retire el depósito antes del vencimiento del plazo pactado, regla que estaría indicando implícitamente que el depositante tiene derecho a retirar la suma depositada antes del vencimiento del plazo convenido si renuncia al cobro de intereses por el tiempo que hubiera transcurrido hasta ese momento. Planteado de este modo, esto podría traer aparejado un costo adicional para los bancos que se traducirían en préstamos más caros producto de tener que inmovilizar fondos para cubrir eventuales retiros anticipados.

Sin embargo, esa opción ya estaba prevista en las normativas del Banco Central de modo tal que no debería acarrear un sobre coste para el sistema financiero esta flexibilidad o beneficio para los depositantes y lo sintetizamos en el siguiente cuadro:

Cuadro 4.1: Depósitos precancelables y no precancelables

	Transferibles	Intransferibles
Depósitos a plazo	SI	NO
Inversiones a plazo	SI	NO (salvo cláusula de cancelación anticipada)

Fuente: Elaboración propia.

Los depósitos a plazo pueden ser transferibles o intransferibles. Si son intransferibles, no se pueden precancelar antes del vencimiento. Mientras que los depósitos a plazo fijo que son transferibles, sí se pueden precancelar. Esto permite que el banco pueda buscar, a través de la intermediación, una tercera persona que compre ese plazo fijo eximiéndose de tener que contar con fondos propios para responder a una cancelación anticipada.

Las inversiones a plazo son depósitos a más de 180 días para privados, y más de 90 días para sector público y a diferencia de los depósitos, están orientados principalmente al sector corporativo en lugar de individuos. Pero al igual que los depósitos, pueden ser transferibles o intransferibles, pudiendo en este último caso, puede incluir la cláusula de precancelación (solo a partir del día 30 para privados y del día 3 para sector público). Es decir que existe un volumen muy acotado de fondos que los bancos deberían inmovilizar para responder a retiros anticipados o precancelaciones. Esta práctica estaba vigente con anterioridad a la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, motivo por el cual se ha reglamentado en el mismo una práctica que ya estaba prevista.

4.3 El patrimonio como función de garantía. Los bienes excluidos

El tema garantía es central en materia económica, ya que esta es indispensable para obtener financiación. Sin embargo, la función de garantía del patrimonio no estaba prevista de manera expresa en el Código de Vélez, si bien surge del juego armónico de múltiples reglas e instituciones. Por ello, en consonancia con el Proyecto del Código del año 1998, se ha considerado conveniente incluirla expresamente en el siguiente artículo:

Artículo 242.- Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

Sin embargo, el hecho de que ahora sea ley lo que era un principio general no provocará variantes en la práctica. No obstante, el principio de la “garantía común” no es absoluto. La segunda parte del art. 242 establece que los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores “con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables”. Se agrega entre las excepciones el inmueble afectado a protección de la vivienda. A su vez consideramos importante el hecho de que la nueva norma regula la posibilidad de afectar al régimen un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor.

Finalmente, una consideración especial respecto de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, ya que el poder de agresión de los acreedores se podría ver limitado en cuanto no pueden perjudicar, en el intento de cobrar su crédito, la prestación del servicio. De hecho, el artículo 243 limita el poder de agresión de los acreedores cuando los bienes que integran la “garantía común” se encuentren afectados a un servicio público.

Artículo 243.- Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.

De esta forma, el artículo establece que “si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”. El Código, si bien no excluye estos bienes de la “garantía común”, es cierto que mengua las facultades de los acreedores, ya que ellos no las pueden hacer valer si con su ejercicio lesionan la prestación del servicio. Es más, podría entenderse que si el bien afectado es esencial a la prestación del servicio, aquel queda excluido, puesto que con ello se evitaría un potencial mal mayor derivado de la misma falta del servicio público.

Si bien en una primera y rápida lectura pareciera que es totalmente razonable el procurar la protección del interés general, colocando en un segundo plano al interés individual del acreedor o de los acreedores, podría pasar que las empresas de servicios públicos se vieran en dificultad para conseguir financiamiento, y dado que son intensivas en capital, terminen prestando un servicio de baja calidad y excesivamente oneroso como ya ha pasado en nuestro país. En principio, esta norma podría llegar a traer confusión por lo que sería importante estar atentos a la interpretación que le darán los jueces. Aunque consideramos importante estar atentos al alcance que se le dará a este artículo, creemos que la realidad misma ya le estaba poniendo un límite al cobro de los acreedores de empresas que prestan servicios públicos. Resulta importante aclarar que este tipo de empresas, por la actividad que realizan, ya antes de la reforma del Código recibían una regulación diferenciada por ejemplo en materia de Concursos y Quiebras.

