

Voces: FIDEICOMISO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ FORMA DEL CONTRATO ~ Oponibilidad ~ INSCRIPCION REGISTRAL

Título: La registración del contrato de fideicomiso en el nuevo Código

Autor: Kees, Milton Hernán

Publicado en: Sup. Act. 10/03/2015, 10/03/2015, 1 - LA LEY10/03/2015,

Cita Online: AR/DOC/694/2015

I. Introducción

El contrato de fideicomiso es regulado en ocho secciones el Capítulo 30 del Libro Tercero (Derechos Personales), Título Cuarto (De los Contratos en Particular) del nuevo Código Civil y Comercial -en adelante CCC que comenzará a regir a partir de agosto del corriente año. Este contrato no recibió cambios profundos en el nuevo cuerpo normativo, sino más bien un *aggiornamento* pues en palabras de la comisión redactora no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación. No obstante, allende las aclaraciones y precisiones terminológicas que recibe el instituto en el CCC, se introdujeron algunas trascendentes novedades y entre ellas, la que dispone el art. 1669; la registración obligatoria del contrato en el registro que corresponda.

II. La Forma del contrato

La ley 24.441 no establecía expresamente la forma que debía adoptar este contrato, por lo que caía en la órbita del ar. 1184 CC; según la naturaleza de los bienes fideicomitados podía hacerse por escritura pública o instrumento privado (1), pero no se requería la registración del contrato.

En este punto es necesario recordar que una cosa es el contrato de fideicomiso y otra es el dominio fiduciario que puede surgir de él. El contrato de fideicomiso puede tener por objeto toda clase de derechos de índole patrimonial, puede ser un bien presente o futuro, determinado o determinable, e incluso puede estar determinado ab initio, en la gestación misma del contrato, o puede ingresar posteriormente. Por el contrario el dominio fiduciario sólo puede recaer sobre cosas. Es decir que queda aclarado en el nuevo CCC que el fideicomiso puede recaer sobre bienes o cosas, y que sobre los bienes fideicomitados se forma una 'propiedad fiduciaria' (Art.1682) mientras que si recae sobre cosas entonces tendremos un 'dominio fiduciario', que en los términos del art. 1701 CCC es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta? 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.

Efectuada aquella aclaración, está claro entonces que si los bienes fideicomitados son cosas registrables, deberá inscribirse el dominio fiduciario en el registro respectivo. Esto no ha cambiado sino que, por el contrario, ahora debe inscribirse el mismo contrato, no sólo el dominio fiduciario que de él surja. Es decir que existe un agravamiento de la forma de este contrato, el que paso de ser un contrato de forma libre (2) a uno que debe hacerse por escrito y registrarse. De cualquier forma la discusión no pasaba por la forma escrita u oral del contrato sino que giró siempre -en cuanto a la forma- sobre si era conveniente que este contrato se haga por instrumento público o privado y si debía inscribirse o no en un registro especial.

En nuevo cuerpo expresamente establece con buen tino, que puede celebrarse por instrumento público o privado (instrumento particular en la nueva terminología del CCC), excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público.

La cuestión que se presenta como más polémica es la circunstancia de que según el nuevo art. 1669 del CCC, y como se adelantó, se establece que el contrato debe inscribirse en el "Registro Público que corresponda". Una buena parte de la doctrina clamaba por la creación de un registro de contratos de fideicomisos como lo establecen algunas legislaciones latinoamericanas y europeas (3), bajo el argumento de que la creación de patrimonios separados o autónomos no debería mantenerse en las sombras (4) pues, según se afirma, la ausencia de un registro hace que este contrato se vuelva inoponible a terceros de buena fe propagando de esta forma inseguridad jurídica. La no exigibilidad de registración del contrato fue uno de los aspectos más criticados de la ley.

III. Registración con fines de oponibilidad e inscripción con fines impositivos

En este punto tampoco podemos olvidar que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) ha

establecido desde hace un buen tiempo que deben inscribirse los fideicomisos (5), más específicamente requiere que los sujetos que actúen como fiduciarios de fideicomisos constituidos en el país -financieros y no financieros-, deben inscribir obligatoriamente la constitución inicial de fideicomisos, los ingresos y egresos de fiduciantes y/o beneficiarios, que se produzcan con posterioridad al inicio, las transferencias o cesiones gratuitas u onerosas de participaciones o derechos en fideicomisos, las entregas de bienes efectuadas a fideicomisos, con posterioridad a su constitución, las modificaciones al contrato inicial, la asignación de beneficios y la extinción de contratos de fideicomisos.

