



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO



FACULTAD DE
**CIENCIAS
ECONÓMICAS**

Carrera: Contador Público Nacional y Perito Partidor

CONSTITUCION Y FUNCIONAMIENTO DEL FIDEICOMISO

Trabajo de Investigación

POR

Mariel Andrea Araneda Soto
Paola Gisella Avila
Leonel Eyen Domínguez

Profesor Tutor

Santiago María Cardozo

Mendoza - 2018

INDICE

Introducción	4
CAPÍTULO I - FIDEICOMISO	6
1. Antecedentes Históricos	6
A- En el derecho romano.....	6
B- En el derecho anglosajón	7
C- En los países codificados americanos	9
D- En los países latinoamericanos	10
E- Legislación argentina	10
2. Definición según el Código Civil y Comercial de la Nación	12
3. Sujetos del Fideicomiso. Sus derechos y obligaciones	15
A- Fiduciante o Fideicomitente	15
B- Fiduciario	16
C- Beneficiario	18
D- Fideicomisario	19
4. Objeto del Fideicomiso.....	19
5. Clases de Fideicomiso	19
A- Fideicomiso de administración	20
B- Fideicomiso Financiero	21
6. El tratamiento impositivo del fideicomiso	21
A- El fiduciario como responsable por deuda ajena	21
B- Estudio de los distintos impuestos	23
CAPITULO II – FIDEICOMISO INMOBILIARIO	25
1. Introducción	25
2. Acerca del Fideicomiso Inmobiliario	25
3. Partes intervinientes de un Fideicomiso Inmobiliario	26
A- Fiduciante	26
B- Fiduciantes adherentes	27
C- Fiduciario	27
D- Beneficiario	27
E- Auditores	28

F- Patrimonio Fiduciario	28
4. Utilidad del Fideicomiso Inmobiliario	28
5. Diferencia con otras figuras jurídicas	29
A- Sociedad de Responsabilidad Limitada o Sociedad Anónima	29
B- Contrato de mandato	30
6. Análisis impositivo del Fideicomiso Inmobiliario	30
A- Aporte de los fiduciantes	31
B- Adjudicación de los inmuebles a los beneficiarios	32
C- Valor de adjudicación de las unidades	34
CAPÍTULO III - FIDEICOMISO DE GARANTÍA	36
1. Introducción	36
2. Acerca del Fideicomiso de Garantía	36
3. Ventajas del Fideicomiso de Garantía	37
A- Ventajas para el acreedor	37
B- Ventajas para el deudor	38
4. Estructura del Fideicomiso de Garantía	40
A- Pautas para la estructuración y el ejercicio de Fideicomiso de Garantía	42
B- Pautas para la realización de la garantía	45
5. Aspectos Tributarios Controvertidos	47
A- Naturaleza del Fideicomiso de Garantía	47
B- Tratamiento impositivo. Impuesto a las Ganancias	49
6. Legalidad y Controversias del Fideicomiso	49
A- La función de garantía	49
B- Contenido del pacto de fiducia	50
C- Fideicomiso de Garantía y Cumplimiento	51
D- Constituto Posesorio	52
Conclusión	54
Bibliografía	56

INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo “Constitución y funcionamiento del Fideicomiso“, tiene el objeto de conocer, definir, explicar y clasificar la figura del fideicomiso como una figura legal actual y necesaria para la sociedad en la que estamos inmersos, apuntando específicamente al Fideicomiso inmobiliario y Fideicomiso de garantía.

Durante la Investigación para recolectar, analizar y comprender el tema abordado nos pareció de suma importancia contextualizar históricamente la figura del fideicomiso, ya que a lo largo de la historia ha formado parte de los negocios contractuales como una herramienta que en sus orígenes se utilizó simplemente para garantizar una deuda a través de la transmisión de un bien por parte del deudor al acreedor. Debido a la carencia de limitaciones jurídicas específicas, los abusos incurridos por el deudor y dado que el contrato se procuraba bajo un marco de confianza, se hizo necesario el avance y la regularización a través de normativas y códigos que delimitaran ésta estructura jurídica y legalizara las partes, funciones y fines de la misma, dando una nueva forma que se inscribiera bajo un marco legal.

En Argentina el fideicomiso se sumó a la vida jurídica nacional, fue la vigencia de la ley 24.441 la que receptó esta modalidad contractual en el derecho argentino. A partir de su incorporación la Ley 24441 define al fideicomiso como negocio jurídico, contrato, en su artículo primero: “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 una condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

Teniendo en cuenta la historicidad y evolución del Fideicomiso, sumado a la incorporación de la Ley 24441, y su regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sancionado el 1 de Octubre de 2014 y promulgado el 7 de Octubre del mismo año en sus artículos 1666 a 1707, donde se incluyen otros componentes en su definición, es que se incorpora en el desarrollo del trabajo la descripción de los sujetos intervinientes en el contrato fiduciario, el objeto y características del mismo como así también el tratamiento impositivo que se le otorga.

Se intentará dar a conocer características y detalles concretos que atañen puntualmente al Fideicomiso Inmobiliario y Fideicomiso de Garantía, partiendo de lo global a lo particular, demostrando las ventajas y desventajas que se presentan al adoptarlos ante cualquier experiencia o negociación fiduciaria y en comparación con otras figuras jurídicas.

En definitiva, probaremos la conveniencia de utilizar éstas figuras a la hora de comenzar un negocio por su flexibilidad y practicidad ante las distintas situaciones que se presentan en el contexto económico actual.

La base de ésta investigación ha sido la utilización de herramientas tales como libros, leyes, fuentes académicas, normas y jurisprudencia entre otras.

Como conclusión final queremos mostrar que el fideicomiso es una herramienta que ha estado en constante evolución y que su aplicación seguirá creciendo con el transcurrir del tiempo.

CAPITULO I: FIDEICOMISO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS

A- EN EL DERECHO ROMANO

La confianza de una de las partes a la otra fue el principal pilar desde el inicio. El transmitente daba en propiedad al adquirente el bien, obteniendo este último los derechos propios de dueño, con la limitaciones impartidas por el real propietario. El receptor del bien se comprometía a utilizarlo en función de lo dispuesto, respetando su voluntad.

A medida que transcurría el tiempo, se tuvo que ir limitando la potestad del adquirente debido al aumento de desviaciones cometidas. Así mantenía la titularidad jurídica pero de una manera más acotada por la aplicación de la norma y el arbitraje por parte de la justicia, prevaleciendo las instrucciones del dueño para resguardar los intereses del beneficiario.

A partir de la situación descripta surgieron las dos acciones que comenzaron a darle forma a lo que tiempo después sería el fideicomiso y darían forma a los negocios de confianza:

- La acción cum creditore, (otorgar al acreedor una garantía real): El deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago, éste confiaba en que el acreedor cumpliría con lo acordado. El deudor era quien soportaba los riesgos basándose en la confianza que el acreedor le otorgaba. Pero al consagrarse la actio fiduciae emergente del pacto de fiducia, el deudor tenía derecho a ser indemnizado por la otra parte si esta se veía imposibilitada a devolver el bien en las condiciones pactadas, siempre que fuese su responsabilidad. Esta operación le brindaba al acreedor la posibilidad de disponer del bien como si fuera el propietario. Toda venta que realizara el deudor, carecía de validez; pero si este no cumplía con el pago en el plazo determinado, el acreedor pasaba a ser el dueño sin verse en la obligación de devolver la diferencia en el caso de que el crédito garantizado fuese inferior al valor del bien.

En el periodo Romano- Helénico se elimina la fiducia. Con la aparición de la prenda y la hipoteca como derechos reales, fue dejada de lado la acción cum creditore, debido a que otorgaban mayores beneficios al transmitente. Sin embargo, la prenda no solucionaba en su totalidad las dificultades que se presentaban, ya que la posesión admitía al administrador efectuar negocios con terceros cual dueño, provocando que no actuara con buena fe.

- La acción cum amico, (comúnmente utilizadas por quienes viajaban con frecuencia, puesto que consistía en transmitir bienes a un tercero para que los administre durante las largas ausencias de sus titulares originarios): es diferenciada del pactum fiduciae cum creditore ya que el interés de la acción cum amico era de quien transmitía los bienes y no de quien los recibía. La persona que viajaría, necesitaba contar con alguien en quien pudiera depositar su confianza para dejarle a cargo un bien de su propiedad, y mientras mayores potestades tuviese sobre ese bien, mejor podía ser la administración para el cuidado de sus intereses mientras se encontraba ausente. El fiduciario actuaba como dueño, y para los terceros así era. Entonces la confianza era el componente primordial del pacto, el transmitente se encomendaba por completo en la buena fe de quien iba a quedar como administrador ya que las limitaciones al actuar del fiduciario no se daban a conocer y eso facilitaba cualquier abuso que los terceros no podrían notar.

Las situaciones apuntadas con anterioridad hicieron que la fiducia fuera dejada de lado y reemplazada por el sistema de garantía real conocido como prenda, el que ofrecía grandes virtudes tales como la simplicidad y características menos desventajosas para quien cedía el bien. El contrato de prenda, en donde una parte que es deudora hace la entrega de una cosa a su acreedor, quien está obligado a devolverla cuando aquél haya cancelado su crédito. Así es que la prenda se radicó en el mero traspaso físico de un bien, manteniéndolo el acreedor hasta que el deudor pagase.

El contrato de prenda que era empleado a bienes muebles, seguía presentando dificultades para el deudor porque perdía la posesión del bien objeto del contrato y no podía hacer uso del mismo. Como solución a ese inconveniente, se configuró lo que más tarde se conocería como hipoteca.

B- EN EL DERECHO ANGLOSAJON

Cuando el Imperio Romano conquistó la zona de lo que hoy es Inglaterra, trató de imponer su cultura, sus costumbres y también sus instituciones, cuestiones todas para nada fáciles. Luego llegaron los pueblos escandinavos y también quisieron conquistar la región e imponer sus costumbres, pero nada de esto impidió que el incipiente derecho inglés fuera haciéndose cada vez más autónomo de las influencias

extranjeras. El cisma inglés aceleró este proceso y allí es donde aparece el trust, en reemplazo de su similar romano: la fiducia.

El antecedente más directo del trust fue el uses, siendo éste una transmisión de bienes a un tercero, con el encargo de que los administre y entregue su producido a determinado sujeto. La vinculación es clara con la figura romana, pero también lo es el hecho de que adquirió tintes propios muy rápidamente.

Principalmente radicaba en una transferencia, entre personas vivas o a través de un testamento, de tierras para que fuesen administradas en beneficio de una tercera persona o bien del mismo transmitente. Tal como en el derecho romano, esta figura se manipulaba con el fin de ocultar a las personas que querían establecer contrataciones no permitidas por la ley

Los hombres que eran enviados a la guerra lo utilizaban mucho, transferían parte de sus bienes a otra persona para que los administrara y protegiera hasta su regreso que le eran devueltos, y en el caso no sobrevivir, los bienes eran puestos a disposición de la persona que había designado con anterioridad. Esto también se justificaba a partir del hecho histórico de que el vencedor le confisca los bienes al vencido. Otro uso que se le dio fue como vehículo para efectivizar la entrega de bienes a los clérigos, que por ley estaba prohibida.

Recuérdese que Inglaterra está inserta entre los países del Common Law, sistema jurídico que brinda mucho valor a la jurisprudencia. En ese contexto jurídico aparecen los equity, tipos de tribunales en donde la norma era empleada equitativamente y conjuntamente con los uses, fundaban un derecho que tenía presente dos partes, por un lado quien tenía la posesión y por el otro el beneficiario.

Así por una promulgación del rey de Inglaterra, en 1535 se declara que los verdaderos dueños de las tierras son quienes la poseen, terminando con los uses. Pero, tiempo después los equity comienzan a aceptarlos bajo ciertos casos, dando lugar al trust.

El trust: Se puede definir al trust como una afectación de bienes en cabeza de un tercero que adquiere la calidad de sujeto de derecho obligado a realizar todo lo que sea necesario para llevar adelante el objetivo de esa afectación, contando para ello con todas las facultades inherentes al negocio.

El trust reconoce muchos elementos del fideicomiso, pero a su vez también diferencias. En aquél se dice que la propiedad corresponde a dos personas, mientras que en el fideicomiso el propietario de las cosas solo es el fiduciario; también el fideicomiso admite estipulaciones a favor de terceros, en cambio en

el trust no; además para la constitución del fideicomiso no existen demasiadas limitaciones teniendo un amplio margen de libertad, viéndose reducido en el trust.

En este tipo de negocios la mayor particularidad es que los derechos sobre los bienes fideicomitidos son divididos entre el trustee y el beneficiario. En el trustee la administración y tenencia del bien es por un tiempo durante el cual los beneficios son para quien se designe y al finalizar dicho tiempo se reintegra el dominio.

Los trust pueden clasificarse según sean celebrados inter vivos o mortis causa (no varía con nuestro sistema). La jurisprudencia se ha encargado de crear una clasificación en trust expresos, resulting, constructive y estatutarios. Los expresos reconocen en la libre voluntad de las partes su origen, es decir, que son constituidos por un acto del interesado dirigido en ese sentido. Por su parte los resulting son aquellos en los cuales un sujeto adquiere el bien pero destinado a otro. Con los constructive pasa algo similar, en lo que a presunciones se refiere, puesto que ante un incremento no justificado de riqueza, se presume la aparición de un trust. Por último el estatutario nace a partir de una norma legislativa de quienes fueron elegidos para cumplir las funciones que estarán a cargo del trust.

