



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

Carrera: CONTADOR PÚBLICO NACIONAL Y PERITO PARTIDOR

***“Fideicomiso Inmobiliario: una
alternativa financiera segura al
problema del déficit habitacional.”***

Trabajo de Investigación

POR

MIGNATON, Vanesa Eugenia

VALLÉS, María Rosa

Profesor Tutor

TON, Walter Rubén Jesús

MENDOZA - 2013

ÍNDICE

Introducción	6
CAPÍTULO I - FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN.....	8
1. Antecedentes históricos del fideicomiso	8
Origen.....	8
2. Concepto.....	9
3. Elementos de la definición legal.....	10
Propiedad fiduciaria – dominio fiduciario.....	10
4. Clasificación de acuerdo a su naturaleza contractual	10
5. Efectos del fideicomiso	11
6. Partes intervinientes.....	14
A. Fiduciante o fideicomitente	15
B. Fiduciario.....	16
C. Beneficiario.....	17
D. Fideicomisario	18
7. Derechos y obligaciones de las partes	20
A. Fiduciario.....	20
B. Fiduciante	25
C. Beneficiario.....	28
D. Fideicomisario	30
8. Clases de fideicomiso	32
A. Según que el fiduciante reciba o no una contraprestación.....	32
B. Según el objeto	32
CAPÍTULO II - EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA	35
1. Extinción del contrato.....	35
A. El cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal.....	35
B. La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad	36
C. Cualquier otra causal prevista en el contrato.....	36
D. Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario.....	36
E. Causas que no extinguen el contrato de fideicomiso, salvo pacto expreso.....	37
2. Extinción de la propiedad fiduciaria.....	37

CAPÍTULO III - FIDEICOMISO INMOBILIARIO	39
1. Sujetos	41
A. Desarrollador	41
B. Fiduciario.....	42
C. Fiduciante fundador.....	43
D. Fiduciante beneficiario	43
E. Fiduciante adherente	44
F. Auditores.....	44
2. Patrimonio de afectación	44
3. Especificaciones del contrato	45
4. Forma del contrato.....	46
5. Dominio fiduciario	46
6. Clasificación.....	47
A. Fideicomiso de construcción al costo.....	47
B. Fideicomiso a precio fijo.....	49
C. Fideicomiso de costo concertado	50
7. Relación entre principal y agente y costos generados	50
8. Reclamos por mala administración	51
9. Fin del contrato.....	51
10. Validez y eficacia de los actos de disposición.....	52
11. Derecho de los adquirentes.....	52
12. Cesación del fiduciario	52
13. Negocio fiduciario con fines de garantía.....	52
14. Fraude y simulación	53
15. Ventajas del fideicomiso	53
A. El patrimonio de afectación.....	53
B. Neutralidad del fiduciario.....	54
C. Agilidad en la enajenación del bien	54
D. Amplitud de la autonomía contractual para regularlo	54
E. Más protección que la derivada de un privilegio	54
F. Todo tipo de bienes	54
G. Los costos.....	55
16. Riesgos	55
A. Abuso del fiduciario.....	55
B. Falta de causa	55
17. Casos de aplicación práctica.....	56

A. Caso 1.....	56
B. Caso 2.....	57
C. Caso 3.....	57
D. Caso 4.....	57
E. Caso 5.....	58
CAPÍTULO IV - ASPECTOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO.....	59
1. Transmisión fiduciaria con contraprestación.....	60
A. En la contabilidad del fiduciante.....	60
B. En la contabilidad del fideicomiso.....	60
2. Transmisión fiduciaria sin contraprestación.....	61
3. Tratamiento en la contabilidad del fiduciario.....	61
4. Principales cuentas contables a emplear.....	61
5. Estados contables del fideicomiso.....	62
A. Necesidad de su presentación.....	62
B. Estados contables básicos a presentar.....	63
C. Información complementaria.....	64
D. Información complementaria en los estados contables del fiduciante y del fiduciario.....	64
6. Puntos importantes a tener en cuenta en el contrato de fideicomiso.....	65
A. Administración de los bienes.....	65
B. Rendición de cuentas.....	65
CAPÍTULO V - ASPECTOS IMPOSITIVOS DE LOS FIDEICOMISOS.....	66
1. Consideraciones generales.....	66
2. Realidad económica – negocio subyacente.....	67
3. El fideicomiso como sujeto tributario.....	67
4. El fiduciario como responsable solidario.....	68
5. Onerosidad.....	68
6. Naturaleza de las operaciones entre las partes.....	68
7. Impuesto a las ganancias (IG).....	68
A. Regla general.....	69
B. Regla supletoria.....	69
C. Análisis del impuesto a las ganancias respecto al fideicomiso cuya actividad es la construcción.....	69
D. Fecha de cierre del ejercicio fiscal.....	70

8. Impuesto a la ganancia mínima presunta (IGMP)	70
A. Regla general.....	71
B. Fiduciante-Beneficiario exento en impuesto a las ganancias	71
9. Impuesto sobre los bienes personales (IBP).....	72
10. Impuesto al valor agregado (IVA).....	72
A. Regla general.....	72
B. Hecho imponible y sujeto.....	73
11. Impuesto a los ingresos brutos (IIBB).....	74
12. Impuesto a los sellos.....	75
A. La transferencia definitiva de la propiedad al beneficiario	75
B. Actos realizados por terceros ajenos en cumplimiento del encargo fiduciario.....	76
13. El fideicomiso agente de retención.....	76
14. Aporte del terreno al fideicomiso	76
15. Regímenes de información	76
CAPÍTULO VI - ASPECTO LABORAL DEL FIDEICOMISO	78
CAPÍTULO VII - EJEMPLOS PRÁCTICOS.....	80
1. La Morada de los Andes.....	80
2. Complejos Las Alondras II – Fideicomiso al costo.....	81
3. Olivares Andinos	82
4. Asociación Mutual Colegio Farmacéutico Mendoza (Impulsar rendimientos Inmobiliarios)	83
Conclusión.....	84
Referencias bibliográficas	87
Bibliografía consultada	88

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad estudiar la figura de Fideicomiso Inmobiliario. Vamos a desarrollar este tema por el fuerte impacto e importancia que el mismo representa como una herramienta recientemente descubierta para la generación de negocios y como alternativa para la expansión del mercado inmobiliario.

Durante décadas y hasta fines de 1993 no existió el crédito hipotecario para la adquisición de viviendas. Su desarrollo ocurrió posteriormente pero tras la crisis de diciembre de 2001 asistimos nuevamente a la desaparición de la financiación tradicional no sólo para el comprador final de las unidades, sino también para los desarrolladores-constructores de proyectos inmobiliarios.

La construcción, madre de industrias y generadora de empleo y uno de los puntales del crecimiento económico, no puede ni debe depender sólo del mercado financiero para apalancar proyectos inmobiliarios. En el mundo y desde hace ya años los desarrollos productivos como los inmobiliarios son provistos de capital en primer lugar por el mercado secundario de capitales -esto es, por los fondos de jubilación y pensiones, y los fondos de inversión-, desplazando de ese lugar al mercado financiero.

Hoy contemplamos la utilización en forma progresiva de una herramienta jurídica como el fideicomiso, que permite estructurar los más diversos negocios brindando seguridad a las partes que participan de la operación.

En un país que por el Código Civil es de patrimonio universal -esto significa que todos los bienes y derechos de una persona están englobados en un solo patrimonio-, si la persona quiebra, arrastra todos sus bienes. El fideicomiso vino a crear una excepción al patrimonio universal, permitiendo la creación de un patrimonio separado, por un tiempo y objeto determinado, por lo tanto el negocio estructurado en un patrimonio separado no es alcanzado por la quiebra o concurso de las partes intervinientes.

Se logró crear ese patrimonio separado mediante la transferencia fiduciaria de los bienes necesarios para el armado del negocio específico. En el negocio inmobiliario, por ejemplo, los bienes serían el terreno, el proyecto, los derechos de obra, el know how del desarrollador, la utilidad del constructor y el dinero.

Esto permite desarrollar y financiar con fondos privados proyectos al costo, con compradores que ven, en la protección jurídica que brinda la figura, tranquilidad, respaldo y transparencia.

El objetivo principal de este trabajo es desarrollar un análisis de la figura del fideicomiso inmobiliario y que el lector adquiriera una noción acabada de su figura, que conozca los diversos tipos de fideicomisos existentes y para qué sirven. Que conozca cuáles son los aspectos legales, contables y

financieros, así como también se informe sobre la comercialización de productos que se encuentran sujetos a dicha figura (edificios, condominios, clubes de campo, etc.).

Los principales destinatarios a quienes va dirigida esta investigación son los estudiantes de la carrera de Contador Público, Contadores, estudiantes de Abogacía, Abogados, Escribanos, estudiantes de la carrera de Martillero y Corredor Público, Martilleros y Corredores Públicos, empresas del rubro inmobiliario que quieran informarse sobre el tema.

Para comenzar a desarrollar el trabajo, analizaremos los antecedentes del fideicomiso para obtener así una idea de su carácter y naturaleza. Posteriormente se analizará el fideicomiso de administración, que constituye la plataforma de todo fideicomiso. Y para concluir se desarrollará el fideicomiso inmobiliario, debido a que resulta ser una alternativa de financiación y de negocio que pisa la economía real y no meramente financiera. Además se aporta un análisis impositivo, contable y legal, incluyendo casos prácticos para que resulte didáctica la lectura del presente trabajo.

CAPÍTULO I

FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO

ORIGEN

Creemos conveniente iniciar con una breve referencia histórica que, de ninguna manera, tiene por objeto hacer un análisis exhaustivo de los antecedentes del fideicomiso, sino más bien poner en evidencia algunas cuestiones que explican el por qué del nacimiento de la figura y cómo fue su evolución.

En la gran mayoría de los institutos, el orden jurídico de nuestro país reconoce como antecedente directo al derecho romano y, con la figura del fideicomiso sucede lo mismo.

Para comenzar a comprender esta figura, qué mejor que conocer su origen y significado. Etimológicamente la palabra fideicomiso proviene del latín: fides: fe, y comitio: encargo, comisión, tratándose así de un encargo cuyo sustento es la fe (la buena fe que despierta la confianza de un sujeto en otro).

Este instituto fue utilizado en sus orígenes como una forma para salvar impedimentos legales y lograr darle, a ciertos bienes, un destino que, por las leyes de esa época, estaba prescripto o, incluso, para poner determinados bienes a salvo de una posible confiscación por causas políticas.

Comenzó siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente. El primero le transmitía al segundo la propiedad de un bien, y le encomendaba que hiciera uso de las facultades de dueño conforme sus instrucciones.

Con el tiempo, y como una suerte de reacción ante ciertos incumplimientos de los encargos fiduciarios, al adquirente se le fue recortando su primitiva potestad sobre los bienes transmitidos, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados por la normativa jurídica y por la intervención de la justicia, que priorizaron la voluntad del constituyente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad que aquél ostentaba.

En definitiva, se puede observar cómo, a lo largo de la historia, se optó por distinguir dos planos, el primero referido a las formas jurídicas y el segundo a la realidad económica, descubriendo cuál fue la verdadera voluntad del transmitente para brindarle protección legal a la persona en beneficio de quien se instituyó el fideicomiso.

Jorge González (2013) en la entrevista de Murciego (2013, Sup. Propiedades & Countries) expresa que *existen dos antecedentes de este sistema comercial exitoso, el origen: los orígenes del*

fideicomiso se pueden encontrar en el trust anglosajón, que fue implementado en varios países, pero que no tenían una difusión muy amplia; y en el ámbito local: en la Argentina la figura del fideicomiso (con la ley 24.441/94) comenzó a instrumentarse a fines de los noventa, con el fin de encapsular el riesgo del capital invertido en el emprendimiento y que no sea vulnerado por factores exógenos.

2. CONCEPTO

La Ley 24.441 tuvo la finalidad inmediata de dar fomento y facilitar el desarrollo de la construcción de viviendas. Pero dicha ley además de regular el fideicomiso, regula muchas otras instituciones. Así, la ley se ha encargado de legislar el fideicomiso en general y en especial el fideicomiso financiero, el leasing, las letras hipotecarias, el régimen especial de ejecución hipotecaria, modificó normas del Código Civil y Comercial y de la Ley de Fondos Comunes de Inversión.

De esta manera se introdujeron importantes cambios que beneficiarán al mercado de capitales en lo que respecta a su participación en el financiamiento de la construcción, alentando la securitización de hipotecas, permitiendo que se generen fideicomisos financieros con apoyo en hipotecas, proporcionando inversiones institucionales en dichos fondos, creando las letras hipotecarias y facilitando el régimen de ejecución hipotecaria.

En esta sección se detallará el fideicomiso de administración que se encuentra regulado en el Capítulo I de la ley. Cabe aclarar que en la ley mencionada, se resalta la importancia del fideicomiso financiero, que es en definitiva el que interesa a la hora del financiamiento de la vivienda y la construcción a través del mercado de capitales; sin perjuicio de ello es importante analizar en forma separada el fideicomiso de administración ya que constituye la base de todo fideicomiso.

Para encontrar una definición de fideicomiso de administración basta remitirse al artículo 1 de la ley 24.441 que establece que “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”.

Améndola (2011, p. 14) cita una serie de definiciones de fideicomiso brindadas por distintos autores, a modo de síntesis se transcriben algunas de ellas:

- Para Herrero Pons (2004), *es el negocio por el cual una persona transmite a otra la propiedad fiduciaria de bienes para que sean destinados a una finalidad determinada.*
- Lascala (2005), *establece que es un estado aparente de atribución patrimonial que permite detentar separadamente a un sujeto a título de dueño en virtud de una relación contractual o testamentaria fundada en la confianza, facultándolo a realizar actos de administración y disposición sobre bienes de procedencia ajena incorporados a una rogación fiduciaria, tendientes a la obtención de una finalidad prevista por el transmitente, y transmitir aquellos o su remanente a las personas*

designadas en el acto de creación, una vez operado el cumplimiento de un plazo o una condición extintivos de gestión rogada.

- Carregal (1982), *entiende que es el contrato por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido.*

Por lo que el fideicomiso es un contrato en el que la confianza en el manejo de un negocio es fundamental y en el que participan por lo menos dos partes o sujetos: el fiduciante, que es quien transfiere los bienes para un determinado fin, y el fiduciario, que es quien los administra de acuerdo a los fines especificados en ese contrato. Luego, los beneficiarios del contrato podrían ser los mismos sujetos que aportaron bienes al fideicomiso, es decir, los propios fiduciantes.

Finalmente, en lo que a definiciones se refiere, transcribimos la esbozada por la sala C de la Cámara Comercial (2007): “El fideicomiso es el modo de adquirir el dominio fiduciario de una cosa con la condición de entregarla a quien se indique, luego de cumplida la condición o el plazo resolutorio impuesto; se trata de un contrato bilateral, consensual, oneroso, de tracto sucesivo y que puede ser o no formal”.

3. ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL

PROPIEDAD FIDUCIARIA – DOMINIO FIDUCIARIO

El artículo 1 de la ley 24.441 se refiere a la transmisión de la propiedad fiduciaria, y es factible confundir la propiedad fiduciaria con el dominio fiduciario, y de hecho son casi lo mismo, solo que aquélla es más amplia, y puede comprender además del derecho real de dominio propiamente dicho, algunos otros de tipo personal.

En virtud de esta similitud, se trae el concepto legal de 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 contrato, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”. Con lo que la propiedad fiduciaria incluirá al dominio fiduciario y además otros derechos que no necesariamente son de naturaleza real.

La propiedad fiduciaria es tratada por la doctrina y por la propia ley de manera indistinta con el dominio fiduciario, y está bien que así sea, aunque con las limitaciones ya mencionadas.

4. CLASIFICACIÓN DE ACUERDO A SU NATURALEZA CONTRACTUAL

Desde el punto de vista de las clasificaciones de los contratos, el fideicomiso responde a las generalidades, pero con algunas particularidades que se expondrán a continuación:

- En primer lugar, se trata de un contrato consensual ya que es necesario el consentimiento de las partes para llevarlo a cabo, entendido esto como la manifestación de voluntad de los sujetos intervinientes dirigida a perfeccionar la celebración del acto.

- En lo que respecta al número de intervinientes, por lo menos es necesaria la voluntad concurrente de dos personas, tornando al contrato bilateral. Ciertos doctrinarios se inclinan por requerir que el contrato sea firmado por el beneficiario y el fideicomisario. Debemos decir que compartimos el criterio de que todos los sujetos suscriban la conformación del fideicomiso, pero solo a los efectos prácticos, y no como requisito de existencia o validez del acto. Es decir que, a pesar de que tanto el beneficiario como el fideicomisario no concurren a otorgar el acto, de todas maneras éste tendrá existencia y funcionamiento pleno. Sí es indispensable que concurren el fiduciante y el fiduciario, ya que uno afecta los bienes y el otro cumple la manda, sin ellos no hay negocio fiduciario posible.

- Es un contrato formal, ya que debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos debe ser realizado por escrito, y de acuerdo al tipo de bienes que sean afectados, deberá también cumplir con las formalidades que sean necesarias para que se opere la transmisión de los mismos.

- Se trata de un acto expreso, el cual requiere que se manifieste de manera positiva la voluntad para formar parte de él.

- Carregal (1982), citado por Améndola (20011, p. 17), ha dispuesto que en cuanto a la onerosidad o gratuidad del contrato de fideicomiso, se trata de un contrato neutro, entendido como aquellos en los que a *priori* no es posible afirmar si es oneroso o gratuito para la generalidad de los casos, sino que habrá que estarse a las cláusulas contractuales para poder establecer si hay contraprestaciones o no a favor de ambas partes, y así calificarlo.

5. EFECTOS DEL FIDEICOMISO

Los artículos 11 al 18 de la ley 24.441 regulan los efectos del fideicomiso. A continuación se hará una breve referencia a los mismos:

- El rasgo que caracteriza y distingue al *fideicomiso* de los demás negocios fiduciarios es la *transferencia de la propiedad a título de confianza*. Sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria. Al calificar lo adquirido por el fiduciario como “propiedad fiduciaria”, queda entendido que no sólo se trata de cosas (muebles e inmuebles), como lo llama el art. 2662 del Código Civil, sino que también se incluyen inmateriales susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y “derechos” en general). Al respecto conviene recordar que “dominio” y “propiedad” no tienen equivalencia, pese a que el Código Civil suele usarlos en modo indistinto y con igual alcance. Propiedad sería el género y el Dominio una de sus especies.

- Durante la vigencia del fideicomiso (si las partes no previeron algo distinto) *los frutos*, ya sean naturales, industriales o civiles, quedarán en propiedad fiduciaria y se incorporarán al patrimonio especial creado por el art. 14 de la ley. Es una consecuencia lógica: si el fiduciario es el dueño del bien principal o

capital, adquirirá también la propiedad fiduciaria de los frutos y los deberá destinar a los fines del fideicomiso. Pero esta norma puede ser derogada por voluntad de las partes y así, por ejemplo, pueden establecer que los frutos no formen parte del patrimonio separado, ni sean empleados para obtener los fines del fideicomiso, dándoles el destino que más les convenga. Lo que no pueden pactar es que el fiduciario se enriquezca personalmente con aquellos frutos del fideicomiso que, de acuerdo con los términos del acto constitutivo, se incorporen al patrimonio especial. Tal prohibición encuentra fundamento en el art. 7° de la ley 24.441, que impide al fiduciario adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

- El art. 13 de la ley consagra expresamente el principio de *subrogación real*. Expresa lo siguiente: “Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”. Si en el contrato el fiduciante no dice nada sobre la posibilidad de adquirir nuevos bienes con los frutos, y además su adquisición no fuera necesaria para obtener los fines del fideicomiso, existiría una prohibición implícita de adquirirlos proveniente del art. 13. En tal caso, el fiduciario no podría emplear los frutos para la compra de nuevos bienes y debería destinarlos a otros fines útiles para el fideicomiso. Esta restricción puede entrar en pugna con las necesidades de inversión y dificultar la obtención de la rentabilidad adecuada o los mismos fines del fideicomiso.

- La naturaleza de los bienes transferidos implica satisfacer ciertas formalidades, como la *registración* cuando se trata de bienes que la requieren o la *notificación* cuando se trata de créditos personales. Así, el art. 12 de la ley 24.441 establece claramente que: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. Esta disposición se completa con el art. 13 de la ley que ordena a los registros tomar razón de la transferencia de la propiedad fiduciaria cuando se trate de bienes registrables. La inscripción registral deberá contener una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan a la propiedad fiduciaria, para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que la condicionan.

- Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario. En la contabilidad del fiduciario, los bienes integrarán una simple cuenta regularizadora y no deberán confundirse con otros del fiduciario, ni con aquellos pertenecientes a otros fideicomisos, porque el fiduciario adquiere la propiedad despojada de su valor económico. El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad, Esto significa, ni más ni menos, que los bienes fideicomitidos no hacen al fiduciario ni más rico ni más pobre, porque él no tiene el valor patrimonial o económico de los bienes. Es el titular, el propietario formal, pero no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan. En síntesis, el fiduciario tiene la propiedad vacía de contenido patrimonial o económico.

- El art. 15 de la ley dice: “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario”. El fiduciario contabilizará los bienes fideicomitidos separadamente, en una cuenta regularizadora, evitando que se confundan con los propios y con los correspondientes a otros fideicomisos que pudieran existir. A pesar de producirse un ingreso de nuevos bienes cuya titularidad radica en cabeza del fiduciario, los acreedores de este último no pueden perseguirlos ni valerse de tal incremento, porque no pueden pretender sobre esos bienes más derechos que los que tiene su propio deudor. De esta manera, no hay riesgo ni para el fiduciante ni para el beneficiario, pues las vicisitudes económicas que pueda sufrir el fiduciario no comprometerán la suerte de los bienes recibidos.

- El art. 15 de la ley sigue diciendo: “Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude”. La transferencia de bienes, a título de confianza, hecha por el fiduciante impide a sus acreedores perseguirlos. Sin embargo, en caso de fraude, dicha transferencia será inoponible a los acreedores del fiduciante, cuyos créditos correspondan a obligaciones contraídas con anterioridad a la misma. Ante la quiebra del fiduciante, el principio general es que los bienes fideicomitidos no podrán ser agredidos por sus acreedores.

- El art. 15, *in fine*, dice: “Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”. Los acreedores del beneficiario no podrán ejercer ningún derecho sobre los frutos si éstos, conforme las previsiones del fiduciante, no integran el patrimonio del fideicomiso o no están destinados a ingresar al patrimonio del beneficiario-deudor. El beneficiario es un acreedor del fiduciario, y ese crédito es un bien que está dentro de su patrimonio desde que se perfecciona el contrato y acepta *el beneficio*. Consecuentemente, los acreedores del beneficiario pueden ejercer sus derechos sobre el crédito que este último tiene contra el fiduciario, como podrían hacerlo sobre cualquier otro crédito de su deudor en el estado en que se encuentre, lo que dependerá del contenido de cada fideicomiso en particular.

- Los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, siendo éstos los que garantizan las obligaciones contraídas para cumplir el fin o encargo (conf. art. 16, ley 24.441). Si el fiduciario adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieran atribuirle más tarde al fiduciario que se extralimitara en sus funciones o adoptase conductas censurables, en virtud de lo cual pudiera imputársele el incumplimiento de sus obligaciones y las consecuencias negativas sobre el patrimonio objeto de su gestión. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender estas obligaciones no dará lugar a la declaración de quiebra. A falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, deberá procederse a la liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien enajenará los bienes que integren el patrimonio separado y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de los privilegios previsto para la quiebra.

- Dice el art. 1113 del Cód. Civ., párrs. 2º y 3º: *En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.* A su vez, el art. 14 de la ley 24.441 intenta limitar la responsabilidad del fiduciario derivada del art. 1113 del Cód. Civil en los siguientes términos: “La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

- Cuando se trate de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (responsabilidad objetiva), el fiduciario responderá hasta el valor de los bienes fideicomitidos, salvo que se dé alguna de las circunstancias descriptas en los dos casos siguientes.

- Cuando se trate de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (responsabilidad objetiva), el fiduciario responderá más allá del valor de los bienes fideicomitidos cuando no se hubiera asegurado, pudiendo razonablemente haberlo hecho.