Lo cierto es que no podemos equiparar a esta inscripción (creado con fines puramente fiscales e impositivos) con un registro de contratos pensado a los fines de su oponibilidad. Sin perjuicio de que nos parece de dudosa legalidad asignarle "personería fiscal" a un contrato -que por antonomasia, no es persona- está claro que el hecho de que un contrato haya tributado el timbrado o impuesto correspondiente o este registrado o denunciado con fines impositivos en una entidad fiscal, no puede generar "oponibilidad" a terceros sino, en el mejor de los casos, esa registración podrá dotarlo de fecha cierta y este aserto tiene su fundamento en el hecho de que la AFIP no es un registro público sino un ente recaudador y de control, que los datos y registraciones impositivas que ella atesora no siempre son públicos y no fueron creados con fines de publicidad sino de recaudación y control. Con lo cual queda claro que la inscripción en la AFIP no es técnicamente una registración del contrato en el sentido expresado y que esta normativa en la actualidad no puede ser equiparada a la registración en un registro público.

IV. El Proyecto de la Comisión Redactora y el Proyecto del PEN

Lo cierto es que, haciéndose eco de las disquisiciones doctrinarias vinculadas con este asunto, la Comisión Redactora evaluó el tema de la registración y también la circunstancia de si el contrato de fideicomiso debía hacerse por instrumento público o no. El proyecto, finalmente desechó ambas posturas; no exigía instrumento público para su constitución (dejando a salvo que la transmisión de la naturaleza de los bienes exija instrumento público) y no creaba un registro de contratos de fideicomisos ni exigía inscribirlos en registros existentes, lo que según lo adelantamos, era un acierto. No obstante el Poder Ejecutivo Nacional modificó la parte respectiva del Proyecto, y en el artículo 1669 estableció la registración obligatoria del contrato en el registro público 'que corresponda'.

V. Efectos de la registración

Se advierte que la importación de este contrato en nuestra legislación atravesó dos periodos marcados; un devaneo inicial marcado por la informalidad e incentivo de la figura, donde no sólo no se exigía su registración, ni inscripción impositiva, sino que se le otorgaban exenciones impositivas (claramente con el fin de fomentarlos), donde el contrato no revestía mayores formalidades, y un periodo donde se empezó a poner la lupa sobre ellos (6), ejerciendo mayor control y con él, se empezó a burocratizar la formación del mismo: Se les asignó personería impositiva, se dispuso que se deben inscribir todos los cambios en la AFIP que sobre él se constituyan, se suspendieron los estímulos impositivos que otrora se le habían asignado a esta figura y esta etapa de mayor control culmina ahora con la registración obligatoria del contrato.

Es un corolario lógico que estos eventos en su conjunto, sobre todo la registración obligatoria del contrato, en cuanto es una nueva traba burocrática decididamente va a restar dinamismo a este contrato y que -seguramente- ello también va a implicar desalentar la constitución de la figura. La pregunta que nos queda es, ¿por qué se endereza hacia este sentido la legislación y si se justifica todo esto?.

VI. Conclusión

Para esbozar nuestra respuesta es que debemos preguntarnos ¿cuál es el fin de este requisito de la registración?, o ¿cual es el motivo que subyace detrás de la exigencia de registración?, y la respuesta sin trepidar afirmamos, es la protección del tercero de buena fe y en general de los sujetos que deseen vincularse con el fideicomiso, específicamente quien se suma con posterioridad a su constitución como beneficiario o fideicomisario.