C- EN LOS PAISES CODIFICADOS AMERICANOS

Con basamento en los argumentos del Dr. Alfaro, en el año 1923 comienza en Latinoamérica una corriente dispuesta a acoger el Trust para adecuarlo de a poco a la demanda de la sociedad (Alfaro, 1948).

Fue Colombia el primer país que incorporó la figura del Trust, pero no tardaron en sumarse varios más (Bolivia, Chile, Costa Rica, México), siempre con un fin en común, dar solución a la escasa flexibilidad del sistema contractual.

Alfaro toma de Estados Unidos la figura y la adapta a las necesidades de América Latina bajo el nombre de Fideicomiso, que reconoce dos elementos: la transferencia y el elemento obligacional que es el pactum fiducia. De estos dos componentes surge que el Fideicomiso reconoce de la compra-venta, la transferencia y del mandato, la obligación.

D- EL FIDEICOMISO EN LOS PAISES LATINOAMERICANOS

En Brasil el único fideicomiso conocido y aceptado por la legislación es el sucesorio, e incluido bajo el rótulo de “sustituciones”, sin perjuicio de que existen un par de proyectos para regular la totalidad de la institución pero no ha sido bien receptado por la comunidad jurídica.

En el caso de Chile, el fideicomiso si está regulado en su Código Civil, brevemente define la propiedad fiduciaria como la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. O sea que el nacimiento del Fideicomiso está sujeto a que se cumpla un hecho futuro.

La posición geográfica en que se encuentra México sin duda permitió el desarrollo del Fideicomiso con mayor rapidez que en otros lugares de Hispanoamérica. En este país el encargado de regularlo es el Código Comercial pero aún la doctrina no se ha puesto de acuerdo si en la afectación fiduciaria se transmite el dominio pleno y total o no. Es destacable que esta Nación tenga legislación específica sobre la materia, así brinda seguridad jurídica y confianza al momento de llevar a cabo una inversión, pudiendo hacer respetar lo que se pretende según el contrato celebrado.

Uruguay y Colombia tienen normativa que se ocupa de la figura del Fideicomiso.

E- LEGISLACIÓN ARGENTINA

Si bien el Fideicomiso como instrumento destinado a incentivar ciertas actividades económicas comenzó a tener preponderancia a partir de la sanción de la Ley 24441, antes de eso en el Código Civil, se estableció un artículo que trataba sobre el tema aunque con grandes diferencias con lo que tiempo después fue el instituto.

En el título VII, del Libro III del Código Civil se trataba del dominio imperfecto. Este era definido como el derecho real de dominio que por encontrarse ausente o reducido alguno de sus caracteres, no llega a ser pleno o perfecto (Ley N°340, 1869, art. 2.661). En la actualidad, en el libro Tercero, Título IV, Capítulo 30 del Código Civil y Comercial regula el contrato de Fideicomiso.

En el fideicomiso de la Ley 24441 habrá un verdadero patrimonio separado y afectado a los fines de aquel que de algún modo podrá verse dañado o perseguido por obligaciones personales de cualquiera

de los sujetos intervinientes, ni aun tratándose de quiebra o insolvencia, dejando a salvo la acción de fraude (Ley N°24.441, 1994).

Cabe destacar que la Ley 24441 se inspiró en la emergencia habitacional que en ese momento imperaba, tratando por su intermedio de facilitar la construcción y atraer inversiones. El fin era contar con un innovador sistema, que fuese flexible, acelerara la celebración de contratos y fuera seguro para el desarrollo de los negocios, beneficiándolos impositivamente, logrando disminuir el nivel de riesgos teniendo en cuenta que los bienes fideicomitidos están totalmente separados del patrimonio del fiduciario y fiduciante. Esto último da la certeza de la no intervención de los acreedores particulares de cada parte.

Es así como finalmente el 22 de diciembre de 1994 fue sancionada la ley 24441 bajo el rotulo “Financiación de la Vivienda y la Construcción”. Ley ésta que a lo largo de sus 96 artículos regula y modifica diversas cuestiones en relación no solo al fideicomiso, sino a letras hipotecarias, leasing, etc.

En el informe de la honorable Cámara de Diputados de la Nación se menciona la necesidad de unificar las diferentes regulaciones que en materia de fideicomiso existían como por ejemplo el Código Civil y la Ley de Sociedades Comerciales. También se hace referencia a algunos antecedentes menores pero exitosos en la materia, entre los cuales cabe destacar una experiencia que la Dirección de Préstamos Personales (Organismo existente en la década del cincuenta) realizó, convirtiéndose en fiduciaria durante la etapa de la pre horizontalidad dispuesta y reglamentada por la Ley 13512. En ese proyecto se habla de patrimonio de afectación, que no se confunde con los bienes propios de los sujetos intervinientes, y en su artículo sexto, in fine, se dispone como se organizará la figura para el caso de construir viviendas, siendo fiduciante quienes aportan el dinero, fiduciarios la mentada Dirección y beneficiarios – fideicomisarios los adquirentes de las unidades finalizadas.

Actualmente los lineamientos dados por la ley 24441 y la experiencia recogida, permitieron la recepción de la figura como un contrato más de los reconocidos en nuestra legislación Civil, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en sus artículos 1666 a 1707 regula esta herramienta.

2. DEFINICIÓN SEGÚN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DELA NACION Y LA LEY 24.441

El fideicomiso es el negocio por el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de bienes a otra para que sean destinados a una finalidad determinada.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1666 dice: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario” (Ley N°26.994, 2014, art. 1.666).

La ley 24441 define al fideicomiso como negocio jurídico, contrato, en su artículo primero: “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 una condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario” (Ley N° 24.441, 1994, art.1)

Herrero Pons Jorge en su libro “Práctica contrato de Fideicomiso” lo ha definido como “el negocio por el cual una persona transmite a otra la propiedad fiduciaria de bienes para que sean destinadas a una finalidad determinada” (Herrero Pons, 2004, p.25)

Por su parte Lascala ha dicho al respecto 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 de 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 la gestión rogada” (Lascala, 2003, p.47 y 48).

Carregal entiende que el fideicomiso 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 conveniente” (Carregal, 1982, p.48).

Según Améndola habrá contrato de fideicomiso “cuando una persona transmite el dominio fiduciario de ciertos bienes a otra, con el fin de cumplir con un encargo debidamente individualizado y

realizado este, o cumplido un plazo o una condición, entregue los bienes remanentes a quien este designado en el contrato” (Améndola, 2008, p.38).

La figura del fideicomiso he estado presente en la legislación argentina, fue la ley 24.441 la que acogió este contrato. Tinti Guillermo Pedro, en su libro “Las nuevas modalidades de Contrato” detalla las exigencias para la su constitución (Tinti, 1997). La enumeración que realiza es la siguiente:

1) Individualizar el beneficiario: este puede que sea una persona de existencia visible o una persona jurídica. Y resulta ser quien recibirá los frutos de la administración por parte del fiduciario. No necesariamente debe haber un único beneficiario, pueden designarse varios, o sea, existe la pluralidad. Pueden designarse sustitutos previendo el rechazo de alguno de los beneficiarios originales. Por defecto, a falta de aceptación del beneficiario o en el supuesto de que no llegue a existir, los beneficios alcanzarán primero al fideicomisario, y por defecto de éste, al fiduciante. Si el fideicomiso se formaliza a través de un contrato, es necesaria la aceptación para que le sea entregado el beneficio.

2) Individualizar los bienes: no hay limitaciones en cuanto al tipo, pero si en el momento de la constitución del fideicomiso no se puede determinar con precisión el bien, entonces se debe dar detalle de las particularidades que tendrá que poseer.

3) Incorporación de bienes: se deberá establecer la forma en que los nuevos bienes pueden ingresar al patrimonio.

4) El plazo o condición: se debe colocar la duración del contrato, la misma no puede superar los treinta años, o bien el hecho que deba acaecer para poder realizar la entrega de la propiedad fiduciaria.

5) El destinatario de los bienes al finalizar el contrato: designar quien se quedará con los bienes vencido el plazo o producido el hecho. En el caso de ser una persona distinta a quien aporta los bienes fideicomitados, ya sea el fideicomisario o el beneficiario, tiene que ser expresado en el contrato.

6) Derechos y Obligaciones del fiduciario: las obligaciones de este sujeto están impuestas por la ley y por lo acordado contractualmente, sin dejar de lado sus derechos y remuneración por la administración del patrimonio.

7) Sustitución del fiduciario: ante la posibilidad de que el fiduciario se vea imposibilitado de continuar por alguna de las causas mencionadas en el Código Civil y Comercial, lo deberá reemplazar quien se haya estipulado en el contrato como sustituto.

CARACTERISTICAS DE ACUERDO A SU NATURALEZA CONTRACTUAL

El fideicomiso responde a las generalidades pero con algunas particularidades que seguidamente se exponen:

- 1- Consensual: Se perfecciona por la manifestación de la voluntad de los sujetos intervinientes.
- 2- Bilateral: Genera obligaciones recíprocas. Sintéticamente el fiduciario se compromete a realizar lo pactado por una retribución establecida y de entregar el bien al fideicomisario o a quien se haya acordado en el contrato a su finalización. El fiduciante tiene la obligación de realizar el traspaso de la propiedad según la normativa.
- 3- Formal: Debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos debe ser realizado por escrito, y de acuerdo al tipo de bienes que sean afectados, deberá también contar con las formalidades que sean necesarias para que se opere la transmisión de los mismos.
- 4- Expreso: Requiere que se manifieste de manera positiva la voluntad para formar parte de éste.
- 5- En cuanto a la onerosidad o gratuidad del contrato, habrá que estarse a las cláusulas contractuales para poder establecer si hay contraprestación o no a favor de ambas partes y así clasificarlo. Es muy importante este aspecto del contrato, ya que de ello dependerá que proceda o no el pago de ciertos tributos que reconocen como hechos generadores un acto oneroso (impuesto a las ganancias) y jamás uno gratuito.
- 6- Los bienes que forman parte del fideicomiso se encuentran totalmente separados del patrimonio de los sujetos que intervienen en el contrato, por ello es que los acreedores particulares del fiduciante y fiduciario no pueden ejercer acciones que vayan contra los bienes fideicomitados.
- 7- Tomando lo dicho en el punto anterior, gracias a la separación de patrimonios es que el patrimonio personal del fiduciario no se ve afectado por deudas del fideicomiso, los acreedores de éste último no pueden ir contra los bienes particulares del fiduciario.
- 8- Es conmutativo, en el momento de la constitución se deben exponer derechos y obligaciones de ambas partes.

3. SUJETOS DEL FIDEICOMISO. SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

El art. 1671, 1672 y 1673 del Código Civil y Comercial de la Nación estructura la figura del fideicomiso entre los siguientes sujetos:

- Beneficiario, persona designada a favor de quien se ejerce el fideicomiso.
- Fideicomisario, quien en última instancia es el destinatario de la propiedad de los bienes al tiempo de la extinción del fideicomiso.
- Fiduciario, el titular de la propiedad fiduciaria.

A. FIDUCIANTE O FIDEICOMITENTE

Puede ser persona física o jurídica, ya que el Código Civil y Comercial de la Nación no establece restricción en cuanto al carácter subjetivo del fiduciante, como sí lo hace con el fiduciario en determinadas especies de fideicomiso. Es quien constituye el fideicomiso, transmitiendo la titularidad de los bienes o derechos al fiduciario. Cuando constituye el fideicomiso a su favor, puede ser el beneficiario. Es el propietario del bien o los bienes que se transmiten en fideicomiso.

El fiduciante goza de los derechos por ley establecidos, pero también podrá incorporar en el contrato, si lo presume necesario, el derecho de la utilización de los bienes, determinar la responsabilidad por mal ejercicio de las funciones del fiduciario, incluso la sustitución, poder dejar sin validez los actos que afecten maliciosamente el patrimonio (Ley N°26.994, 2014).

- **Obligaciones del fiduciante**

La obligación principal del fiduciante es la transmisión de la propiedad fiduciaria de los bienes comprometida en el contrato del fideicomiso. En muchos fideicomisos los fiduciantes tienen escasa participación a los largo de la vida del contrato correspondiente, limitándose su obligación a la apuntada. Así, puede que los contratos designen como fiduciantes a los suscriptores de títulos emitidos con cuyo producido se llevara a cabo el objeto del fideicomiso. Pero puede prever el contrato la realización de múltiples actos con carácter obligatorio para el fiduciante. La aprobación del fiduciario sustituto en caso de renuncia del designado en el contrato, la obligación de solventar determinados gastos o hacer nuevos aportes de bienes en fideicomisos frente a determinados eventos.

- **Derechos del Fiduciante**

- Remoción del Fiduciario: Reemplazo del fiduciario por el sustituto de acuerdo con las previsiones contractuales o de acuerdo a lo establecido por el CCCN.
- Sustitución del fiduciario: en caso de omisión por el fiduciario del ejercicio de acciones en protección del patrimonio fiduciario, el fiduciante tendrá derecho a su ejercicio con autorización judicial.
- Revocación del fideicomiso: Se le otorga el derecho de disponer la revocación del fideicomiso, si así se hubiese reservado ese derecho.
- Rendición de Cuentas: El fiduciante tendrá derecho a exigir al fiduciario la rendición de cuentas periódicas en forma conjunta o separada a la que deba brindar al beneficiario.