6. PARTES INTERVINIENTES

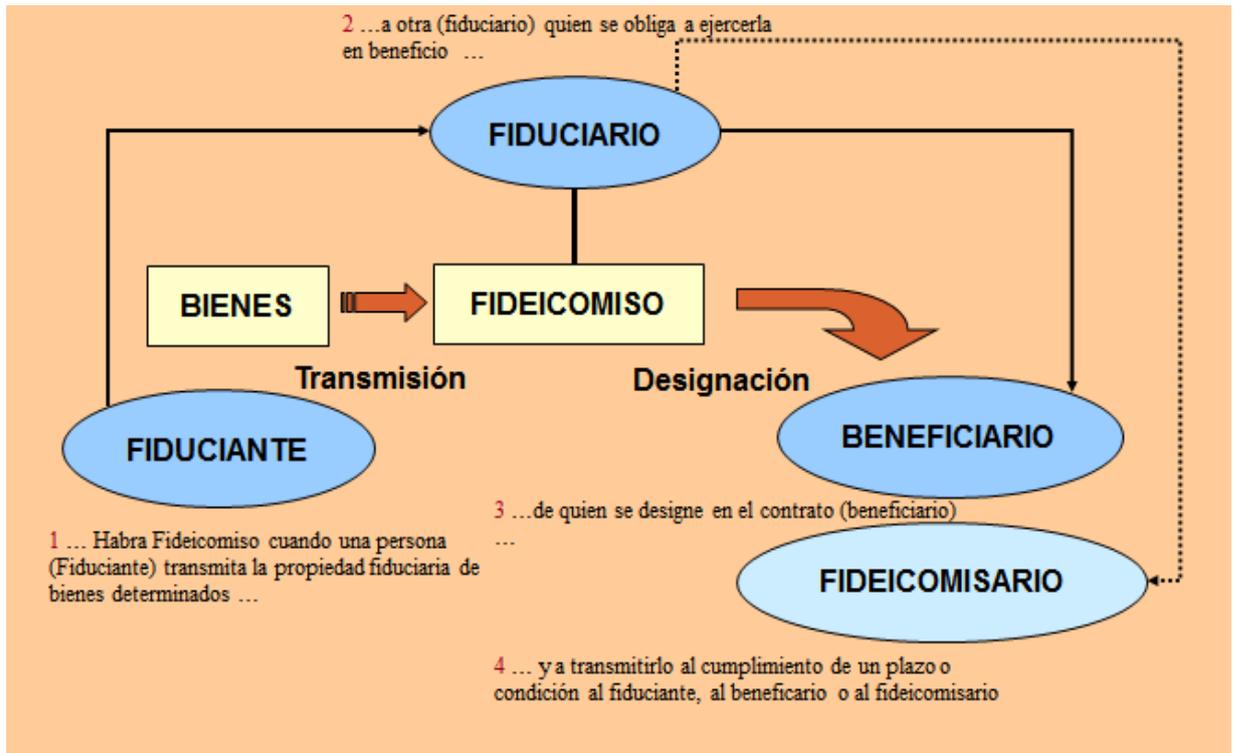
Tradicionalmente en la doctrina nacional y extranjera, las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso son, en principio, tres: fiduciante, fiduciario y beneficiario.

Debemos tener en cuenta que la ley argentina ha creado una cuarta figura: el fideicomisario. Esta situación trae grandes confusiones, ya que la ley no la define.

En el derecho comparado, la expresión fideicomisario se utiliza como sinónimo de beneficiario, pero la ley 24.441 ha querido expresamente diferenciar al fideicomisario del beneficiario, sin darle al primero un contenido expreso. Esta distinción no responde a ninguna necesidad de orden doctrinario ni práctico. Es una mala solución para un problema totalmente inexistente.

A continuación se analizarán las categorías de personas que pueden intervenir en el fideicomiso.

Figura N° 1: Esquema de Fideicomiso



Fuente: Caballero Alejandra, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2006.

A. FIDUCIANTE O FIDEICOMITENTE

Améndola (2011, p.18), cita a Lascala (2005) quien dice que el fiduciante es el originante del negocio y, por ende, afecta los bienes determinando la finalidad del contrato.

A él le corresponde elegir los sujetos que intervendrán y establecer las pautas generales y específicas por las que se regirá el contrato.

Haysus (2000) citado por Améndola (2011, p.18), entiende que en este negocio el primer paso lo da el fiduciante, quien elige un fiduciario en vista a pactar con él las condiciones de un acuerdo que puede tener extensas proyecciones en el tiempo.

Tomando las definiciones citadas, concluimos que el fiduciante es quien origina y, a través de su decisión, hace nacer al fideicomiso, que concibe la idea de que determinado negocio o finalidad podrá ser llevado a cabo bajo la forma de un negocio fiduciario.

A partir de la afectación de bienes que el fiduciante realiza, entran a jugar las diferentes disposiciones que la ley 24.441 establece para los fideicomisos.

Se recuerda que con los bienes aportados se conforma un patrimonio de afectación y, por lo tanto, separado de los patrimonios de las partes. Precisamente es el fiduciante quien se desafecta de esos bienes aportándolos al fideicomiso y perdiendo, por lo tanto, su derecho real de dominio sobre ellos (por lo menos de una manera temporal).

B. FIDUCIARIO

Es el que adquiere los bienes, y se compromete a *cumplir con el encargo* y a darles el destino que determine el fiduciante en el contrato o en el testamento. Deberá administrar, enajenar o realizar los actos pertinentes respecto de los bienes fideicomitidos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

La ley 24.441 ha adoptado un criterio amplio en cuanto a la posibilidad de que tanto las personas físicas como las jurídicas puedan ser fiduciarias (art. 5°).

La única restricción la encontramos en el art. 5° que establece que sólo podrán ofrecerse al público como fiduciarios las entidades financieras autorizadas para funcionar como tales por la Comisión Nacional de Valores.

Aunque nuestra ley no dice nada, creemos que pueden designarse varios fiduciarios para el cumplimiento del encargo, conjunta o separadamente. Por lo que exponemos lo siguiente:

a) Es posible designar uno o más fiduciarios para que actúen en forma conjunta o alternada. Aunque no esté previsto expresamente, no hay ninguna norma que lo prohíba. No creemos que la redacción en singular del art. 1° de la ley, cuando se refiere al fiduciario, pueda considerarse contraria a la posibilidad de que exista pluralidad. Si los fiduciarios actúan conjuntamente, habrá sobre los bienes fideicomitidos una copropiedad fiduciaria. Sin embargo, pensamos que esta posibilidad sería poco utilizada, puesto que no sería práctico (en la mayoría de los casos) quedar sometido al régimen del condominio, aunque no debe descartarse su viabilidad en algún caso específico.

b) El fiduciante no podrá ser al mismo tiempo fiduciario, ya que el art. 1° de la ley 24.441 prevé que el fiduciante debe transmitir los bienes en propiedad a “otra” persona (el fiduciario). Esta definición descarta de plano la posibilidad de generar un negocio en el cual el fiduciante y el fiduciario se identifiquen en un mismo sujeto de derecho, ya que la misma norma legal impone la necesaria existencia de “otra” persona distinta del fiduciante a los efectos de recibir la propiedad fiduciaria.

c) El fiduciario no podrá ser beneficiario, salvo para el supuesto del fideicomiso en garantía. Ello se desprende del art. 1° de la ley y de la misma naturaleza del fideicomiso, porque no sería moralmente aceptable que el fiduciario se beneficiase de los frutos o productos de los bienes recibidos, ni de la transmisión ulterior, ni de los bienes respecto de los cuales es propietario fiduciario. En este sentido, el art. 7° de la ley 24.441 prohíbe al fiduciario adquirir para sí los bienes del fideicomiso, y el art. 8° establece cuál será la única contraprestación a la que tendrá derecho el fiduciario: el cobro de una retribución y el reembolso de los gastos incurridos.

La naturaleza misma del fideicomiso impone la necesidad de que el encargo se cumpla, por eso es una figura que prevé tanto la sustitución del fiduciario como la del beneficiario. Esto permite la permanencia en el tiempo hasta el límite legal (treinta años) establecido en el art. 4°, inc. c).

La sustitución del fiduciario se realiza de manera tal que unos se sucedan a otros en caso de no aceptación o ausencia.

El artículo 4º, inc. e), exige el pacto expreso sobre el modo de sustituir al fiduciario si cesara por cualquier causa. Complementando esta disposición, el art. 10 establece: “Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

Con respecto a la responsabilidad del sustituto, se entiende que no responde por las actuaciones de su antecesor, a menos que culpablemente las encubra o no tome los correctivos encaminados a mejorar decisiones que pudieran calificarse de censurables, incluyendo el ejercicio de acciones judiciales contra su predecesor.

C. BENEFICIARIO

Para Rodríguez Azuero (1977), citado por Freire (1997, p. 113), el beneficiario es la persona que, en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicomitidos al momento estipulado, o al vencimiento del plazo máximo legal.

Asimismo, puede haber identidad entre el beneficio y el bien a recibir al final del negocio, como puede ser el caso de un fideicomiso inmobiliario, cuyos fiduciantes ostentan la triple calidad de aportantes, recipiendarios finales de los bienes y beneficiarios, ya que el beneficio consiste en un inmueble terminado a recibir.

El beneficiario puede ser el mismo fiduciante. Los beneficiarios pueden ser varios, caso en el cual, para el ejercicio de sus derechos, se establecen, en derecho comparado, mecanismos como el de la mayoría, la intervención del juez, etc.

En el caso de varios beneficiarios, nuestra ley establece una norma supletoria en cuanto a la distribución de los beneficios.

El apartado 2º del art. 2º establece expresamente: “Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual”.

Aunque parezca confuso puede suceder que el beneficiario pague un precio o tenga a su cargo alguna contraprestación para acceder al beneficio. Es un aspecto complejo en la determinación del beneficiario, que se presenta en aquellos fideicomisos celebrados por causas onerosas; en ellos, podría decirse que ambas partes (fiduciante y beneficiario) obtienen un beneficio con el cumplimiento del encargo. En estos negocios, el beneficiario no adquiere su derecho como consecuencia de una gratuidad, sino en virtud de un acto oneroso. Pero la confusión es en verdad aparente y no real, pues, en el sentido en que la ley lo establece, beneficiario es aquel a cuyo favor se ha establecido la prestación o prestaciones implícitas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

No debe identificarse al beneficiario con un donatario o alguien que recibe necesariamente una liberalidad. Su característica es recibir durante la vigencia del fideicomiso y/o al tiempo de su extinción, la prestación o prestaciones que se determinen en el contrato. También podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte (art. 2º, párr. 2º, ley 24.441).

Si ningún beneficiario aceptase el beneficio otorgado a su favor en el fideicomiso, o si todos los beneficiarios renunciaran o no aceptaran, o por último si ninguna llegase a existir se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario (párr. 3º, art. cit.).

Finalmente, para el supuesto de que el fideicomisario tampoco llegara a existir, renunciara o no aceptara, el beneficiario será el fiduciante (párr. 3º, *in fine*, art. cit.).

Corolario

Sin duda el beneficiario es una figura muy importante en el contrato de fideicomiso, ya que va a ser quien en definitiva reciba el producido del negocio, entendiendo esto como la ganancia que los bienes vayan devengando a lo largo de la vida de fideicomiso, con independencia del destino final de los objetos fideicomitidos.

En lo referente a la aptitud del beneficiario para ostentar tal carácter, coincidimos con la calificada doctrina en que no habría en principio limitación alguna a la capacidad de un sujeto para ser beneficiario en un contrato de fideicomiso. El tema que requiere un comentario más detenido, se suscita en los casos en que el sujeto beneficiario es un incapaz o una persona ideal, debido a que el representante de éstos debería tener capacidad suficiente para conformar y aprobar, si fuera necesario, la rendición de cuentas, para aceptar esa posición jurídica, o para otro acto en el que se deba actuar en representación de aquéllos.

D. FIDEICOMISARIO

El fideicomisario cumple el papel de beneficiario final de los bienes. Una vez culminado el negocio y cumplida su finalidad, los bienes que se han visto involucrados en el contrato, es decir, aquellos objetos que permitieron que el contrato se cumpliera, pasan finalmente a manos del sujeto designado.

Es interesante el análisis que efectúa Améndola (2011) caracterizando a su derecho como personal, principalmente porque carece de título suficiente y no se le ha hecho tradición de la cosa.

Su derecho va evolucionando a lo largo de tres etapas: a) estando pendiente la condición o el plazo; b) al momento de resolverse el derecho del fiduciario, y c) adquisición del dominio por el fideicomisario.

La celebración por parte de los interesados del negocio coloca al fideicomisario en la primera de las tres etapas aludidas, las dos restantes podrán verificarse o no, según se realicen ciertos hechos futuros y se cumplan determinadas conductas; de lo contrario podrán frustrarse.

Entre las facultades que ostenta, el autor mencionado destaca:

- a) actos conservatorios: solicitar medidas precautorias, reparación de construcciones, manutención de animales, venta de cosas, etc.;
- b) interrupción de la prescripción adquisitiva;
- c) transmisión de su derecho: los bienes fideicomitidos deben ser entregados al fideicomisario o a sus sucesores. Además pueden transmitir su derecho por actos entre vivos (de acuerdo al artículo 1446 del Código Civil);
- d) acciones para obtener la entrega de la cosa.

Por su parte, Lascala (2005), nombrado por Améndola (2011, p. 34), entiende que nuestra legislación lleva la delantera en lo que hace a incorporar al fideicomisario como sujeto en el contrato de fideicomiso.

Entre los derechos que pueden ejercer, el citado autor enumera: la recepción de los bienes y las acciones vinculadas con esto, siendo el correlato de esos derechos, las obligaciones de pagar las prestaciones, cooperar en la recepción de los bienes y suscribir la documentación para tener por efectuada la transferencia.

Giraldi (1998) citado por Améndola (2011, p. 34), sostiene que la inclusión del fideicomisario como sujeto partícipe del negocio fiduciario es una originalidad argentina, habiendo convertido así un acto jurídico en el que participaban tres sujetos en uno en el que los actores son cuatro. El hecho de recibir los bienes al final de la vida contractual le otorga un interés legítimo en el actuar del fiduciario, acercándolo al beneficiario. El autor deriva de esa inclusión *a contrario sensu* de otras legislaciones de fideicomisario como sujeto del contrato, la causa por la que no hay otras regulaciones al respecto en la ley 24.441, ya que no se indica a lo largo del articulado las condiciones que deben reunir para ocupar esa posición, el número de ellos, etc.

Améndola (2011, p. 34) cita a Haysus (2000) quien sostiene que el fideicomisario ha sido introducido como una previsión para el caso de que, cumplido el encargo fiduciario, haya remanentes de bienes y el fiduciante decida entregarlos a un tercero haciendo las veces de “beneficiario residual”.

En cuanto a la postura de cierta doctrina respecto a la imposibilidad de que existan contraprestaciones a cargo del fideicomisario para que se perfeccione el derecho a recibir los bienes, no se comparte, puesto que nada impide que el fiduciante, con el amplio margen contractual que posee para crear el fideicomiso, pueda hacer nacer obligaciones en cabeza del recipiendario final de los bienes (harían las veces de cargos).

Corolario

El fideicomisario es aquel sujeto que recibirá al final del negocio los bienes fideicomitidos o su remanente. De acuerdo a esto, puede darse el caso de que el beneficiario también sea el recipiendario final de los bienes, situación en la cual coincidirán la calidad de fideicomisario y beneficiario en un mismo

sujeto. También es posible que se presente la situación (que de hecho es muy común) en la que el fiduciante sea quien reciba nuevamente los bienes, coincidiendo allí fiduciante y fideicomisario.

El hecho de desempeñar un rol más bien pasivo no lo priva por ello de poseer ciertos derechos que se verán efectivizados de acuerdo a las variadas circunstancias que puedan determinarse previamente.

7. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Existen muy pocas previsiones en la ley 24.441, quedando las partes intervinientes en gran libertad para pactar todo aquello que conduzca a la consecución de sus fines, con el único límite que le impone el deber genérico de no dañar a otros, ni utilizar el fideicomiso para violar otras normas legales de carácter indisponible o contra la moral y las buenas costumbres.

Los derechos y obligaciones que trataremos seguidamente son los que creemos más característicos de cada uno de los sujetos intervinientes.

A. FIDUCIARIO

a) Principio general

Partimos del principio según el cual el fiduciario tiene todas las facultades para cumplir la finalidad señalada por el fideicomiso, con las limitaciones que surjan de los términos del encargo o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de constitución.

El propietario puede gozar, usar y disponer de los bienes bajo su dominio. ¿En qué medida tiene el fiduciario idénticas facultades?

Para responder, la autora Freire (1997) analiza los arts. 6, 17 y 18 de la ley 24.441. La facultad de goce, en la mayoría de los casos, la tendrá el beneficiario, pues los beneficios obtenidos por los bienes objeto del fideicomiso deben destinarse en forma exclusiva a la finalidad propuesta.

En cuanto a la administración, podrá incluirse o excluirse del encargo fiduciario por acuerdo de partes. Si la administración se incluye, generalmente es facultad y carga al mismo tiempo, porque del manejo, conservación y natural explotación económica del bien, depende en gran medida el adecuado cumplimiento de la voluntad del fiduciante. El art. 6 de la ley impone al fiduciario el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Deberá manejar los bienes, según su naturaleza, con los especiales cuidados y precauciones que pueden exigírseles al fiduciario y buscando obtener, al mismo tiempo, las más seguras u mejores condiciones de inversión y remuneración de los recursos o productos.

El principio general que domina el funcionamiento del fideicomiso es el siguiente: el fiduciario debe actuar para que la voluntad del constituyente se cumpla en forma plena a través de la adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos, material y jurídicamente.

En tal sentido, el art.6 de la ley dispone que el fiduciario debe cumplir con las obligaciones dispuestas por la ley o la convención.

b) Actos de administración

Respecto de la administración de los bienes, generalmente estos producirán frutos o rendimientos, pues el simple mantenimiento del statu quo no sería, en la mayoría de los casos, suficiente para atender la voluntad del constituyente.

Ahora bien, la administración de estos bienes, y la inversión de los recursos líquidos, debe hacerse de conformidad con las instrucciones si las hay, y caso contrario tener siempre en cuenta la voluntad *expresa* o *presunta* del constituyente. Al invertir los bienes, debe buscarse su mayor rendimiento, lo que significa que todo acto en relación con ellos debe ser a título oneroso, pues no se concebirían actos a título gratuito.

c) Actos de disposición

En cuanto a la posible enajenación o disposición de los bienes, habrá que verificar el contenido del acto constitutivo y dependerá del mismo el sustentar una eventual enajenación de los bienes o repudiar dicha posibilidad.

En tal sentido, el art. 17 reza: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, son que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”. De allí, el principio general será que el fiduciario podrá disponer de los bienes a los efectos de cumplir con los fines del fideicomiso, respetando las restricciones que el fiduciante haya impuesto en el acto constitutivo. Las facultades de disposición del fiduciario deberán siempre estar enderezadas a conseguir el objetivo antes señalado.

Si nada se dice en el acto constitutivo, será una facultad del fiduciario evaluar en cada caso si corresponde enajenar o gravar los bienes fideicomitidos para satisfacer el encargo, con el criterio de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza en él depositada (conf. Arts. 6º y 17 de la ley).

Si el fiduciante no desea dejar librado al criterio del fiduciario tal decisión, deberá prever expresamente la prohibición de disponer de los bienes o, en su defecto, establecer la forma en que dicha facultad podrá ejercerse.

Si en el acto constitutivo se estableció la prohibición de enajenar o de gravar los bienes, el fiduciario, por más propietario que sea, no podrá realizar esos actos válidamente. El fiduciante le ha transferido la propiedad fiduciaria para que cumpla un encargo; si a modo de ejemplo el fiduciante se ha reservado para sí o para el beneficiario la facultad de autorizar cualquier acto de enajenación o constitución de gravámenes, en ejercicio legítimo del derecho de reserva conferido por el art. 17 de la ley 24.441, éstos podrían pedir la anulación o la declaración de inoponibilidad a su respecto del acto de

enajenación o del gravamen constituido contra las expresas estipulaciones del acto constitutivo. Claro está que el tercero de buena fe, que obró con toda la diligencia del caso, podrá repeler las acciones que se entablen tendientes a hacer volver el bien al patrimonio separado o para hacer caer el gravamen constituido (arts. 968, 1051 y 2412, Cód. Civ.).

d) Responsabilidad

El principio general en materia de responsabilidad está dado por las prescripciones del art. 16 de la ley 24.441: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”. Esto quiere decir que el fiduciario no responde con su propio patrimonio cuando actúa ejecutando el encargo conferido en el acto constitutivo, sino que, en definitiva, responde únicamente con los bienes afectados a ese fideicomiso (patrimonio separado, según art. 14, ley 24.441).

Este principio general se aplica siempre y cuando el fiduciario actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le impone la ley y el acto constitutivo (art. 6º, ley 24.441).

No será válido establecer la dispensa del dolo o culpa del fiduciario. Esta prohibición surge del art. 7º que, con carácter de orden público, dispone: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de (...) la culpa o dolo en que pudieran incurrir él o sus dependientes”.

e) Mantener los bienes separados del resto de sus activos

Aplicar la concepción por la cual los bienes constituidos en fideicomiso forman un patrimonio separado (art. 14) implica llevar a cabo su manutención en forma separada del resto de los activos, no sólo como una obligación de contenido físico, sino creando registros contables que, con nitidez, permitan identificar dentro de la contabilidad del fiduciario la existencia de bienes vinculados con un determinado fideicomiso.

Tal separación debe reflejarse en la presentación del balance de la sociedad fiduciaria, pues en estricto rigor, ni los bienes fideicomitidos incrementan el activo social, ni las deudas asumidas con cargo a la realización de la finalidad prevista afectan su pasivo, razón por la cual los encargos fiduciarios deben registrarse como obligaciones contingentes o, como en este caso, bienes radicados en cabeza del fiduciario, pero extraños a su patrimonio personal.

f) Proteger los bienes fideicomitidos

Para Rodríguez Azuero (1977), citado por Freire (1997, p. 109), las obligaciones del fiduciario, además de la simple conservación y custodia de los bienes recibidos, se traducen en la necesidad de ejercitar acciones judiciales y proponer las defensas que resulten pertinentes para conservarlos en su integridad jurídica, no sólo ante perturbaciones de hecho o de derecho que puedan resultar de las

pretensiones de un tercero, sino de cualquier circunstancia que pueda afectar el patrimonio recibido en fideicomiso.

La obligación del fiduciario es de tal alcance, que comprende las defensas contra actos del beneficiario y aún del mismo constituyente; salvo que este último se haya reservado derechos específicos en el acto constitutivo y la disputa gire en torno a ellos. Ocurre que el fiduciario, como titular jurídico de los bienes o derechos transmitidos, tiene la obligación de protegerlos contra cualquier pretensión extraña.

El art. 18 de la ley legitima al fiduciario para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario. Aunque la norma no lo dice expresamente, creemos que también será deber del fiduciario ejercer las acciones contra el fiduciante si éste perturbara los derechos derivados del fideicomiso.

Esta norma también prevé el derecho del fiduciante y del beneficiario de solicitar al juez autorización para ejercer esas acciones en defensa de los bienes si el fiduciario no lo hiciera.

g) Rendir cuentas de su gestión

La rendición de cuentas supone un informe completo del resultado del encargo fiduciario, y la presentación de un balance del fideicomiso, acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos, y muestre la existencia o no de un superávit obtenido por la gestión, en caso de corresponder.

Tal informe abarca diversas manifestaciones como ser: avisar dentro de un corto término la celebración de ciertas operaciones de inversión, o el recibo de frutos derivados de las mismas, presentación de informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder, etcétera. Vale recalcar que, en algunos países, precisamente una de las justas causas de renuncia para el fiduciario está dada por la circunstancia de que los bienes en fideicomiso no produzcan rendimientos suficientes siquiera para pagar su remuneración, y los interesados no estén dispuestos a sufragarlos.

Nuestra ley prevé expresamente que la rendición de cuentas debe hacerse, por lo menos, una vez al año, y que el fiduciario no puede ser dispensado de tal obligación. Se trata de una norma de orden público que no puede ser soslayada por la voluntad de las partes.

Aunque no existe norma expresa en la ley que así lo prescriba, afirmamos, con una interpretación integradora, que la violación del deber de rendir cuentas en el plazo establecido por la ley, o el testamento, o el contrato, constituye hasta causa para solicitar la remoción del fiduciario. Esto es así porque su incumplimiento implica la pérdida de la confianza en él depositada y por consiguiente, se configura el incumplimiento del encargo que constituye una razonable causal para pedir su remoción (arts. 7º y 9º, inc. a).

h) Transferir los bienes a quien corresponda

Del contenido del negocio constitutivo debe deducirse a quién ha de pasar la propiedad plena de los bienes, siendo obligatorio establecer en el contrato cuál es su destino final (art. 4º, inc. d). Cuando conceptualizamos el fideicomiso, dijimos que no siempre el fiduciario debe transferir los mismos bienes fideicomitados originalmente en el acto constitutivo, sino que puede pactarse que transfiera otros distintos, ya sea porque operó la llamada subrogación real, ya sea porque parte de los bienes fueron consumidos o se incorporaron otros nuevos.

i) Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados

Esta prohibición, de absoluta lógica y fuerza moral, está expresamente prevista en el art. 7º de la ley 24.441, con carácter de norma de orden público: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la (...) prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados”.

Su claridad refuerza la idea de imparcialidad de la función del fiduciario, quien debe actuar con prudencia y diligencia en beneficio del o los beneficiarios y nunca en el propio (dejando a salvo el excepcional caso del fideicomiso de garantía).