No pocas voces habían vaticinado que la importación de esta figura a la legislación vernácula sería una herramienta para el fraude y que se utilizaría masivamente para fines ilícitos, algunos -incluso acuñando términos bíblicos- demonizaron la figura hasta el absurdo de señalarla como un monstruo de dos cabezas imposible de parar

(7). Como vimos, nada de eso ha pasado, muy por el contrario se ha consolidado esta figura contractual como una herramienta de uso frecuente en la vida comercial de los argentinos, ya sea como una herramienta de financiación, de garantía, para securitizar y movilizar activos ilíquidos, para desarrollar proyectos, con fines educativos, y sobre todo con muy buen desenvolvimiento en la comercialización y desarrollo de bienes raíces, particularmente en la venta de departamentos "en pozo", loteos, countries entre otras formas en las que se la ha utilizado.

Esta afirmación tampoco quiere ser una visión romántica del instituto ni una entronización, seguramente es y ha sido una forma de cometer fraude a la ley y de perjudicar a terceros, lo que queremos resaltar aquí es que no existe un contrato bueno o malo por naturaleza, lo que existe es un buen o mal uso de un instituto y que prácticamente todos los contratos pueden ser usados en fraude a la ley o a terceros.

Está bien que se vayan introduciendo modificaciones a la ley con el fin de establecer previsiones y correcciones para evitar que sea el contrato bajo análisis utilizado como una herramienta de fraude, sobre todo si es un contrato que no tiene una vasta trayectoria en el país, empero deberá sopesar si esos mecanismos ralentizan la utilización del contrato u operan como una traba a la circulación de bienes y servicios.

Lo que resta preguntarnos ahora es si la registración del contrato va a servir para prevenir fraudes y proteger de mejor forma a terceros o no lo hará. Creemos que no tendrá ese efecto, sino que, por el contrario, sólo va a desalentar o burocratizar una figura que, no sólo no es mala en sí misma (más bien todo lo contrario) sino que es una figura que se ha ido asimilando y extendiendo con singular éxito y con fines diversos en las prácticas comerciales del país.

Los bienes de mayor valor y circulación (por el caso inmuebles, buques, aeronaves, yates y automotores) desde hace muchos años contemplan un sistema de registración que fue creado en miras de garantizar a los terceros y acreedores, y es un sistema que, con sus bemoles, es efectivo. La creación de un dominio fiduciario que recaiga sobre bienes registrables debe ser inscripto y ello es publicidad suficiente para terceros o acreedores. El dominio fiduciario no estaba exento de esta registración por lo que creemos que no va a sumar para estos fines que además se deba registrar el contrato.

A lo expuesto agregamos que, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los contratos de seguros, que deben ser aprobados previamente por una autoridad administrativa (Superintendencia de Seguros de la Nación) el contrato de fideicomiso no debe ser previamente autorizado por autoridad administrativa alguna, sino que queda relegado enteramente a la autonomía de la voluntad (con las limitaciones de la ley, claro está) entonces ocurre que en estos contratos se suelen establecer todo tipo de cláusulas abusivas (8) y que estas cláusulas, alegremente abusivas, se inscriban al mayoreo en el 'registro respectivo' complicando aún más la situación de los "consumidores" de fideicomisos, pues, además de firmado el contrato, está registrado y con ello se va a favorecer que la parte fuerte defienda la "oponibilidad" de estas cláusulas.

Además, la nueva ley ha previsto diversos mecanismos enderezados a la prevención de situaciones fraudulentas; se ha regulado el fideicomiso de garantía, se ha regulado el fideicomiso testamentario y previsto la nulidad del fideicomiso constituido con el fin de que el fiduciario esté obligado a mantener o administrar el patrimonio fideicomitado para ser transmitido únicamente a su muerte a otro fiduciario de existencia actual o futura (art. 1700 C.C.C.), también se dispuso en el art. 2493 CCC que la constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos -excepto el caso previsto en el art. 2448- resolviendo también un tema que se prestaba a fraude (testamentario).

Por si ello no bastase con el dictado de la ley 26.361. modificadora de la ley de Defensa del Consumidor -N° 24.240- se amplió considerablemente el alcance de la noción de consumidor y con ello la jurisprudencia se encargó de determinar que el contrato de fideicomiso no estaba exento del alcance de la legislación consumerista -en esencia, tuitiva de la parte más débil-, particularmente los fideicomisos inmobiliarios.

