

Germán C. Campi

ABOGADO (UBA)

POSTGRADO EN DERECHO FINANCIERO Y BANCARIO (UCA)

MASTER EN FINANZAS (UCEMA)

Fideicomiso de Garantía

**La Superposición de Roles
Fiduciario – Beneficiario**

Seminarios de Aspectos Legales en Finanzas

Universidad del CEMA

30 de junio de 2009

Agenda

1. Planteo

2. Antecedentes Históricos

- Derecho Romano
- Derecho Anglosajón
- Código Civil de 1869

3. Regulación Actual. Ley 24.441

4. Legislación Comparada

- Países que admiten la superposición
- Países que prohíben la superposición
- Países que no regulan la superposición

5. Doctrina Nacional

6. Nuestra Postura

1. Planteo

Prestamo + Fideicomiso de Garantía

Planteo - Estructura

Préstamo

Acreedor

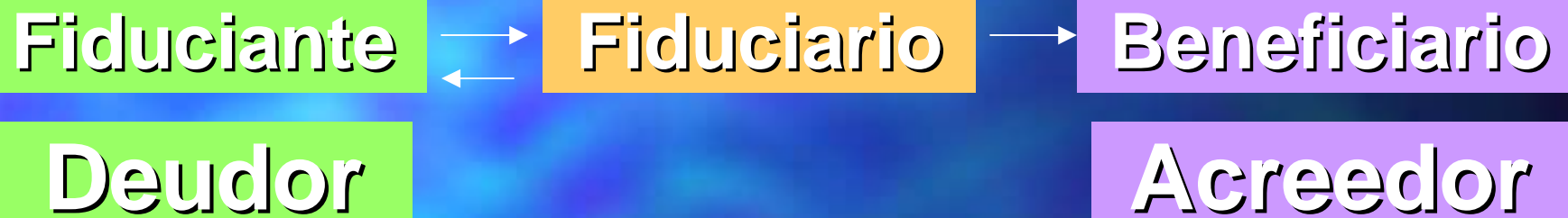


Deudor

1. En M_0 El Deudor recibe capital del Acreedor.
2. En M_1, M_2, \dots, M_x El Deudor paga capital e intereses al Acreedor.

Planteo - Estructura

Garantía – Fideicomiso de Garantía



1. En M_0 El Fiduciante (Deudor) cede en propiedad el bien al fiduciario.
2. En M_x Si el Fiduciante (Deudor) incumple, el fiduciario vende el bien y paga el producido correspondiente al Beneficiario (acreedor).
3. En M_f Si el Fiduciante (Deudor) cumple íntegramente, el fiduciario le devuelve la propiedad del bien.

2. Antecedentes históricos

Derecho Romano
Derecho Anglosajón
Código Civil de 1869

Antecedentes históricos

Derecho romano

- 1º Antecedente: Fideicomiso testamentario.
Cognitio extra ordinem.
- Fiducia cum creditore contracta
- Fiducia cum amico contracta

Antecedentes históricos

Derecho anglosajón

- El Trust.
- Common law: protege al trustee
- Equity law: protege al beneficiary

Antecedentes históricos

Código Civil de 1869

- Artículo 2662: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de **restituir la cosa a un tercero**”.
- Artículo 3273 prohíbe sustitución fideicomisaria.



3. Regulación Actual Nacional

Regulación Actual

Ley 24.441

- Artículo 1º: “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 al fideicomisario.”
- Nuevo artículo 2662: “Dominio fiduciario es el 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.”

Regulación Actual

Ley 24.441

- No existe definición legal de fideicomiso de garantía.
- **Lisoprawski y Kiper**, *“el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria”* (y cumplidas las obligaciones contractuales previstas el fiduciario devolverá la propiedad de los bienes fideicomitidos o de su remanente o producido al fiduciante).

4. Legislación Comparada

Países que admiten la superposición
Países que prohíben la superposición
Países que no regulan la
superposición

Legislación Comparada

Países que admiten la superposición

Brasil - Ley 9514 de 1997

- Art. 22: “La enajenación fiduciaria regulada por esta Ley es el negocio jurídico por el cual el vendedor o fiduciante con objeto de garantía contrata la transferencia al acreedor o fiduciario de la propiedad resoluble de la cosa inmueble.”
- Art. 2º: “Podrán operar el sistema de financiamiento inmobiliario las cajas económicas, los bancos comerciales, los bancos de inversiones, los bancos con cartera de crédito inmobiliario, las sociedades de crédito inmobiliario, las sociedades de ahorro y préstamo, las compañías hipotecarias y a criterio del Consejo Monetario Nacional otras entidades.”