Sin embargo, queremos destacar que la prohibición de “*adquirir para sí*” abarca no sólo los bienes fideicomitados originalmente, sino también a los incorporados por subrogación real (art. 13). El fiduciario tampoco podrá beneficiarse personalmente o adquirir para sí los frutos, productos o cualquier tipo de renta o beneficio derivado del fideicomiso, excepto el derecho a cobrar una retribución y el reembolso de sus gastos (art. 8º).

j) Remuneración y reembolso de gastos

En principio, el encargo del fiduciario es remunerado; incluso el no pago de la remuneración es justa causa en muchos países para que el fiduciario pueda renunciar.

Nuestra ley 24.441, en su art. 8º, establece la presunción legal de onerosidad de la función del fiduciario: “Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir”.

Cuando exista una estipulación expresa que determine que el fiduciario realizará sus tareas sin recibir remuneración alguna, estaremos ante un contrato de fideicomiso celebrado a título gratuito. Caso contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución; es decir, estaremos frente a un contrato de fideicomiso celebrado a título oneroso.

Si el fiduciario realiza gastos en el desempeño de su encargo, es lógico que tenga derecho a reembolsárselos, como ocurre de ordinario en todas las actividades de gestión.

Lo que no dice la ley es a cargo de quién estará dicha retribución. Atento ello, la libertad de las partes es total. Podrá pactarse que la misma esté a cargo del fiduciante o del beneficiario, o que se pague con parte de los frutos o de la renta obtenida del mismo fideicomiso.

Nuestra ley ha consagrado una pauta para el juez en caso de silencio del contrato: la retribución se fijará teniendo en cuenta la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

k) Prestar caución

No es lo corriente, pues el fideicomiso implica una enorme confianza del constituyente con el fiduciario. Es un requisito tendiente a garantizar el cumplimiento de las principales obligaciones a cargo del fiduciario, y por lo tanto, esa obligación es impuesta en forma excepcional, a petición de parte o por decisión judicial, si por alguna razón se hace necesario este tipo de garantía.

B. FIDUCIANTE

a) Principio general. Derechos reservados

Freire (1997, p.130), cita a Villagorda Lozano (1982) quien nos manifiesta que, además del derecho que suele tener en todos los sistemas, de designar uno o varios fiduciarios, el fiduciante puede mantener durante la vida del fideicomiso otros derechos que resulten de la expresa reserva que haya hecho a su favor en el acto constitutivo o que le sean conferidos por la ley.

El fiduciante podrá reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso. Tal supuesto está expresamente previsto en algunas legislaciones, como por ejemplo la mejicana.

La autora Freire (1997), comentando la facultad de reserva prevista en la legislación mejicana, nos da los siguientes ejemplos:

1) En un fideicomiso de garantía sobre bienes inmuebles cuya propiedad se transmita al fiduciario únicamente con el fin de garantizar una obligación principal, el fiduciante puede reservarse expresamente el uso o goce de dichos bienes o de sus productos, según los ocupe directamente o los tenga alquilados a tercera persona.

2) En un fideicomiso en el que se afecten acciones de una sociedad anónima con el fin semejante de garantizar una obligación principal, el fiduciante puede reservarse el ejercicio de ciertos derechos, por ejemplo, los políticos.

Podría pensarse también en la posibilidad de transmitir fiduciariamente la nuda propiedad, y reservarse al fiduciante el usufructo del bien.

En nuestra ley, la facultad de reserva aparece establecida en el art. 25, inc. b: “El fideicomiso se extinguirá por: (...) b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad” y el art. 17: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines

del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”.

El legislador ha previsto que el fiduciante puede reservarse la facultad de revocar el fideicomiso y de autorizar cualquier acto que implique disponer o gravar los bienes fideicomitados.

También es interesante considerar el art. 13 de la ley: “Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiriera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”.

La norma que comentamos parece establecer una reserva de origen legal con respecto a los bienes comprados con los frutos o con los productos del bien fideicomitado, ya que en principio no forman parte del patrimonio separado. Para que ello ocurra, debe existir una previsión expresa o implícita en el contrato.

b) Revocación del fideicomiso

En principio, el fideicomiso es irrevocable, pero el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo la posibilidad contraria, pudiendo así poner fin al encargo. La revocación no tendrá efecto retroactivo (art. 25, inc. b) y los actos de disposición que hubiera realizado el fiduciario en cumplimiento del encargo quedarán firmes (art. 2670, párr. 2º, Cód. Civ., según art. 74, ley 24.441).

c) Exigir rendición de cuenta

Es obligación del fiduciario rendir cuentas (art. 7º, ley 24.441). El legislador previó que el derecho a exigir dicha rendición está en cabeza del beneficiario.

No haber dispuesto que el fiduciante también tiene ese derecho es una grave omisión que puede ser salvada con una interpretación integradora de la ley. Sin embargo, parece preferible pactar expresamente en los contratos ese derecho en favor del fiduciante. Decimos que la omisión se salva fácilmente con una interpretación integradora, porque en el art. 9º, inc. a, está prevista la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones a instancia del fiduciante o del beneficiario.

Nadie puede negar que la obligación de rendir cuentas es de gran importancia, y que su incumplimiento puede configurar una causa suficiente para la remoción del fiduciario. Siendo así, es evidente que el fiduciante podría exigir judicialmente la rendición de cuentas (aunque el art. 7º lo ha omitido) y si el fiduciario no cumpliera, proceder conforme al art.9º, inc. a, solicitando su remoción.

Además, si la ley faculta al fiduciante para solicitar la remoción del fiduciario, entonces también lo faculta para exigir algo menos grave: la rendición de cuentas.

d) Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer la acción de responsabilidad en su contra

A partir del deber de actuar con la diligencia del buen hombre de negocios, y de la prohibición de dispensa del dolo o culpa (arts. 6º y 7º), se desprende la facultad del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario si, como resultado de su actuación, se han producido perjuicios al patrimonio especial constituido con los bienes, o para el beneficiario o el mismo fiduciante.

e) Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo

Esta facultad está dirigida a preservar los bienes fideicomitidos, apartando al fiduciario que incumple sus deberes. En definitiva, el legislador quiere preservar la continuidad del contrato y el cumplimiento de los fines perseguidos por el constituyente del fideicomiso.

Los artículos 9º, inc. a, y 10 establecen respectivamente: “El fiduciario cesará como tal por: a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante”; “Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiera o no aceptara, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

f) Saneamiento por evicción

Muchos autores sostienen que el fiduciante debe salir al saneamiento por evicción, debiendo distinguirse entre el fideicomiso que tiene por objeto la transmisión al beneficiario de la propiedad a título gratuito (por aplicación analógica de las normas sobre donación), y el fideicomiso que encierra una transmisión al beneficiario de la propiedad a título oneroso. Cuando al beneficiario se le exige alguna contraprestación o cuando se trata de un fideicomiso de garantía, el saneamiento por evicción se instituye siempre como una obligación del fiduciante. Aunque este tema fue obviado en la ley, esta solución, propiciada por Rodríguez Azuero (1977), citado por Friere (1997, p. 134), es la que se adecua a nuestro derecho por aplicación analógica de las normas de la compraventa.

En cambio, cuando al beneficiario no se le exige ninguna contraprestación o recibe el beneficio como una liberalidad, deberá estarse a las normas que sobre evicción se aplican en la donación (arts. 2145 a 2154 y 2157, Cód. Civ.).

g) Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitido

El art. 18, párr. 2º de la ley 24.441, establece expresamente el derecho del fiduciante para pedir al juez autorización, con el objeto de ejercer acciones en sustitución del fiduciario.

El fiduciante debe alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente. Es una actuación que únicamente se permite cuando el fiduciario no cumple con su obligación de proteger los bienes tanto física como jurídicamente.

Todo ello significa que, previa autorización judicial, el fiduciante participará en el proceso *no* como tercero extraño, sino como persona legitimada en derecho, legitimación que proviene de la misma ley.

Sustancialmente, pensamos que se trata de una acción subrogatoria, aunque con la especialidad prevista por la ley 24.441 que requiere la autorización judicial previa. De modo que nos inclinamos por pensar que se aplicarán mutis mutandi los principios que rigen la acción subrogatoria y las soluciones previstas por los códigos de forma de cada jurisdicción en orden al ejercicio de esta acción.

h) Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad

Esta facultad está dirigida a impugnar los actos que por haberse realizado en determinadas condiciones, puedan ser declarados nulos, anulables o inoponibles.

Esos actos son, en general, los celebrados por el fiduciario contra las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. Estos últimos supuestos podrían presentarse cuando el fiduciario disponga de todo o parte de los bienes a título gratuito o realice negocios con terceras personas que, por conocer los términos del fideicomiso, puedan presumirse de mala fe, por cuanto han actuado contra la evidencia surgida de aquellos.

C. BENEFICIARIO

a) Principio general

El beneficiario es un especial acreedor del fideicomiso o, más exactamente, es un acreedor del fiduciario, ya que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, por lo que no es capaz de adquirir derechos ni contraer obligaciones. Sin embargo, el crédito del beneficiario tiene un límite o un ámbito sobre el cual podrá ser exigido: el patrimonio separado formado por los bienes fideicomitados conforme los términos del acto constitutivo.

Los bienes fideicomitados no integran el patrimonio del beneficiario, aunque a este último estuvieran destinados; por el contrario, forman parte de un patrimonio separado (art. 14, ley 24.441) cuyo titular es el fiduciario.

Es indudable que lo que sí ingresa al patrimonio del beneficiario es un crédito contra el fiduciario, limitado al “patrimonio separado” relativo al fideicomiso, en el cual ha sido designado beneficiario.

El grado de determinación del objeto debido el grado de certeza o madurez de ese crédito dependerá del tipo, finalidad y contenido del fideicomiso. Será, según los casos, de objeto y monto determinado, indeterminado, hipotético, eventual, revocable, mera expectativa, condicional, y en otro sólo sujeto a plazo.

El beneficiario puede ser acreedor de los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos o del bien principal, pero no es más que un acreedor; carece de derechos reales sobre los bienes objeto del fideicomiso, a punto tal que sus acreedores no pueden agredirlos.

b) Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer las acciones de responsabilidad

Tal derecho surge en forma obvia de la estructura del fideicomiso, y está emparentado con la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad derivadas de un eventual incumplimiento. Podría incluirse, dentro de esta facultad, la de solicitar algunas acciones conservatorias para evitar que los bienes sufran pérdidas o menoscabo en poder del fiduciario.

c) Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos

Es una actuación que se le permite al beneficiario por vía supletoria, cuando el fiduciario no cumple con su obligación de proteger los bienes tanto física como jurídicamente.

El artículo 18, párr. 2º, de la ley 24.441 otorga al beneficiario derecho para pedir al juez autorización, con el objeto de ejercer acciones en sustitución del fiduciario cuando éste –sin motivo suficiente- no las ejerciera.

Todo ello significa que, previa autorización judicial, el beneficiario participará en el proceso *no* como tercero extraño, sino como persona legitimada en derecho, legitimación que proviene de la misma ley.

Sustancialmente, pensamos que se trata de una acción subrogatoria, aunque con la especialidad prevista por la ley 24.441, que requiere la autorización judicial previa. De modo que nos inclinamos por pensar que se aplicarán *mutatis mutandi* los principios que rigen la acción subrogatoria y las soluciones previstas por los códigos de forma de cada jurisdicción, en orden al ejercicio de esta acción.

d) Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad

Esta facultad está dirigida a impugnar los actos que, por haberse realizado en determinadas condiciones, puedan ser declarados nulos o anulables o inoponibles.

Estos actos son, en general, los celebrados por el fiduciario contra las instrucciones expresas del fiduciante, contra los fines del fideicomiso o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. Estos últimos supuestos podrían presentarse cuando el fiduciario disponga de todo o parte de los bienes a título gratuito, o realice negocios con terceras personas que, por conocer los términos del fideicomiso, puedan presumirse de mala fe.

e) Pedir la remoción del fiduciario

Esta facultad constituye un instrumento para proteger el fideicomiso y sus intereses.

Antes de la solicitud de remoción, puede pedirse, a título de medida cautelar, la designación de un administrador interino, cuando las circunstancias indiquen que la permanencia del fiduciario al frente a los negocios resultaría muy grave, incluso durante el simple lapso del proceso.

La facultad de remoción está reglada en el art. 9º, inc. a), pero cabe tener en cuenta que la ley establece la citación obligada del fiduciante para su ejercicio por parte del beneficiario.

f) Solicitar rendición de cuentas

Una de las obligaciones más importantes del fiduciario es rendir cuentas de su gestión, tal como lo establece el art. 7º de la ley. El beneficiario podrá, de acuerdo con dicha norma, exigir el cumplimiento de esta obligación. La periodicidad de las rendiciones no podrá ser superior a un año.

También en algunos países (El Salvador, Guatemala, no así en la Argentina), se autoriza al beneficiario para realizar, por sí o por interpósita persona, visitas o inspecciones a los libros de contabilidad y demás estados contables de fiduciario, de manera que pueda constatar, en forma eficiente, cómo se manejan los bienes objeto del encargo. Tal previsión podría incorporarse contractualmente y, en algunos supuestos, sería de enorme utilidad.

g) Ceder su derecho, salvo pacto en contrario

El beneficiario puede ceder su derecho por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo que, en el acto constitutivo, se hubiera pactado lo contrario (art. 2º, párr. 4º).

Por ello, si el fiduciante quisiera prohibir al beneficiario la cesión de sus derechos, debe preverlo expresamente en el contrato.

h) Obligaciones de beneficiario

No surgen de la ley obligaciones a cargo del beneficiario, por lo menos como elemento esencial y representativo, salvo que en el contrato se le impongan cargas en su cabeza, caso en el cual tendría que aceptar expresa o tácitamente la constitución del fideicomiso.

D. FIDEICOMISARIO

El derecho más importante que posee el fideicomisario es que le sean transmitidos al final del negocio el remanente de los bienes fideicomitados, siendo aquel de naturaleza personal por no reunir los requisitos para ser calificado como un derecho real, sin perjuicio de que al recibirlos comienza a comportarse como un verdadero dueño ejerciendo sobre ellos el dominio en su más amplia extensión.

Hasta tanto se efectivice la transmisión de los bienes por parte del fiduciario al fideicomisario, éste no tendrá derecho sobre ellos dejando a salvo, claro está, las acciones tendientes a la protección de esos bienes.

En consonancia a lo que se viene diciendo, en caso de no ser cumplida la entrega de los bienes en tiempo y forma, posee la facultad de accionar judicialmente para su efectiva realización.

Kiper y Lisoprawski (2004) citados por Améndola (2011, p.36), sostienen que las acciones que está facultado a ejercer el fideicomisario, ante la no entrega de los bienes, se tratan de acciones judiciales de tipo personal quedando así fuera de plano una acción reivindicatoria, aunque coincidiendo con algunos doctrinarios, en supuestos en que la cosa esté en poder de terceros es posible que se torne procedente. Evidentemente se está frente a un incumplimiento contractual y a una obligación de dar que puede ser exigida.

Con respecto al estado de los bienes que se entreguen, dependerá del tipo de que se trate, a fin de evaluar las condiciones en que se encuentren. Cuestión importante es que será obligación del fideicomisario constatar que la entrega se realice conforme a lo que el fiduciante dispuso. Para ello podrá contratar distintos tipos de profesionales a fin de que evalúen las tareas realizadas sobre los objetos fideicomitidos (especialmente si se trata de una obra), el estado de conservación, entre otros.

En cuanto a las obligaciones, es dable destacar que al igual que en el caso de los derechos, éstas variarán de acuerdo a lo establecido contractualmente, y pueden ser de contenido diverso. Sin perjuicio de ello, las más comunes son la recepción de los bienes, y cumplir con la contraprestación estipulada si el fideicomiso es oneroso (y el pago está en cabeza suya) o con un cargo-condición.

La recepción de los bienes no requiere mayor análisis, el fiduciario puede exigir legalmente que el fideicomisario reciba aquéllos y suscriba los documentos que sean necesarios para que esa entrega quede perfeccionada.

En relación a la satisfacción de la contraprestación a cargo del fideicomisario, debemos distinguir algunos supuestos:

I) Un primer caso sería aquel en el que la actividad del fiduciario es remunerada (y por ende el fideicomiso es oneroso) y contractualmente se acordó que sería el fideicomisario quién pagaría esa remuneración, entonces sin duda él debe obrarla.

II) Otro supuesto se presenta cuando la entrega de los bienes al fideicomisario está sujeta a que se produzca cierto hecho futuro, asimilable a lo que entendemos como una condición. En este caso es obligación del fideicomisario cumplir el cargo-condición para tener derecho a percibir los bienes remanentes, de no ser así el fiduciante se hará nuevamente con ellos.

No debe confundirse la condición que deba ocurrir para que el fideicomisario tenga derecho a recibir los bienes, con el fideicomiso sujeto a plazo o condición. En ese último supuesto, lo que ocurre al cumplirse el plazo o condición es que se resuelve el contrato de fideicomiso, y éste se extingue precisamente por el acaecimiento de ese hecho futuro e incierto o el cumplimiento del plazo, es decir que se está condicionando la duración del contrato, y no la materialización del derecho a recibir finalmente los bienes remanentes.

A fin de culminar este análisis, reproducimos la parte pertinente de un fallo de la Cámara Comercial referido al alcance de las atribuciones del fideicomisario, el cual el tribunal cita a reconocidos doctrinarios en la materia, y dice al respecto que: *Si bien el fideicomisario (destinatario final de los bienes) puede demandar al fiduciario para lograr el cumplimiento de su obligación de suscribir la correspondiente escritura de dominio y contribuir a una inscripción registral (conf. Kiper, C. y Lisoprawski, S., Obligaciones y responsabilidades del fiduciario, Buenos Aires, 1999, págs. 57 a 85; Bueres, A. y Highton, E., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 5-A, Buenos Aires, 2004, pág. 817, n. 20) y a fortiori, cuando por su culpa ello se haga imposible, puede demandarlo por resarcimiento de los daños y perjuicios pertinentes (arg. art. 889, ver Texto del Cód. Civ.).*

8. CLASES DE FIDEICOMISO

La ley no define las diferentes formas de fideicomiso, sino que solamente establece los requisitos que deben cumplirse para estar frente a la figura del fideicomiso. Solamente regula en forma expresa la figura del fideicomiso financiero.

Las diversas clases de fideicomiso existentes pueden ser las siguientes:

A. SEGÚN QUE EL FIDUCIANTE RECIBA O NO UNA CONTRAPRESTACIÓN

- *Transmisión fiduciaria con contraprestación*: la transmisión de los bienes fideicomitados se realiza a título de fiducia, o de confianza, pero el fiduciante recibe una contraprestación por dicha transmisión.

- *Transmisión fiduciaria sin contraprestación*: es posible la existencia de una transmisión fiduciaria sin contraprestación, por ejemplo, donar los bienes fideicomitados a un tercero.

B. SEGÚN EL OBJETO

Una posible clasificación no limitativa de los distintos tipos de fideicomiso existentes, según su objeto, puede ser la siguiente:

- *Fideicomiso de seguros*: las buenas intenciones del jefe de familia que contrata un seguro de vida para que, el día que fallezca, su esposa e hijos reciban una suma importante que les permita una digna subsistencia, puede malograrse si, ocurrido el siniestro, los beneficiarios de la indemnización que abone la compañía aseguradora administran mal lo recibido y en poco tiempo consuman el importe cobrado. Es una preocupación que nunca descarta quien contrata tal seguro, la que puede evitarse por vía de un fideicomiso debidamente constituido. El asegurado nombra como beneficiario a un banco u otra entidad financiera de su confianza y celebra con el mismo un contrato de fideicomiso, designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones

a las que debe ajustarse aquél en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, etc.).

Se trata de una modalidad de fideicomiso que puede ser de suma utilidad y con provecho para las entidades fiduciarias por las comisiones u otros ingresos que por su gestión convengan y perciban.

- *Fideicomiso inmobiliario*: el fiduciario recibe del fiduciante un inmueble con el fin de administrarlo o desarrollar un proyecto de construcción y venta de las unidades construidas. Confluyen en el negocio intereses diversos, como entidades que conceden créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, etc. La presencia de todos estos interesados, logra conciliarse con ventaja cuando una entidad financiera especializada ejerce la titularidad del inmueble como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido.

- *Fideicomiso de administración con control judicial*: se establece para las asociaciones civiles con personería jurídica, como las dedicadas a la actividad deportiva de cualquier índole que, en casos de quiebras decretadas o concursos preventivos, se constituya un fideicomiso de administración a cargo de un órgano fiduciario con el fin de administrar dichas entidades. Este órgano fiduciario que se supone experto en crisis concursales, se compone de un contador, un abogado y un experto deportivo, quienes trabajan en forma conjunta y a su vez son controlados por un juez. El fin de este órgano fiduciario es que tres expertos de distintas áreas unan sus esfuerzos, a fin de solucionar la crisis que atraviesa la entidad y mantener su continuidad, además de establecer las causas que la llevaron a la quiebra. Una de las actividades encargadas a este órgano es la consolidación del pasivo, sobre el cual, una vez determinado, se emitirán certificados representativos, nominativos y endosables a los acreedores. Las bases sobre las que se apoya la normativa legal son el deporte como derecho social, el generar ingresos genuinos, a fin de poder sanear el pasivo y garantizar a los acreedores el cobro de sus créditos, superando el estado de insolvencia, para que de este modo se garantice la continuidad de la institución.

- *Fideicomiso testamentario*: puede constituirse por contrato o testamento, y solo podrá ser hecho sobre bienes determinados. De esta manera, el fiduciante puede imponer la indivisión de los bienes fideicomitados durante un plazo a partir de su deceso.

- *Fideicomiso de inversión*: con esta clase de fideicomiso, se procura un rendimiento de los bienes que se optimiza por el manejo profesional que realiza sobre ellos el banco.

- *Fideicomiso traslativo de dominio*: produce la transmisión definitiva del bien a favor del fideicomisario al cumplirse la condición del contrato.

- *Fideicomiso de garantía*: se transmite al fiduciario bienes que se afectan en garantía de obligaciones a cargo del fiduciante o a cargo de terceros para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario, o al tercero

acreedor, según se haya estipulado en el contrato. De esta manera, se evita la ejecución forzada que debería realizarse si se adoptaran otras figuras de garantía tales como prenda o hipoteca. El fideicomiso de garantía tiene como función servir de garantía de una deuda determinada.

- *Fideicomiso financiero*: son fideicomisos cuyo destino es el de servir a operaciones propias del capital de mercado. Por ese motivo, la ley 24.441 prevé que la Comisión Nacional de Valores (CNV) sea la autoridad de aplicación de estos fideicomisos, y a la vez faculta al organismo a dictar las normas que lo reglamenten.

El fideicomiso financiero es aquél contrato de fideicomiso en donde el fiduciario es indefectiblemente una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero.

La función principal del fideicomiso financiero es actuar como vehículo en la “securitización o titulización” de las carteras de crédito transferidas por el fiduciante al fiduciario financiero (entidad financiera o sociedad habilitada), como patrimonio objeto del fideicomiso.

El fideicomiso financiero sirve para llevar a cabo el proceso de “securitización o titulización de créditos”, donde el titular de los activos crediticios (el fideicomiso financiero) los utiliza como respaldo de la emisión de títulos que le faciliten la obtención de fondos líquidos, con el objeto de obtener fondos para financiar diversas clases de proyectos.

El art. 19 de la ley 24.441 lo define así: *Fideicomiso financiero es aquél contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.*

En el marco de la ley 24.441 el fideicomiso financiero es tratado como una especie de género fideicomiso, donde se establece que le son de aplicación las reglas generales precedentes previstas en la misma ley. El fideicomiso financiero, entonces, se encuentra sujeto a todas las reglas aplicables al fideicomiso general con las modificaciones específicas que se establecen a su respecto.

CAPÍTULO II

EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Debe formularse la distinción entre la extinción del contrato de fideicomiso y la extinción de la propiedad fiduciaria. Se trata de la diferencia entre la extinción del sustrato obligacional y la extinción del derecho de propiedad.

Producida la extinción del contrato de fideicomiso, desaparece el sustrato obligacional que contiene el encargo o encomienda fiduciaria, o sea, desaparece el motivo subyacente de la transferencia de la propiedad a título de confianza.

A partir de ese momento, nace la obligación en cabeza del fiduciario de darle al patrimonio fideicomitado el destino previsto para ese supuesto en el acto constitutivo. El fiduciario debe concretar todos los actos necesarios para instrumentar la transferencia de la propiedad a quien corresponda, de acuerdo con las normas aplicables a la naturaleza de cada uno de los bienes (conf. arts. 1º y 26, ley 24.441, y 2662, Cód. Civ., ref.). De igual modo, quienes resulten legitimados para reclamar la propiedad plena conforme el acto constitutivo tienen expedita una acción de carácter personal para exigir el cumplimiento.

1. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Conforme el art. 25 de la ley, el fideicomiso se extingue por diversas causas. A continuación, Freire (2011), analiza distintos casos:

A. EL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO O CONDICIÓN A QUE SE HUBIERA SOMETIDO, O EL VENCIMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO LEGAL

Debido a que el fideicomiso se constituye para un fin determinado, una vez que éste se cumple, el encargo llega a su fin. El art. 25, inc. a), establece que el fideicomiso se extingue por el cumplimiento del plazo a que se hubiera sometido o por el vencimiento del plazo máximo establecido en el art. 4º, inc. c).

Esta norma fija como tope legal para la duración de la propiedad fiduciaria treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera un incapaz. En este supuesto (incapacidad del beneficiario), el fideicomiso podrá durar hasta la muerte del incapaz o hasta el cese de esa incapacidad.

Nuestra ley no prevé la posibilidad de constituir un fideicomiso de duración indefinida para fines altruistas o culturales. Tampoco considera aquellos fideicomisos constituidos en favor de entidades estatales, de beneficencia o de utilidad común como excepción al mencionado límite temporal.

¿Cuáles serían las consecuencias de un contrato de fideicomiso cuyo plazo de duración fuera mayor de treinta años sin darse el supuesto de excepción previsto por el art. 4º, inc. c)? Esta disposición sería nula, de nulidad absoluta. Esta nulidad sería de carácter parcial y no perjudicaría a las otras disposiciones válidas del contrato, siempre que sean separables (arg. art. 1039, Cód. Civ.). El contrato tendría plena vigencia, pero al vencimiento del plazo máximo legal se produciría su extinción conforme lo prescripto por el art. 4º, inc. c), de la ley. La misma podría ser declarada por el juez de oficio.

En segundo lugar, el art. 25 establece que el cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiera subordinado el contrato produce su extinción, es decir que depende del acaecimiento de un hecho futuro e incierto y éste se produce.

En definitiva, una vez que el fiduciario cumpla con su encargo, el contrato de fideicomiso se habrá extinguido.

B. LA REVOCACIÓN DEL FIDUCIANTE SI SE HUBIERA RESERVADO EXPRESAMENTE ESA FACULTAD

La casi totalidad de las legislaciones consagra a favor del fiduciante el derecho de reservarse la facultad de revocación en el acto constitutivo, poniendo fin al negocio jurídico.

Tratándose de fideicomisos que tengan para el beneficiario carácter oneroso, no puede concebirse que el constituyente que ha recibido o recibirá una contraprestación por los derechos que transfiere pueda unilateralmente revocar el negocio. En este supuesto, solo se concibe la facultad de revocación si el beneficiario incumpliera con las prestaciones a su cargo o si se verificaran ciertas causas de revocación convenidas en el acto constitutivo.

C. CUALQUIER OTRA CAUSAL PREVISTA EN EL CONTRATO

Además de las causales legales, las partes podrán pactar otras. Esto podrá ser conveniente, ya que el art. 25 de la ley aparece como una regulación muy escueta. Llama la atención que no se haya incluido una causal bastante obvia: la imposibilidad de obtener el fin para el cual se ha constituido el fideicomiso.

D. MUTUO ACUERDO DE FIDUCIANTE Y BENEFICIARIO

Rodríguez Azuero (1977), nombrado por Freire (2001, p. 105), establece que si el fiduciante no se ha reservado la facultad de revocar y el beneficiario ha aceptado la constitución del fideicomiso a su favor, aquél no puede ponerle fin sin el acuerdo del beneficiario y respetando los derechos del fiduciario como el pago de la remuneración debida. Esta causal no fue prevista en la ley, pero es de obvia aplicación.

E. CAUSAS QUE NO EXTINGUEN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO, SALVO PACTO EXPRESO

- *La muerte del fiduciante o del beneficiario.* Esta causal solo se producirá cuando se la ha señalado como causa de terminación en el acto constitutivo, y sin que hayan sido designados sustitutos.

- *Falta del fiduciario.* No es causal de extinción, ya que el art. 10 prevé que a falta de fiduciario y si no hubiese sustituto, el juez designará a una de las entidades autorizadas conforme el art. 19 de la ley.

Ahora bien, podría suceder que ninguna de las entidades del art. 19 acepte ser fiduciario por no ser un fideicomiso que les resulte conveniente.

En ese caso, se produciría la extinción del fideicomiso y los bienes deberán ser entregados a quien corresponda de acuerdo con los términos del acto constitutivo.

- *Renuncia de los beneficiarios.* En ciertas legislaciones se ha establecido que si los beneficiarios renuncian en forma expresa a los derechos derivados del fideicomiso, es causal suficiente para ponerle fin.

En la Argentina, ésta no es causal de extinción del fideicomiso, ya que el art. 2º, párr. 3º, establece la cadena de suplencias en tal caso.

2. EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Para Kiper (1990) citado por Freire (2011, p. 106), la propiedad fiduciaria puede extinguirse por diversas causas:

a) Destrucción de la cosa: la propiedad fiduciaria podría extinguirse por la destrucción total de los bienes objeto del fideicomiso, aunque no siempre se configura por ello la imposibilidad de realizar los fines del fideicomiso.

Aun en caso de destrucción de los bienes, corresponde a todo fiduciario tenerlos “razonablemente asegurados” (si ello es técnica y económicamente posible). En caso de siniestro, podría suceder que la indemnización permita cumplir la finalidad prevista en el acto constitutivo; y en tal caso, el contrato de fideicomiso no se extinguiría a pesar de haberse extinguido la propiedad sobre el bien destruido. El dinero proveniente de la indemnización se incorporaría por subrogación real al patrimonio separado y el fiduciario continuaría con el encargo.

b) Expropiación: siendo el fiduciario el titular del bien que el ente expropiante afecta a utilidad pública, él será sin duda el sujeto pasivo de la expropiación, y por ende, parte en el juicio expropiatorio. La expropiación pondrá fin a la propiedad fiduciaria sobre el bien objeto de este procedimiento.

Como en el caso anterior (punto a), si la indemnización expropiatoria percibida permite cumplir la finalidad prevista en el acto constitutivo, el contrato de fideicomiso no se extinguirá, y el dinero proveniente de la indemnización se incorpora por subrogación real al patrimonio separado.

c) Colocación de la cosa fuera del comercio.

d) Adquisición por tercero a título oneroso y de buena fe de cosa mueble no registrable, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.

e) Abandono abdicativo de cosas muebles sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.

f) Prescripción adquisitiva sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.

CAPÍTULO III

FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Tradicionalmente los emprendimientos inmobiliarios se concretaban a través de la creación de sociedades anónimas conformadas específicamente para llevar adelante proyectos puntuales. Era de uso denominar a la nueva sociedad con el nombre de la calle donde se encontraba ubicada la obra o en menor medida, con las iniciales de los socios fundadores. En este esquema los inversores simplemente aportaban dinero a cambio de acciones y con esos fondos, se adquiría el lote y se afrontaban las erogaciones de la obra. Una vez finalizada, se vendían las unidades funcionales en un tiempo prudencial acorde a lo planificado y generalmente, a un precio establecido en dólares. Inclusive en muchos casos, se estipulaba un anticipo y el saldo en cuotas.

A partir de la promulgación de la ley 24.441 y especialmente en los años posteriores a la crisis económica de 2001, la industria adoptó mayoritariamente el fideicomiso convirtiéndolo en una herramienta jurídica más utilizada para las inversiones del rubro inmobiliario/construcción. Cada vez son más los edificios, complejos comerciales, viviendas, barrios cerrados, urbanizaciones y loteos que se desarrollan sobre la base de esta no tan novedosa pero recientemente descubierta figura legal, por sus importantes ventajas respecto de otras estructuras contractuales tradicionalmente utilizadas para canalizar este tipo de negocios.

Dado el contexto de restricciones que generó la crisis económica aludida y durante los años posteriores donde sus consecuencias tuvieron influencia, la rigidez de las alternativas jurídicas de organización societaria tradicional, no se lograba reunir y estimular la participación de diferentes inversores para financiar emprendimientos inmobiliarios, por lo cual este escenario negativo actuó como palanca para la instalación de nuevas herramientas. Hoy es una realidad indiscutible que el sector utiliza masivamente la figura y así lo promociona y publicita, clasificando de manera arbitraria y sui generis a estos fideicomisos, como si hubiera diferentes clases técnicas. La primera explicación de este impredecible éxito se fundamenta en el marco legal y técnico del fideicomiso que presenta ventajas diferenciales y de alto valor para el sector, entre las que podemos destacar:

- Se establece una relación contractual sin establecer una vinculación societaria.
- Es temporal y específico, por lo que la relación finaliza con la conclusión de la obra.
- Disminuye significativamente el riesgo del inversor en cuanto a cambios potenciales y grado de cumplimiento de lo proyectado, dado que en el contrato quedan establecidos aspectos como la individualización del inmueble; las condiciones de compra; las características del emprendimiento a desarrollar; los plazos de la obra; los costos estimados; los derechos y obligaciones de las partes

intervinientes; el destino del patrimonio fiduciario; la forma en que debe administrarse; la forma de sustitución de los inversores morosos o del fiduciario; y la independencia del nuevo patrimonio de los patrimonios propios del fiduciario y fiduciante, por lo cual este es un patrimonio autónomo pleno.

- Tiene ventajas impositivas frente a otras alternativas dado que su tratamiento fiscal es diferente en el caso de fideicomisos financieros y los denominados fiduciante-beneficiario.

- Los bienes fideicomitidos no pueden ser embargados ni alcanzados jurídicamente por problemas ajenos al negocio ni cuestiones particulares de los participantes.

- El inversor fundamenta su confianza en que el patrimonio será administrado por un tercero idóneo y ajeno a los interesados en el negocio (fiduciario) quien además debe controlar al desarrollador y otros operadores por ser el responsable máximo ante incumplimientos.

- Es un instrumento versátil y flexible pactado libremente entre las partes. Permite la transferencia de derechos del beneficiario, se liquida mucho más rápido que una sociedad, y permite incluso, la sustitución del fiduciario.

Retomando, siendo el fideicomiso inmobiliario una de las aplicaciones más utilizadas en los negocios de la economía real en toda la República Argentina y analizando el mercado comercial actual, encontramos frecuentemente la promoción de desarrollos inmobiliarios con fines de vivienda en medios de comunicación masiva, clasificados arbitrariamente en tres categorías denominadas: Fideicomiso al costo; Fideicomiso a precio fijo y Fideicomiso de costo concertado.

Se puede observar que tanto en medios gráficos que publicitan emprendimientos inmobiliarios como también en la vía pública donde carteles comerciales promocionan las obras en desarrollo, se puede observar un denominador común que es el hecho de ofrecer al fideicomiso como estructura legal del proyecto pero con el agregado de calificativos respecto de su condición de pago y aportes. Así se puede encontrar que en más de un 95% de las veces el término fideicomiso está precedido por las palabras “al costo” o “a precio fijo”.

Con el objeto de comprender cada una de estas denominaciones y en función de poder aclarar específicamente sobre el costo y precio desarrollaremos cada uno de los conceptos, incluyendo el de costo concertado, que siendo menos frecuente, presenta mayor rigurosidad conceptual.

En estos proyectos los inversores, por la naturaleza del fideicomiso, participan en forma conjunta de un proyecto de riesgo sin estar relacionados por los derechos y obligaciones inherentes a los tipos societarios contemplados en la ley de sociedades; pero en el caso del fideicomiso inmobiliario conviene definir las características de sus participantes. Es por ello que si bien los esquemas jurídicos que se han desarrollado varían según el esquema tributario que se plantee en el caso concreto, lo cierto es que usualmente los fiduciantes aportan bienes al fideicomiso para la construcción de un edificio. En este contexto; Molina Sandoval (2007), citado por Abella (2008, p. 338), expresa que el aportante del terreno suele ocupar la posición contractual del fiduciante y beneficiario por un número determinado de unidades de propiedad horizontal (que varía según el costo del terreno establecido en el business plan) y se designa

a un tercero que sería el encargado de cumplir la manda fiduciaria: la constructora o, incluso, se puede delegar en empresas especializadas la dirección, representación, proyecto y administración de la obra y la comercialización de las unidades a construirse, etc. Asimismo, se pueden incorporar nuevos fiduciantes que aporten bienes (efectivo, canje de productos u otros materiales necesarios para la construcción, etc.) a cambio de asumir la posición de beneficiarios de una unidad concreta en el desarrollo inmobiliario. Económicamente, el fiduciante adquiere un derecho a una de las unidades que efectivamente se construya en el emprendimiento. El aporte de los fiduciantes puede ser, también, meramente especulativo (y como inversión) y su posición de beneficiario radicará en las ganancias que obtenga el fideicomiso de la celebración de boletos de compra-venta de las unidades integrantes del complejo edilicio. Construido el edificio y cumplidos los compromisos con los adquirentes de unidades habitacionales, la ganancia resultante (en dinero o en unidades) deberá distribuirse entre los beneficiarios.

También se plantean algunos esquemas de construcción mediante la figura del “consorcio de construcción” en el que todos los fiduciantes aportan el dinero necesario (u otros bienes) para realizar la construcción adjudicándose las distintas unidades resultantes.

En efecto, muchos de los fideicomisos inmobiliarios se constituyen como “grupos cerrados” de inversores originantes que aseguran los aportes suficientes como para llegar a finalizar la obra. El fiduciario administrador o en todo caso por intermedio de los emprendedores, obtiene así fondos suficientes como para cubrir el costo de la construcción y el precio de la tierra. A medida que avanza la construcción se van incorporando nuevos inversores o adquirentes. Se conforma así una especie de “fondo de inversión fiduciario” administrado por un fiduciario no profesional, donde los aportantes (fiduciantes-inversores) comprometen, o hacen efectivo al ingresar desembolsos. Los desarrolladores incluso se “apalancan” complementariamente con crédito bancario.

Entonces el instituto como vehículo legal tiene amplios beneficios por la libertad en la concertación negocial. Por ello hay que diseñar el contrato con responsabilidad y respetando las necesidades que en cada caso se presentan.

Indudablemente la seguridad y garantía que brinda la existencia de un patrimonio de afectación es la causa o razón por la cual la figura ha adquirido relevancia pero para ello debe ir acompañada de un fiduciario profesional idóneo.

1. SUJETOS

A. DESARROLLADOR

En general es quien tiene la capacidad y conocimientos para planificar y diseñar el proyecto de riesgo. En algunos casos puede aportar el capital semilla para la primera parte de estudio. En general es contratado por los inversores fundadores interesados en el sector o por algún particular en su condición de propietario de un terreno. Su rol es articular y liderar todos los aspectos del negocio. En el mercado

encontramos un amplio rango de autodenominados desarrolladores con idoneidad y experiencia muy diversa.

B. FIDUCIARIO

Según el artículo 5 de la ley 24.441, cualquier persona, física o jurídica, puede ser fiduciante o fiduciario, salvo cuando se trate de un “Fideicomiso Financiero”.

El fiduciario adquiere, merced al negocio fiduciario, el dominio fiduciario de los bienes transmitidos, dominio que tiene ciertas singularidades fundamentalmente vinculadas a la regulación que la ley confiere al patrimonio fiduciario como un patrimonio separado o patrimonio de afectación, en línea con las características que en general la doctrina reconoce al “fideicomiso latinoamericano”.

El fiduciario es la figura clave para el éxito de este instituto. Por ello la doctrina aconseja la figura del fiduciario sustituto para garantizar la continuidad del fideicomiso, a fin de que administre y cumpla con la obligación de rendir cuentas de su gestión.

En definitiva es quien se hace propietario legal del total del patrimonio fiduciario para concretar el emprendimiento inmobiliario conforme las pautas fijadas en el contrato y del negocio, basado en el anteproyecto. Una vez finalizada, transmitirá en escritura a los beneficiarios el dominio de las unidades que a cada uno le corresponda. Su retribución debe quedar establecida antes de la firma del contrato sin poder participar de los resultados. Tiene obligación legal de informar regularmente a los fiduciantes acerca de la marcha de la gestión y rendir cuentas, al menos una vez al año. Pese a la importancia que toma el rol del desarrollador en este tipo de fideicomisos, el fiduciario es el responsable final por las inversiones efectuadas aunque pueda actuar a través de delegados o mandatarios suyos, pero sin perder su responsabilidad.

a) **Facultades del fiduciario**

El artículo 17 de la ley 24.441 dispone: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario a menos que se hubiere pactado lo contrario”. Esta limitación deberá surgir expresamente del contrato de fideicomiso, ser transcrita en la escritura traslativa de dominio fiduciario, y publicitado en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El fiduciario debe actuar como un “buen hombre de negocios”. En el fideicomiso inmobiliario es conveniente pactar las siguientes cláusulas: 1) realización de contratos de obras, 2) designación de profesionales, 3) elaboración de planos, proyectos y anteproyectos, 4) otorgar escrituras de reglamentos de copropiedad y administración, 5) reglamentos edilicios, 6) reglamentos de uso interno, 7) establecer los límites y restricciones al dominio de los lotes o unidades resultantes, 8) someter al régimen de división por geodesia (lotes) o a la propiedad horizontal (U.F.) si se trata de una urbanización, 9) en el supuesto de inmuebles a dividir en propiedad horizontal, ante la posibilidad de la comercialización de unidades antes

de que el edificio esté construido, autorizarlo a afectar a prehorizontalidad y a la ley 13.512, 10) transmitir los lotes o U.F. a favor de los terceros fideicomisarios, 11) garantizar las obligaciones asumidas hipotecando los inmuebles fiduciarios recibidos.

b) Obligaciones del fiduciario

Vinculada a la confianza está la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio que se le confió, y a ello le sigue la situación de peligro a la cual queda expuesto el instituyente en lo que respecta a la posibilidad de que el fiduciario pueda ir más allá del fin del negocio. El fiduciario es responsable de los daños causados al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, derivados de la inejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso. La prudencia y diligencia que consagra la norma (artículo 6 de la ley 24.441) consagra un deber especial de obrar en los términos de los artículos 902 y 909 del Código Civil.

El artículo 14 de la ley 24.441 dice: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil, se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

Uno de los deberes del fiduciario es actuar con imparcialidad respecto de todos los beneficiarios; no puede tratar mejor a unos que a otros.

C. FIDUCIANTE FUNDADOR

Los fiduciantes fundadores o reservantes son los primeros interesados en participar del fideicomiso, que reservan su lugar con un compromiso y una vez que se consigue la totalidad de los participantes, suscriben el contrato en carácter de fiduciantes y beneficiarios. Se encuentran casos donde algunos de estos, participan en las mejoras al diseño del proyecto.

Obligaciones del fiduciante

En principio las obligaciones del fiduciante, en caso que en el contrato se comprometa a la transmisión del inmueble, se reducirían a entregarlo libre de cargas y gravámenes, señalando el estado de ocupación del bien, la constancia de los impuestos, tasas y contribuciones abonadas al momento de la entrega, etcétera

D. FIDUCIANTE BENEFICIARIO

Los fiduciantes - beneficiarios son los inversores, quienes se obligan a aportar la totalidad de los fondos necesarios para comprar el inmueble y para hacer frente a todos los costos que demande la obra de

construcción. Cada uno de ellos asume este compromiso en la proporción que le corresponde conforme la unidad o unidades que elija. Si el contrato lo permite pueden ceder sus derechos a favor de un tercero ajeno.

E. FIDUCIANTE ADHERENTE

Los fiduciantes – adherentes son los que ingresan una vez lanzado el proyecto y durante su ejecución (si estuviera contemplado), adhiriendo al contrato de fideicomiso preexistente. Pueden ingresar si se trata de un proyecto donde no está cerrado el total de la inversión, o adquirir los derechos de un fiduciante - beneficiario que desea desvincularse del negocio.

F. AUDITORES

Los auditores son todos aquellos técnicos idóneos en la especialidad que se requiera y que actúen como garantía de independencia y transparencia, como es el caso de arquitectos, ingenieros, contadores, planificadores de negocios, especialistas en medio ambiente, entre otros.

2. PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

En la práctica, en el fideicomiso inmobiliario la existencia de un patrimonio de afectación se concreta con la transmisión del inmueble al fiduciario o la entrega de dinero para su adquisición conforme el régimen legal. En esa oportunidad se constituye un “patrimonio de afectación” distinto, destinado a cumplir con la manda encomendada en el contrato fiduciario. Ocurre que se trata de un patrimonio separado, que no debe confundirse con el patrimonio propio del fiduciario, no con el del fiduciante o del beneficiario.

El patrimonio fiduciario, salvo los casos de fraude, sólo podrá ser embargado por los titulares de créditos emergentes de la conservación o administración de dicho patrimonio. Sólo los acreedores del fideicomiso lo pueden agredir y debe tratarse de deudas generadas por la gestión de ese patrimonio en la búsqueda del fin u objetivo establecido. En principio la única garantía que tienen los acreedores del fideicomiso es el patrimonio fideicomitado. Si éste es insuficiente, la consecuencia será que no puedan percibir la totalidad de sus créditos. Claro que no pueden descartarse casos en los que el fiduciario deba responder por haber obrado con culpa en el cumplimiento de sus obligaciones.

En caso de frustración del negocio por distintas causa, los que han aportado trabajo o dinero para el desarrollo del emprendimiento esperando obtener una utilidad del mismo (beneficiarios), o fueran adquirentes de los lotes o unidades funcionales resultante, todos en su calidad de destinatarios finales de los bienes fideicomitados (fideicomisarios), verán asegurados sus créditos cobrándose de dicho patrimonio afectado, pues éste no constituye “prenda común” de los acreedores personales del fiduciante o del fiduciario.

Entonces, los bienes fideicomitidos están exentos de la acción colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante (salvo fraude) y además su insuficiencia no dará lugar a la declaración de quiebra (arg. artículos 15 y 16 de la ley 24.441).

La liquidación de un fideicomiso se puede presentar en dos escenarios: 1) por la vía natural, como consecuencia de la extinción de contrato, según lo previsto en los artículos 25 y 26 de la ley citada, es decir el cumplimiento del plazo o condición al que se lo hubiere sometido o al vencimiento del plazo legal máximo; 2) como consecuencia de la insuficiencia del patrimonio fideicomitido, supuesto previsto en el artículo 16 de la ley 24.441, es decir la liquidación forzada para el supuesto de crisis.

No dará lugar a la declaración de su quiebra; el fiduciario (o quien esté designado) ante la insuficiencia de fondos procederá a su liquidación, enajenando los bienes que lo integren y entregando el producido a los acreedores “conforme a los privilegios previstos para la quiebra”. Del artículo en comentario, surge con claridad que el fiduciario es quien deberá enajenar los bienes que integren el fideicomiso, con lo cual el procedimiento se acerca notablemente a la liquidación privada y se aleja del proceso concursal en donde el juez es director del proceso (artículo 274, Ley de Concursos y Quiebras) y realizador de los bienes. Genera alguna dificultad el instrumento utilizado para adjudicar las unidades funcionales¹. Es claro que si la figura empleada fue un boleto de compraventa (mediante el cual el fiduciario le vende a un tercero la unidad construida o a construirse), ninguna inquietud se plantea en cuanto a la viabilidad de la figura sub estudio. Ahora bien, si en lugar de instrumentarse mediante un “boleto de compraventa” se hiciera mediante la incorporación como beneficiario al fideicomiso, la cuestión puede adquirir otros matices.

3. ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO

Se debe tener en cuenta que la finalidad del instrumento fiduciario es hacer más transparentes y confiables los negocios y, por ende, dar más seguridad a los ahorristas e inversores. La fiducia debe ser un instrumento que facilite la estructuración ágil de los negocios con finalidades lícitas. De este modo para Lisoprawski (2007), nombrado por Abella (2008, p.341), indica que puede emplearse como instrumento “generador de confianza” en los agentes económicos, afectando positivamente la propensión al ahorro y a la canalización de los mismos hacia inversiones productivas en el campo de la economía real.

La certeza de que las instrucciones impartidas en el contrato habrán de cumplirse sin la interferencia del propio fiduciante o de terceros, es justamente la razón de ser del fideicomiso, que no es otra cosa que una red de seguridad a la consecución del fin previsto por los contratantes. Es conveniente recordar en cuanto a los roles a ser asumidos por las partes, que el fiduciante podrá asumir el rol de beneficiario o fideicomisario, y por expresa determinación de la ley no puede asumir el rol de fiduciario.

¹ Cabe recordar que los adquirentes de las unidades pueden haber instrumentado la adquisición de dos formas: celebrando un boleto de compraventa de la unidad funcional con el fiduciario o incorporándose como fiduciante y beneficiario (y eventualmente fideicomisario) al fideicomiso para recibir la unidad funcional como “beneficio” resultante.

El contrato de fideicomiso deberá especificar, entre otras cosas: 1) Los sujetos y entre ellos, el beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; podrán también designarse beneficiarios sustitutos para el caso de aceptación, renuncia o muerte. El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante, lo que debe considerarse y expresarse claramente; 2) el objeto de la fiducia; 3) los derechos y obligaciones de las partes; 4) las facultades del fiduciario, su remuneración y forma de sustitución; 5) posibilidad de emitir títulos de deuda o certificados de participación si el fideicomiso es financiero; 6) el destino de los bienes fideicomitidos al momento de la finalización del contrato; 7) características del emprendimiento constructivo, plazos, condiciones, formas de extinción y demás elementos relevantes para las partes y los terceros, en cumplimiento a lo estipulado por los artículos 4 y concordantes de la ley 24.441.