B. FIDUCIARIO

El fiduciario es la persona a la que el fiduciante le transmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes con el encargo fiduciario de detentarla para el beneficio del beneficiario. Él fiduciario no es un representante del constituyente del fideicomiso sino que actúa a nombre propio cumpliendo un encargo fiduciario en calidad de dueño de los bienes recibidos en fiducia para beneficio del beneficiario.

Pueden ser fiduciarios tanto las personas humanas como jurídicas. Solamente existe limitación respecto del fiduciario autorizado para actuar en los fideicomisos financieros, esto es (entidades financieras controladas por el B.C.R.A y sociedades autorizadas por la C.N.V) como lo determina el art. 1690 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El fiduciario se compromete a que una vez recibido los bienes fideicomitidos hará lo necesario para administrarlos responsablemente y llegar al objetivo para el que se constituye el fideicomiso.

El art. 1674 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que el fiduciario deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la ley o la convención y hacerlo con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de confianza depositada en él. Respecto de la posibilidad de disponer o enajenar los bienes fideicomitidos, el fiduciante podrá imponer restricciones en el acto constitutivo, caso contrario el fiduciario podrá disponer de los bienes a efectos de cumplir con los fines del fideicomiso. El fiduciario puede ejercer todas las acciones que estime necesarias para la protección de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el

beneficiario. Los actos realizados por el fiduciario de acuerdo a la manda fiduciaria no se resolverán retroactivamente.

El fiduciario tiene la obligación, sin que pueda ser eximido por el contrato, de rendir cuentas con una periodicidad no mayor a un año.

El único beneficio del fiduciario será la retribución por su función y el reembolso de los gastos, no pudiendo, en principio, adquirir para si los bienes que tiene fideicomitados.

El fiduciario puede terminar su mandato por distintas causales establecidas en el contrato o en el CCCN. Estas pueden ser: remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona humana; por disolución si fuera una persona jurídica; por quiebra o liquidación; por renuncia si en el contrato se hubiera autorizado expresamente esa causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

Acaecida alguna de las causas que hacen cesar las funciones del fiduciario, inmediatamente pasará a ocupar su lugar, el sustituto, conforme lo haya previsto el contrato, cumpliendo el procedimiento que esté previsto.

El art. 14 de la ley se refiere a la responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación que nos dice que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Pero el artículo 1685 prevé la situación e impone que sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso. El seguro con el que se debe contar para la protección contra riesgos debe ser conforme a la normativa, como así también el importe del mismo, Respecto al monto tiene que ser acorde al valor de los bienes, resultando responsable el fiduciario en el caso de no contar con el seguro adecuado.

Uno de los grandes cambios que introdujo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación respecto del fiduciario es que puede ser beneficiario, en tal caso debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

C. BENEFICIARIO

Es quien debe recibir los beneficios, y en algunos casos los bienes fideicomitidos, según el contrato, al momento estipulado o al vencimiento del plazo máximo de la ley. Beneficiario puede ser una o más personas, y para determinar el orden en el cumplimiento de sus derechos se admite instituir métodos, por ejemplo: la determinación de un juez.

Según el art. 1671 del Código Civil y Comercial de la Nación el beneficiario puede ser una persona física o ideal, no necesariamente debe estar en el momento de celebrar el contrato, pero si se necesita su individualización para un futuro. Pueden ser beneficiarios todos los sujetos del contrato (fiduciante, fiduciario o fideicomisario).

Está permitido que haya más de un beneficiario, en ese caso los beneficios serán distribuidos en partes iguales, salvo que el contrato establezca lo contrario. Si se produjese la renuncia, no existiesen o no aceptasen la designación como beneficiario, se puede determinar el derecho de acrecer de los restantes, o bien escoger un beneficiario sustituto. Si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, quien ocupa su lugar es el fideicomisario. Si éste renuncia, no acepta, o si no llega a existir, el beneficiario debe ser el fiduciante.

El derecho del beneficiario, puede cederse entre vivos o por fallecimiento, si así lo permite el fiduciante.

El beneficiario es acreedor del patrimonio del fideicomiso, es sobre esos bienes que puede reclamar sus derechos, pero no posee un derecho real sobre ellos.

Uno de los derechos del beneficiario es solicitar al juez el poder para accionar en protección a los bienes en el caso de que el fiduciario no responda de manera adecuada en la administración. El fideicomiso es un contrato que contiene un mandato, por ello lo habilita al beneficiario a demandar al fiduciario por el incumplimiento.

El art. 1678 del Código Civil y Comercial de la Nación le autoriza al beneficiario a pedir la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones o por hallarse imposibilitado material o jurídicamente para el desempeño de su función.

Otro derecho es a exigir la rendición de cuentas de parte del fiduciario.

Respecto de las obligaciones, la ley no menciona ninguna, excepto si por contrato se le exige alguna contraprestación.

D. FIDEICOMISARIO

Denominamos fideicomisario a la persona designada como tal por el fiduciante, a la cual el fiduciario deba transmitirles los bienes fideicomitidos que resulten remanentes una vez cumplido el encargo fiduciario, distinta del beneficiario.

Se trata de un rol específico que puede cumplir una persona en la medida que sea así designado en el contrato de fideicomiso, a favor de quien se estipula el derecho a recibir estos bienes remanentes, no siendo normal que sea parte al contrato en cuestión; aun cuando dada la duda semántica que plantea este término, sea común que una misma persona sea indicada en los contratos actuando en sus “roles” de fiduciante y fideicomisario con respecto a los bienes fideicomitidos.

4. OBJETO DEL FIDEICOMISO

Cualquier bien o derecho puede ser objeto de este contrato, excepto los derechos personalísimos, tales como el derecho a la vida, a la salud, libertad, entre otros, que no pueden ser transferidos. Tales bienes deben ser ciertos, determinados y estar en el comercio.

El objeto del contrato puede ser un bien presente o futuro. Se puede tratar de bienes muebles, inmuebles, dinero, etc., pero cualquiera que sea el bien objeto, es indispensable que se pueda determinar con exactitud y que sea parte de la masa de bienes que se encuentran en el comercio.

Según el art.1670 del Código Civil y Comercial de la Nación, pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras.

Resumiendo, el traspaso de la propiedad de un bien es el objeto del fideicomiso, otorgando responsabilidad al administrador de lograr el propósito del contrato.

5. CLASES DE FIDEICOMISO

Básicamente nos encontramos con dos grandes tipos de contratos de fideicomiso, el fideicomiso de administración y el fideicomiso financiero. La diversidad de combinaciones que se pueden obtener de los mencionados contratos es muy amplia si tenemos en cuenta las particularidades del negocio y el propósito para el que se constituye.

El fideicomiso de administración u ordinario es la figura utilizada entre particulares que conciertan operaciones comerciales bajo este instrumento.

Con respecto al fideicomiso financiero, el Código Civil y Comercial en la sección 4ª define al Fideicomiso Financiero como el contrato en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos.

Finalmente en la sección 8ª nombra las reglas aplicables al Fideicomiso Testamentario.

A- FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN

Como tal lo dice su nombre, en este fideicomiso la finalidad está centrada en la administración del objeto por el lapso de tiempo que se haya establecido en el contrato o hasta que se produzca la condición a la que está sujeto.

El fideicomiso es usado como medio para resguardar jurídicamente el desarrollo de los negocios. El fiduciario recibe los bienes, constituyendo un patrimonio ajeno completamente a los patrimonios de los sujetos intervinientes; adquiere una propiedad que no comprende el aspecto económico, ya que le corresponde al beneficiario, fideicomisario o al mismo fiduciante.

Las diversas aplicaciones que se le da al Fideicomiso de Administración son:

- **Fideicomiso de Garantía:** se produce la transferencia de los bienes para dar seguridad al acreedor de la cancelación del crédito, en el caso que el fiduciante no pueda cumplir, los bienes fideicomitados se utilizaran para cubrir la obligación.
- **Fideicomiso de inversión:** lo que busca el fiduciante con la constitución de este fideicomiso es obtener beneficios por la colocación de un patrimonio en manos de un administrador que le asegure un óptimo rendimiento. Generalmente el fiduciario es un banco o entidad financiera ya que cuentan con experiencia y profesionalismo en el tema.
- **Fideicomiso Inmobiliario:** aquí lo que se pretende es un desarrollo inmobiliario. El fiduciante constituye un fideicomiso con bienes inmuebles para que sean vendidos o arrendados, obteniendo beneficios. Tiene gran utilidad en los negocios compuestos por varios sujetos, porque brinda seguridad a todos a pesar de la diversidad de intereses que puedan existir.
- **Fideicomiso de Seguros:** el fiduciante contrata un seguro designando a una entidad financiera como beneficiaria, y a la vez constituye un fideicomiso con dicha entidad, ocupando ésta el

lugar de fiduciario. Su obligación será recibir el monto que le otorgue la aseguradora, efectuar inversiones, y a las rentas obtenidas darles el fin que se haya acordado en el contrato.

- **Fideicomiso Testamentario:** El testador puede celebrar un fideicomiso con el fin de dejar expresada la división de sus bienes, sin afectar la parte legítima de sus herederos forzosos.

- **Fideicomiso Público:** se constituye con bienes del Estado y la finalidad es de interés público. El fiduciante es la Administración Pública y el fiduciario suele ser alguna institución financiera nacional o provincial. Para celebrar este tipo de contratos es necesario que una ley lo apruebe.

B- FIDEICOMISO FINANCIERO

El art. 1690 del Código Civil y Comercial lo define de la siguiente manera: " Fideicomiso financiero es aquel 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".

A continuación el Código dice, "los títulos valores referidos en el artículo 1690 pueden ofrecerse al público en los términos de la normativa sobre oferta pública de títulos valores. En ese supuesto, el organismo de contralor de los mercados de valores debe ser autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, quien puede dictar normas reglamentarias que incluyan la determinación de los requisitos a cumplir para actuar como fiduciario".

Para constituir un fideicomiso financiero se precisa establecer los requisitos para la emisión de los títulos valores y las cláusulas que sirvan para la toma de decisiones si el patrimonio resultara insuficiente.

6. EL TRATAMIENTO IMPOSITIVO DEL FIDEICOMISO

A- EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE POR DEUDA AJENA

Para llevar a cabo el contrato de fideicomiso es necesario que una persona, el fiduciario, realice las tareas encomendadas por el fiduciante, sobre el patrimonio fideicomitado el cual no tiene personalidad jurídica. Los bienes que se encuentran dentro de ese patrimonio pasan a ser propiedad del fiduciario pero de forma viciada, ya que los bienes no son de su dominio particular, sino que sólo sería un “administrador de los bienes fideicomitados”.

A través de lo expuesto anteriormente podemos decir que el fiduciario es un administrador del patrimonio fideicomitado y por tal encargo podemos encuadrar al mismo como responsable por deuda ajena.

Según la Ley de procedimiento fiscal 11.683 en el inciso e) del artículo 6, “Están obligados a pagar el tributo al fisco, con los recursos que administra, perciba o disponga, como responsable del cumplimiento de la deuda tributaria de los titulares de los bienes administrados en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de sanción de esa ley.” ya que es un administrador de patrimonio.

❖ ***Obligación de informar impuestas por AFIP:***

La Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Resolución General 3312/12 establece un régimen de información para reforzar el cumplimiento de ciertos requisitos, formas y plazos con el fin de mejorar la fiscalización y el control de los fideicomisos.

En su título I instituye un régimen de información anual que deben ser cumplidos por los fiduciarios incluyendo información sobre los fiduciantes, fideicomisarios y beneficiarios.

Los datos a informar en el régimen de información antes mencionado son:

- Apellido y nombres. (de las partes intervinientes en el contrato), denominación o razón social.
- CUIT, CUIL o CDI.
- Clase o tipo de fideicomisos utilizados
- Datos identificatorios del o los bienes y monto por entregas de dinero, valuado según la Ley de Impuesto a las Ganancias
- Información Contable sobre el período informado

Además los fiduciarios deben comunicar vía electrónica a través del sitio “web” de AFIP toda modificación del fideicomiso, en particular las operaciones detalladas en el anexo IV de la Resolución General antes nombrada:

1. Constitución inicial de fideicomisos.
2. Ingresos y egresos de fiduciantes y/o beneficiarios.
3. Transferencias de participaciones o derechos.
4. Entregas de bienes efectuadas a fideicomisos, con posterioridad a su constitución.
5. Modificaciones al contrato inicial.
6. Asignación de beneficios.
7. Extinción de contratos de fideicomisos.

B- ESTUDIO DE LOS DISTINTOS IMPUESTOS

En primer lugar, analizaremos los impuestos provinciales y a continuación con los impuestos nacionales.

- ***INGRESOS BRUTOS***

En el caso de Ingresos Brutos tenemos en cuenta la habitualidad de la actividad, por lo cual se puede deducir que el fideicomiso se debe inscribir en el Organismo Público y realizar las obligaciones exigidas por el mismo.

Podemos analizar dos momentos en materia de éste tributo; primero tenemos la transferencia del patrimonio por parte del fiduciante, la cual no está gravada; y en segundo lugar tenemos que la retribución que percibe el fiduciario si se encuentra gravada.

- ***IMPUESTO DE SELLOS***

En el tema de Impuesto de Sellos tenemos diferentes posturas, ya que si analizamos el Código Fiscal de Mendoza, 2018, éste nos expresa que se encuentran gravados los contratos a título oneroso, pero al ser un traspaso de bienes para cumplir un fin determinado no tiene costo. Pero si consideramos que la transmisión deja de ser gratuita, estaría gravada.