Es por esto que en la actualidad, más allá de la norma incorporada por el 243, los acreedores de empresas prestatarias de servicios públicos ya estaban tomando las medidas necesarias para que llegado el momento de cobrar su acreencia pudieran hacer la misma efectiva. Por ejemplo, mediante la constitución de un fideicomiso sobre la caja o flujo de cobranzas, en otros casos colocan un interventor en el manejo de la caja llevando a cabo el propio acreedor la cobranza de la empresa, separándose, según lo estipulado, su acreencia. Por otro lado, vale destacar que este mecanismo resulta más adecuado dado que en general, los montos de los activos que puede otorgar como garantía real es limitado con relación al monto de las inversiones realizadas.

4.3.1 La importancia del fideicomiso

Dentro de las modificaciones más importantes del nuevo CCyC, están las que se refieren a los fideicomisos. Para poder interpretar adecuadamente las mismas, me ha parecido importante hacer una breve reseña de la historia del fideicomiso en Argentina.

Si bien ya estaba contemplada en el anterior Código Civil, en el año 1995 se promulga la Ley de Fideicomiso mediante la Ley 24.441. Sorpresivamente se la da a llamar Ley de Financiamiento de la Vivienda y Construcción.

Dicen las malas lenguas que esta ley fue impulsada por el entonces ministro Domingo Felipe Cavallo, a fin de sacar de los bancos la presión popular en el pedido de préstamos hipotecarios, dejando saldos prestables en las entidades financieras solo para financiar al Estado.

La ley adolecía de varias falencias, comenzando por su estructura general. Es así como al fideicomiso (dentro de una estrategia general de presunto financiamiento a la vivienda), se lo complementa con el Leasing y las Letras Hipotecarias. Recordemos que poco tiempo después el leasing pasó a tener una ley propia, poco utilizada para viviendas y con un sesgo muy grande para su aplicación en bienes muebles, especialmente automotores. Respecto de las letras hipotecarias, francamente esta figura casi vivió en el ostracismo.

Volviendo al tema de los fideicomisos, la ley tuvo el gran inconveniente que nunca fue reglamentada. Por ello, se dejó al libre albedrío de los profesionales interpretar cuántos tipos de fideicomisos existían y para qué servían. Es así como aparecieron fideicomisos por demás insólitos: deportivos, de resguardo, de garantía, de administración, de inversión, testamentarios, etc., cuando la ley simplemente diferenciaba entre fideicomisos no financieros y financieros.

Y hasta esta diferenciación se presentaba a errores de interpretación: los fideicomisos financieros con emisión de títulos de deuda se confundían con la emisión de obligaciones negociables con garantía fiduciaria, y los de emisión de Certificados de Participación, con la venta de acciones cotizables.

Esto fue así porque era una norma “juvenil” frente a un desafío complejo que planteaba la figura de un patrimonio de afectación basado en la “fe” del administrador. De ahí el nombre de fideicomiso.

Sin embargo, la sanción de una norma al respecto fue muy bien tomada por los especialistas en Estructuras de Financiamiento. “Es un enorme comienzo” manifestaba el Dr. Pablo Aimó, Director de Negocios Fiduciarios del ABN AMRO BANK, una de las bancas fiduciarias más importantes del mundo que en ese entonces tenía presencia en Argentina.

Tal fue la importancia de la sanción de esta figura que pocos años más tarde la República Oriental del Uruguay promulgaba una ley similar. Eso sí, ya modificando ciertos aspectos que significaron un avance en el uso de la misma y que fueron tomados a posteriori en la sanción de nuestro actual CCyC.

Lejos de lo previsto, salvo en contadas excepciones, la figura no fue utilizada como instrumento financiero en sí. Los primeros años se generalizaron los fideicomisos de garantía. Es así como en nuestra Ciudad se utilizó la figura para avalar un financiamiento del Estado con el Credit Suisse First Boston y para capitalizar al Banco de la Provincia de Córdoba conforme a lo exigido por la Resolución 747/98 del B.C.R.A.