A partir de ello, es profusa la jurisprudencia que extendido la responsabilidad por fraude, abuso o incumplimiento en contratos de fideicomisos a terceros que no eran parte originaria de los contratos (particularmente bancos), se pudo aplicar daños punitivos, interpretar el contrato en forma favorable al consumidor, se abrió la puerta a que se pueda nulificar el contrato de fideicomiso en caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber

de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, (art. 37. LDC) o tenerse por no escrita las cláusulas abusivas, generando efecto vinculante a la publicidad que se haga y posibilitando que ante un incumplimiento el consumidor, a su libre elección pueda exigir el cumplimiento forzado de la obligación, aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente o rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato (art. 10. bis LDC) y desde ya fijándose la solidaridad entre proveedor fiduciario y constructora, developer, director del proyecto e incluso comercializadora inmobiliaria (art. 40. LDC).

Por todo ello no podemos sino concluir que los terceros y contratantes del fideicomisos se encontraban suficientemente amparados y ahora aún más con el nuevo CCC y las previsiones de la legislación consumerista, y que por ello es desafortunada e innecesaria la exigencia de registración del contrato de fideicomiso introducida por el P.E.N., también creemos que la misma sólo va burocratizar y desalentar la formación de estos contratos que en su esencia, son una herramienta de extraordinaria utilidad y versatilidad.

(1) Nos referimos en este punto al fideicomiso ordinario, pues el fideicomiso financiero cuenta con un régimen de publicidad propio del sistema de oferta pública (art. 16, ley 17.811) y se encuentra bajo la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores, quien es la autoridad de aplicación para este tipo de contrato.

(2) Si bien era de forma libre, pues la ley 24.441 no establecía expresamente la forma escrita para este contrato, de ciertas exigencias de la ley (artículos 2 y 4 por ejemplo) podría en todo caso inferirse que cuanto menos se requería la forma escrita.

(3) En este sentido el artículo 5 de la Ley de Fideicomisos de Puerto Rico, Nro 219-2012, el art. 6 de la ley de Fideicomiso Uruguay Nro. 17.703, el art. 17 la ley Ley No. 189-11 de la República Dominicana, la ley Peruana de Fideicomiso N° 26702 establece los fideicomisos constituidos con bienes muebles que no cuenten con registro público organizado para que sean oponibles a terceros, deberán ser inscritos en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Perú, la ley Francesa de fideicomiso Nro. 20077-211 también contempla la registración.

(4) KIPER Claudio M., LISOPRAWSKI Silvio V. Tratado de Fideicomiso, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 T I, Pag.99.

(5) Resolución General 3538 publicada el 12/11/2013 modificadora de la R.G. 3312. Antes de esta resolución, la R.G.Nro 2429 ya había dispuesto la inscripción con idénticos fines.

(6) Si bien es cierto que hay ciertas previsiones del nuevo C.C.C que pareciera que se enderezan hacia la priorización del dinamismo del contrato y la agilidad en la constitución, como la previsión de que en caso de muerte del fiduciario no se necesita dar intervención al juez del sucesorio para la transmisión de los bienes, y que no se exija la constitución del fideicomiso por instrumento público, el saldo de las reformas, en nuestra visión, es inclina hacia las mayores trabas que hacia el mayor dinamismo.

(7) KENNY, Mario, Fideicomiso, ¿Angel o demonio?, 24/06/2007, http://m.cronista.com/Mobile/nota.html?URI=/contenidos/2007/06/25/noticia_0075.html, Consulta: Miércoles 25 de Febrero de 2015.

(8) Es frecuente ver en los fideicomisos inmobiliarios un largo elenco de cláusulas abusivas, entre ellas, que se disponga en forma obligatoria la cancelación de obligaciones en divisa extranjera, que se prohíba al co-contratante a invocar la imprevisión establecida en el artículo 1198 del Código Civil, o cualquier norma en tal

sentido o que en caso de imposibilidad de adquirir divisa estadounidense se obligue la parte a reemplazarlos, a opción de la vendedora por la cantidad de pesos o moneda de curso legal necesaria y suficiente para adquirir el monto en dólares estadounidenses que corresponda a cada pago en las plazas de Montevideo, Nueva York o Zurich, y resultando estas últimas la pauta, más que convenida, fijada por una parte para la determinación de equivalencia con la moneda de curso legal.