- ***IMPUESTO AL VALOR AGREGADO***

Para analizar éste impuesto es necesario tener en cuenta la actividad objeto del contrato, ya que en el caso de estar gravada se debe inscribir en el mismo.

Según la Ley de Impuesto al Valor Agregado, la transmisión de propiedad en cabeza del fiduciante al fiduciario no estaría alcanzado, ya que tal transferencia no es a título oneroso, principal característica del impuesto (Ley N°20.631, 1997).

- ***IMPUESTO A LAS GANANCIAS***

En el caso de Impuesto a las Ganancias debemos diferenciar a los fideicomisos financieros de los no financieros. Los fideicomisos no financieros se encuentran alcanzados como si fuera una sociedad de Capital. Para el fideicomiso financiero la Ley de Impuesto a las Ganancias lo encuadra en el art. 69, es decir que está gravado con la tasa del 35%. Se debe tener en cuenta que si el fiduciante coincide con la figura de beneficiario, éste tributa por las rentas obtenidas en cabeza del fiduciante como renta de tercera categoría y el fideicomiso no tributa tal impuesto (Ley N°20.628, 1997).

Sin importar el fideicomiso del que estemos hablando en particular, todos deben estar inscriptos en la Administración Federal de Ingresos Públicos y cumplir con las obligaciones que corresponden.

- ***IMPUESTO A LOS BIENES PERSONALES***

Cuando hablamos del Impuesto sobre los bienes personales tenemos que tener en cuenta que el fideicomiso no ha sido tratado específicamente en la misma, pero si se encuentra legislado en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, donde lo nombra taxativamente en su art. 2 inc. f como sujeto pasivo del gravamen (Ley N°25.063, 1998).

Si tenemos en cuenta los bienes que entrega el fiduciante al fideicomiso, éstos no son parte de la base para la determinación de su impuesto, para impedir la doble gravabilidad.

Para los fideicomisos financieros la ley los incluye sólo en el caso de tenedor de certificados de participación y/o títulos de deuda, teniendo en cuenta los derechos que otorgan a los beneficiarios.

CAPITULO II: FIDEICOMISO INMOBILIARIO

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años el negocio del fideicomiso inmobiliario ha crecido notablemente por sus ventajas a la hora de iniciar una inversión, ya que protege los bienes que han sido aportados para ese proyecto. Ésta herramienta tiene importantes ventajas en comparación con otras figuras legales. La creciente demanda de urbanizaciones cerradas ayudó al establecimiento de éste instrumento, ayudando tanto al inversor (fiduciante) como al destinatario de la vivienda (beneficiario).

2. ACERCA DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Según la Ley 24.441, art. 1: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.”

En el caso de un fideicomiso inmobiliario, el fiduciante será el/los inversor/es que entrega los fondos para hacer frente a los costos de la obra y el terreno para la construcción del inmueble; por otro lado tenemos la figura del fiduciario que es quien va a administrar el patrimonio fideicomitado, comenzando por inscribir el terreno en el registro correspondiente o realizando la compra del mismo para comenzar con el proyecto, éste traspaso de propiedad del fiduciante al fiduciario es de “dominio imperfecto” ya que no se incorpora al patrimonio del fiduciario, pasa a ser un patrimonio independiente. Y por último tenemos al beneficiario, quien puede coincidir con la figura del fiduciante, y es quien recibe el inmueble al finalizar el contrato.

El rol del fiduciario es muy importante, por lo cual a la hora de contratarlo es necesaria una persona idónea en la construcción para que pueda cumplir con las obligaciones que emanan del

contrato. Para efectuar sus tareas posee extensas facultades y así llevar a cabo las actividades de la construcción. Una característica también muy importante es que sea un buen administrador de negocios, ya que una de sus obligaciones es rendir cuentas de todo el trabajo realizado, tanto los pagos como los ingresos.

No sólo podemos obtener la financiación por parte de los inversores, también es muy común que las unidades a construir se coloquen a la preventa para que los participan anticipen fondos.

Cuando termina el objeto del contrato, en éste caso cuando culmina la construcción del o los inmuebles, son puestas a disposición de los beneficiarios o fideicomisarios según corresponda.

En el caso que los bienes se coloquen a la venta en general, el administrador debe repartir los ingresos obtenidos por tales ventas según el porcentaje de participación de cada inversor. Al terminar éste último paso, se da por finalizado el contrato por cumplirse el objeto para el que se constituyó.

3. PARTES QUE INTERVIENEN EN UN FIDEICOMISO INMOBILIARIO

A- FIDUCIANTES

Podemos decir que los fiduciantes son los inversores, los iniciales interesados para comenzar con el fideicomiso inmobiliario, quienes se comprometen a aportar el capital, terreno y afrontar los costos de la obra. Cada aportante asume la obligación en la parte que le corresponde y también tiene el derecho de ceder/vender su parte a un tercero que no haya sido inversor desde el inicio. Al ingresar “reservan” su lugar dentro del proyecto hasta conseguir la cantidad de participantes necesarios para suscribir el contrato y así comenzar.

Cualquier persona que pueda transmitir a un fiduciario un conjunto de bienes para que éste lo pueda administrar y ejecutar para la concretar un proyecto y a la finalización del mismo ser entregado a un beneficiario puede ser fiduciante, sin la necesidad que sea un experto en negocios, sino que posea el capital o los bienes necesarios para comenzar a construir y llevar a cabo el proyecto; así puede cumplir con los requisitos como por ejemplo diseñadores, bancos, alguna empresa constructora en particular, un grupo de personas que quieran comenzar con un proyecto, ahorristas, etc.

B- FIDUCIANTES – ADHERENTES

En el caso de que el contrato incluya un tipo de proyecto que no sea cerrado, pueden ingresar nuevos inversores interesados para participar en cualquier momento que se encuentre en el mismo, ya sea adquiriendo derechos de un fiduciantes que decida retirarse o si fuera necesario aumentar la inversión para continuar con el fideicomiso. Esto debe estar contemplado desde el inicio para evitar problemas con los inversores fundadores.

C- FIDUCIARIO

Es una de las partes más importantes del fideicomiso, ya que es la persona a quien se le transfiere el patrimonio para que comience a administrarlo a favor del proyecto. Lo primero que debe hacer es inscribir los bienes registrables en los registros correspondientes. Es quien pasa a ser el titular de los bienes y el que debe transmitirlo en escritura al beneficiario una vez terminado el proyecto y cumplido el objeto del contrato.

Ésta figura puede estar representada por una persona física de existencia visible o una persona jurídica de existencia ideal, en el último caso pueden ser fiduciarios con carácter profesional organizados a través de sociedades especializadas en el tema de construcción. Cualquiera sea la figura elegida tiene los derechos y obligaciones propias del fiduciario, teniendo en cuenta que una de las importantes es la rendición de cuentas periódicas hacia los fiduciantes y beneficiarios.

Es el responsable principal en el caso de que tenga a su cargo personal que colabore con el cumplimiento del proyecto, ya que se encuentra individualizado en el contrato como parte del mismo y responde por las inversiones realizadas. Su remuneración está pactada de antemano en el contrato y es una suma fija.

D- BENEFICIARIO

Es quien tiene el derecho de recibir la o las unidades, producto final del fideicomiso. Pueden existir o no al momento de la celebración del contrato; ser parte (el mismo fiduciante) o un tercero ajeno al contrato. Es necesario que el beneficiario acepte la obligación para dar por terminado el circuito del fideicomiso.

E- AUDITORES

Si bien no se considera taxativamente como una parte “necesaria” del contrato también son parte, cuando sean necesarios para cumplir el objetivo; éstos pueden ser especialistas en donde se requiera, con la condición de ser independientes, para así garantizar a los inversores que no se trata de fraude, entre ellos podemos encontrar profesionales idóneos en arquitectura, especialistas en medio ambiente, contadores, agrimensores, ingenieros civiles, contadores, etc.

F- PATRIMONIO FIDUCIARIO

Los activos que forman el patrimonio en el caso del fideicomiso inmobiliario está integrado particularmente por el terreno y los fondos puestos a disposición para el proyecto; también podemos decir que el capital de trabajo se considera como parte del conjunto de bienes invertidos a través de los honorarios y el costo de oportunidad que esto produce. Es un patrimonio separado de afectación, totalmente distinto al de las partes integrantes, responde por sus propias deudas y se encuentra libre de la acción de los acreedores particulares de los fiduciantes o fiduciarios.

4. UTILIDAD DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Las ventajas más significativas de éste tipo de contrato son:

- Existe un patrimonio separado de las partes intervinientes.
- Al ser una estipulación por contrato, no constituida como una sociedad, no se rige por la ley de sociedades comerciales.
- Posee gran flexibilidad, ya que la estructura es particular en cada contrato.
- En el aspecto contable también se encuentran marcadas ventajas puesto que el proyecto está fuera del balance del fiduciante, existiendo la salida de bienes y el crédito a favor del fiduciario.
- Responde únicamente por deuda del propio fideicomiso, y no de las partes.
- Es una inversión sin grandes riesgos porque se encuentra todo pactado en el contrato.
- Los beneficiarios pueden ceder su parte antes de que finalice el contrato.

5. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

A- SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA O SOCIEDAD ANONIMA

Para comenzar a tratar éste tema, hablaremos de los aspectos más importantes a tener en cuenta para elegir entre las distintas figuras antes nombradas. Tendremos en cuenta seis de las variables más significativas:

1- Perdurabilidad

En el caso de construcción de inmuebles, tenemos que son generalmente proyectos de mediano plazo, que al momento de culminar, las partes no tienen la intención de continuar ligados entre sí, como sí lo es una sociedad en donde una de sus características principales es el “affectio societatis” para continuar desarrollando un negocio.

2- Costos para la constitución

El costo de constitución de una sociedad tiene mayor desventaja a la de un fideicomiso, ya que para una constituir una sociedad debemos realizar una inscripción en DPJ y los organismos fiscales correspondientes, lo cual tiene un costo más elevado que sólo inscribir al Fideicomiso en AFIP y ATM.

3- Las responsabilidades de las partes

En relación a éste tema, podemos decir que tienen casi igualdad de condiciones, porque las sociedades ofrecen protección al patrimonio de los socios o accionistas, al igual que los fideicomisos lo hacen, al ser un patrimonio separado de las partes. Para el caso de las sociedades tenemos que los gerentes o el directorio son solidariamente responsables por las actividades que realicen; y en el caso del fideicomiso tenemos al fiduciario que es el administrador del patrimonio fideicomitado.

4- Los riesgos

En el fideicomiso los inversores tienen la certeza de que su aporte está destinado únicamente a la concreción del contrato y conocen de antemano las utilidades a obtener, en cambio en una sociedad, a través del órgano de administración se realizan distintas actividades, siempre relacionadas con el fin de su existencia, pero en el que los socios o accionistas participan en proporción a su aporte y así las actividades son determinadas por los que poseen mayor participación para decidir.

5- Los impuestos

El impuesto a las ganancias es el de mayor peso al momento de la elección, las sociedades, cualquiera sea su tipo, tributan al 35% del resultado impositivo; en cambio en los fideicomisos podemos decir que si el fiduciante coincide con la figura del beneficiario, éste tributa por la escala progresiva de la Ley de Impuesto a las Ganancias, lo cual podría ser inferior al 35%.

6- Control Interno

Los órganos de control interno en una sociedad están determinados en la Ley de Sociedades Comerciales, no es así para el caso de fideicomisos que ni tienen la obligación de crear uno, sino que es organizado según sea necesario.

B- CONTRATO DE MANDATO

Según el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1.869 nos dice: "El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza." Podemos ver grandes similitudes con el contrato de fideicomiso, pero si comenzamos a analizar cada uno podemos ver las diferencias existentes; en primer lugar tenemos que el fiduciario asume la propiedad de los bienes y se crea un patrimonio separado de las partes, por su parte el mandato no tiene esa característica, ya que no se transmite la propiedad; El fiduciario actúa como administrador del fideicomiso para cumplir con un fin determinado en el contrato y en el mandato el mandatario actúa por cuenta y en nombre de otro. Como último análisis podemos ver que el contrato culmina por el cumplimiento del objeto en el caso del fideicomiso, no siendo así el mandato que finaliza con la muerte del mandatario y mandante.

6. ANÁLISIS IMPOSITIVO DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Con respecto al tema impositivo existe una clara falta de legislación, es por eso que al momento de analizarlo debemos tomar la extensa doctrina y los dictámenes de la AFIP para resolver cada fideicomiso en particular.

Analizaremos los vacíos legales, para intentar tomar la mejor solución al momento de realizar las liquidaciones correspondientes de cada impuesto, comenzando por el impuesto a las ganancias y luego el IVA, en los distintos momentos del fideicomiso:

- ✓ con respecto al aporte que realizan los fiduciantes.
- ✓ En la adjudicación de inmuebles a los beneficiarios
- ✓ Valor de adjudicación de las unidades

A- APOORTE DE LOS FIDUCIANTES

- ***IMPUESTO A LAS GANANCIAS***

Por el tema antes mencionado, vamos a examinar si el aporte del fiduciante se encuentra alcanzado o no, haciendo hincapié en la modalidad de la transferencia.