Legislación Comparada

Países que admiten la superposición

México - Ley de General de Títulos y Operaciones de Crédito

- Art. 395: "Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, (...) las instituciones y sociedades siguientes: [lista de instituciones]."
- Art. 396: "Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor."

Legislación Comparada

Países que admiten la superposición

Uruguay - Ley 17.703

- Art. 9° inc. b) prohíbe: El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera.

Chile- La Ley General de Bancos y Código Civil

- Art. 86, inc. 8: "Los Bancos podrán desempeñar las siguientes funciones de confianza: Ser administradores de bienes constituidos en fideicomisos (...)"
- Art. 763, inc. 6 "El fideicomiso se extingue (...) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario."

Legislación Comparada

Países que admiten la superposición

Estados Unidos - Uniform Trust Code

- Sección 402 (a)(5) el fideicomiso se considera creado solamente solo si “la misma persona no es el único fiduciario y el único beneficiario”.

Canadá – Código Civil

- Art. 1274: “cualquier persona física con pleno ejercicio de sus derechos civiles y cualquier persona jurídica autorizada por la ley pueden actuar como fiduciarios”
- Art. 1275: “el constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no es constituyente ni beneficiario” ¹⁷

Legislación Comparada

Países que prohíben la superposición

Bolivia – Código de Comercio

- Artículo 1302: “Las operaciones y los contratos mencionados en forma enunciativa en este Título sólo pueden ser realizados por los Bancos y entidades de crédito debidamente autorizados al efecto y conforme a la Ley respectiva”.
- Artículo 1424: “No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión.”

Legislación Comparada

Países que prohíben la superposición

Guatemala – Código de Comercio

- Artículo 768: “solo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán así mismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la junta monetaria.”
- Artículo 791 “El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor.”

Similar regulación existe en El Salvador, Honduras, Panamá, Perú y Venezuela

Legislación Comparada

Países que no regulan la superposición

Cuba – Decreto 173/1997 sobre los *Bancos e Instituciones Financieras no bancarias*

- Art. 1 Inc. 8 define a la “institución financiera no bancaria” como “toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes (...); que realicen actividades de intermediación financiera tales como: (...) de operaciones de fideicomiso (en trust)”.

Legislación Comparada

Países que no regulan la superposición

República Dominicana – Ley Orgánica sobre Bancos Hipotecarios de la Construcción

- Art. 4º, inciso d) : “Los bancos hipotecarios de la construcción estarán expresamente facultados para efectuar las siguientes operaciones pasivas: (...) Recibir para fines de administración o en fideicomiso, de acuerdo a contratos o convenios, fondos, valores, títulos públicos o privados.

Legislación Comparada

Superposición de Roles

Admitida	Prohibida	No regulada
<ul style="list-style-type: none">■ Brasil■ México■ Uruguay■ Estados Unidos■ Canadá■ Chile■ Ecuador	<ul style="list-style-type: none">■ Bolivia■ Colombia■ Costa Rica■ El Salvador■ Guatemala■ Honduras■ Panama■ Paraguay■ Peru■ Venezuela	<ul style="list-style-type: none">■ Cuba■ Dominicana■ Puerto Rico■ Nicaragua■ Argentina



5. Doctrina Nacional

Doctrina Nacional

Superposición de Roles

A Favor	Intermedia	En Contra
<ul style="list-style-type: none">■ Carregal■ Pérez Hualde■ Puerta de Chacón■ Torres Cavallo	<ul style="list-style-type: none">■ Lisoprawski■ Kiper■ Clusellas	<ul style="list-style-type: none">■ Villegas■ Molina Sandoval■ Casas■ Peralta Mariscal

Doctrina Nacional

Superposición de Roles

Lisoprawski y Kiper -postura intermedia-

- Por la negativa: contraposición de intereses
- Por la afirmativa
 - Falta de restricción legal
 - Rechazo a la inevitable contraposición de intereses
 - Encarecimiento de colocar a un tercero como fiduciario
 - Preferible que la dualidad acreedor-deudor surja claramente en el contrato



6. Nuestra Postura

Nuestra Postura

Regular el Fideicomiso de Garantía

Reformar la Ley 24.441 con el objeto de:

- Definir al Fideicomiso de Garantía.
- Admitir expresa y únicamente que las entidades financieras actúen como fiduciarios.
- Establecer procedimiento aplicable ante incumplimientos.

Nuestra Postura

Regular el Fideicomiso de Garantía

Conclusión

El Acreedor y el Deudor son beneficiarios
y por ende no existe contraposición de intereses.

MUCHAS GRACIAS

gc08@cema.edu.ar