Los años posteriores mostraron un verdadero bastardeo de la figura (especialmente por la falta de reglamentación que anunciábamos precedentemente) por parte de algunos desarrollistas, que la utilizaron para pisar tierras, asegurarse rentabilidad, pero dando pocas garantías a los adquirentes.

Y esto desnaturalizó totalmente la figura, que tiene como eje un negocio de “fe” hacia el fiduciario, y una contrapartida sancionatoria de que el mismo “actúe con la prudencia del buen hombre de negocios que se basa en la confianza depositada en él”.

Las modificaciones del nuevo CC y C no solamente plantean un salto de calidad normativa de la figura, sino una “maduración” de la misma, tomando e interpretando los errores evidenciados en el pasado y corrigiendo la mayoría de ellos (aunque no todos).

Lo primero que debemos decir es que la figura del fideicomiso deja de ser una “ley específica” y pasa a formar parte de un orden de normas jurídicas sistematizadas, concentradas y universales como lo refleja típicamente un Código. Y esto no es un dato menor. Lejos de la necesidad imperiosa de armar una reglamentación que trate de abarcar todos los aspectos que permitan la aplicación de una norma, pertenecer a un código posibilita un tratamiento transversal de interpretación, apoyándose en otras partes del CCyC (Contratos, Derecho Sucesorio, etc.) para lograr un plexo legal de interpretación.

Cabe resaltar que el nuevo CCyC sigue manteniendo la génesis contractualista del fideicomiso pero incorpora una posibilidad que antes no existía y que ha causado más de un dolor de cabeza a los estructuradores de fideicomisos: la “promesa” de transmisión de un bien en propiedad fiduciaria (art 1666). Es así como la norma establece *“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.”*.

Y esto es importante ya que el art. 1º de la Ley 24.441 establecía que solo había fideicomiso cuando una persona (fiduciante), transmitía la propiedad fiduciaria a otra (fiduciario), lo que traía una marcada incoherencia a la hora de gestionar el CUIT de un fideicomiso (especialmente cuando el bien fideicomitado era un inmueble): la AFIP no otorgaba el CUIT hasta que el bien no estaba transferido, y el Registro de la Propiedad no te inscribía el inmueble hasta que no tuviera el CUIT. Misma complicación se evidenciaba cuando el bien que quería transferirse era dinero, ya que los Bancos no habilitaban la cuenta para depositar estos fondos hasta no contar con el CUIT, y AFIP no lo otorgaba hasta que no estuviera el dinero depositado en cuenta.

Otro aspecto muy importante de la nueva normativa, es que el fideicomiso pasa a ser “Registral” en dos aspectos:

En lo que al Contrato se refiere, ya que conforme el art 1669 del CCyC, el mismo debe inscribirse en Registro Público que corresponda (*“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. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo.....”*).

Cualquier limitación que tenga el fiduciario de disponer o gravar los bienes fideicomitados, cuando los mismos sean Registrales, debe ser inscripta en los registros pertinentes. Recordemos que, conforme el art 1688, lo general es la libre disposición. Toda limitación a esto debe ser inscripto (*“El fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante, del benefi-*

ciario o del fideicomisario. 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.....”)

Yendo al primero de los puntos, una primera lectura rápida de lo normado parecería ser una muy buena noticia y un aporte a la transparencia del proceso fiduciario. Quien ha tenido contactos habituales con fideicomisos, especialmente de desarrollos inmobiliarios, sabe perfectamente la suerte de “oscurantismo” que existía respecto de los términos del contrato de fideicomiso y los derechos que poseían los adquirentes de propiedades en esas condiciones. Quien era titular de la tierra, si todos los beneficiarios tenían la misma prioridad frente a la liquidación del fideicomiso, todos estos eran temas que parecían mantenerse en absoluto secreto. Ni hablar de las garantías frente al fracaso del emprendimiento, tema que desarrollaremos más adelante.