Según el fisco en el dictamen 103/2001 (DAT) explica que solo la transferencia de inmuebles a título oneroso está gravada, pero modificó su postura el dictamen 55/2005 expresando: “Este servicio asesor tiene dicho, que en principio no se produciría en el contrato de fideicomiso, una transmisión onerosa ni gratuita del bien en cuestión, sino que el mismo es transferido a "título de confianza", pero también se ha advertido que en cada caso en particular se deben examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios. Se advierte en el sub-examine que las características del negocio subyacente al contrato, conducen a afirmar que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante, tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario, la cual emerge con claridad del contrato de fideicomiso, donde se detallan los bienes que corresponderá adjudicarle cuando culmine la obra. A mayor abundamiento, cabe traer a colación lo señalado en la obra "Fideicomiso y Securitización" -Nicolás Malumián, Adrián G. Diplotti, y Pablo Gutiérrez, La Ley, página196-, en la cual los autores entienden que "... son ejemplos de transferencias fiduciarias que acceden a la categoría de onerosas frente al impuesto a las ganancias aquellas por las cuales se reciba a cambio dinero, títulos fiduciarios, derechos de beneficiario, bienes materiales, etc. Por lo tanto, esta asesoría interpreta que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante en el marco del contrato que nos ocupa reviste carácter de oneroso, resultando en consecuencia alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas”.

Si el fiduciante sólo aporta dinero en efectivo y el fiduciario en su carácter de administración del fideicomiso adquiere el terreno para cumplir con sus tareas, éste no está alcanzado.

- **IVA**

Según la Ley de Impuesto al Valor Agregado, están alcanzadas las transferencias a título oneroso, en un primer análisis podemos rescatar que no estaría gravado por la característica de confianza del aporte; Esto fue solucionado por el DAT 55/2005 donde considera que tal aporte está gravado con IVA si cumple con lo determinado en el artículo 4 de la misma.

B- ADJUDICACIÓN DE LOS INMUEBLES A LOS BENEFICIARIOS

- **EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS**

Analizando las distintas posibilidades que existen en éste tema, podemos dividirlo en tres opciones:

- ✓ Fideicomisos en los que el fiduciante no es beneficiario, tributan al 35% según la Ley de Impuesto a las Ganancias, encuadrándolos en el art. 69 inc. a) como una sociedad de capital.
- ✓ Fideicomisos donde la figura de fiduciante coincide con la de beneficiario, en éste caso el resultado se distribuirá en cabeza del fiduciante quien lo declara como renta de tercera categoría.
- ✓ Fideicomisos donde existen varios fiduciantes y no todos son beneficiarios, con respecto a éste tema la doctrina se encuentra dividida, por esto el fisco se exployo en el dictamen DIALIR 8/2010 explicando que no admite la tributación proporcional, sino que cada figura debe tributar como lo explicamos en los puntos anteriores. En conclusión, si la figura del fiduciante no coincide con la de beneficiario tributa con el 35% sobre el resultado.

- **EN EL IVA**

Según la Ley de Impuesto al Valor Agregado en su art. 4 dice quiénes son los sujetos pasivos del gravamen, y el inc. d) hace referencia al tema de fideicomiso inmobiliario diciendo: “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.”

Para que se encuentre gravado por este impuesto, debe cumplir con dos requisitos esenciales: uno objetivo y uno subjetivo.

Un primer análisis que debemos hacer para ver si cumple con elemento objetivo es cuestionar si la obra se realiza sobre un inmueble propio o uno de terceros; en el momento de constitución del fideicomiso se transfiere la propiedad al fiduciario para que pueda cumplir con el objeto del contrato, aunque el propietario sería el fideicomiso ya que es un patrimonio separado del fiduciante y fiduciario, por esto el dictamen 19/03 (DAT) determinó que se encuentran obligados a inscribirse en el Impuesto al Valor Agregado, si tienen las características de unidades económicas que generan hechos imposables.

En segundo lugar tenemos el elemento subjetivo que es la existencia de fin de lucro, para abordar este tema tan complejo hacemos referencia a un pronunciamiento emitido por la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la Dirección General Impositiva a través del DICTAMEN DATyJ 23/70, en el marco del Impuesto a los Réditos, el Fisco afirmó que: "Debe entenderse que, aunque la persona o entidad que realice las operaciones no tenga habitualidad en la compraventa, cambio o disposición de bienes inmuebles, es evidente que el motivo principal y directo de la compra o construcción ha sido el propósito de lucrar con su enajenación, asumiendo así los bienes el carácter de "mercaderías", de modo que con ellos se hace "comercio" en el concepto económico, o sea en el sentido de la ley impositiva y los resultados estarán comprendidos en el impuesto a los réditos".

En el escrito de Balan Osvaldo "Fideicomisos Inmobiliarios. Análisis y opiniones del Fisco"²² explica que es fundamental tener en cuenta la opinión del fisco en el dictamen DAT 8/2004 el cual concluye que "... en la transferencia fiduciaria del inmueble al fiduciario, no se produce la generación del hecho imponible dispuesto por la ley del tributo, por cuanto se encuentra ausente el elemento fundamental que caracteriza al mismo la onerosidad de la transferencia", criterio que fue derogado por el DAT 55/2005 con la teoría que los fideicomisos son onerosos.

El Tribunal Fiscal de la Nación opinó que, la fecha de culminación de la obra y la entrega de la misma era tan cercana que podía interpretarse que el ánimo de lucrar estaba presente en el fideicomiso.

Teniendo en cuenta el dictamen DAT 18/2006 por parte del Fisco, podemos concluir que considera al fideicomiso como una unidad económica, distinta del fiduciante y del fiduciario, por lo tanto se considera como sujeto tributario.

C- VALOR DE ADJUDICACIÓN DE LAS UNIDADES

Por último, vamos a analizar el tema del valor de adjudicación de los inmuebles, ya que a través de los distintos análisis realizados concluimos que para el fisco la entrega del inmueble es un acto jurídico oneroso.

Según Balan Osvaldo, la adjudicación debería efectuarse al costo porque la misma no trasciende a terceros; pero otros autores opinan que debe adjudicarse según el valor de plaza, teniendo en cuenta la fecha de la escrituración o posesión, lo que suceda primero (Balan, 2012).

Para la AFIP el valor de adjudicación es el costo en el que se incurrió efectivamente, siempre que el mismo no sea inferior al costo vigente en el mercado; de encontrar tal diferencia el Fisco tiene la facultad de contradecir el valor y aplicar un costo de mercado, dejando de lado el precio de mercado. A través del análisis realizado la AFIP trata de utilizar el principio de realidad económica, entendiendo así que si los fiduciantes son constructores y el fin principal de realizar el fideicomiso es la comercialización de las unidades, el Fisco tomará como valor de adjudicación el precio de plaza.

- ***IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA***

Analizando el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta son sujetos pasivos los fideicomisos constituidos en el país con excepción de los fideicomisos financieros.

Todos los activos integrantes de un patrimonio fiduciario, en base a lo establecido, anteriormente se encuentran alcanzados por el impuesto. Como consecuencia le corresponden al administrador de los bienes el cumplimiento de las obligaciones tanto formales como sustanciales emanadas de la respectiva norma, fijándose su carácter ante dicho tributo de responsable por deuda ajena; aun tratándose de patrimonios estáticos no evolutivos y no obtenga renta alguna ya que el Tribunal Fiscal de la Nación afirma que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta es un gravamen autónomo y considera que el hecho imponible del impuesto es la existencia de activos, por lo que la efectiva generación de ganancias o la existencia de quebrantos resulta irrelevante, en la medida en que existen activos que pueden llegar a producir una ganancia.

A su vez, en base a diversos dictámenes, emitidos por autoridades especialistas en tributos, determinaron que "detrás de la figura del fideicomiso inmobiliario existe onerosidad y propósito de lucro, en razón de lo cual se entiende que las unidades que conforman los inmuebles tienen el carácter

de bienes de cambio, por lo que no les corresponde estar exentas del pago del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta".- *Fuente: texto e ilustración publicados por iProfesional (07/10/2014)*

En nuestra opinión dicho tributo no debiera recaer sobre los contratos de fideicomisos que por cuestiones contractuales no se les esté permitido obtener rentas o de hacerlo en cabeza propia. Es por esto que no debiese aplicarse un impuesto complementario a quien no esté alcanzado por el impuesto principal, como lo es en este caso, el Impuesto a las ganancias.

CAPÍTULO III: FIDEICOMISO DE GARANTIA

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, las garantías de pago o cumplimiento han adquirido en el mundo de los negocios – particularmente el financiero- una importancia mayor que la que ya tenían como consecuencia de la recurrencia de las crisis económicas y el acortamiento de los tiempos entre ciclo y ciclo. En este contexto, asociado a la congestión de los tribunales, el fideicomiso de garantía se perfila, en nuestro medio, como un excelente mecanismo para asegurar la rápida satisfacción de las obligaciones incumplidas, con obvia superioridad respecto de las llamadas garantías tradicionales (hipoteca, prenda, etc.).

Mediante un contrato de Fideicomiso de Garantía, una persona puede garantizar el cumplimiento de una obligación afectando en fideicomiso un bien determinado o conjunto de bienes. En nuestro sistema legal, la figura consistirá básicamente en la entrega por parte de una persona (el fiduciante) de un bien o conjunto de bienes (bienes fideicomitados en garantía) a otra persona (el fiduciario) quien detendrá la propiedad fiduciaria de los mismos, con el encargo de llevar a cabo determinados actos relacionados con dichos bienes, en garantía del cumplimiento de determinada obligación (la obligación garantizada). El deudor de la obligación garantizada puede ser el propio fiduciante o un tercero.

2. ACERCA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

A través de este tipo de fideicomisos , un deudor ya sea actual o potencial, transmite de manera fiduciaria una cantidad de bienes establecidos por contrato con la premisa de mantener su propiedad, administrarla, por él mismo, el propio deudor o un tercero, elegido como beneficiario, al acreedor o más bien facultando al fiduciario para que se obligue como garante con los acreedores ya predeterminados por el fideicomitente, a destinar él o los bienes y/o el fruto producido por éstos a satisfacer las obligaciones garantizadas que no hayan sido cumplidas, sean anteriores al fideicomiso, concomitantes al mismo o futuras.

Con lo dicho anteriormente no se quiere, ni se puede agotar la cantidad de combinaciones que con este tipo de fideicomisos se pueden llevar a cabo, es más, juega un papel fundamental en los negocios fiduciarios pudiéndose completar con otro tipo de contratos sin dejar de lado sus características principales. En fin, no es un contrato de fideicomiso muy alejado de los demás.

Cuando hablamos de este tipo de contratos de fideicomisos únicamente destinados a servir de garantía, resulta que podemos cometer un grave error si pensamos que solamente la única característica o por lo menos, la más importante es la de servir solo y básicamente como garantía y que de ello dependen todas y cada una de las obligaciones, ya que éstos por lo general se acompañan de otras funciones no menos importantes del fiduciario como lo son la conservación y administración de los bienes fideicomitidos. En conclusión, a lo que llamamos fideicomisos de garantía, en los negocios pueden establecerse de diferentes formas dentro del marco legal, contemplando siempre su finalidad o función de garantía, que es para lo cual se crea, pero que no necesariamente es su única meta.

3. VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Una de las grandes ventajas que tiene el fideicomiso de garantía es su amplísimo campo de aplicación, lo que nos ha llevado a la realización de negocios que, hasta hace unos años, eran evitados debido a los riegos e incertidumbres que traían consigo a la hora de hacer valer derechos y en los que muchas veces demandaba a ir tras la justicia para lograr mejores condiciones. Sin embargo, este fideicomiso se basa en la seguridad del pago de determinadas sumas de dinero en contra posición con las garantías reales y personales destinadas a tal finalidad, desplazándolas de manera proporcionalmente directa por las grandes ventajas que este acuerdo contractual tiene respecto de aquellas.

A- VENTAJAS PARA EL ACREEDOR

Las ventajas del fideicomiso de garantía superan altamente a las que se predicen de las clásicas garantías reales (hipoteca y prenda). A continuación enumeramos sus principales virtudes sintéticamente, a saber:

1. Es más económica en la faz de cumplimiento de fideicomiso.
2. Obvia el proceso judicial de ejecución y las demoras que lo caracterizan.

3. Esta fuera de la órbita concursal o la quiebra del deudor garantizados, salvo fraude.
4. Es una garantía autoliquidable por excelencia.
5. Facilita la sindicación de acreedores respecto de los bienes fideicomitados y la rotación – reemplazo- por otros acreedores a medida que los precedentes son satisfechos por cumplimiento de la obligación garantizada.
6. Facilita la graduación de las garantías en función del nivel de endeudamiento.
7. Permite la realización de la garantía a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial sin los costos, demoras y manejos especulativos que con frecuencia se producen en las subastas judiciales.
8. Permite la utilización de activos considerados poco aptos para servir como garantía.
9. Reduce o elimina el aforo o cobertura que se impone en las garantías clásicas.
10. Reduce el riesgo del crédito garantizado.
11. El fideicomiso de garantía, en comparación con otras garantías, en particular las reales, como la prenda y la hipoteca, tiene una característica común: el acreedor garantizado con fiducia de garantía goza de pago preferencial sobre los demás acreedores del deudor. No en virtud de un privilegio sobre la cosa, sino simplemente porque los bienes no están en el patrimonio del deudor sino en el patrimonio separado del fiduciario.