4. FORMA DEL CONTRATO

En cuanto a la forma, el contrato de fideicomiso podrá celebrarse por instrumento privado, con o sin firmas notarialmente certificadas, o por escritura pública.

Como consecuencia de dicho contrato se otorga la escritura pública de transmisión del dominio fiduciario del inmueble. Es requisito *ad solemnitatem* la instrumentación de la escritura pública tratándose de inmuebles (conforme el artículo 1184, inc. 1 del Cód. Civ.), la que deberá ser registrada.

No hay inconveniente en que en la misma escritura pública conste el contrato fiduciario y la transmisión simultánea del bien fideicomitado.

Es conveniente que la escritura pública contenga los aspectos contractuales trascendentes para el desarrollo del proyecto inmobiliario tales como: 1) el plazo; 2) las facultades del fiduciario, su obligación de rendir cuentas; 3) necesidad o no del consentimiento del fiduciante para la realización de ciertos actos jurídicos de trascendencia patrimonial.

Si el contrato fiduciario consiste en que los fiduciantes aportan dinero para comprar el lote y luego desarrollar sobre éste el emprendimiento inmobiliario, del cuerpo de la escritura de compra del inmueble debe constar la actuación del fiduciario adquirente en tales condiciones, y así se inscribirá.

5. DOMINIO FIDUCIARIO

El artículo 11 de la ley 24.441 dice: “Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas”.

El artículo 12 de la ley 24.441 determina que: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros...”; y el artículo 13 expresa que: “Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario.”

El artículo 2662 del Código Civil define al dominio fiduciario como 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. Y el artículo 2841 de ese ordenamiento señala que el dueño fiduciario no puede constituir usufructo sobre los bienes recibidos en fideicomiso.

El fiduciario es propietario de los bienes, y si la propiedad recae sobre cosas, es titular del dominio fiduciario, o sea un dueño imperfecto. La doctrina está dividida, Kiper y Lisoprawski (2003), citados por Abella (2008, p.346), dicen que algunos autores afirman que las facultades son iguales a las del dueño pleno o perfecto, pues se trata del dueño de la cosa y si careciese de la facultad de disponer no merecería tal denominación. Otros expresan que el fideicomiso que se incorpora a nuestra normativa es una figura inspirada en el trust anglosajón, donde el fiduciario no es un verdadero propietario aunque tenga la titularidad y la operatividad de los bienes, sino que cumple una función totalmente diferente. En tanto, el dominio fiduciario previsto en el artículo 2662 del Código Civil era un dominio imperfecto sólo por su temporalidad; por ello el titular fiduciario obtenía toda la ventaja de la cosa mientras no se cumplieran el plazo o la condición resolutorios. Pero la ley de fideicomiso modifica este principio, pues el fiduciario ejerce la propiedad para otro, en beneficio de otro, a cambio de una retribución. El fiduciario es un dueño temporal que sólo podrá efectuar los actos que disponga el contrato.

6. CLASIFICACIÓN

A. FIDEICOMISO DE CONSTRUCCIÓN AL COSTO

Este tipo de fideicomiso se constituye con el fin de construir una casa o edificio residencial, comercial o fabril en condiciones previamente pactadas, con aportes de los inversores dados por un anticipo en efectivo y cuotas planificadas que le permiten una reserva con opción de compra, para que una vez finalizada la obra le transfieran la unidad funcional en su calidad de beneficiario.

La característica que presenta este tipo de fideicomiso en la práctica es que los fiduciante – inversores ingresan sin saber con riguridad técnica el costo final del proyecto, y en la mayoría de los casos sin el respaldo de idóneos que realicen auditorías como la de costos de construcción, responsabilidad clave especialmente en contextos inflacionarios como el actual. Los inversores deben afrontar el costo total de la obra, lo que puede inducir a la falta de motivación para administrar eficientemente los recursos por parte del desarrollador.

Este tipo de proyectos al costo, en la práctica se valúan acorde a las proyecciones realizadas por el desarrollador donde no es común designar auditorías para verificar los costos. También se detecta otro hecho más grave aún, que es la designación en el rol específico y de máxima responsabilidad como el del fiduciario, de arquitectos, desarrolladores, contadores o escribanos de confianza.

En estos esquemas el fiduciario no posee incentivos para mejorar costos ya que el esfuerzo en términos de ahorros es función de una mejora en el resultado, y bajo este contexto no es remunerado. Dado que el resultado queda fuera del esquema remunerativo, el fiduciario carece de incentivo para ahorrar, puesto que para ello debe planificar y asumir los costos de gestión y control. Vale aclarar que no se considera remunerar al fiduciario según los resultados, pues habrían puntos de conflicto con las incompatibilidades del fiduciario contenidas por la ley 24.441 que regula a los fideicomisos, que claramente separa la remuneración del fiduciario respecto de los resultados. Esto nos ubica en un escenario donde la mejora en los resultados concretos no es un incentivo directo para el fiduciario, lo que en el marco de un proyecto de riesgo que se promociona al costo, puede generar desincentivos.

Según investigaciones que analizaron una muestra representativa de contratos de fideicomisos inmobiliarios, se detectó que una minoría nombra la posibilidad de una auditoría sin mayor detalle y los efectos de la aprobación de los fiduciantes. Es decir, el fiduciario indicaría en qué momento se considera oportuna una auditoría y los fiduciantes aprobarían su desarrollo. El proceso debiera ser a la inversa y salvo excepciones producto de la marcha de los negocios, los fiduciantes debieran conocer el esquema de auditorías ya establecido previamente e inclusive y bajo situaciones objetivas previstas, poder solicitarlas. Otra omisión y muy grave, es que en la mayoría no se presenta un desarrollo de las proyecciones económico-financieras del proyecto y las premisas con las que fueron calculados.

Como ejemplo de la falta de tratamiento de estos temas especialmente en costos, podemos citar textual algunas cláusulas extraídas de contratos que figuran en la obra de Silvio Lisoprawski (2008). La oferta pública indiscriminada de fideicomisos no financieros”:

“El fiduciario es organizador de barrios cerrados al costo, no existe precio fijo, sino un sistema de consorcio al costo que se ejecuta por administración.”

“Respecto de la responsabilidad del fiduciario, queda reducida a su buen saber y entender.”

“Es decir que se trata, en cambio, del desarrollo de un emprendimiento inmobiliario por el concurso exclusivo de los suscriptores, quienes se agrupan organizados bajo fideicomiso. En tal sentido la obligación del suscriptor no es abonar un precio, sino cumplir un cronograma de aportes.”

“Correlativamente, la obligación del fiduciario es de medios y no de resultado.”

“La eficiencia del fiduciario consiste en su idoneidad para el mejor cumplimiento de las estimaciones formuladas; pero el riesgo de su no cumplimiento es del suscriptor, sin perjuicio, por cierto, de las responsabilidades que le corresponden al fiduciario en tanto mandatario en confianza.”

Según lo leído en la obra citada, es denominador común la aparición de mayores costos una vez finalizadas las obras; por supuesto no previstos por error y omisión al inicio, ni en etapas tempranas, del negocio.

B. FIDEICOMISO A PRECIO FIJO

Es similar al fideicomiso al costo pero con la particularidad que el inversor-fiduciante aporta un valor prefijado, calculado sobre valores de mercado, por el derecho a que le escrituren una unidad funcional. En este caso el anticipo para ingresar generalmente es mayor, dado que el desarrollador debe considerar un mayor margen para hacer frente a los gastos y compras de material sin arriesgarse excesivamente a tener pérdidas, que luego habrá que afrontar. Bajo esta modalidad el inversor tiene mayor certeza sobre el monto de la inversión a realizar, que tiende a ser mayor que en el caso de los mencionados fideicomisos al costo, con la diferencia del mayor incentivo para el desarrollador para realizar esfuerzo por reducir costos y generar ahorros para obtener la mejor ecuación costo/beneficio, ya que esto impacta en su resultado final. Pero hay dos grandes riesgos que propone esta modalidad y que son: a) la posibilidad que ante un error de cálculo, mala planificación o subas de precios no previstas, el desarrollador con el aval explícito o no del fiduciario, tienda a bajar costos vía ajuste de calidad en el material comprometido o, b) la tentación de los desarrolladores por contratar fiduciarios sin idoneidad de manera de bajar costos.

Tanto en el caso de fideicomisos al costo como fijo, lo que el inversor obtiene con su aporte e ingreso al proyecto es un derecho a que el fiduciario le entregue lo planificado y prometido acorde al Plan de Negocios que se haya elaborado. El problema que surge en ambos casos es que el inversor considera, probablemente porque nadie lo informa correctamente ni él se ha preocupado por entender la figura, que lo que adquiere no es el bien terminado tal como se muestran en los prospectos comerciales sino que es solamente un derecho personal a recibir ese bien, derecho que en el supuesto de incumplimiento, podrá ejercer.

Partiendo de la base que el desarrollador es recompensado con un porcentaje sobre el valor final o costo total de la obra queda claro el incentivo para no escatimar gastos. A mayor costo o precio, mayores son las comisiones que percibe el desarrollador, es decir que no tendrá incentivos para ahorrar. Por el contrario se generan incentivos para trabajar en el aumento de los costos en el caso al costo e incentivos para vender a un precio elevado en el caso a precio fijo. Consecuentemente en ambos casos no se cumpliría con la premisa básica de todo fiduciario que es ser el mejor administrador posible de los bienes que le han sido transmitidos en confianza por los fiduciantes, que en los casos inmobiliarios podrían ser terrenos, materiales, maquinarias, know-how, insumos o dinero, reunidos con el fin que en conjunto y bajo la mejor idoneidad proporcionales de un inmueble o en rentabilidad atractiva que premie el esfuerzo y riesgo de la inversión elegida.

En general en los contratos leídos en el libro citado anteriormente, se pudo detectar que existen problemas similares a los encontrados en fideicomisos al costo, con falta de cláusulas respecto de la posibilidad de auditar u observar los gastos totales y parciales de la obra. Sin un detallado y adecuado tratamiento, este cálculo queda librado al buen saber y entender del administrador, con el aval y control del fiduciario. Para empeorar esto con el fin de bajar costos, en muchos se unifica y superpone la figura del fiduciario y del desarrollador en una misma persona, lo que impide toda posibilidad de control por oposición y desnaturaliza los fundamentos del fideicomiso.

Por último se observa que el concepto de “precio fijo” comparte las mismas ventajas, problemas y errores conceptuales que el concepto de “al costo”, y solo han sido instalados con fines comerciales.

C. FIDEICOMISO DE COSTO CONCERTADO

El costo concertado se refiere a la estimación real de los costos de obra de forma transparente hacia el fiduciante, con el compromiso de finalizar el proyecto según los costos indicados en el inicio y etapas tempranas del desarrollo. Considerando un tiempo promedio de ejecución de una obra entre los 18 y 24 meses y dada la existencia de un importante nivel de inflación, bajo este concepto queda prevista la actualización de los costos según el índice de precios elaborado por la Cámara Argentina de la Construcción.

Siendo esta nueva denominación una alternativa de mejora respecto de los errores conceptuales que presentan las dos primeras.

En el marco de presentar mejoras, propone la existencia de un fiduciario independiente del desarrollador cumpliendo así con la ley 24.441 respecto a la necesidad de separar las partes intervinientes en el fideicomiso. Otro punto que se destaca es que el fiduciario propone y acepta la auditoría externa como forma de control, tanto para sí como para el desarrollador.

Ante la duda respecto de pre acordar precios en contexto inflacionario, la ganancia o pérdida debe ir asociada al riesgo empresarial, y dos aspectos son clave para garantizar la rentabilidad en un proyecto: la selección eficiente del terreno en términos de incidencia, y la concreción de la obra en los plazos establecidos.

7. RELACIÓN ENTRE PRINCIPAL Y AGENTE Y COSTOS GENERADOS

El problema de la relación *principal* y *agente* implica un conjunto de situaciones que se originan cuando un actor económico depende de la acción, de la naturaleza o moral de otro actor sobre el cual no tiene la total o la perfecta información. Es decir aborda las dificultades que se presentan bajo condiciones de información asimétrica, cuando el *principal* contrata a un *agente* (Brealey, Myers y Allen, 2010).

En los casos de operaciones comerciales la información asimétrica se plantea cuando un comprador y un vendedor (fiduciante y fiduciario) tienen información diferente sobre una misma

transacción, ocurriendo una situación de discriminación de precios perjudicial para el consumidor o fiduciante-beneficiario, ya que puede estar pagando más por el mismo producto o pagando más por un producto de inferior calidad respecto de lo pactado.

Uno de los principales problemas en la toma de decisiones bajo información asimétrica es la selección adversa, ocurrida cuando uno de los participantes posee información vital para la toma de decisiones respecto al otro que participa en la selección. Entonces se da el fenómeno de selección adversa cuando se oculta y utiliza dicha información. (Pertierra Cánepa, 2008).

En relaciones de mediano y largo plazo la interacción entre los agentes se produce regularmente, y el agente con menos información o que necesita de la que tiene su contraparte, desarrolla un proceso llamado screening por el cual busca en cada interacción obtener más y mejor información del otro.

En la formalidad de los contratos y en función de desentrañar como se forman los costos con el objetivo de una mejor toma de decisiones, el fiduciante/beneficiario generalmente se ve impedido de conocer y profundizar en la formación de costos y/o márgenes, pues se le oculta o niega la información y/o el derecho a contar con el respaldo de auditorías. Entonces desde la teoría de los conflictos de agencia lo que ocurre es que queda entorpecida o anulada la posibilidad de realizar un dicho screening.

Dados los problemas de la relación principal-agente, identificando en el fideicomiso a los fiduciantes como principal y al fiduciario como agente y en función de las hipótesis planteadas, se sostiene que existen problemas de agencia y que entre otras asimetrías, se encuentran diferencias de conocimiento, comunicación y/o ejecución respecto de los costos se trata de los fideicomisos aplicados a la industria inmobiliaria y de la construcción.

8. RECLAMOS POR MALA ADMINISTRACIÓN

El justo reclamo por daños y perjuicios provocados por la mala administración fiduciaria le permitiría al fiduciante agredir los bienes que conforman el patrimonio propio del fiduciario al haber existido dolo o culpa en la administración de los bienes fideicomitidos, no pudiendo dispensarse tal responsabilidad (art.7, ley 24.441).

Por su parte la ley 24.441 incorporó el capítulo denominado “Estafas y otras defraudaciones” del Código Penal, que integra distintos tipos penales. Entre ellos se encuentra la figura que reprime, con la misma pena que la establecida para el delito de estafa, al “titular fiduciario que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes”.

9. FIN DEL CONTRATO

La finalización del proceso fiduciario impone otorgar las respectivas escrituras a favor de los terceros fideicomisarios, adquirentes de los inmuebles, lotes o unidades funcionales resultantes.

10. VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

La validez y eficacia de los actos de disposición por parte del fiduciario se fundamentan en ser necesarios o convenientes para el cumplimiento de los fines del fideicomiso.

Si el fiduciario enajena un inmueble pero ese acto no es requerido por los fines del fideicomiso, y el tercero adquirente es cómplice o conoce la situación, su adquisición puede tornarse ineficaz por falta de buena fe. Solo se protegen a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

11. DERECHO DE LOS ADQUIRENTES

La ley 24.441 prevé la posibilidad de revocación del dominio por parte del fiduciante como causal de extinción del fideicomiso; mas la revocación no tendrá efectos retroactivos. Ello es conveniente, especialmente con relación a los terceros que han contratado con el fiduciario dentro de los términos del ejercicio de la fiducia encomendada.

Parte de la doctrina entiende que estaría ciertamente discutida la buena fe del tercero en aquellos casos en los cuales el fiduciante se hubiera reservado contractualmente la facultad revocatoria ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del fiduciario, y con más razón aún, en aquellos casos en los que se haya pactado expresamente el consentimiento del fiduciante o del beneficiario para codisponer, y éste no otorga el acto de la transmisión de la unidad. En este caso se entiende que el tercero adquirente no sería de buena fe, pues no puede desconocer las cláusulas del contrato y las limitaciones insertas en el título, salvo que no consten, en cuyo caso podrá invocar la oscuridad o inexistencia.

12. CESACIÓN DEL FIDUCIARIO

El fiduciario cesará por: a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; b) por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si fuera persona física; c) por disolución, si fuere persona jurídica; d) por quiebra o liquidación; e) por renuncia, si en el contrato se hubiera autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

13. NEGOCIO FIDUCIARIO CON FINES DE GARANTÍA

Este tipo de fideicomiso es una herramienta idónea para constituir garantías sobre determinadas operaciones comerciales, ya que brinda flexibilidad a las partes, es rápido de instrumentar y su costo es bajo.

El contrato de fideicomiso inmobiliario de garantía, además de los requisitos exigidos por el artículo 4 de la ley 24.441, deberá contemplar entre otras cosas: la determinación de la obligación garantizada, el régimen de la mora y el procedimiento de realización del bien. Las instrucciones al fiduciario podrían resumirse de la siguiente manera: El fiduciario recibe el bien con el encargo de: 1)

devolver la propiedad plena al deudor-fiduciante si la deuda es cancelada, o 2) vender el inmueble según el procedimiento que hubiese sido previsto y pagar al acreedor-beneficiario el monto de su crédito con los recursos obtenidos. En consecuencia, para Carregal (2000) citado por Abella (2008, p. 351), la condición que faculta al fiduciario a vender es la mora del deudor-fiduciante.

- *Posibilidad de la venta del inmueble*: la doctrina ha entendido que para que la venta resulte jurídicamente posible, el dominio que transfiere el fiduciario al adquirente debe ser pleno, es decir, no encontrarse sujeto al cumplimiento de condición o plazo alguno. Esto equivale a sostener que, salvo pacto en contrario, el fiduciario es quien se encuentra legitimado para dar por cumplida la condición a que se subordina la propiedad fiduciaria en un fideicomiso de garantía, sin que sea necesaria la conformidad del deudor-fiduciante o del acreedor-beneficiario. Vende porque considera cumplida la condición –mora del deudor- y en esa transacción transfiere al tercero comprador la propiedad plena del bien.

14. FRAUDE Y SIMULACIÓN

Para Mosset Iturraspe (2001) nombrado por Abella (2008, p. 353), si se quiere cometer un fraude, la utilización del fideicomiso de la ley 24.441 no es una buena idea. Sencillamente porque su estructura permite llegar fácilmente al negocio subyacente; es decir, deja rastros evidentes del ilícito y los hilos conductores para llegar a descubrirlo. Dicha ley y nuestro ordenamiento contienen mecanismos de prevención, remedio y sanción que deberían ser tenidos seriamente en cuenta por quienes pretenden actuar en fraude a la ley por medio de un fideicomiso.

El patrimonio fideicomitado podrá ser atacado por las acciones de fraude, de simulación (art. 955 del Código Civil), y la revocatoria en el concurso del fiduciante para declarar ineficaces las transmisiones de bienes al fideicomiso.

15. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO

A. EL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN

El contrato de fideicomiso genera un patrimonio especial, separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. Este patrimonio tiene un perfil que no se adecua con la conceptualización y terminología clásica de los derechos reales, lo cual es comprensible por la innovación que supone en la sistemática del Código.

En otro aspecto, el patrimonio de afectación es una creación sumamente poderosa, ya que permite proteger a los bienes fideicomitados de los problemas de insolvencia, ya sean leves (embargos, inhibiciones, medidas cautelares específicas sobre los bienes) o graves (concordato o quiebra). Esta característica es la que ha generado una expectativa extraordinaria por su potencialidad para proteger las inversiones. Sobre todo en materia inmobiliaria, en la cual no se había logrado por otros medios una

protección efectiva que trascendiera los derechos personales. De allí que se augura, más allá de este “entusiasmo” actual, un desarrollo sostenido del instituto.

B. NEUTRALIDAD DEL FIDUCIARIO

Es un elemento esencial del fideicomiso debido a varios argumentos:

a) Responde a la raigambre histórica de este contrato.

b) Hace a su esencia, pues como el mismo nombre lo indica, se basa en la fe y confianza depositada en el tercero, que no sólo puede estar fundada en el conocimiento personal, sino en su profesionalidad y experiencia. Se asimila a las situaciones de mandato, tutoría, curatela, gerenciamiento societario, etc., que inspiran prohibiciones basadas en el conflicto de intereses de una persona que debe elegir entre los propios y los de un tercero a quien administra.

C. AGILIDAD EN LA ENAJENACIÓN DEL BIEN

El fiduciario, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se encuentra facultado para enajenar el o los bienes fideicomitidos y satisfacer los créditos garantizados (art. 6 ley 24.441). El ejercicio de esta facultad se desarrolla con naturalidad dentro de la estructura del fideicomiso, a tal punto que ni siquiera puede calificarse como ejecución.

D. AMPLITUD DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL PARA REGULARLO

A diferencia de la hipoteca que exige con máximo rigor el requisito de la especialidad, la regulación del fideicomiso en la ley 24.441 no tiene tal limitación, por lo cual cabe mayor amplitud al momento de la regulación contractual. Por otra parte, el fideicomiso, al acceder a regulaciones contractuales de la más diversa complejidad, permite una protección más amplia porque no se reduce a un monto en dinero, sino que se extiende a toda la gama de las obligaciones implicadas y en toda su extensión.

E. MÁS PROTECCIÓN QUE LA DERIVADA DE UN PRIVILEGIO

En el fideicomiso, que no genera privilegio por el hecho de haberse convenido (a diferencia de la hipoteca), la protección es más amplia en el sentido que confiere la afectación de uno o varios bienes al negocio garantizado, lo cual es una situación considerablemente más conveniente para el acreedor.

F. TODO TIPO DE BIENES

Cosas muebles e inmuebles, créditos, dinero, valores, y toda clase de derechos. Esta variedad es ilustrativa sobre la ventaja comparativa con los derechos clásicos de garantía.

La diferencia radica entonces en la flexibilidad contractual del instituto que amplía las soluciones negociables, sin reducir las innecesariamente a la liquidación de bienes, que en muchos casos no será aquello que se pretende.

G. LOS COSTOS

Los costos de esta garantía no constituyen un problema, salvo en caso de un tratamiento impositivo inadecuado. No cabe duda, que la transmisión al fiduciario es neutra (ni onerosa ni gratuita) puesto que la finalidad de la misma es de garantía. Por ello, no debieran aplicarse gravámenes sobre dichas transmisiones, porque no implican un negocio (en el sentido de acto sujeto a imposición). Lamentablemente, no es éste el caso, que por si fuera poco varía según sean las jurisdicciones provinciales, con lo cual caemos en la situación de fideicomisos exentos y fideicomisos gravados por el solo hecho del lugar de ubicación de los bienes.

16. RIESGOS

A. ABUSO DEL FIDUCIARIO

Por abuso o incumplimiento del fiduciario se refiere al caso en el cual éste o bien incumple las instrucciones, o bien dispone del o los bienes en forma distinta a la prevista en el contrato.

En el primer caso, será causal de remoción del mismo, tal cual sucede con cualquier otro incumplimiento contractual.

En cuanto a la posibilidad de disponer en forma diferente a la estipulada, es de tener en cuenta:

a) Que la transmisión de dominio fiduciaria no origina una desmembración del dominio. La adquisición del fiduciario, que es la de un dominio imperfecto, significa que el mismo está sujeto a plazo o condición que operan como una limitación de naturaleza personal. Por lo tanto, la posibilidad de abuso existe. No obstante se ha afirmado que frente a terceros el antiguo propietario tiene acción reivindicatoria contra terceros poseedores (arg. art. 2670, Cód. Civil), tratándose de bienes inmuebles.

b) Que esta posibilidad de abuso existe respecto a cosas muebles, incluyendo el dinero.

c) Que en materia inmobiliaria el riesgo prácticamente desaparece, ya que al tenor de la diligencia exigible al subadquirente (consistente en tener a la vista el título de propiedad y certificados de dominio del inmueble, más el pertinente estudio de títulos -arg. art. 1051, Cód. Civil-) jamás podría invocar la buena fe requerida para mantener su adquisición.

d) Que el contrato de fideicomiso habrá de prever estipulaciones que impidan u obstaculicen al fiduciario estos excesos.

B. FALTA DE CAUSA

El fideicomiso no es un fin en sí mismo, constituye un medio para llevar a cabo un negocio, al que accede para dotarlo de garantía. Es un negocio accesorio. Por ello, en caso de no exteriorizarse esta causa, carecería de valor.

Esta situación, no obstante, se advierte en la práctica en numerosos fideicomisos, que so pretexto de no exteriorizar aspectos comerciales del negocio (montos, comisiones, beneficios) quedan desprovistos de causa, con el riesgo de afrontar mercedamente la impugnación de invalidez por ausencia del negocio principal.

En el caso de los negocios inmobiliarios el problema tiene mucha mayor trascendencia, por la proyección de dicho defecto en la titulación inmobiliaria. El concepto de título (acto jurídico causal fuente de la adquisición) requiere la identificación del negocio principal, del cual el fideicomiso es su garantía. Por lo expuesto, el fideicomiso en sí mismo, no es causal de adquisición.