Sin embargo, no todos los autores lo ven de la misma manera. En un extenso trabajo publicado en la edición de La Ley el 15/12/2015, los reconocidos y prestigiosos profesionales Kiper y Lisoprawski manifiestan que esta medida es una suerte de “injerto” al texto, apartándose de lo propuesto por la Comisión Redactora. No solo no se establece un Registro, sino que no se avanza respecto de que efectos produce la falta de registración. No vaya a ser que – so pretexto del referido agregado – se ponga en duda la separación patrimonial y sus efectos en caso de incumplimiento de este requisito, ya que se estaría impactando de muerte sobre la columna vertebral de esta figura.

Para colmo, la Inspección General de Justicia, arrogándose competencia jurisdiccional, trató de reglamentar el instituto mediante la Resolución General 7/15 (fundamentalmente para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Esto fue rápidamente rechazado, por ejemplo, por la IPJ de Córdoba, que mediante Resolución de fecha 6/10/2015: (i) estableció que es de su competencia reglamentar el tema registral dentro de la Provincia; (ii) que queda claro que deberá crearse un Registro específico y establecer de qué órbita, dentro de la Administración Pública Provincial, dependerá el mismo; (iii) que la falta de precisión de la norma (art 1669) “impide a esta área reglamentar sobre este punto, ya que sería arrogarse facultades legislativas lo que resultaría inconstitucional”; (iv) que el mismo art 148 del CCyC establece que el contrato de fideicomiso no crea una persona jurídica como para considerar una ampliación de la competencia registral de la IPJ sobre este punto; (v) que lo establecido en la Resolución 7/15 no resulta vinculante ni como antecedente válido, toda vez que la competencia registral es competencia de las provincias.

En resumen, los autores señalan la falta de seguridad jurídica que puede acarrear distintas consideraciones sobre este punto, en las diferentes jurisdicciones provinciales.

En lo que sí hay opiniones coincidentes, es en la importancia registral del segundo punto. Muchas veces los fiduciarios de fideicomisos gravan los bienes fideicomitados con garantías reales, sin tener el adecuado conocimiento el acreedor garantizado si el fiduciario tenía atribuciones plenas para esto.

Otro aspecto que ha venido a solucionar el nuevo texto es la especificación un poco más precisa de los tipos de fideicomisos existentes. Además del fideicomiso financiero, avanza en la

redacción específica de alternativas como el Fideicomiso en Garantía (art 1680) y el Fideicomiso Testamentario (sección 8ª).

No menor es el tema de la administración colegiada de los fideicomisos, lo que viene a solucionar una realidad que empíricamente venía dándose en fideicomisos donde había varios fiduciarios y no se tenía una confianza plena entre ellos.

Como dijimos en un comienzo, el fideicomiso planteaba una encomienda de “fe”. Los fiduciarios confiaban en a un tercero (fiduciario) el manejo de un determinado bien, transfiriéndole su propiedad a fin que, disponiendo este del mismo, genere frutos a ser entregados a los beneficiarios.

Pero este esquema obligaba a que TODOS los fiduciarios confiaran en UN SOLO fiduciario, lo que resultaba casi imposible y obligaba a inventar figuras adicionales y costosas como la del Protector, Auditores de Gestión, etc.

La nueva normativa interpretó este problema y le dio solución: el art 1674 da la posibilidad de designarse más de un fiduciario, que actúan simultáneamente. Es así como establece “...*En caso de designarse a más de un fiduciario para que actúen simultáneamente, sea en forma conjunta o indistinta, su responsabilidad es solidaria por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del fideicomiso.*”.

Pero indudablemente el mayor aporte realizado por la nueva normativa fiduciaria va dirigido a dar una mayor seguridad jurídica al financiamiento y la inversión.

Por ejemplo, el art. 1670 establece que pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades (*ARTÍCULO 1670.- Objeto. Pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras*). Con esto, por ejemplo, puede disponerse que todo un fondo de comercio pueda formar parte de un fideicomiso, pudiendo utilizarse como garantía o como paso previo a la compra de acciones de una sociedad mientras se sustancia el *duedilligence*.

Lo que resulta indudable es que las modificaciones introducidas pueden contribuir de una manera más efectiva – aun sin tener el “destino específico sustentado por la Ley 24.441” – al financiamiento en la construcción de viviendas, atacando de manera simultánea varios frentes.

Por un lado – y tal cual lo realizara la legislación uruguaya en la materia – se permite que concurra en una misma persona, el carácter de fiduciario y beneficiario (*ARTÍCULO 1673.- Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato*), lo que – salvo la interpretación de Lopez de Zavalía – estaba expresamente prohibido en la ley 24.441. Y esto no es menor para bancos.