B- VENTAJAS PARA EL DEUDOR

El fideicomiso de garantía no solo otorga grandes ventajas para el acreedor y para el fiduciario, sino que también las establece para el deudor. Tal es el caso, que permite llevar a cabo una realización más eficiente de los activos en el caso de tener que hacerse efectiva la garantía y no a través de medios burocráticos, costosos y largos en lapsos de tiempo como lo son los juicios de ejecución. Así, se ven beneficiados tanto acreedores como deudores. Por otro lado permite agrupar acreedores que resulten garantizados simultáneamente dentro del mismo fideicomiso, es decir, sindicarlos. También es lógico pensar que los bienes responderán de manera proporcional al valor que cada acreedor posee en sus créditos u otra manera es llevar a cabo la liquidación en base a lo convenido. Además de esto, los

acreedores pueden rotar y sucederse sin tener la necesidad de modificar el contrato de fideicomiso, llevándose a cabo por simples actos en los que se establece la salida de aquellos acreedores que no tuviesen más interés, pudiendo así el ingreso de nuevos agentes que deseen sacar provecho.

Muchas veces se utiliza un mismo fideicomiso de este tipo para beneficiar a más de un acreedor sucesivo. Para esto hace falta que en los términos y límites establecidos en el contrato, el deudor, previa corroboración de la fiduciaria y usando cupos de garantía libres o remanentes existentes luego de realizarse pagos parciales de obligaciones garantizadas inicialmente, ligue una nueva obligación. Si lo que se quiere es sustituir a un acreedor ya desinteresado, solo basta instruir al fiduciario para que registre y de este modo de ingreso a un nuevo beneficiario de la fiducia o éste preste nuevas garantías. En tanto el bien no se desafecta durante el proceso de reemplazo de acreedores, salvo que en el contrato se estime reducción a medida que se vean disminuidos los créditos garantizados.

Indicamos que cuando el fideicomitente transfiere la propiedad fiduciaria de bienes con fines de garantía, no es condición necesaria que su patrimonio disminuya, sino que puede suceder que él reciba alguna contraprestación, sea siendo el mismo el designado como beneficiario o fideicomisario, u obtenga contraprestación de un tercero. En estos últimos casos, lo que sucede en su patrimonio es un cambio cualitativo y no cuantitativo, al verse modificada solamente la naturaleza de sus activos. Sucede cuando no hay gratuidad. En el caso del fiduciante, como contraprestación de la transmisión del bien al fiduciario, obtendrá un derecho personal respecto de éste, al momento de la restitución si logra cumplir como fue pactado, con la obligación garantizada. Los acreedores del fiduciante podrán ejecutar individual o colectivamente ese derecho sin desmedro del desarrollo del fideicomiso, salvo fraude.

Es fácil observar la falta de derechos reales sobre los bienes transferidos con carácter de fiducia, en la doctrina latinoamericana, que poseen los sujetos fideicomitentes, los beneficiarios y los fideicomisarios. Esto conlleva a la inoperancia a la hora de perseguir o reivindicar los bienes por parte de del fiduciario o de terceros adquirientes de buena fe. Esto sucede aún, cuando el fiduciario, haya llevado a cabo actividades contrarias a la finalidad del contrato y solo se podrán llevar a cabo sanciones y acciones personales contra fiduciarios cuando éste haya incumplimiento de modo que produzca daños a ser reparados.

El deudor, en este tipo de contratos lleva a cabo distintos actos legítimos. Lo es el acto de disposición de bienes a la hora de constituir un fideicomiso y lo es el acto en el cual se dispone y procede con su derecho y las acciones necesarias para nombrar a los beneficiarios y a los acreedores garantizados. Dichos actos son propios de la actividad, por lo tanto se encuentran dotados de presunción de legitimidad.

Esto nos lleva a pensar que estos actos solo pueden ser invalidados llevando a cabo las vías que la misma ley inserta expresamente con estos fines. Para esto existen acciones reconstitutivas del patrimonio que llevan a cabo deudores sobre sus acreedores.

Por otra parte, si bien ha sido entregado en propiedad fiduciaria, esto no quiere decir que se produzca una especie de congelamiento en sus aspectos económicos y aprovechar dichos beneficios que puede llegar a brindar el activo fideicomitido. Importará en este caso la naturaleza del bien o cosa dado en fideicomiso, en el cual el fiduciante podrá optar por continuar administrándolo o utilizándolo como comodatario.

4. ESTRUCTURA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Viendo al fideicomiso de garantía desde el punto de vista de su estructura, podemos visualizar dos conformaciones que vinculan al acreedor garantizado a través de diversas relaciones frente al contrato de fideicomiso. La primera que analizaremos es la especie clásica o más común que se da en estos contratos: el acreedor y el beneficiario o fideicomisario son el mismo sujeto dentro del fideicomiso. Se lo vincula a él por la vía de aceptación del beneficio, por ende, conlleva a una relación convencional a través de una estipulación a favor de tercero. Esto hace que la suerte del contrato se complique y se amarre a la relación fiduciante-deudor-fiduciario.

Otra variable que se da, un tanto más "limpia" que viene a mejorar la situación del acreedor, en relación al fideicomiso, es la que propone Manrique Nieto. En este caso el fiduciario, como lo indica la doctrina, contrata con el acreedor, como garante del deudor y hasta el límite del patrimonio que separó para fideicomitirlo. Aquí, de este modo, se realiza la contratación según las premisas e instrucciones que el fiduciante-deudor, le obligue al fiduciario designado. Por ende, este último se compromete, con los acreedores que le fueron asignados por el fideicomitente, a disponer o enajenar de los bienes que fueron fideicomitados para luego atender las obligaciones garantizadas, actuales o potenciales, que el deudor no pudiera satisfacer durante el contrato. Consideramos que la obligación toma forma de garantía personal, la cual asume el fiduciario en una órbita de patrimonio separado. Se califica así una especie de garantía abstracta a primera demanda. Decimos esto porque la obligación que toma el fiduciario con el acreedor solo se hace exigible por las normas que el fiduciario exponga al obligarse con el acreedor. Y al mismo tiempo las obligaciones a las que se ajuste el fiduciario están reguladas en el contrato de fideicomiso. El

fiduciario se obliga, respecto del acreedor garantizado, de manera independiente y autónoma de la obligación del primero con el fiduciante. Es por ello que el actuar del fiduciario tiene origen en una obligación adquirida con el acreedor, en tanto importa, cumplir con el contrato de fideicomiso por el cual nació y para lo cual es necesidad que el fideicomitente lo faculte para poder obligarse con terceros, según la naturaleza que los vincule. Finalmente cuando se establezca un hecho o la no ocurrencia de este, el fiduciario deberá cumplir con los fines del contrato, es decir, cancelar la obligación que no ha sido satisfecha (Nieto, 1997).

Al momento de cancelar la obligación garantizada, el fiduciario no extingue su papel de deudor garantizado, sino, lo que sucede realmente, es su baja en el rol contractual como garante. La obligación mencionada mantiene su vigencia a favor del fiduciario por una vía conocida como “subrogación”.

Cabe mencionar, para ser mejor entendido, lo que describe Manrique Nieto, al hablar del funcionamiento de un supuesto común de este tipo de fideicomisos. Cuando una persona contrata mediante un mutuo con alguna entidad financiera y las obligaciones emanadas del contrato consisten en restituir el dinero, el mismo se documenta a través en una cantidad cierta títulos valores, los mismos son entregados por la persona deudora a favor de la entidad financiera. Es aquí que surge un vínculo jurídico entre las partes, que se traduce en una obligación jurídica a cargo de la deudora de restituir cierta suma de dinero a una fecha determinada. Sucede que si esta misma persona celebra un contrato de fideicomiso de garantía con un fiduciario, en el cual le transfiere una cantidad de bienes en propiedad con la finalidad de que el fiduciario, siendo éste un tercero distinto del deudor, respalde las obligaciones emanadas del contrato de mutuo antes mencionado. En el momento en el que el fiduciario cancele la obligación como garante, no está haciendo más que cumplir con la obligación que mantenía con el acreedor, es decir, esta cumpliendo con una obligación propia pero al mismo tiempo también lo hace como tercero respecto de su relación con el acreedor- deudor en el contrato de mutuo. Pero tal es el caso, que con ese pago no se cancela la obligación aun insatisfecha, más bien subroga e integra a favor de un crédito, un activo que se agrega al patrimonio separado, viniendo a reemplazar los bienes que tuvo que ejecutar para cancelar la obligación garantizada. Aquí puede llegar a producirse una confusión respecto del fiduciante si este mismo reúne la calidad doble de beneficiario además de deudor.

Recomienda Manrique que el acreedor garantizado establezca vínculo con el fiduciario y con el patrimonio separado, con el fin de garantizar, por obligación adquirida en pos de contrato de fideicomiso. Así, a fin de hacer efectiva la garantía en caso no haber cumplido con el crédito garantizado, existe la posibilidad de tener una acción directa contra el fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio

separado. La ventaja tomara efecto en este caso al no ser parte del contrato de fideicomiso como sujeto con calidad de beneficiario. En caso de existir una diferencia o remanente, le corresponde al fiduciante y esto es lo que diferencia en gran medida a la dación en pago respecto del fideicomiso.

A- PAUTAS PARA LA ESTRUCTURACIÓN Y EL EJERCICIO DE FIDEICOMISOS DE GARANTÍA

El fideicomiso generalmente contiene normativas con la finalidad de ser traslativo de dominio e irrevocable, en tanto la obligación garantizada se mantenga insoluta. Establece plazos de vencimiento o predice la condición a la que estará sujeto la obligación garantida. Detalla además las aptitudes y facultades de la parte fiduciaria para cumplir con la finalidad del contrato.

- ***PAUTAS CONTRACTUALES***

Es necesario que este tipo de contratos mencione y detalle acerca de la administración de los bienes y las eventual trasmisión a terceros. Mencionamos que si bien, al tratarse de un fideicomiso de garantía, es el fiduciario quien debe recibir y conservar los bienes entregados y hacerse cargo de ciertos gastos de conservación, fiscales, y otros, se puede y es recomendable, que dependiendo de la naturaleza de los bienes, sea el fiduciante quien designe un depositario, que se encargará de la custodia de dichos bienes cuando éstos tengan un valor o cuidado que así lo requieran.

Es valioso regular en el contrato todo lo referido al proceso de realización de los bienes que dan forma a la garantía, las distintas maneras de llevar a cabo el procedimiento, las formalidades necesarias, la publicidad que debe hacerse y todos aquellos pasos que se deban llevar a cabo en caso de ventas privadas, remates o adjudicación de bienes por dación en pago. Esto debe ser detallado con la mayor precisión posible a fin de evitar ambigüedades o vacíos.

Suele suceder que una vez que la fiducia empieza el proceso extrajudicial de ejecución de patrimonio del fideicomiso, el deudor al ver insatisfecha su obligación garantizada, suele recurrir a la justicia para intentar levantar medidas cautelares que frenen los actos de realización de bienes. Intentará buscar elementos vulnerables dentro del contrato de fideicomiso y basándose en teorías sobre nulidades la utilizará en una posible demanda que deje sin efecto al contrato o produzca la rescisión del mismo por incumplimientos o cumplimiento escaso del mismo. Evitar la decisión del deudor de llevar a cabo acciones judiciales ante un tribunales es muy difícil ya que es un derecho constitucional que él tiene y lo

llevará posiblemente a cabo, sobre todo, cuando vea vulneradas sus garantías ante una posible realización de los bienes que representan sus garantías. Igualmente se recomienda siempre que sea el contrato el que provea d mecanismos que eviten llegar a instancias judiciales y permitan soluciones expeditivas.

Manrique Nieto recomienda mantener cuidado sobre algunos aspectos importantes en los contratos de garantía. Algunos de ellos son:

1.1) Verificar la titularidad y tradición del bien objeto del fideicomiso de todas las formas posibles. Analizar las formalidades y requisitos del fiduciario, según el bien que se trate y su naturaleza, es indispensable. Esto va a ayudar a emitir la normativa acerca de la tenencia del bien, en especial cuando al fiduciante-deudor se le permita mantener la tenencia del mismo, es el caso de los contratos en los que un inmueble una vez transmitidos en fideicomiso quedan en comodato del fiduciante.

1.2) Tener la seguridad de que el acreedor-beneficiario del contrato conoce todos los detalles acerca del estado, clase, valor de mercado, calidad y cantidad, etc. de los bienes que son objeto del fideicomiso y de lo que se busca que se haga con los bienes. Lo mismo se debe procurar hacia el fiduciante.

1.3) Dejar en claro la funcionalidad del bien para que los terceros puedan estar interesados en adquirirlo en caso de que se produzca la realización de los mismos.

1.4) Averiguar, en cuanto se pueda, si el deudor se encuentra en algún estado de cesación de pagos o si se encuentra con posibilidades de ingresar en tal estado.

1.5) Mantener la irrevocabilidad del fideicomiso.

1.6) Tratar siempre de que la parte fiduciaria no sea la misma que la acreedora, ni que tampoco se vincule al acreedor beneficiario.

1.7) No dar lugar a pensar que el acreedor beneficiario trabajará a título gratuito.

1.8) Permitir que el fiduciario tenga las condiciones para realizar las garantías, que éstas sean objetivas y de fácil constatación para evitar tener que llegar a juicios para observar la validez de las obligaciones y aun más, prevenir juicios para determinar el incumplimiento del mismo.