17. CASOS DE APLICACIÓN PRÁCTICA

En este apartado se busca poder clarificarle al lector la cantidad de aplicaciones y variables que posee la figura del fideicomiso en el sector inmobiliario. La figura del fideicomiso se destaca, entre otras cosas, por su flexibilidad para generar distintas oportunidades y variables de negocios. Estos casos prácticos que Bressan (1999) enuncia en su obra, son algunos de las formas en que pueden utilizarse los fideicomisos inmobiliarios en la realidad económica.

A. CASO 1

Se trata de un propietario de un terreno que transfiere el dominio fiduciario a una constructora, quien luego de construir el edificio le transmite unidades funcionales en compensación y comercializa el resto.

Este es el caso más frecuente que ocurre en la práctica. Se trata generalmente de un fiduciante, dueño del inmueble, que no cuenta con capacidad económica para construir un edificio, por lo que acuerda con un desarrollista o una constructora que construya el edificio, lo afecte al régimen de propiedad horizontal, entregue a cambio determinadas unidades al fiduciante y el resto las transfiera a sus adquirentes.

Bajo las figuras clásicas el negocio plantea serios inconvenientes:

- a) Ningún inversor desea realizar una considerable inversión propia sobre un terreno ajeno (Freire, 1997), ya que por aplicación del principio de accesión las mejoras quedarían incorporadas al dominio del propietario del suelo, restando para el constructor una mera acción personal;
- b) La constructora no desea inmovilizar capital en la compra de un inmueble costoso;
- c) No puede utilizarse el derecho real de superficie;
- d) Si el dominio no se transfiere, los acreedores del propietario del suelo podrían agredirlo patrimonialmente; y más aún, el propietario del suelo podría verse envuelto en un proceso falencial; todo con los consecuentes perjuicios para el desarrollista;

e) De parte del propietario del suelo, la figura lo protege de los riesgos económicos propios de la empresa constructora.

Estas desventajas pueden ser superadas a través de un fideicomiso. En este caso, el propietario del suelo (fiduciante) celebra un contrato de fideicomiso con una constructora (fiduciario), quien se compromete a construir un edificio, afectarlo a pre horizontalidad o propiedad horizontal, comercializar las unidades y, finalmente, transferir ciertas unidades al fiduciante (en rol de fideicomisario) y las restantes a los eventuales adquirentes (fideicomisarios o beneficiarios). Por dicha labor recibe la remuneración pactada.

B. CASO 2

Variante del anterior: Los fiduciantes son a) el propietario del terreno; b) inversores de capital. El fiduciario es la empresa constructora.

En estos casos se visualiza la ventaja integradora que presenta el fideicomiso. Tradicionalmente podría atenderse este negocio a través de un contrato de locación de obra, una sociedad, un mandato y mutuos, con las desventajas ya consideradas. Por el contrario, con el fideicomiso pueden ampararse los diversos intereses de los actores de este negocio.

C. CASO 3

El propietario de un fondo de comercio de un hotel así como del inmueble donde radica, se encuentra sin capital ni entusiasmo para insertarlo en las nuevas modalidades de comercialización, acuerda con una cadena hotelera que ésta lo tome a los fines de su administración e inversión.

La cadena hotelera (fiduciaria) deberá administrar y explotar comercialmente el hotel, construir un nuevo sector de éste, el que podrá explotar como hotel y bajo el sistema de tiempo compartido, percibiendo un porcentaje importante de las utilidades netas. Luego de quince años, deberá transmitir el fondo de comercio y el inmueble a los hijos del fiduciante.

D. CASO 4

Se trata de un propietario de un inmueble (empresa constructora o desarrollista o entidad intermedia) cuenta además con un proyecto urbanístico interesante (club de campo, condominio, barrio cerrado), pero no dispone de los recursos financieros para desarrollarlo o no desea utilizar fondos propios.

Obtiene un acuerdo con un banco o entidad financiera que estudia el proyecto y resuelve suministrar el financiamiento. Asimismo gestionará el proyecto y comercializará las unidades, imputando las primeras ventas a la amortización del crédito global hasta su cancelación. Transferirá las unidades vendidas a los adquirentes (beneficiarios) y el remanente será para el fiduciante (en su rol de fideicomisario).

El caso brinda garantías al financista y a los adquirentes, mejorando ostensiblemente el caso del mutuo hipotecario. Por otra parte, dado el análisis y gestión del proyecto por el financista, surgirá de modo secundario la colocación de los créditos hipotecarios a los adquirentes.

E. CASO 5

Variante de los anteriores: el propietario del terreno y/o los inversores transfieren el terreno y/o el dinero a un administrador (fiduciario).

Éste último toma la encomienda de: a) adquirir el terreno (si los fiduciantes son sólo inversores dinerarios); b) contratar una empresa constructora, quien deberá desarrollar la obra conforme los planos y demás documentación técnica aportada por los fiduciantes; c) supervisar el desarrollo de la obra; d) afectar a pre horizontalidad, propiedad horizontal, gravar con hipotecas o cuanto acto resulte necesario para la posterior transferencia de unidades; e) comercializar las unidades a ese efecto; f) transferir las unidades correspondientes a los fiduciantes y a los adquirentes (beneficiarios o fideicomisario). El fiduciario recibirá una contribución por su función.

Este caso es más simple que los anteriores. Permite la formación de un patrimonio de afectación de distintos actores bajo la gestión de un tercero especializado, concediendo a los fiduciantes una cierta libertad respecto de su inversión. La persona o entidad del fiduciario reviste aquí una importancia clave, al igual que la elección del fiduciario sustituto.

Podrá acompañarse al fiduciario en las decisiones con un comité consultor (auditores); este comité podrá estar conformado por los propios fiduciantes o por terceros designados por éstos.

Se visualiza una reducción de costos derivados de la innecesaridad de contratar pólizas de caución, avales, hipotecas y otras garantías que amparen el cumplimiento de las partes.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso constituye un ente contable desde el punto de vista económico ya que posee un conjunto de recursos económicos (bienes fideicomitados) destinados a satisfacer alguna necesidad objeto del contrato y un centro de decisiones independientes (fiduciario) con respecto al logro de los fines propuestos. Por lo tanto deberá llevar una contabilidad organizada y emitir información contable.

Esto se manifiesta en la exigencia legal del artículo 7 de la ley 24.441 que tiene el fiduciario de rendir cuentas al fiduciante o si los hubiera a los fideicomisarios.

La registración, valuación y exposición del fideicomiso dependerá de las cláusulas establecidas en cada contrato en particular, la realidad económica y el criterio del profesional en ciencias económicas, el cual deberá aplicar los conceptos generales emanados de las distintas Resoluciones Técnicas de la FACPCE vigentes.

En la actualidad no existen resoluciones técnicas que traten el tema específicamente de la figura del fideicomiso. El único estudio técnico realizado sobre el tema en el país es el informe 28 emitido por la Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, denominado Tratamiento Contable del Fideicomiso, que es un antecedente bibliográfico pero no constituye una norma profesional.

Los registros contables del fideicomiso permiten a las personas vinculadas al mismo, recibir información actualizada, por lo tanto, las operaciones deben ser registradas en un sistema contable adecuado: las cuentas del fideicomiso deben mostrar autenticidad e imparcialidad sobre la situación patrimonial y financiera del mismo, el resultado de sus operaciones, la evolución del patrimonio neto y el flujo de efectivo del ejercicio contable conforme a las normas contables profesionales.

En síntesis, si bien no hay normas contables específicas para el fideicomiso y ante el vacío formativo, deberíamos aplicar las resoluciones técnicas 16 y 17 para la valuación de los rubros y las RT 8 y 9 para la exposición, hasta tanto la FACPCE se expida.

En este punto desarrollaremos los diferentes tratamientos contables del fideicomiso, ya que existen diversas alternativas, dependiendo las mismas de las distintas clases de fideicomiso y/o contratos que los regulan, especialmente, si existe contraprestación relacionada con la transmisión fiduciaria. Para ello utilizaremos el informe número 28 mencionado anteriormente.

Es necesario saber, cual es el responsable de llevar el registro del fideicomiso como patrimonio separado y emitir así los estados contables. En este caso se tratará de establecer qué característica deben

cumplir estos estados. Además se requiere que los participantes del contrato de fideicomiso informen en sus estados contables acerca de los derechos y obligaciones emergentes de dicho contrato.

1. TRANSMISIÓN FIDUCIARIA CON CONTRAPRESTACIÓN

En el caso que el fiduciante recibe una contraprestación por la transmisión fiduciaria de los bienes, se registrará como una operación de venta en los libros del fiduciante, cuando éste, al transferir la propiedad fiduciaria, transfiera efectivamente el control de los bienes fideicomitidos.

Se deben cumplir ciertos requisitos para que la transmisión fiduciaria se contabilice como una operación de venta en la contabilidad del fiduciante:

- El fiduciante transfiere al fideicomiso los futuros beneficios económicos que producirán los bienes fideicomitidos. Este requisito no se cumple si el fiduciante retiene la opción de readquirir los bienes fideicomitidos. No se considera que dicha opción exista cuando el contrato prevea la posibilidad de igualar la oferta de un tercero para readquirir los bienes fideicomitidos.
- En caso de que la transmisión fiduciaria se efectúe con la obligación por parte del fiduciante de hacerse cargo de pérdidas relacionadas con los bienes fideicomitidos, pagando el monto de la pérdida o reemplazando los bienes fideicomitidos, el fiduciante deberá realizar una estimación razonable de las pérdidas futuras y gastos conexos relacionados con dichos bienes. Se considera que no existe venta cuando el fiduciante no pueda efectuar dicha estimación.
- El contrato de fideicomiso no puede obligar a readquirir los bienes fideicomitidos o solo lo podría hacer en una proporción poco significativa.
- La transmisión fiduciaria del activo en fideicomiso no se realiza en garantía de obligaciones del fiduciante o de terceros (fideicomiso de garantía).

A. EN LA CONTABILIDAD DEL FIDUCIANTE

El fiduciante, si llevara la registración contable de sus operaciones, tendrá que registrar en su contabilidad la transmisión fiduciaria de los activos involucrados en el contrato; deberá dar de baja los activos sujetos a la transmisión y registrará como contrapartida el o los activos en su caso, recibidos como contraprestación. Cuando la transacción se realice por un valor distinto al valor de libros de los activos involucrados, se deberá registrar dicha diferencia como resultado.

B. EN LA CONTABILIDAD DEL FIDEICOMISO

Los bienes fideicomitidos se incorporarán en la contabilidad del fideicomiso a los valores previstos en el contrato o según lo establecido en las normas contables profesionales vigentes para cada tipo de activo.

La ley 24.441 no trata la contabilización del fideicomiso; sin embargo en el año 1995 se dictó el decreto 780; en su artículo 1 se estableció lo siguiente: “En todas las anotaciones registrales o balances fideicomitidos, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación en fideicomiso”.

La contrapartida de dicha registración será la que refleje más apropiadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios.

Conforme a las disposiciones de la ley 24.441, la financiación de los activos fideicomitidos se efectuará a través de títulos de deuda y/o certificados de participación. Los títulos de deuda deberán registrarse como “pasivo fiduciario”.

A su vez, los certificados de participación constituyen o integran el denominado “patrimonio neto fiduciario” y como tal serán registrados integrando dicho rubro.

Las transacciones que se dan con posterioridad, durante el ciclo de duración del fideicomiso, como resultado de la gestión del fiduciario (tales como pago de intereses, impuestos y gastos; cobranzas de cuotas de hipotecas o prendas o alquileres), deberán registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

2. TRANSMISIÓN FIDUCIARIA SIN CONTRAPRESTACIÓN

Si el fiduciante no recibe ninguna contraprestación por la transmisión fiduciaria y además existe una probabilidad remota de que el fiduciante readquiera los bienes fideicomitidos, dichos bienes deberán ser dados de baja del activo del fiduciante y deberá reconocerse la pérdida correspondiente.

Este procedimiento se podrá exponer en nota a los estados contables, para poder brindar a los usuarios de los mismos, la información necesaria para la toma de decisiones.

3. TRATAMIENTO EN LA CONTABILIDAD DEL FIDUCIARIO

El fiduciario registrará en sus libros los resultados devengados por su gestión, tales como honorarios, comisiones, etc. A su vez puede reflejar en notas a los estados contables o en cuentas de orden, su responsabilidad como fiduciario sobre los bienes fideicomitidos.

Es importante aclarar que será el fiduciario quien recuente los bienes y los registre en la contabilidad del fideicomiso y además se comprometa a registrarlos en un patrimonio separado al de su persona.

4. PRINCIPALES CUENTAS CONTABLES A EMPLEAR

Teniendo en cuenta lo expresado, el uso de distintas cuentas contables dependerá del caso en que nos encontremos y la realidad económica del negocio subyacente. A modo de ejemplo se describen las principales cuentas que se utilizan en la contabilidad de los distintos sujetos intervinientes:

- *Derechos por transmisión de bienes fideicomitidos*: esta cuenta refleja el derecho futuro que tiene el fiduciante cuando también ocupa el lugar del fideicomisario, es decir, es el destinatario de los

bienes cuando finalice el contrato. Al momento de la celebración de dicho contrato deberá debitarse y se acreditará cuando se produzca el vencimiento del mismo. Dependiendo de la naturaleza del negocio esta cuenta podrá ser incluida en el rubro “Inversiones” dentro del activo no corriente o corriente según sea el caso.

- *Bienes entregados en fideicomiso*: se usa en la contabilidad del fiduciante como contrapartida de la cuenta anterior y es una cuenta regularizadora de activo. Al ser el fiduciante fideicomisario, la realidad del negocio subyacente impide que se den de baja directamente los activos transmitidos con propiedad fiduciaria y por lo tanto se refleje el hecho con esta cuenta regularizadora. Se acredita cuando se celebra el contrato y se debita al vencimiento del mismo. En el caso de que el fiduciante sea una persona distinta del fideicomisario, podrán darse de baja los activos correspondientes y deberá reconocerse la pérdida correspondiente.

- *Bienes recibidos y Resultado positivo*: Ambas cuentas son utilizadas por el fideicomisario cuando es una persona distinta del fiduciante. La primera es una cuenta de activo y según el tipo de bien que reciba se incluirá en los distintos rubros, como por ejemplo “Bienes de Uso” cuando se trate de un inmueble y se debitará cuando se reciban dichos bienes. Como contrapartida se acreditará una cuenta de resultado positivo que refleje la ganancia extraordinaria. Estas cuentas serán usadas cuando finalice el contrato de fideicomiso y corresponda la transmisión de los bienes al fideicomisario.

- *Bienes recibidos y Beneficio por fideicomiso*: Estas cuentas son utilizadas en la contabilidad del beneficiario al momento de percibir el resultado de la explotación del fideicomiso y todas las veces que esto suceda. La primera es una cuenta de activo y su denominación y rubro donde se incluya dependerá del tipo de bien que se trate. Si se trata de dinero en moneda de curso legal se debitará la cuenta “Caja” dentro del rubro “Caja y Bancos” al momento de recibirlo y como contrapartida se acreditará una cuenta de resultado que refleje la ganancia.

- *Forma de pago y Servicios prestados u Honorarios*: Estas cuentas serán utilizadas en la contabilidad del fiduciario toda vez que cobre dinero o reciba bienes como contraprestación por los servicios prestados en la calidad de fiduciario. Deberá debitarse una cuenta de activo como por ejemplo “Caja” y acreditarse una cuenta de resultado positivo como por ejemplo “Servicios prestados” reflejando la ganancia ordinaria.

5. ESTADOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO

A. NECESIDAD DE SU PRESENTACIÓN

Cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso así como la gestión o administración involucrada en el contrato de creación lo justifique, el fideicomiso presentará información periódica en forma de estados contables.

Las razones que fundamentan esta conclusión son las siguientes:

- En aquellos casos en que la operatoria contractual del fideicomiso trasciende por su importancia, magnitud o significatividad los intereses de las partes involucradas directamente en dicho compromiso, y se extiende a potenciales demandantes de esta información, es necesaria la emisión de estados contables a efectos de informar a dichos usuarios.

- El considerando expuesto en la primer parte de la resolución técnica número 8 de la F.A.C.P.C.E. en cuanto a “...que los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica y financiera sobre la situación y gestión de entes públicos y privados”.

- El artículo 6° de la ley 24.441 establece la responsabilidad de administración e información que le corresponde al fiduciario, quien debe obrar “...con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”. El deber de informar surge del artículo 7° la ley 24.441, que textualmente indica: “el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas...”. “En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año.”

- Cabe destacar, que por el decreto 780/95 en su artículo 1° no se establece la obligatoriedad de emitir estados contables, pero sí se determina la necesidad de presentar estados contables al referirse que deberá constar la condición de propiedad fiduciaria en los balances relativos a los bienes fideicomitidos.

- La resolución general 271/95 de la Comisión Nacional de Valores, que regula los fideicomisos financieros, estableció un régimen informativo trimestral que debe presentar el fiduciario por cada fideicomiso que administre mediante estados contables independientes según los plazos fijados para el régimen de oferta pública.

B. ESTADOS CONTABLES BÁSICOS A PRESENTAR

Los estados contables básicos que deberán presentar los fideicomisos son:

- El estado de Situación Patrimonial Fiduciario.
- Estado de Evolución del Patrimonio Neto Fiduciario.
- Estado de Resultados Fiduciarios.
- Estado de Flujo y Efectivo de Fondos Fiduciarios.

Cabe destacar, que todos los estados contables deberán cumplir con las Normas Contables Profesionales vigentes, en cuanto a su contenido y exposición de la información que comprenden dichos estados.

El consejo Profesional de Ciencias Económicas considera recomendable, que el Estado de Origen y Aplicación de Fondos, dadas las características de información de los fideicomisos, se exponga mediante la alternativa de las causas de variación de los fondos, con el criterio directo de exposición de los fondos generados o aplicados a operaciones.

Los rubros, estarán denominados, por la identificación del fideicomiso, es decir “Bienes en fideicomiso, pasivo fiduciario, etc.”

C. INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA

Además de la información que se presenta en notas y anexos complementarios, se deberá incorporar aquella que explique los aspectos relevantes y las características del contrato de fideicomiso. Es importante que para brindar información a los usuarios se coloque la identificación del fiduciante y del fiduciario, cuál es el objeto y el objetivo del fideicomiso, cuál es su plazo de duración y quién es el beneficiario de los bienes una vez vencido el fideicomiso.

Teniendo en cuenta las especiales o particulares características de los contratos de fideicomiso, se deberá explicar en las notas el motivo por el cual no se emite alguno de los estados contables básicos.

D. INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA EN LOS ESTADOS CONTABLES DEL FIDUCIANTE Y DEL FIDUCIARIO.

Tanto el fiduciario como el fiduciante deberán exponer los aspectos relevantes y las características del contrato de fideicomiso y los derechos y obligaciones de las partes en la información complementaria a sus estados contables.

a) Información complementaria del fiduciante

Deberán explicarse los motivos por los cuales se seleccionó una de las dos alternativas previstas cuando se trata de una transmisión fiduciaria con contraprestación, y en aquellos casos en que los bienes fideicomitidos hayan sido dados de baja del activo del fiduciante, pero exista la posibilidad de readquirirlos.

b) Información complementaria del fiduciario

Deberá suministrar los ingresos y gastos derivados de su gestión como fiduciario, e información resumida sobre los contratos de fideicomiso que están a su cargo, incluyendo para cada uno de ellos la clase de los bienes fideicomitidos, el total del activo, del pasivo, del patrimonio neto fiduciario y del resultado del período o ejercicio.

6. PUNTOS IMPORTANTES A TENER EN CUENTA EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

A. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

Como ya se ha comentado, una de las características de este contrato es que los bienes constituidos en fideicomiso forman un patrimonio autónomo. El fiduciario para llevar correctamente las registraciones contables pertinentes al patrimonio del fideicomiso debe hacer un inventario de los bienes; debe tomar nota detallada de todos los bienes que recibe por el fiduciante para constituir el fideicomiso.

B. RENDICIÓN DE CUENTAS

El fiduciario debe cumplir la función de gestión que se le ha sido encomendado por el fiduciante; dicha rendición de cuentas no es otra cosa que la presentación de los estados contables básicos del fideicomiso. Además, puede hacerse en distintos momentos; ello dependerá de lo que esté establecido en el contrato o en la legislación (se exige por lo menos una vez al año).

En algunos países la no rendición de cuentas dentro del plazo previsto por la ley constituye justa causa para solicitar la remoción del fiduciario. En otros, si bien tal disposición no se consagra en forma expresa, pensamos que debe llegarse a idéntica conclusión, pues si una de las obligaciones del fiduciario es rendir cuentas, el incumplimiento de la misma implica un incumplimiento del encargo y, por consiguiente, una razonable causal para pedir remoción.

CAPÍTULO V

ASPECTOS IMPOSITIVOS DE LOS FIDEICOMISOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para Martín (1999) en cuanto a las alternativas para realizar la inscripción de un fideicomiso como contribuyente, son dos:

- 1) Inscribir al fondo fiduciario per se, siendo ésta la alternativa más prolija y adecuada.
- 2) Inscribir al administrador fiduciario. Esta posibilidad es viable en tanto se identifique adecuadamente al patrimonio fiduciario de que se trate, a fin de distinguir de otros patrimonios o actividades ajenas protagonizadas por el mismo administrador fiduciario. En este caso, podría resultar complejo la identificación y seguimiento de los créditos fiscales del impuesto al valor agregado.

La segunda alternativa es la que considera al fondo fiduciario como contribuyente de derecho, pero donde las obligaciones activas, formales y materiales, son cumplidas por el administrador fiduciario, siendo éste el obligado a realizar el pago de los gravámenes. Por lo que en caso de incumplimiento de las obligaciones fiscales materiales, el fisco tiene la posibilidad de ejercer las facultades de cobro de las obligaciones incumplidas contra la persona del fiduciario, pero siempre con el dinero del fondo.

El fideicomiso no tiene personalidad jurídica pero tiene personalidad fiscal tanto frente al impuesto a las ganancias como al impuesto a los bienes personales.

En el *Impuesto a las Ganancias* los fideicomisos financieros se asimilan a las sociedades de capital, que liquidan al 35%.

En los fideicomisos no financieros, si el fiduciante es el beneficiario y reside en el país, el resultado se le atribuye como renta de 3° categoría en su propia liquidación. Si el fiduciante no es el beneficiario, o si lo es pero está domiciliado en el exterior, el criterio es el mismo que para el fideicomiso financiero.

Los fiduciarios deberían ingresar en cada año fiscal, el impuesto que se devengue sobre las ganancias netas imponibles por el ejercicio de la propiedad fiduciaria.

En el impuesto denominado *Ganancia Mínima Presunta* se dispone el carácter de sujeto pasivo del impuesto. Los únicos fideicomisos que están sujetos al gravamen son los no financieros. Los financieros tributan en cabeza del titular de los títulos.

El decreto 780/95 obliga al fiduciario de fideicomisos no financieros a ingresar el *Impuesto sobre Bienes Personales*. El haber del fideicomiso no financiero tendrá implicancias frente a *Ganancia Mínima Presunta*.

Con respecto al *Impuesto al Valor Agregado* e *Impuesto a los Ingresos Brutos* no hay normas específicas, por lo que el fideicomiso será sujeto de estos impuestos si realiza operaciones gravadas.

2. REALIDAD ECONÓMICA – NEGOCIO SUBYACENTE

En la mayoría de los dictámenes de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) se expresa este principio:

“En cada caso particular se deberán examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre las partes, surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él”.

“Para determinar los efectos impositivos que derivan de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, Fideicomiso Inmobiliario evaluando solamente su estructura jurídica, sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato, sino que es necesario completar el análisis penetrando en las operaciones subyacentes, a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese negocio particular o a los actos que el fiduciario debe ejecutar como consecuencia del contrato”.

Los fideicomisos se encuentran obligados a inscribirse en el Impuesto a las Ganancias y/o el Impuesto al Valor Agregado, en la medida que tengan las características de unidades económicas susceptibles de la generación de hechos imposables (Dictamen AFIP N° 19/2003).

3. EL FIDEICOMISO COMO SUJETO TRIBUTARIO

El Fideicomiso no es persona jurídica pero puede ser sujeto pasivo de impuestos (art. 5° c) Ley 11.683 de Procedimiento Tributario “*los patrimonios destinados a un fin determinado*”) en tanto la ley de cada impuesto lo designe sujeto.

En Ganancias y Mínima Presunta los fideicomisos están explícitamente designados como sujetos.

En IVA se designa sujeto a “*cualquier otro ente individual o colectivo*” (art. 4 °). *Entonces, serán sujetos si realizan hechos imposables.*

En general, basta que la ley de un impuesto defina como sujeto a “quien vende, etc.” es decir “al que realiza el hecho imponible”.