Anteriormente, las entidades financieras estaban en condiciones de otorgar préstamos a entidades que poseían flujos de fondos constantes y previsibles en el tiempo. Estas entidades tomadoras del crédito, podían ceder estos flujos en Patrimonio Fiduciario a un Fideicomiso de Garantía, pero el Banco se encontraba con el inconveniente que no podía ser fiduciario (por ende no podía administrar los flujos) porque era beneficiario llevándolo a complejas triangulaciones con otro banco. Conclusión, se abortaba la operación.

Hoy, despejado ese problema, los Bancos podrían –por ejemplo – prestar libremente a desarrollistas inmobiliarios, que le cederían al propio banco (esta vez en su condición de Fiduciario) en concepto de Patrimonio Fiduciario, su flujo de fondos de cuotas a cobrar, siendo a la vez el propio banco el beneficiario del flujo hasta la concurrencia de la cuota adeudada.

Sin embargo, este sistema no hubiera sido pleno si la norma no hubiera avanzado acabada y efectivamente en la figura del fideicomiso en garantía y de los derechos del fiduciario en este rol. En efecto, el art 1680 de la ley establece: *“Fideicomiso en garantía. 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.”*.

Dicho de otra manera, el Banco Fiduciario (en el ejemplo anterior), puede libremente monetizar los bienes fideicomitados eligiendo si lo hace en forma privada o judicial, con la única limitante de buscar obtener el mayor valor posible de los bienes.

Bajo este concepto, es muy posible constituir fideicomisos de garantía que tuvieran un poder de aval igual o superior a una hipoteca, ya que pueden definirse prioridades de cobro conocidas por todos (cuando se dé poder Registral al Contrato), el fiduciario puede enajenar el bien ante un “evento de incumplimiento” de manera privada (sin necesidad de comenzar un juicio de ejecución hipotecaria), y pagar con el producido a los beneficiarios garantizados. Cierra por todos lados.

Pero no solo el plexo normativo da una mayor certeza al banco financiador en caso de un desarrollo inmobiliario.

También el eventual dañado por los bienes fideicomitados está cubierto en la norma al establecerse en el artículo 1685: *Seguro. Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. Sin perjuicio de su responsabilidad, 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 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 de los artículos 1757 y concordantes cuando no haya contratado seguro o cuando éste resulte irrazonable en la cobertura de riesgos o montos.*

Este artículo cobra singular importancia desde el momento en que, con la Ley 24.441, el fiduciario podía limitar la responsabilidad del fideicomiso al valor de los bienes fideicomitados, dejando desprotegidos a terceros que sufrieran daños por parte del fideicomiso.

Pero eso no es todo, hay dos artículos más que dotan de mayor seguridad jurídica a los partícipes de emprendimientos inmobiliarios. Uno en particular (art 2071) que establece la obligatoriedad de constituir un seguro a favor del adquirente de un PH que cubra el riesgo del fracaso de la operación, salvo algunas excepciones contempladas en el art 2072 (por ejemplo cuando se trata de un fideicomiso público o cuando el desarrollo se realiza sobre inmuebles del Estado). Al efecto:

ARTÍCULO 2071.- Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

ARTÍCULO 2072.- Exclusiones. Están excluidos los contratos siguientes:

- a. aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas;
- b. los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado;
- c. los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

El otro es el establecido en el art. 1687 que establece que, en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos y ante liquidación del fideicomiso, este acto lo realice un juez y no el fiduciario, alejando la posibilidad de connivencia entre este último y el fiduciante que fue – en definitiva – el que lo eligió y otorgó el *fides*. Esto es, el mandato de confianza (*ARTÍCULO 1687.- Deudas. Liquidación. ...La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones, no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está 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.*).

Sabemos que falta mucho por hacer. Resulta inexplicable que el plexo normativo no contemple la posibilidad de la rescisión del fiduciario sin justa causa, esto es, que el mismo que otorgó la encomienda de fe pueda hacerla cesar por pérdida de confianza, como ocurre con el director de una sociedad cuando los accionistas deciden de esta manera.

Pero evidentemente es un avance importante en pos de la seguridad jurídica. Ahora solo resta evaluar los resultados.