1.9) Se recomienda prever que antes de llevar a cavo las garantías o devolver los bienes al deudor, la otra parte va a tener la oportunidad, dentro de un plazo pactado de alterar de manera objetiva la realización de la condición. Esto es a fin de expresar la buena fe del contrato.

1.10) Es necesario que se mantenga una revisión por periodos asignados de la valuación del o los bienes fideicomitidos. Para ello es indispensable contratar evaluadores o tasadores de bienes y que éstos sean confiables e independientes del fideicomitente y de los beneficiarios a fin de proveer seriedad. Esto se llevara a cabo cuando en el contrato no se formalice al fiduciario como tasador, pero en este caso las responsabilidades son mayores.

1.11) Establecer las maneras de llevar a cabo las ventas y predeterminar la manera específica los procedimientos para hacer efectiva la garantía dentro un abanico de amplias posibilidades. Detallar la manera en la que se fijará el precio inicial de una oferta. Es indispensable determinar el plazo máximo de en el cual se realizará la realización del bien y las condiciones de pago autorizadas.

1.12) En caso de haberse pactado la dación en pago de algún bien, es necesario fijar desde el comienzo, el valor de dicha dación o la manera en que se deberá determinar basándose en procedimientos técnicos.

1.13) Si se garantiza a más de un acreedor, habrá que tener en cuenta la posibilidad que existe si se levantan medidas cautelares sobre algunos bienes que impidan con esto, la satisfacción de los demás.

1.14) Se recomienda que el fiduciario sea quien tiene en su poder los registros sobre transmisión de acciones aportadas en garantía, el libro de variaciones de capital, y así no exista necesidad de que participe la voluntad del emisor.

1.15) Es conveniente aclarar que el fiduciario no tiene interés jurídico en el juicio de embargo de que mantienen el fideicomitente o el fideicomisario en el contrato, porque en realidad él solo tiene la titularidad del patrimonio y los derechos para cumplir con la finalidad del mismo. Los titulares de los derechos, tanto del fideicomisario como del fideicomitente, son ellos mismos.

Al fideicomiso se lo puede garantizar mediante cualquier contratación licita, incluso en los contratos bilaterales donde se garantizan las obligaciones de alguna de las partes o de ambas. Aquí las partes se comprometen a cancelar sus obligaciones frente a la fiduciaria, la cual entrega la garantía en el momento en que se ve manifiesta la satisfacción de la obligación.

B- PAUTAS PARA LA REALIZACIÓN DE A GARANTÍA

McNaught González (2012) sugiere, como procedimiento de ejecución de garantía de bienes inmuebles, que creemos adaptables a los muebles, que en la práctica mexicana ha dado resultados favorables el siguiente:

2.1) Solicitud escrita del beneficiario (acreedor) para iniciar el procedimiento, con una constancia certificada por contador público acerca de la liquidación de la deuda reclamada.

2.2) Recepción de recursos del beneficiario para afrontar los gastos del procedimiento.

2.3) Notificación al deudor y al fiduciante del incumplimiento y requerimiento para que el deudor acredite el pago o cumplimiento de las obligaciones según lo previsto en el contrato de fideicomiso. La notificación se debería cursar por un medio fehaciente.

2.4) Cumplida la notificación y agotado el plazo para que el deudor pague, o acredite documentalmente el pago de la obligación que se le reclama, el fiduciario cumplimenta el trámite de tasación para establecer el precio de la venta o el de adjudicación.

2.5) Venta por medio de profesionales, como martilleros y corredores públicos, de reconocido prestigio. Una buena publicidad en los medios para asegurar la concurrencia de los interesados en la compra.

2.6) Se suele convenir, en el capítulo correspondiente del contrato de fideicomiso, el procedimiento de venta al martillo cuando fracasa, en un plazo preestablecido, la venta privada.

2.7) Transmisión de los bienes al adquirente.

2.8) Procedimiento de liquidación del producido de la venta y aplicación a la deuda insoluble y gastos de procedimiento de realización. En su caso, rendición de cuentas y restitución del remanente, si lo hubiera.

- ***PAUTAS GENERALES***

Estructuralmente, generalizando y tratando de abarcar a la mayoría de los contratos de fideicomiso, sin tener en cuenta situaciones particulares o concretas, se aconseja que los contratos de fideicomisos de garantía se constituyan y organicen de la siguiente manera teniendo en cuenta:

I. Los antecedentes del negocio.

II. Las declaraciones de las partes:

1) Fiduciante-fiduciario (en su caso, beneficiario y fideicomisario)

a) Objetivo o finalidad en general.

b) Personalidad y poderes.

c) Designación de las partes y definición de los términos utilizados.

III. Cláusulas:

1) Constitución y aceptación de los bienes.

2) Otorgamiento y recibo de aportaciones.

3) Aceptación del cargo de fiduciario.

4) Patrimonio de afectación.

5) Política de Administración.

6) Fines del fideicomiso.

7) Instrucciones al fiduciario. Procedimiento de ejecución por incumplimiento de la deuda garantizada.

8) Defensa del patrimonio del fideicomiso.

9) Responsabilidad del fiduciario.

10) Sustitución, renuncia y remoción del fiduciario.

11) Duración y condición del fideicomiso.

12) Remuneración del fiduciario.

13) Gastos del fideicomiso.

14) Seguros de los bienes fideicomitidos.

15) Obligaciones fiscales.

16) Rendiciones de cuenta y auditoría.

- 17) Modificaciones y rectificación del contrato.
- 18) Extinción del fideicomiso.
- 19) Liquidación del fideicomiso.
- 20) Derechos y obligaciones del beneficiario (y en su caso del fideicomisario)
- 21) Domicilios y notificaciones.
- 22) Jurisdicción (judicial o arbitral) y competencia.

5. ASPECTOS TRIBUTARIOS CONTROVERTIDOS

A- NATURALEZA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Puede definirse el fideicomiso de garantía como “...*el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario a su acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria...*” (Lisoprawski-Kiper, 1996, p.312)

De esta manera, es el fiduciario quien actúa en garantía de la satisfacción de la obligación ante el fiduciante, poniendo énfasis en el cumplimiento de las condiciones pactadas para cancelar la misma, llevando a cabo los actos necesarios en los casos en que el cumplimiento se vea imposibilitado, momento en el cual se debe llegar a la venta o enajenación de los bienes entregados en el contrato con la finalidad de satisfacer al acreedor con el producido de los mismos. De no ocurrir esto, los bienes deben volver al poder del fiduciante, siendo este el deudor original del contrato.

Los fideicomisos de garantía son aquellos en los cuales se transmiten al fiduciario bienes que se afectan en garantía de obligaciones a cargo del fiduciante o a cargo de terceros para que en ese caso de incumplimiento de la obligación garantizada proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o a tercero acreedor, según se haya estipulado en el contrato. En este caso permite evadir la

ejecución forzada que debería llevarse a cabo si se tomaran otras medidas que permitan obtener garantía ejecutando derechos reales, como lo son las hipotecas o las prendas.

En opinión de Mario Carregal, el acreedor es siempre el beneficiario preferente y no como se considera, en algunos casos, el único beneficiario. El fiduciante actuará cual beneficiario subordinado, en condiciones de beneficiario residual (Carregal, 2000).

Aclaremos que si bien todos los fideicomisos llevan implícita su finalidad de prestar garantía a través de la fiducia o confianza propiamente dicha, aquí vemos al contrato de fideicomiso de garantía donde ésta última es la función principal y su razón de ser.

En este tipo de contratos, el fiduciario cumple órdenes delegadas por el fiduciante, que es quien llevara registradas todas las negociaciones que se realicen. Pero sucede que en los fideicomisos de administración, la mayoría de las veces tomados de manera análoga fiscalmente a los de garantía, el fiduciario lleva a cabo actos a nombre propio y es quien, a diferencia de lo mencionado anteriormente, lleva los registros del negocio en contabilidad del fideicomiso. Los bienes pasan en propiedad del fiduciario.

La finalidad de este tipo de contratos de garantía es la de no llevar a cabo acciones judiciales de ejecución, a diferencia de los derechos reales (prenda o hipoteca). En el fideicomiso el fiduciario es quien realiza de manera directa los bienes que hacen de garantía en los momentos en los que el deudor no cumple respecto de las obligaciones garantizadas, tomando ésta la calidad de garantía auto liquidable. Al mismo tiempo, y exceptuando el fraude, este contrato está fuera de la órbita de normativas concursales o de quiebra respecto del deudor garantizado.

Analizamos también que estos contratos no han sido tratados de manera homogénea respecto a ciertos tributos, es por ello que se han realizado presentaciones ante autoridades fiscales con la finalidad de una resolución por parte de la Cámara Argentina de Fideicomisos y de la propia Asociación de Bancos de Buenos Aires, que concentra a las entidades financieras que actúan en carácter de fiduciario.

Al respecto, en la respuesta efectuada por la Dirección Nacional de Impuestos a la Asociación de Bancos de fecha 10/05/2005, se definió el fideicomiso de garantía como *“aquel en que se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con estos o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del fiduciante o de otras personas, designándose como beneficiario del fideicomiso al acreedor o tercera persona, siendo que, en caso de incumplimiento, será en su favor que se pagará una vez ejecutados los bienes, en valor de la citada deuda o el saldo insoluto de la misma”*.

B- TRATAMIENTO IMPOSITIVO. IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Al ser el código civil y comercial unificado de la nación una normativa relativamente nueva y por tanto brindar ciertos espacios blancos respecto de algunos temas, no estamos en posibilidades de definir si un contrato de fideicomiso es de garantía o no utilizando el código. Para determinar su naturaleza deberemos indagar cual es la finalidad del mismo, es decir, si fue creado con el fin de desarrollar actividades económicas o si, la función primordial es la de brindar garantías. En este caso, como hemos dicho antes, sólo a la hora de ejecutar la garantía, el fiduciante realiza actos por cuenta y orden del fiduciante pero sin tener la facultad de realizar actos de disposición de activos entregados en fideicomiso.

Por ultimo podemos decir que este tipo de fideicomiso no es tratado expresamente por la normativa fiscal vigente en el ámbito nacional. Si existen interpretaciones del fisco acerca de cómo tratar estos contratos. Si analizamos el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, vemos que el fideicomiso de garantía no se encuentra alcanzado tributariamente.

6. LEGALIDAD Y CONTROVERSIA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

A- LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

a) En los fideicomisos de garantía “puros”, es el fiduciante el deudor de la obligación y quién debe entregar bienes de su propiedad al fiduciario, con el fin de que este último realice los bienes y con su producido pague la deuda al acreedor beneficiario, en caso de que llegado el vencimiento del contrato, el fiduciante no cumpla con la obligación contraída, la del pago.

En los casos en que la deuda es cancelada, o que después de enajenar los bienes entregados en garantía, existiese un sobrante, los mismos quedaran en poder del fiduciante, o del beneficiario en caso de ser distintos sujetos.

- El papel de cada sujeto, es decir, su rol, se establece según la figura acreedor-deudor respecto de la deuda garantizada. En este caso el fideicomiso es accesorio, como en cualquier otra garantía, esta es la relación fundamental que existe y sirve como punto de partida para el análisis de los derechos y obligaciones de cada sujeto.

- **Fiduciante:** es el rol por naturaleza del deudor, quien a través de la transmisión de bienes al fideicomiso, hace de ellos su garantía. En el caso de que los bienes sean de un tercero entonces será este fiduciante sin la obligación de responsabilidades personales.

- **Fiduciario:** sujeto al cual se le transfiere el dominio (imperfecto) fiduciario y que administra los bienes cual propietario, aún sabiendo que, como en todo fideicomiso, se trata de un domino. Normalmente es un tercero pero suele suceder que es el acreedor quien toma este rol. En el caso de existir incumplimiento el fiduciario no puede apropiarse legítimamente de los bienes ya que si fuese así no habría fiducia como tal, ya que el fiduciario no sería la persona, ya sea física o jurídica, de confianza de quien resulta ser el deudor.

En el derecho romano solía distinguirse entre los fideicomisos “cum amico” y los fideicomisos “cum creditore”. En los primeros, alguien transmitía los bienes a otro para que éste cumpliera con el contrato en base a las solicitudes del primero. En el segundo caso, la función principal era que el fiduciario mantuviese los bienes en pos de garantizar su propio crédito o en caso de ser así, los enajenara para cancelar las deudas a las que se hubiese obligado el fiduciante respecto de terceros.

- **Beneficiario:** el fiduciario se encuentra obligado a retribuirle la parte correspondiente que se le fue asignado por contrato mediante el producido de los bienes objeto del contrato. Suele designárselo también como acreedor garantizado en el fideicomiso para que pueda obtener beneficios en caso de que el deudor incumpla con sus obligaciones. Este sujeto puede ser tanto persona humana como ideal o jurídica.

- **Fideicomisario:** sujeto al cual deben ser entregados los bienes al término del contrato de fideicomiso ya sea por vencimiento o por cumplir con las condiciones. En muchos casos, este cuarto sujeto que aparece en este tipo de contratos, resulta ser el mismo beneficiario.

B- CONTENIDO DEL PACTO DE FIDUCIA

El normal desenvolvimiento del fideicomiso se verá reflejado en el nivel de detalle y precisión en el que se preestablecieron las tareas obligaciones del fiduciario a fin de evitar ambigüedades, malos entendidos o lagunas.