La AFIP asigna la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) al Fideicomiso como sujeto tributario. Resulta posible asignársela al administrador fiduciario siempre que se identifique adecuadamente al patrimonio fiduciario de que se trata, a fin de distinguirlo adecuadamente de otros patrimonios fiduciarios o de actividades ajenas protagonizadas por el mismo administrador fiduciario (Dictamen de la Dirección de Asesoría Legal (DAL) N° 85/97 -ídem 87/99-).

4. EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE SOLIDARIO

El Fideicomiso es contribuyente (“responsable por deuda propia”) por los hechos imposables generados por las operaciones y bienes del Fideicomiso.

El Fiduciario:

- Es responsable por deuda ajena (responsable solidario art 6 inc. e) Ley de Procedimiento Tributario: “administradores de patrimonios”).

- Tiene responsabilidad solidaria y subsidiaria (no es codeudor) – art. 8 Ley de Procedimiento Tributario.

- Es responsable por deuda propia o contribuyente por los impuestos generados por su retribución.

5. ONEROSIDAD

Aquí cabe preguntarse si las operaciones entre Fiduciantes, Fiduciario y Beneficiarios o Fideicomisarios son ¿Onerosas, gratuitas o “en confianza”?

Si se define que son onerosas, entonces hay efectos fiscales. En caso contrario existe neutralidad.

Al respecto, la opinión actual de la AFIP se manifiesta en el Dictamen N° 55/2005 de la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) y en el Dictamen N° 8/2010 de la Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social (DiALIR), estableciendo que la transferencia de dominio realizada por el fiduciante al fiduciario reviste el carácter de oneroso.

Hoy, ya casi nadie sostiene ni aplica a los fines impositivos la idea de no-onerosidad.

6. NATURALEZA DE LAS OPERACIONES ENTRE LAS PARTES

Las operaciones económicas entre las partes (aportes de los fiduciantes, adjudicación de bienes a los beneficiarios) son consideradas, a los fines impositivos, como realizadas entre partes independientes (enajenaciones onerosas de bienes). De tal manera, tienen el tratamiento que le corresponden en cada impuesto (venta, locación de obra o servicio, transferencia de derechos o créditos, etc.)

7. IMPUESTO A LAS GANANCIAS (IG)

Las ganancias y pérdidas de los Fideicomisos siempre están sujetas al Impuesto a las Ganancias porque son entes empresarios (3ra categoría). El Fideicomiso no puede ser Monotributista y las transferencias de inmuebles que realice (ventas o adjudicaciones) no están gravadas por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles, sino por Ganancias.

Entonces, el Fideicomiso tiene que determinar su resultado (ganancia o quebranto) como cualquier sujeto de 3ra categoría, aplicando las reglas de la Ley y el Decreto Reglamentario (DR).

A. REGLA GENERAL

Los Fideicomisos sujetos al IG al 35% (art. 69 a) pto. 6. LIG), son:

- Los Financieros
- Aquellos en los que los Fiduciantes son distintos de los Beneficiarios
- Aquellos en los que los Fiduciantes son Beneficiarios, pero son sujetos del exterior.

En estos casos, para liquidar el impuesto, se aplican las mismas normas que para las SA o las SRL. El Fiduciario es el obligado a calcularlo y a pagarlo.

B. REGLA SUPLETORIA

Se da en el caso de Fideicomiso Ordinario (No Financiero), en el que todos los fiduciantes son beneficiarios y todos son residentes en el país. A este fideicomiso se lo denomina Fideicomiso Ordinario Transparente.

Este Fideicomiso no es sujeto del IG, pues se atribuye la ganancia a los fiduciantes (art. 49 d). El art.70.4 DR ordena atribuir los resultados según el art. 50 LIG, es decir igual que una sociedad de hecho o de personas.

Asimismo, en los casos en que se plantee una situación mixta, en la que concurren fiduciantes beneficiarios junto con otros simples beneficiarios que hayan adquirido tal derecho, por ejemplo, en virtud de un contrato de cesión, por imperativo legal es el Fideicomiso quien debe tributar en los términos del Artículo 69, inciso a), punto 6 de la ley del impuesto, puesto que el único supuesto en que corresponde la exclusión del Fideicomiso como sujeto será cuando exista una total adecuación entre fiduciantes y beneficiarios.

C. ANÁLISIS DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS RESPECTO AL FIDEICOMISO CUYA ACTIVIDAD ES LA CONSTRUCCIÓN

La actividad de la construcción como tal está gravada por el impuesto a las ganancias. Para su mejor comprensión, respecto al tratamiento impositivo en el Fideicomiso, a continuación daremos una explicación general sobre las distintas modalidades de construcción:

1. Como Condominio: Se realiza una obra en la cual se construyen diez (10) departamentos. Cinco (5) corresponden al condómino A, y cinco (5) al condómino B. Aquí no hay transferencia de dominio porque el condominio por sí mismo se divide. Si no hay transferencia de dominio no hay impacto impositivo. Lo que sí tiene impacto impositivo es lo que realice cada condómino con sus departamentos:

- Si A los vende, entonces A hizo construcción y venta.
- Si B se los queda y los vende años después, eventualmente pagará Impuesto a la Transferencia de Inmuebles (si B es persona física).

2. Como Sociedad: La sociedad de dos (2) accionistas, construye diez (10) departamentos. Cinco (5) para cada uno de los socios. La gran diferencia con el condominio es que hay transferencia de dominio, y ésta se considera a título oneroso. Puede o no haber ganancia. Impositivamente se considera una venta. (art. 57 Ley IG, art. 71 Decreto Ley IG). La ley y el decreto establecen valor de plaza.

3. Como Fideicomiso: El tratamiento es similar al de la Sociedad. El Fideicomiso construye, existiendo el Fiduciante/Beneficiario A y el Fiduciante/Beneficiario B.

Del Fideicomiso al Fiduciante/Beneficiario hay transferencia de dominio onerosa. Como el art. 57 de la ley y el art. 71 del Decreto se refieren únicamente a sociedades, se entiende que la aplicación de valor de plaza es para la transferencia de dominio entre sociedad y accionistas. Nada establece sobre fideicomisos, por lo que se entiende que la transferencia puede ser al costo.

Si el Fideicomiso vende a terceros, hay ganancia. Dado que hay un vacío legal al respecto, el Fisco tiene dos caminos para determinar:

- Uno es la realidad económica: quiénes son los beneficiarios, qué hicieron después de la transferencia.

- Otro es la aplicación del art. 18 b) de la ley de procedimientos que es la posibilidad del fisco de impugnar los precios de escritura si son notoriamente inferiores al valor de plaza.

D. FECHA DE CIERRE DEL EJERCICIO FISCAL:

El DR del IG establece el 31 de Diciembre como cierre obligatorio para los Fideicomisos del art. 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (art. 70.1 DR remite al art. 18 LIG primer párrafo).

No obstante los Fideicomisos podrían elegir fecha de cierre si llevan libros que les permitan confeccionar balances en forma comercial (supremacía del art. 18 LIG sobre el DR).

No existe norma que obligue a llevar contabilidad y a practicar balance comercial, aunque conviene hacerlo.

8. IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA (IGMP)

El art 2, inciso f), de la ley 25.063(LIGMP) establece:

- "Son sujetos pasivos del impuesto: ...Los Fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto los Fideicomisos Financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley".

- El art 3, inciso f) de la LIGMP exime del tributo a: "...los bienes entregados por fiduciarios, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del artículo 2...".

A. REGLA GENERAL

Todos los Fideicomisos Ordinarios son sujetos del IGMP (obtengan o no obtengan ganancia, sean o no sujetos pasivos del Impuesto a las Ganancias).

Si el Fideicomiso es sujeto del Impuesto a las Ganancias y también del IGMP, no hay problema ya que el mismo fideicomiso compensa ambos impuestos (que son complementarios). Es decir, se podrá computar el IGMP pagado durante la construcción, en un fideicomiso inmobiliario, contra el Impuesto a las Ganancias de la venta o adjudicación.

Si el Fideicomiso no es sujeto del Impuesto a las Ganancias (Fideicomiso Ordinario Transparente), igual será sujeto del IGMP. Entonces el IGMP pagado por el Fideicomiso lo pueden computar los Fiduciantes-Beneficiarios.

Repasando conceptos, el art. 12 de la ley IGMP establece para ciertos activos, que el primer y segundo año no están gravados por el impuesto. Entre ellos, la construcción de inmuebles. Esto no se aplica al Fideicomiso porque para el Fideicomiso ese inmueble es un bien de cambio.

Otro tema a considerar es el tomar el pago de GMP como pago a cuenta de ganancias. Cuando el Fideicomiso construye, no obtiene ganancias inmediatas, porque posiblemente la construcción demore varios años, por lo que va a pagar GMP, y lo va a poder tomar como pago a cuenta de ganancias, hasta 10 años.

Cuando el Fideicomiso es sujeto del Impuesto a las Ganancias, no existen problemas en tomar el pago a cuenta del IGMP.

Si el Fideicomiso no genera nunca impuesto a las ganancias, el IGMP se pasa anualmente a cada uno de los beneficiarios, mediante la rendición de cuentas porque no hay ninguna norma fiscal o aplicativo, con lo cual, basta la rendición de cuentas (Dictamen 13/2006).

Ese pago a cuenta de IGMP que tiene el beneficiario, solo lo puede imputar contra ganancias generadas por el fideicomiso.

Si pasan los 10 años, y el fideicomiso no obtuvo ganancias porque la transferencia es al costo, lo pagado en concepto de IGMP se pierde.

B. FIDUCIANTE-BENEFICIARIO EXENTO EN IMPUESTO A LAS GANANCIAS:

Con respecto al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, en principio, los fideicomisos de carácter no financieros constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del gravamen. No obstante ello, en el caso de fideicomisos cuyo fiduciante-beneficiario se encuentra subjetivamente exento en el impuesto a las ganancias, en la medida que la finalidad del fideicomiso responda al objeto social que justificó el tratamiento exentivo de aquel, el fondo fiduciario no revestirá el carácter de sujeto pasivo del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. (Dictamen de la DAT N° 74/2004)

9. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES (IBP)

Las modificaciones de la ley 26.452 a la Ley 23.966 (LIBP) establecen:

1. Los bienes que integran el patrimonio fiduciario en los Fideicomisos No Financieros, quedan alcanzados por el Impuesto sobre los Bienes Personales;

2. El impuesto es liquidado e ingresado por el fiduciario, quien actúa como responsable sustituto en los términos del artículo incorporado a continuación del 25 de la ley, del cual se transcribe la parte pertinente:

"Art. ... - El gravamen... será liquidado o ingresado..., y la alícuota a aplicar será del 0,50%" sobre el valor de los bienes (activo) del Fideicomiso, y no sobre el Patrimonio Neto.

"... Tratándose de Fideicomisos... el gravamen será liquidado e ingresado por quienes asuman la calidad de fiduciarios, aplicando la alícuota indicada en el primer párrafo sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año...".

3. Las personas físicas que entregan bienes en carácter de fiduciantes a los Fideicomisos No Financieros, no deberán considerar dichos bienes dentro de la base para la determinación del impuesto.

No obstante, esto sólo será procedente si el Fideicomiso hubiera ingresado el impuesto a su vencimiento.

10. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA)

A. REGLA GENERAL

La ley de IVA no prevé el tratamiento del Fideicomiso. La ley de IVA no define quienes son sujetos del impuesto. Desde el 1/12/90 la ley 20.765 describe a los sujetos como cualquiera que haga actividad gravada. Por lo tanto, si el Fideicomiso realiza una actividad gravada, corresponde aplicar el tributo.

El fideicomiso es sujeto pasivo de IVA en la medida que realice hechos impositivos:

- Venta de cosas muebles
- Locaciones de obras y servicios
- Importaciones de bienes o servicios
- Obras sobre inmueble propio

El Fideicomiso no puede ser Monotributista. Si el Fideicomiso va a realizar hechos impositivos, corresponde que se inscriba como Responsable Inscripto desde su constitución para que acumule Crédito Fiscal durante su desarrollo.

Según la ley de IVA, respecto a construcción, el artículo 3º establece:

"Art. 3º - Se encuentran alcanzadas por el impuesto de esta ley las obras, las locaciones y las prestaciones de servicios que se indican a continuación:

a) Los trabajos realizados directamente o a través de terceros sobre inmueble ajeno, entendiéndose como tales las construcciones de cualquier naturaleza, las instalaciones -civiles, comerciales e industriales-, las reparaciones y los trabajos de mantenimiento y conservación. La instalación de viviendas prefabricadas se equipara a trabajos de construcción. b) Las obras efectuadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio.”

De acuerdo a la ley de IVA, art. 3º inc. a), si el fideicomiso se construye sobre inmueble ajeno, no hay duda y está gravado. De acuerdo al inc. b) la obra sobre inmueble propio también está gravada. Pero qué es inmueble propio: el fisco sostiene que la figura es “obra sobre inmueble propio” y así lo determinó en varios dictámenes (Dictamen 18/2006), donde sostiene que “La actividad de construcción a desarrollar por el fideicomiso sobre un inmueble adquirido por éste en cumplimiento del pacto de fiducia, encuadra en el hecho imponible definido en el inciso b) del artículo 3º de la ley, obras sobre inmueble propio...”. Si bien existe doctrina en contrario, para el fisco si el Fiduciario construye en el inmueble del fideicomiso ese inmueble se considera propio.

Si se considera que el hecho imponible es obra sobre inmueble propio, el sujeto está encuadrado en el art. 4 inc. d) de la ley de IVA:

“Art. 4º inc. d) Son sujetos pasivos del impuesto quienes sean empresas constructoras que realicen las obras a que se refiere el inciso b) del artículo 3º, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse, incluidas las empresas unipersonales. A los fines de este inciso, se entenderá que revisten el carácter de empresas constructoras las que, directamente o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble.”

A partir de lo expuesto se concluye que el Fideicomiso es el sujeto pasivo del impuesto, dado que la ley de IVA grava la enajenación de obras efectuadas sobre inmueble propio a que se refiere el artículo 3º inc. b), realizadas, según el artículo 4º por quienes sean empresas constructoras.

En la práctica se inscribe al Fideicomiso en IVA y se acumula el Crédito Fiscal de las compras.

Qué ocurre cuando se transfiere la propiedad una vez finalizado el contrato de fideicomiso; con respecto a esto existe amplia doctrina que sostiene que la transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario (primer transmisión) como del fiduciario al destinatario final (fiduciante beneficiario o fideicomisario), son actos a título gratuito. La posición del fisco es que la contraprestación es onerosa (dictamen 18/2006). Cuando se transfiere la propiedad a los beneficiarios, es necesario analizar el destino que cada uno le dé a la misma. De corresponder ingreso de impuesto, y no ingresarse, el fiduciario es el responsable por el impuesto que no se ingrese.

B. HECHO IMPONIBLE Y SUJETO

Según el art. 5 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario y 4 de la ley de IVA, el Fideicomiso es potencialmente sujeto, en tanto realice hechos imponibles

El Dictamen de la DAT N° 19/2003 y el Dictamen de la DAL N° 49/97 expresan: “en cuanto al Impuesto al Valor Agregado, el artículo 4° de la Ley del gravamen prevé que resultan sujetos pasivos del mismo quienes realicen alguna actividad gravada. En consecuencia, la inscripción de los fondos fiduciarios que nos ocupan depende de la generación o no de los hechos imponibles definidos por el aludido plexo normativo”.

Según el Dictamen de la DAT N°18/2006, el Fideicomiso Inmobiliario realiza “obra sobre inmueble propio” (art. 3° b) y es sujeto por ser empresa constructora (Ídem Dictamen DAL N° 59/03).

11. IMPUESTO A LOS INGRESOS BRUTOS (IIBB)

El art. 159 del Código Fiscal de la provincia de Mendoza establece:

El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la Provincia de Mendoza del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso –lucrativa o no- cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos, aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza), estará alcanzado por un impuesto sobre los ingresos brutos en las condiciones que se determinen en los artículos siguientes.

La habitualidad deberá determinarse teniendo en cuenta especialmente la índole de las actividades, el objeto de la empresa, profesión o locación y los usos costumbres de la vida económica.

Se entenderá como ejercicio habitual de la actividad gravada, el desarrollo en el ejercicio fiscal, de hechos, actos u operaciones de la naturaleza de las gravadas por el impuesto, con prescindencia de la cantidad o monto, cuando los mismos sean efectuados por quienes hagan profesión de tales actividades...

Por su parte el art. 160 enumera taxativamente las operaciones realizadas dentro de la provincia que están alcanzadas por el impuesto sin importar si las mismas son realizadas en forma habitual o esporádica. Se debe analizar entonces si esas operaciones son realizadas por el fideicomiso para ver si se encuentran gravadas o no.

Con respecto al sujeto pasivo del impuesto, el Código Fiscal en su art. 163 establece que: “Son contribuyentes del impuesto las personas físicas, sociedades con o sin personería jurídica, uniones transitorias de empresas y demás entes que realicen las actividades gravadas...”

En función de lo expuesto, son características esenciales, para la aplicación del impuesto: a) la habitualidad; b) la onerosidad en el ejercicio de las operaciones y; c) la realización en la jurisdicción de la provincia de Mendoza.

Salvo aquellas operaciones que sin ejercerse en forma habitual, se encuentran gravadas.

Cabe aclarar que en el impuesto a los ingresos brutos no se pone énfasis en el sujeto que realiza las actividades sino que recaigan dentro del objeto del impuesto, es decir, no interesa quién las realice sino que las mismas se encuentren gravadas.

Para finalizar, respecto a los ingresos que obtenga el fideicomiso como consecuencia de las actividades realizadas por el fiduciario en cumplimiento del encargo, estarán alcanzados siempre y cuando dichas actividades se realicen con habitualidad y a título oneroso, o bien sin ser habituales, estén encuadradas en el art.160 del Código Fiscal de la provincia.

12. IMPUESTO A LOS SELLOS

Las características principales de este gravamen son:

- **Onerosidad:** es una característica indispensable para que el contrato se encuentre dentro del objeto del impuesto.
- **Instrumentación:** tributa por el solo hecho de su existencia material, independientemente de su validez o eficacia jurídica.
- **Territorialidad:** tributan si son emitidos en la provincia de Mendoza o si producen sus efectos en ella.
- **Interdependencia:** el impuesto se establece para cada acto, contrato, obligación y operación, aun cuando se formalicen en un mismo instrumento.
- **Instantaneidad:** todas las obligaciones se consideran puras y simples, y tributan independientemente del cumplimiento de las condiciones a que estén sujetas en el momento de su instrumentación.

Lo que se analiza en este gravamen es la transmisión de la propiedad fiduciaria. Esta transmisión no es efectuada a título oneroso, ya que el fiduciario no paga una contraprestación. Por otro lado, no puede considerársela a título gratuito porque los bienes fideicomitidos no enriquecen al patrimonio fiduciario debido a la separación patrimonial que produce el fideicomiso.

Como corolario de lo anterior, esta transferencia de la propiedad ausente de contenido económico para el fiduciario trae aparejada la no aplicación del impuesto a los sellos.

A. LA TRANSFERENCIA DEFINITIVA DE LA PROPIEDAD AL BENEFICIARIO

Si la transmisión de la propiedad de los bienes se efectúa en forma definitiva por el fiduciario al beneficiario, bastará con determinar si existe onerosidad en dicha transferencia para establecer la aplicación del impuesto, teniendo en cuenta la instrumentación de la operación según lo establecido por el Código Fiscal de la provincia de cada una de ellas. Hay que tener en cuenta que en ciertos casos el beneficiario debe pagar una contraprestación para recibir la propiedad definitiva de los bienes.

B. ACTOS REALIZADOS POR TERCEROS AJENOS EN CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO FIDUCIARIO

En cumplimiento del encargo fiduciario, los actos, contratos, obligaciones u operaciones que realice el fiduciario con terceros ajenos al fideicomiso, están alcanzados por el impuesto siempre que recaigan dentro del objeto del gravamen.

Por otro lado, en cuanto a la celebración del contrato por el cual se constituye el fideicomiso, se debe determinar si en el instrumento se fija una retribución al fiduciario por el cumplimiento del encargo. Si se establece una retribución, se está frente a un contrato a título oneroso y corresponderá el ingreso del impuesto y su importe será el que resulte de aplicar la tasa vigente al monto de la remuneración que se fije para toda la duración del contrato.

Por el contrario, si el contrato establece que el fiduciario no percibe retribución por el desempeño de sus funciones, el mismo se considera que es a título gratuito y no corresponderá la aplicación del gravamen.

Siempre se debe dejar estipulado en una cláusula contractual el carácter de gratuidad, para evitar la presunción de onerosidad establecida en el art. 8 de la ley 24.441. Supuesto en el cual sería de aplicación el art. 229 del Código Fiscal de la provincia de Mendoza, que establece el pago de un impuesto fijo con carácter definitivo cuyo monto dispone la ley impositiva de cada año para los casos de la indeterminación del valor del contrato.

13. EL FIDEICOMISO AGENTE DE RETENCIÓN

Los Fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441 y sus modificaciones, por los pagos vinculados con su administración y gestión, se consideran sujetos obligados a practicar la Retención dispuesta por la Resolución General de la AFIP N° 830.

14. APOORTE DEL TERRENO AL FIDEICOMISO

Si el Fiduciante es una persona física no habitualista en operaciones de compra-venta de inmuebles, la transferencia está gravada con el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles (1,5% del “precio” o valor de plaza).

Si el Fiduciante es un sujeto empresa (sociedad, etc.) o persona física habitualista, el aporte se encuentra gravado con el Impuesto a las Ganancias.

15. REGÍMENES DE INFORMACIÓN

La Resolución General de la AFIP N° 2419, establece:

Los fiduciarios, respecto de los fideicomisos financieros y no financieros que se constituyan en el país, deben informar, respecto del 31-12 de cada año:

a) Apellido y nombres, denominación o razón social, CUIT, CUIL o CDI de los fiduciantes, fiduciarios, beneficiarios y fideicomisarios.

b) Clase o tipo de fideicomiso.

c) Datos identificatorios del o de los bienes y monto total por entregas de dinero o bienes realizados por los fiduciantes en el período a informar, como así también el total acumulado por cada período informado, valuados de acuerdo con el procedimiento de valuación dispuesto por la Ley de Impuesto a las Ganancias.

La Resolución General de la AFIP N° 2763 (que sustituyó a la RG DGI N° 4120), expresamente exceptúa a los Fideicomisos incluidos en el art. 69 inc. a), ap. 6 LIG, de cumplir con el Régimen de Información que establecía la Resolución General (DGI) N° 4120 Participaciones societarias.

CAPÍTULO VI

ASPECTO LABORAL DEL FIDEICOMISO

Si bien es importante la regulación impositiva y legal al momento de la constitución de cualquier clase de fideicomiso, particularmente en el fideicomiso inmobiliario se destaca la importancia de la mano de obra, esencial al momento de realizar cualquier tipo de construcción, ya sea que se trate de una casa, un complejo de departamentos, un edificio o un barrio.

En la actualidad se pueden encontrar dos formas o modalidades distintas:

- a) Contratar a una empresa constructor.
- b) Realizar la obra actuando como empleador.

En el primer caso, contratando a una empresa constructora, se trata de la forma más sencilla y también la más utilizada.

La gran ventaja en esta modalidad radica en que es la constructora contratada quien se encarga y responsabiliza por el personal utilizado en la construcción, como así también los materiales y profesionales, a cambio de honorarios pactados mediante el contrato. Cuando se habla acerca de la responsabilidad sobre el personal empleado, se hace referencia al cumplimiento de las leyes laborales, de seguridad, riesgos y previsional.

Puede darse además el caso particular (ver caso 2 de página 58), donde el fiduciario sea la misma empresa constructora, donde en lugar de una remuneración, le corresponde una parte de lo construido (casas, departamentos, etc.).

En el segundo caso, el fideicomiso se encarga de la contratación del personal.

Bajo esta modalidad el fideicomiso actúa siguiendo los lineamientos vigentes para cualquier empresa constructora, debiendo tramitar su inscripción como empleador ante la AFIP (Administración federal de ingresos públicos), DGR (Dirección general de rentas, Subsecretaría de Trabajo, IERIC (Instituto de estadística y registro de la industria de la construcción).

Si bien esta modalidad es menos costosa, se debe tener en cuenta el correcto cumplimiento de todas las leyes vigentes para la rama de la construcción.

La elección de la modalidad a adoptar dependerá, en mayor medida, de la magnitud del emprendimiento. En general sólo los emprendimientos pequeños son los que adoptan la segunda modalidad, es decir, haciéndose cargo de la totalidad de la gestión, incluyendo la contratación del personal. Esto es así porque al disponer de un pequeño capital para la realización de una obra chica y entre pocos inversores, generalmente el capital será bastante limitado y se tratará de realizar la obra lo más eficientemente posible acotando gastos.

Por otra parte, los emprendimientos medianos o grandes optan por contratar una empresa constructora (contratista) que desarrollará el total de la construcción. La gran ventaja de esta modalidad radica en que es la empresa contratista quien se encarga de la contratación de las personas necesarias, así como también responde en cualquier conflicto que pudiera ocurrir, ya sea laboral, previsional, accidentes u otros imprevistos.

CAPÍTULO VII

EJEMPLOS PRÁCTICOS

En este capítulo se detallará y analizará brevemente algunos ejemplos prácticos donde se ha utilizado la figura de fideicomiso como generador de negocios y oportunidades comerciales en la economía argentina.

No es el objetivo realizar un análisis profundo y cuantitativo de estos casos de fideicomiso, se realizará un comentario general de los mismos, el lector interesado en profundizar conceptos y contenidos, encontrará en cada ejemplo la referencia bibliográfica de donde fueron analizados y podrá, de esta forma obtener, más información sobre los mismos.

Nos parece más productivo e interesante brindar varios ejemplos diferentes en esencia, para poder apreciar mejor la figura de fideicomiso y comprender así el porqué de su crecimiento y su importancia en la economía actual. Consideramos que analizar en profundidad un solo ejemplo brindaría una visión simplificada de la aplicación práctica que posee el fideicomiso.

1. LA MORADA DE LOS ANDES

El presidente de la Asociación Argentina de Sommeliers y devenido empresario, Andrés Rosberg, se encuentra consolidando su fideicomiso vitícola bautizado **Los Arbolitos** e iniciando la comercialización de un ambicioso proyecto inmobiliario llamado **La Morada de Los Andes**.

Se trata de dos unidades de negocios emplazadas en un gran lote, ubicadas en una de las zonas con mejor potencial del Valle de Uco. Es más, La Morada de Los Andes está dentro de las hectáreas en las que opera el fideicomiso Los Arbolitos, sin embargo, las mismas tienen independencia entre sí.

En concreto, ambos emprendimientos se ubican en un gran predio de más de 400 hectáreas, exactamente en el límite entre Chacayes (Tunuyán) y Vista Flores en una zona que, según explicó Rosberg "es privilegiada por el imponente paisaje como por las características del terreno para cultivar uvas de alta calidad".

El fideicomiso **Los Arbolitos** está conformado por 408 unidades indivisas que equivalen a una hectárea. De este modo, el inversor que ingresa al proyecto adquiere una cuota parte, que incluye la finca, el costo de la plantación de viñedos y los beneficios de la posterior comercialización de la uva.

Respecto al proyecto **La Morada de Los Andes**, el mismo se inició, según Rosberg, "por el propio pedido de quienes habían invertido en Los Arbolitos".

Para ello, los responsables adquirieron una porción de tierra dentro del viñedo y luego se subdividió en parcelas.

Las casas tendrán una ubicación 'superpullman', con vistas abiertas al valle, a viñedos, a la cordillera.

Las 27 hectáreas fueron compradas al fideicomiso. Entonces, el que invirtió en el proyecto vitícola recibió un ingreso proporcional por la venta de la tierra, además claro del ingreso por la uva.

La Morada de Los Andes viene desarrollándose desde 2009. En la actualidad toda la infraestructura está lista, como los caminos asfaltados o la instalación eléctrica subterránea. Además, está en etapa de finalización el club house, el cual tendrá tres suites y piscina, todo en un ambiente de unos 1.000 metros cuadrados.

Respecto al diseño, un punto interesante es que los lotes, que parten de los 2.500 y llegan a los 5.000 metros cuadrados, forman una "u", de modo que visualmente no están enfrentados, dado que las casas que, por ejemplo, se ubiquen en las puntas de esa "u" estarán a un kilómetro de distancia entre sí.

Dentro de La Morada destinaron 1,2 hectáreas a un viñedo de Malbec que dará unos 12.000 kilos al año de "tremendo material genético, de estacas sacadas de un viñedo de 80 años de antigüedad", según el empresario.

El plan es hacer una pequeña bodega experimental para procesar ese volumen de uva. Luego, cada propietario de un lote recibirá cerca de cuatro cajas al año, es decir, unas 24 botellas.

El objetivo es que queden entre 8.000 y 9.000 litros para que sean vendidos en el club house, en eventos o incluso a bodegas, de modo que se cubran los costos comunes de mantenimiento de este proyecto vitivinícola. (Wasilevsky, 2013)

2. COMPLEJO LAS ALONDRA II – FIDEICOMISO AL COSTO

El Complejo Las Alondras II es una continuidad del primer emprendimiento de este tipo que la empresa desarrolló en Mar del Plata. En este caso se trató de un proyecto que contemplaba la construcción de dos torres de 25 departamentos cada una, pero siempre manteniendo la línea de diseño ultramoderno con materiales de gran calidad puestos al servicio de lo funcional y el confort. Nuevamente el Estudio de Arquitectura Guillermo de Paz y Asoc. asumió la responsabilidad del proyecto y dirección de esta obra, en virtud de la gran aceptación que tuvo el primero de los complejos con estas características tan poco frecuentes en la ciudad. Para la concreción del Complejo Las Alondras II, se aplicó la figura jurídica del fideicomiso, a favor de ofrecer las máximas garantías a los inversores que participaran "desde el pozo", como asimismo obtener el máximo de rentabilidad ya que se trató de un Fideicomiso al Costo en el que los aportes son en extremo accesibles tanto para quienes veían un negocio interesante en su participación como fiduciantes, como para aquellas familias que adhirieran al slogan "*un concepto de vida diferente*" que dio origen a esta propuesta. El proyecto fue encarado en dos etapas, comenzando a comercializarse la primera de ellas, que corresponde a la torre N° 1, con departamentos de uno, dos y tres ambientes, cocheras cubiertas, semicubiertas y descubiertas, SUM con extensión al exterior, piscina con deck y solárium, moderno diseño de fachada con generosos balcones terraza, hall de entrada totalmente

vidriado, acceso a cocheras con portón automático y acceso peatonal con portero visor, ascensores de última generación de acero inoxidable, pisos de porcelanato de 1ª y flotante en habitaciones, calefacción por losa radiante con caldera dúo Ariston Zanella o similar, cerramientos de aluminio anodizado con DVH. El inicio de la obra fue en agosto de 2011 y la fecha de entrega fue en abril de 2013. (complejoslasalondras.blogspot.com.ar, 2011)

3. OLIVARES ANDINOS

Olivares Andinos lanzó un importante emprendimiento inmobiliario y agrícola destinado a la venta de hectáreas, producción y exportación de aceite de oliva. La inversión se realiza a través de un fideicomiso inmobiliario, de administración y agropecuario (no financiero) en la provincia de San Juan, que ofrece una renta desde el primer año.

Olivares Andinos ofrece una oportunidad de inversión participando de un fideicomiso ordinario (no financiero) a través de la adquisición de hectáreas con un aporte inicial y cuotas bimestrales, que además le brindarán una renta anual permanente.

El principal diferencial respecto a otros proyectos de inversión en producción olivícola es que los inversores se convierten en propietarios de la tierra desde el inicio de su participación. Al adquirir la propiedad además participan del proyecto agroexportador.

Otra de las ventajas comparativas es que Olivares Andinos S.A. propone una renta de espera del 3% anual a partir del primer año, que es posible gracias a la complementación con cultivos de ciclo anual como la alfalfa, ajo, cebolla y zapallo anco, permitiendo así un flujo de caja al año. Cuando el olivo comienza a dar frutos, es decir a partir del 5º año, la renta será del 8%; y del 15% desde el 9º año. Luego del año 12 la renta será del 22% anual a lo que se sumará el 50% del excedente de utilidades.

Este alto nivel de rentabilidad para los inversores es posible debido a la tecnología de avanzada que se utiliza y que permite la implantación ultra-intensiva de 1250 plantas por hectárea, mientras que la tecnología tradicional maneja entre 300/740 plantas por hectárea con cosecha manual.

En este emprendimiento la cosecha se realiza de manera totalmente mecanizada también utilizando tecnología de vanguardia de la empresa barcelonesa Acosta Aspersión, lo que evita inconvenientes por la falta de mano de obra para la cosecha. A fin de reducir los costos de transporte de la materia prima, cuenta también con una planta extractora de aceite propia.

Olivares Andinos S.A. es una empresa conformada por cuatro socios: Daniel Dates, Héctor Becerra, Roberto Lorenzo, y Eduardo Iancilevich. Daniel Dates es enólogo, oleólogo y técnico en cata de aceite de Oliva, con 40 años de trayectoria en la producción olivícola; Héctor Becerra es también enólogo, productor fruti-hortícola y docente universitario; Eduardo Iancilevich, licenciado en administración y experto en finanzas; y Roberto Lorenzo, especialista en comercialización y marketing de productos de consumo masivo.

El emprendimiento cuenta con una capacidad productiva total de 7.000 hectáreas, ubicadas en el departamento 25 de Mayo, a 45 Kms. de la capital de San Juan y a 18 Kms. de Caucete. El campo está situado en la mejor zona del valle de Tulum, provincia de San Juan, en la misma zona donde se encuentran los mayores productores a nivel internacional, tanto de aceite de oliva como de viñedos y bodegas.

El fideicomiso es administrado en su carácter de fiduciario por Promotora Fiduciaria S.A. quien tiene a su cargo la representación legal y la administración y control general del negocio y del emprendimiento. El organizador es Olivares Andinos S.A.; y la dirección técnica, ejecutiva y realización práctica de la producción está a cargo de la consultora Olives & Olive Oil. Como director técnico está a cargo de todo lo referido a la implantación de las variedades, la dirección de todos los trabajos de campo, teniendo a su cargo el manejo de los contratistas y el personal. Olives & Olive Oil, perteneciente a Daniel Dates, es en la actualidad el mayor trader de aceite de oliva de la Provincia de San Juan con un importante volumen de exportaciones a los Estados Unidos. (www.mendozaeconomico.com, 2011)

4. ASOCIACIÓN MUTUAL DEL COLEGIO FARMACÉUTICO DE MENDOZA (IMPULSAR RENDIMIENTOS INMOBILIARIOS)

La Mutual lanzó un emprendimiento inmobiliario privado, a través de la conformación de los fideicomisos necesarios de acuerdo a los emprendimientos que surgieran, en los cuales la Mutual actúa como administradora de los mismos (fiduciaria). La idea es poder dar a ciertos sectores de clase media de mayores ingresos que los requeridos para los planes federales, o bien para quienes tienen mayor poder adquisitivo, la alternativa de acceder a un plan privado de construcción de viviendas.

Los planes cuentan con viviendas totalmente terminadas, de dos y tres dormitorios, con uno o dos baños y todos los servicios incluidos. Los predios contemplan centro comercial y amplios espacios verdes.

En otro orden, el Complejo Carriles ubicado en calle Belgrano casi Pedro Molina de la Ciudad de Mendoza Cuenta con unidades de uno, dos y tres dormitorios, club house, exclusivo solarium, pileta de natación, salón de fiestas, churrasqueras, sala de conferencias, sala de reuniones, entre otras comodidades.

La participación en este tipo de mercado le ha dado a dicha Entidad un prestigio que exagera el ya logrado a través de los años de trabajo responsable, tras un proyecto pensado en el futuro que hasta hoy les ha dado los resultados previstos.

La conformación de los fideicomisos, minimizan cualquier tipo de riesgo para la Organización, ya que solamente actúa como fiduciaria, es decir administradora y los fiduciantes son quienes adhieren al fideicomiso. De esta manera invierten y asumen el riesgo que corresponde en la inversión. Es importante aclarar que ni el Colegio ni su Mutual asumen riesgos económicos de ningún tipo, solamente tiene la responsabilidad de hacer una muy buena administración, como ha sido hasta ahora. (Farm. Jorge Jakubson. - Presidente de A.MU.CO.FAR.M.)

CONCLUSIÓN

En un principio el término fideicomiso inmobiliario no aparecía en los manuales de la mayoría de los inversores locales. Hoy el Fideicomiso es quizás la herramienta jurídica más adecuada para la canalización segura de negocios inmobiliarios.

De hecho, la ley 24.441 que en sus primeros 26 artículos regula íntegramente la materia, se denomina "Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción", apuntando justamente al fomento de la actividad de la construcción a partir del fideicomiso como herramienta alternativa de financiamiento de obra, y como vehículo para la securitización de créditos, tales como hipotecas para la captación de fondos provenientes de la colocación privada o pública de títulos de deuda o certificados de participación con garantía en dichas hipotecas, destinados al otorgamiento de nuevos créditos para la construcción y proyectos inmobiliarios.

El fideicomiso es una valiosa herramienta legal, de suma ductilidad para la conducción segura de los más variados negocios, desde el simple fideicomiso de garantía hasta la compleja estructura del fideicomiso financiero. Depende de los operadores del derecho y de los actores en negocios de este tipo, velar por el correcto uso de la figura con miras a su preservación y mejora continua como institución legal de suma utilidad para el desarrollo de los negocios y de la economía en general.

Estimamos que si las futuras normas jurídicas no afectan el normal desarrollo de la figura, el fideicomiso será el marco jurídico más utilizado en el negocio inmobiliario o de la construcción.

Este trabajo lo diseñamos con el objetivo de poder explicar por qué el fideicomiso inmobiliario es una alternativa segura al déficit habitacional. Para ello realizamos una investigación que incluye relevamiento bibliográfico, comercial y una investigación a través de entrevistas a principales referentes del sector publicadas en revistas relacionadas con el ramo.

De la lectura y averiguación efectuada podemos plantear como recomendaciones las siguientes, definir claramente el objeto del fideicomiso, seleccionar el mejor fiduciario acorde al negocio específico con el fin de proteger una de las principales ventajas que es la administración reglada de un patrimonio separado por un tercero idóneo que se constituye en propietario de esos bienes, por un encargo realizado en la confianza. Esa misma transmisión de la propiedad de los bienes hace que el fiduciario tenga amplia facultades de administración y disposición, aunque siempre limitadas al cumplimiento del objeto del fideicomiso. Si el objeto y los deberes del fiduciario no están precisamente detallados en el contrato, podrían generarse abusos por parte del mismo, llevando el riesgo que asumen los fiduciantes a niveles de no aceptación. Otra recomendación refiere a exigir que en todos los contratos exista un detallado Plan de Negocios con sus correspondientes proyecciones económicas-financieras, y las premisas con las cuales fueron calculadas.

En lo que respecta al aporte del fideicomiso al boom inmobiliario, son varios los factores que influyeron en el crecimiento, entre los que podríamos destacar la insuficiencia de préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas, la falta de alternativas de inversión y la desconfianza de inversores y pequeños ahorristas sobre el sector financiero. Dentro de las principales causas del desarrollo del fideicomiso en el sector inmobiliario debemos agregar fortalezas propias como son las ventajas que presenta esta herramienta con respecto a otras estructuras jurídicas, principalmente en relación a la separación del patrimonio fideicomitado y a la temporalidad contractual. Esto actuó como palanca diferencial para que los empresarios, desarrolladores e inversores la adoptaran en detrimento de las tradicionales alternativas vigentes. Fue así que la mayoría de los emprendimientos se organizaron y se siguen ejecutando bajo la estructura de fideicomisos en general al costo, resultando entonces dicha alternativa clave para el desarrollo del boom inmobiliario. De no haber existido el fideicomiso adaptado a lo inmobiliario, consideramos que el desarrollo del sector se hubiera producido de todas maneras porque la disponibilidad de fondos luego de la crisis de Argentina a fines de 2001 requería de inversiones rentables y seguras y, la construcción fue siempre considerada una inversión segura, pero no hay duda que no hubiera sido de la misma magnitud.

Observamos en algunos contratos leídos que se condicionaba el cumplimiento del contrato a la participación del fiduciario, lo que atenta directamente contra el espíritu del fideicomiso cuyo sentido es garantizar el cumplimiento de los objetivos que generaron ese patrimonio separado con independencia de la suerte de los partícipes. Un contrato que incluye esta definición podría, en extremo, considerarse nulo por cumplir con un punto del artículo 4º de la ley 24.441.

También observamos que en muchos casos, cuando un inversor suscribe un mal llamado boleto de compra-venta y/o el contrato de adhesión al fideicomiso previamente constituido, el desarrollador y/o el fiduciario y/o el agente inmobiliario no le hacen entrega de una copia del fideicomiso, lo que los lleva a desconocer los términos y condiciones, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios.

Otra falla que advertimos es la existencia de contratos de fideicomisos que no responden a la realidad del negocio que se pretende realizar; esto no debe ser aceptado ya que el fideicomiso es solamente un contrato que debe necesariamente, ser diseñado a medida del negocio que se está involucrando. Para validar esto podemos citar el ejemplo de fideicomisos de construcción y venta, en los que la realidad del negocio indica que la única finalidad del fideicomiso es garantizar la construcción del edificio al amparo de la separación patrimonial, dejando al fiduciario relegado y alejado de la operatoria, olvidando sus funciones de administrador y controlador del cumplimiento de los fines a través de la construcción y la comercialización del proyecto por sí o por mandatarios instruidos y habilitados por él en su calidad de propietario. Además todo proyecto de riesgo necesita de especificidad y así será su contrato de fideicomiso consecuente; si uno inmobiliario tiene por objeto únicamente garantizar la construcción en un terreno, estaremos simplemente ante un fideicomiso de garantía.

Otro punto está relacionado con la comercialización de las unidades y el rol de las comercializadoras, que en muchos casos conocen parcialmente la figura del fideicomiso. Dado que los ingresos por ventas en una sociedad benefician a todos los accionistas, la figura del desarrollador adquiere mucha relevancia pues será quien decida la sincronización de la oferta, de la venta y el precio, amparado en su experiencia y en defensa de los inversores.

Finalmente consideramos que el planteo original de este trabajo debiera ser el punto de partida para nuevas investigaciones que permitan elaborar nuevas alternativas superadoras que interpreten, completa y adecuadamente, los beneficios plenos de la operatoria de la construcción en todas sus modalidades y fines; a través de la figura del fideicomiso, respetando su naturaleza, derechos y obligaciones, en pos de promocionar, favorecer y apalancar el desarrollo de negocios productivos de la economía real en todo el ámbito geográfico del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLA, Adriana, (2008), “*Derecho Inmobiliario Registral*”, Buenos Aires: Zavalía, 524 páginas.
- AMÉNDOLA, Manuel Alejandro, (2011), “*Ley de fideicomiso comentada*”, 1º edición, Buenos Aires: Errepar S.A., 272 páginas.
- BREALEY, Richard, MYERS Stewart y ALLEN, Franklin, (2010), “*Principios de finanzas corporativas*”, 9º edición, México: Mc Graw Hill, 976 páginas.
- BRESSAN, Pablo, (1999), “*Negocio jurídico fiduciario. Sus aspectos obligacionales*”, en: MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.) “*Tratado teórico práctico de Fideicomiso*”, Tomo I, Buenos Aires: Ad Hoc, 411 páginas.
- “*COMPLEJO LAS ALONDRAS II – FIDEICOMISO AL COSTO*”, <http://complejoslasalondras.blogspot.com.ar/2011/07/complejo-las-alondras-ii-fideicomiso-al.html>, (2011, 1 de agosto)
- FREIRE, Bettina V., (1997), “*El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*”, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 366 páginas.
- JAKUBSON, Jorge, <http://amucofarm.org.ar/amucofarm/Default.aspx>
- LISOPRAWISKY, Silvio V., (2008), “*Auge de los fideicomisos. La oferta pública indiscriminada de fideicomisos no financieros*”, Buenos Aires: Editorial La Ley, 267 páginas.
- MARTIN, Julián Alberto, (1999) “*Tratamiento impositivo de operaciones financieras*”, Buenos Aires: KPMG, 480 páginas.
- MOLINA, Adriana M. v. Banco Hipotecario S.A., Sala D, Cámara Nacional Comercial, (2007)
- MURCIEGO, Leandro, (2013, 03 de agosto), Suplemento Propiedades & Countries, Diario LA NACION
- NEW CEM SRL v. Comafi Fiduciario Financiero S.A., Sala D, Cámara Nacional Comercial, (2007)
- “*OLIVARES ANDINOS*”, <http://www.mendozaeconomico.com/2011/04/04/olivares-andinos-lanza-importante-emprendimiento-inmobiliario-y-agricola>, (2011, 4 de abril)
- PERTIERRA CÁNEPA, Francisco, (2008), “*Costos de Agencia y costos ocultos en fideicomisos*”, Buenos Aires: Universidad CEMA
- WASILEVSKY, Juan Diego (2013, 2 de mayo), *Editor Vinos & Bodegas*, vinosybodegas@iprofesional.com

BIBLIOGRAFÍA

- CARNICERO, Ignacio, (2011, 27 de octubre), “*Aspectos Impositivos del Fideicomiso Inmobiliario*”, Neuquén, Argentina. Recuperado de <http://www.tributum.com.ar>.
- CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN, LEY N° 340 de 1869, R.N. 1863/69, Rca. Argentina (1869)
- CÓDIGO FISCAL, DECRETO 1284/93 y modif., B.O. Provincia de Mendoza, Rca. Argentina, (2013)
- DE HOZ, Marcelo, (2009), “*Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario*”, Buenos Aires: La Ley, Año LXXIII N° 173, 6 páginas.
- DECRETO 780/1995, Poder Ejecutivo Nacional, 28.279 B. O. Rca. Argentina § 1 (1995)
- DICTAMEN N° 13/2006, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2006)
- DICTAMEN N° 18/2006, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2006)
- DICTAMEN N° 19/2003, Dirección de Asesoría Técnica, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2003)
- DICTAMEN N° 49/97, Dirección de Asesoría Legal, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (1997)
- DICTAMEN N° 55/2005, Dirección de Asesoría Técnica, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2005)
- DICTAMEN N° 59/03, Dirección de Asesoría Legal, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2003)
- DICTAMEN N° 74/2004, Dirección de Asesoría Técnica, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2004)
- DICTAMEN N° 8/2010, Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (2010)
- DICTAMEN N° 85/97, Dirección de Asesoría Legal, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (1997)
- DICTAMEN N° 87/99, Dirección de Asesoría Legal, Administración Federal de Ingresos Públicos, Rca. Argentina (1999)
- FUNES, Saturnino J., (1996), “*Fideicomiso. El fiduciario en la ley 24.441*”, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 126 páginas.
- GHERSI, Carlos Alberto, (1994), “*Contratos Civiles y Comerciales*”, Tomo II, Buenos Aires: Astrea, 644 páginas.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., director, (2006), “*Emprendimientos Inmobiliarios*”, Buenos Aires: La Ley, 122 páginas.

INFORME N° 28, (1997), “Tratamiento contable del fideicomiso”, Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Capital Federal, Buenos Aires, Rca. Argentina.

LEY DE FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCIÓN N° 24.441 de 1995 Y MODIF., 28.061 B. O. Rca. Argentina § 1 (1995)

LEY DE IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA N° 26.063 de 1998 y modif., 29.053 B. O. Rca. Argentina § 1 (1998)

LEY DE IMPUESTO A LAS GANACIAS N° 20.628 de 1973 y modif., 22821 B. O. Rca. Argentina § 1 (1973)

LEY DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO N° 23.349 de 1986 y modif., 25.978 B. O. Rca. Argentina § 1 (1986)

LEY DE IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES N° 23.966 de 1991 y modif., 27.201 B. O. Rca. Argentina § 1 (1991)

LEY DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO N° 11.683 de 1932 y modif., 11.586 B. O. Rca. Argentina § 1 (1933)

MAURY, Beatriz Alicia y OTROS, (2000), “*Tratado teórico práctico de fideicomiso*”, Tomo I, 2° edición, Buenos Aires: Ad-Hoc, 411 páginas.

RESOLUCIÓN GENERAL 271/1995, Comisión Nacional de Valores, 28.219 B. O. Rca. Argentina § 1 (1995)

RESOLUCIÓN GENERAL N° 2419/2008 y modif., Administración Federal de Ingresos Públicos, 31.360 B. O. Rca. Argentina § 1 (2008)

RESOLUCIÓN GENERAL N° 2763/2010, Administración Federal de Ingresos Públicos, 31.837 B. O. Rca. Argentina § 1 (2010)

RESOLUCIÓN GENERAL N° 4120 /1996, Dirección General Impositiva, 28.329 B. O. Rca. Argentina § 1 (1996)

RESOLUCIÓN GENERAL 830/2000 y modif., Administración Federal de Ingresos Públicos, 29.388 B. O. Rca. Argentina § 1 (2000)

RESOLUCIONES TÉCNICAS NRO. 8, 9, 16 Y 17, (2001), Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, Buenos Aires: La Ley.

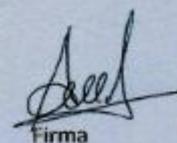
DECLARACION JURADA – Res. 212/99-CD

“El autor de este trabajo declara que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no haya dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgredí o afecta derecho de terceros”.

Mendoza, 12 de marzo del 2014

MIGNATON, VANESA EUGENIA
Apellido y Nombre

21978
Nº de Registro


Firma

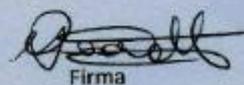
DECLARACION JURADA – Res. 212/99-CD

“El autor de este trabajo declara que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no haya dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgredí o afecta derecho de terceros”.

Mendoza, 12 de marzo del 2014

VALLÉS, MARÍA ROSA
Apellido y Nombre

22.794
Nº de Registro


Firma