Algunas de estas actividades deben basarse en lo siguiente:

1. En caso de que el deudo no cumpla con el contrato: ¿Qué conductas debe tomar el fiduciario? La normativa aplicable es general para la mayoría de los contratos por lo que debe adaptarse según sea el fideicomiso que tratemos. Incluso dentro de cada fideicomiso de garantía, habrá que ver la

funcionalidad y estructura del mismo. Habrá que ver en cada caso la periodicidad de sus obligaciones, el vencimiento de cada una de ellas y en caso de ser garantías monetarias, la tasa de interés aplicable ya sea por el mero trascurso de tiempo como también en casos de mora, si los intereses fuesen punitivos.

2. ¿Cuando una obligación se manifiesta incumplida por el deudor? Este tema se asimila al depósito de títulos o valores en manos de terceros. El depositario entregará al comprador cuando se hayan cancelado los valores que fueron pactados con el comprador, muchas veces a través del mercado cambiario. Caso contrario, se considera incumplida la obligación del comprador.

3. Deben determinarse los procedimientos para la realización de bienes, el pago a los beneficiarios del contrato y la entrega de bienes al fideicomisario al momento de finalizar el fideicomiso. Determinar el tiempo y la forma en que deben realizarse las rendiciones de cuentas.

Dicho pacto de fiducia mantiene una manera procedimental similar al cumplimiento de garantías liquidables sin juicio, por medio de terceros, como suele ocurrir en casos de “warrant” ante la falta de pago. La ley 9643 en sus artículos 17,18 y 19 establecen los procedimientos para llevar a cabo la realización de bienes de forma extrajudicial cuando así es requerido por el acreedor ante el administrador de los depósitos dados en garantía.

Pero sucede que estos procedimientos han sido declarados como violatorios de los derechos de defensa en juicios. Si el deudor tuviese excepciones ante este caso, no podría manifestarlas con validez ante el fiduciario ya que éste, clamándose funciones jurisdiccionales, podría vender los bienes por pedido del acreedor.

C- FIDEICOMISO DE GARANTÍA Y CUMPLIMIENTO

Según el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) en su art. 1684, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los frutos y productos de los bienes fideicomitidos y de los bienes que adquiera con esos frutos y productos o por subrogación real respecto de todos esos bienes, debiéndose dejar constancia de ello en el título para la adquisición y en los registros pertinentes.

- ***¿TIENE NATURALEZA REAL O PERSONAL?***

Claramente la garantía es de naturaleza personal ya que el fiduciante separa parte de su patrimonio para entregarlo en fideicomiso. Por esta razón los bienes se mantienen fuera del alcance de terceros y por fuera de la acción de acreedores del deudor, sus garantes o del mismo fiduciario. Por tanto no hace falta que se constituyan derechos reales sobre los bienes.

Las acciones que lleve a cabo el acreedor contra el fiduciario serán meramente de carácter personal ante los incumplimientos de este último. Esto diluye objeciones basadas en el supuesto de agregar derechos reales no contemplados en normativa vigente.

En caso de incumplimientos de sus obligaciones, la posibilidad de que el fiduciante sea removido no hace más que confirmar lo dicho anteriormente.

- **FIDEICOMISO Y DOMINIO REVOCABLE**

Una segunda especie de dominio imperfecto de la propiedad de los bienes es aquel contrato en el que el dominio es precario o revocable, conforme a cumplimiento de una condición o plazo resolutorio. Este caso suele confundirse con contratos de fideicomiso en muchos casos. Dicha imperfección del derecho, esta basada en su precariedad y no en la transitoriedad, como en el fideicomiso.

Es precario en cuanto su derecho queda revocado desde el momento en que se cumple la condición resolutoria o vence el plazo contractual. Quien adquirió el bien no se ve obligado a entregar la cosa a un tercero sino que el mismo vuelve a quien lo enajenó en el mismo momento en que se revoca el dominio.

Se podría decir que con el título de Fideicomiso, se estaría encuadrando cual transferencia de dominio revocable que caducará si la obligación adeudada no se cancela. En consecuencia si el deudor no cancela su obligación la operación de compra venta no produce efecto y el objeto vuelve al vendedor. Esto se define como una venta de pacto comisorio y se encuentra prohibido para las cosas muebles.

¿No se encuadra aquí el problema que se discute sobre la licitud de los contratos de fideicomiso de garantía?

D- CONSTITUTO POSESORIO

Si no se realizara la transferencia de dominio, ¿podría el fiduciante encuadrarlo en un “constituto posesorio”?

En este caso, sería el fiduciante quien transferiría la propiedad y posesión del bien objeto del contrato,, al fiduciario, pero conservando su tenencia, proveyendo de admisión para algunos doctrinarios.

A simple vista, en la normativa procedimental parecería viable, pero si analizamos el tema con mejor énfasis, se advierte que para que esto sea válido es necesario que ocurra algo más. Un segundo acto que demuestre y haga valer la retención de la tenencia de los bienes por parte del fiduciante.

- ***LA SIMULACION O FRAUDE***

Las simulaciones o fraudes son artimañas que, en este tipo de contratos, consisten en desprender parte del patrimonio con la finalidad de evadir acreedores o terceros para burlar los derechos que ellos tienen sobre ciertos bienes.

Podríamos dar el caso en que un sujeto-fiduciante- entrega en propiedad fiduciaria parte de sus bienes para que en el momento de su muerte, éstos sean entregados a ciertas personas. Pero ¿Y si lo que se quiere lograr es despojar de la legítima a determinados herederos forzosos?

Todas estas alternativas de simulaciones o fraudes se dan en cualquier tipo de fideicomiso y no solo en el de garantía.

La situación se replantea en base a las acciones que existen, ya sean patrimoniales, de recomposición patrimonial y de simulación.

- ***EXTINCION DEL FIDEICOMISO***

Como ya mencionamos en párrafos anteriores, cuando el fideicomiso se extingue, por alguna de sus causales, el fiduciario debe devolver los bienes al fideicomisario.

Esto sucede siempre como regla general pero ¿cuándo ocurre esto en el fideicomiso de garantía

Éstos contratos y alejándonos de las garantías reales, no se encuentran circunscriptos al principio de especialidad. Esto quiere decir que pueden formarse para garantizar una cantidad indefinida de obligaciones, ya sean presentes o incluso futuras.

Así por ejemplo es el caso cuando se afianzan pagos en contratos de compra-venta sucesivos, en los que el plazo de vigencia puede o no fijarse previamente.

Si lo que se garantiza es una obligación determinada, también se extinguirá en los siguientes casos:

a) Si la obligación es cumplida por el deudor.

b) Si llegado el momento del vencimiento de las obligaciones se manifiesta incumplimiento y se procede a la realización de los bienes para que con el producido de éstos, se pague al beneficiario y entrega del remanente al fideicomisario.

Consecuentemente, decimos que todo contrato de fideicomiso se extingue cuando se cumple con la finalidad por el cual fue creado.

CONCLUSIÓN

Nuestro trabajo de investigación, basado en el Fideicomiso, demuestra la importancia que tienen estos contratos en la actualidad, otorgándole a la profesión un instrumento para desarrollar diversos negocios brindando seguridad y flexibilidad en comparación con otras figuras jurídicas.

Es así que al adentrarnos en su clasificación decidimos profundizar en dos de ellas: el Fideicomiso Inmobiliario y el Fideicomiso de Garantía, debido a que suponemos son las que más se adaptan a nuestra sociedad argentina, pudiendo explotarlas como instrumento jurídico legal para negociaciones que ocurren con vigor en el día a día de nuestra economía.

Destacamos en virtud a todo lo leído, estudiado y en base al exhaustivo análisis que pudimos realizar, que tanto el fideicomiso inmobiliario como el fideicomiso de garantía se han ido adecuando a todas las épocas permitiendo su aplicación a diversas transacciones. Llama la atención considerablemente que a lo largo del tiempo logró una permanencia en el sistema económico y que con su evolución cubriera las necesidades de quien lo ha utilizado.

Así en materia legal tuvo sus inicios en la Argentina con la entrada en vigencia de la Ley 24441 brindando un marco jurídico para incentivar la construcción inmobiliaria, entre otros. Actualmente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no se encuentra individualizado el fideicomiso inmobiliario, como si lo hace el fideicomiso de Garantía.

Un tema importante y que no podemos dejar de lado es la situación económica actual por la que está atravesando nuestro país donde la variación del precio del dólar afecta directamente la economía de la población y a todo el sistema financiero, por lo que la Industria de la Inmobiliaria aparece con más notoriedad, ya que los ciudadanos toman a modo de estrategia de inversión, la compra de inmuebles o terrenos, como la mejor opción ante la constante inflación. De todos modos y ante trabas económicas las inversiones en su mayoría, recurren al financiamiento que muchas veces se torna inalcanzable, debido a los numerosos obstáculos que se presentan a la hora de poder adquirirlos, a lo cual un Fideicomiso de Garantía se torna la opción más favorable por su simpleza, brevedad en la tramitación y para abaratar

costos. Es por todo esto que la figura del Fideicomiso aparece como la más elegida en nuestra contradictoria realidad.

Además de lo mencionado anteriormente, cabe destacar que el fideicomiso tiene algunas ventajas en materia impositiva, no siendo éstas de gran relevancia al momento de optar por él. Las diferencias claves y los beneficios que nos proporcionan están en las formalidades requeridas para su constitución, la simpleza para su administración y la culminación del contrato.

Finalmente no queremos dejar expresar que si bien tuvimos grandes dificultades y dudas al abordar un trabajo de semejante magnitud, y siendo esta nuestra primera experiencia más difícil y profunda como investigadores y analizadores; valoramos el conocimiento y experiencia que hemos adquirido a través de la investigación realizada. Encontrar en la teoría instrumentos que llevaran a la excelencia en nuestra práctica como futuros contadores profesionales, es intensamente satisfactorio y grato.

BIBLIOGRAFÍA

AMÉNDOLA Manuel A. (2008) Ley 24.441. Fideicomiso. Teoría y Práctica. Análisis exegético de la parte pertinente de la ley 24.441 y su reglamentación. Fideicomiso Público. Extinción del Fideicomiso. Aspectos Impositivos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.

ARNULPI, Maria J. FERNANDEZ, Florencia L. OJEDA, Dolores (2014) Trabajo de Investigación. Fideicomiso Inmobiliario: Una opción que progresa en Argentina. Recuperado de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6731/ojedaarnulphifernandez-tesisfce.pdf

BALAN, Osvaldo (2011). Fideicomiso de construcción. Análisis y opiniones del fisco. Recuperado de <https://www.checkpoint.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/formLogin>

BUTLOW, Daniel E. (2006). Fideicomiso de construcción al costo. Recuperado de:
<http://www.reporteinmobiliario.com.ar/nuke/article688-fideicomiso-de-construccion-al-costo.html>

Decreto 692/98 (1998). Reglamentación de la Ley de Impuesto al Valor Agregado. Buenos Aires, Argentina.

Decreto 780/95. Financiamiento de la vivienda y construcción. Disposiciones de carácter registral e impositivo. Reglamentación de aspectos tributarios. Buenos Aires, Argentina.

Dictamen DAT 59/1999. Buenos Aires, Argentina.

Dictamen DAL 87/1999. Buenos Aires, Argentina.

FAVIER-DUBOIS, Eduardo M. (2001) Fideicomiso de Garantía ¿Si o No? Buenos Aires, Argentina.

Ley 11.683 (1993). Ley de Procedimiento Tributario. Buenos Aires, Argentina.

Ley 24.441 (1994). Fideicomiso. Fiduciario. Efectos del fideicomiso. Fideicomiso financiero. Certificados de participación y títulos de deuda. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero. Extinción del fideicomiso. Contrato de "leasing". Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de corretaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al Régimen Registral. Modificaciones al Código Penal. Modificaciones a las leyes impositivas. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal. Buenos Aires, Argentina.

Ley 20.628 (1997). Ley de Impuesto a las Ganancias. Buenos Aires, Argentina.

Ley 20.631 (1997). Ley de Impuesto al Valor agregado. Buenos Aires, Argentina.

Ley 25.063 (1999). Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. Buenos Aires, Argentina.

MARTIN, Julian A. EIDELSTEIN, Mauricio G. ALCHOURON, Juan M. (2006) Fideicomisos. Aspectos jurídicos, tributarios y contables. Buenos Aires: Errepar S.A.

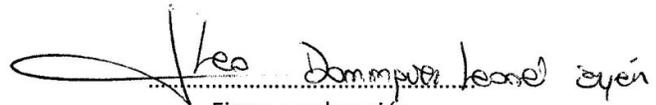
KIPER, Claudio M. LISOPRAWSKI, Silvio V. (2002) Teoría y Práctica del Fideicomiso. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

URRETS ZAVALÍA, Pedro (2006). Reflexiones en torno a la problemática contractual del fideicomiso inmobiliario. Recuperado de <http://www.elinmobiliario.com/noticias-inmobiliarias/reflexiones-en-torno-a-la-problematika-contractual-delfideicomiso-inmobiliario-4/>

DECLARACIÓN JURADA RESOLUCIÓN 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 transgrede o afecta los derechos de terceros.

Mendoza, 18 de Diciembre de 2018.


Firma y aclaración

25709

Número de registro

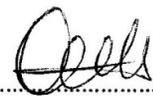
34232.993

DNI

DECLARACIÓN JURADA RESOLUCIÓN 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 transgrede o afecta los derechos de terceros.

Mendoza, 10 de diciembre

 Mariel Araueda

Firma y aclaración

25604

Número de registro

33761058

DNI