

UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

CONTADOR PÚBLICO NACIONAL

ALUMNO: Matías Fernando Santín

AÑO DE CURSADO: 2009

PROFESOR: Dr. Osvaldo Driban

TEMA: Fideicomiso Inmobiliario

Mendoza, Abril de 2010

FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Índice

Introducción.....	5
Capítulo I: Marco teórico del fideicomiso.....	7
A. Origen etimológico.....	7
B. Concepto.....	7
C. Partes: Derechos y Obligaciones.....	8
D. Cese del fiduciario.....	15
E. Características del contrato.....	15
F. Efectos del fideicomiso.....	16
G. Extinción del fideicomiso.....	18
Capítulo II: Clases de fideicomiso.....	19
A. Fideicomiso de seguros.....	19
B. Fideicomiso inmobiliario.....	20
C. Fideicomiso de inversión.....	20
D. Fideicomiso de administración.....	20
E. Fideicomiso de garantía.....	21
F. Fideicomiso financiero.....	24

G. Fideicomiso traslativo de propiedad.....	27
H. Fideicomiso testamentario.....	27
Capítulo III: Fideicomiso inmobiliario.....	28
A. Concepto.....	28
B. Ventajas del fideicomiso inmobiliario.....	32
C. Requisitos básicos para desarrolladores y fiduciarios.....	34
D. Problemática contractual del fideicomiso inmobiliario.....	34
Capítulo IV: Aspectos contables del fideicomiso.....	43
A. Transmisión fiduciaria con contraprestación.....	45
B. Transmisión fiduciaria sin contraprestación.....	47
C. Tratamiento en la contabilidad del fiduciario.....	48
D. Principales cuentas contables a emplear.....	48
E. Estados contables del fideicomiso.....	49
F. Puntos importantes a tener en cuenta en el contrato de fideicomiso.....	53
Capítulo V: Aspectos impositivos, Consideraciones Generales.....	54
Conclusión.....	56
Bibliografía.....	57

Introducción

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

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

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

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

Se logró crear ese patrimonio separado mediante la transferencia fiduciaria de los bienes necesarios para el armado del negocio específico. En el negocio

inmobiliario, por ejemplo, los bienes serían el terreno, el proyecto, los derechos de obra, el know how del desarrollador, la utilidad del constructor y el dinero.

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

El objetivo principal de este trabajo es desarrollar un análisis de la figura del fideicomiso inmobiliario y en un principio revelar sus grandes fortalezas y ventajas para poder frenar o sortear posiblemente la mayor barrera que tiene este instrumento para continuar su auge, que es el desconocimiento por parte de la gente de esta reciente figura legal.

El segundo lugar, el presente trabajo intenta profundizar sobre la problemática contractual del fideicomiso inmobiliario, otra posible barrera hacia su proliferación, ya que en su corta trayectoria práctica se han podido observar contratos con grandes deficiencias producto en parte del desconocimiento conceptual de la figura.

Para concluir se aporta un análisis contable del fideicomiso, acompañado posteriormente con algunas consideraciones generales en el ámbito impositivo.

Capítulo I

Marco teórico del fideicomiso

A. Origen Etimológico

El vocablo “fideicomiso” proviene del latín “fideicommissum”. La palabra “fides” significa fe y “commissum”, confiado. Esto refleja lo que el fideicomiso representaba en sus orígenes, ya que era un encargo de una persona hacia otra en la que se depositaba confianza, basada en honradez, lealtad y fe, para la ejecución de un determinado mandato. En la lengua inglesa se denomina *trust*, equivalente a fe o confianza.

Nuestro Código Civil ha reconocido el mismo, pero la Ley Nacional de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción (Ley 24.441) se ha ocupado de reglamentarlo y de ponerlo en funcionamiento.

B. Concepto

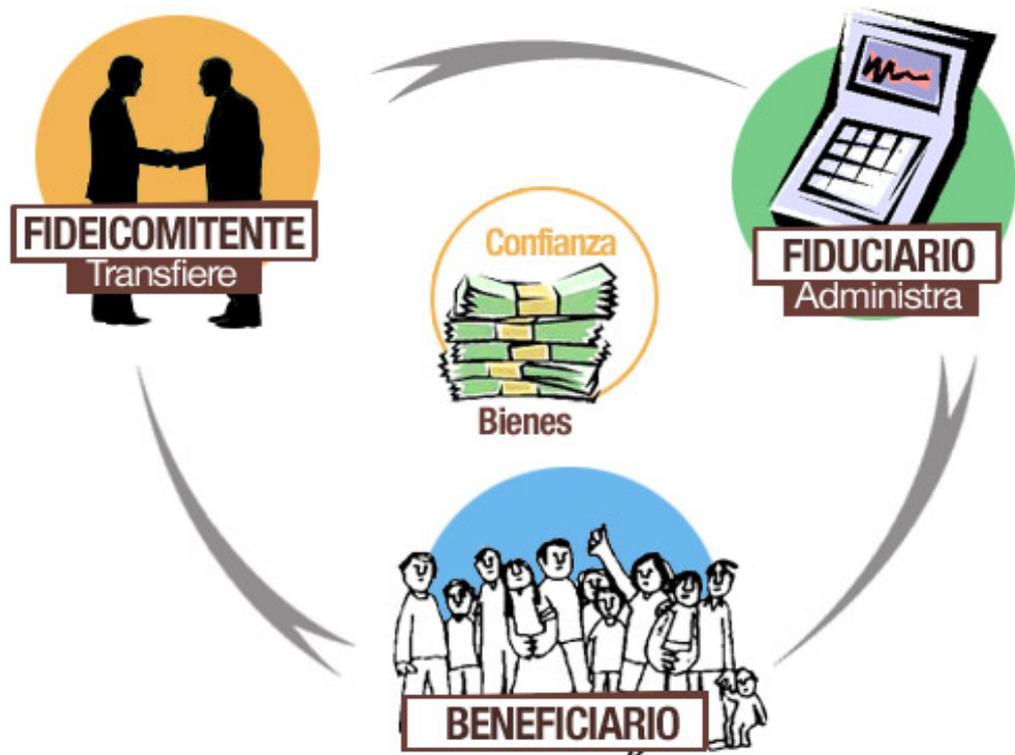
El fideicomiso se encuentra regulado por la Ley 24.441 de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción, en sus primeros 26 artículos. En su artículo 1º establece que "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".¹

¹ ARGENTINA, Ley 24441/95 de Financiamiento de la vivienda y la construcción, art. 1º.

Es decir, 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, en cumplimiento de un plazo o condición, le dé el destino convenido.

Cabe aclarar que se reconoce un patrimonio separado “ad-hoc”, desafectado del patrimonio del trasmisor de dicho bien (fiduciante) y del receptor del mismo (fiduciario), siendo una unidad patrimonial autónoma afectada a la finalidad perseguida en el contrato de fideicomiso en cuestión. Por esta razón, los bienes fideicomitados quedarán exentos de las acciones de los acreedores del fiduciario y fiduciante.

C. Partes: derechos y obligaciones



La ley 24.441 prevé cuatro posiciones jurídicas que pueden ser ocupadas por cuatro personas distintas:

- Quien transmite los bienes (fiduciante, fideicomitente o constituyente).
- Quien lo administra (fiduciario).
- Quien se beneficia con el producido de esos bienes mientras están siendo administrados (beneficiario).
- El destinatario final de los bienes en cuestión (fideicomisario).

1. Fiduciante

Es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir. Podrá ser fiduciante cualquier persona física o jurídica con capacidad para contratar y transmitir los bienes fideicomitados. En la práctica muchas veces el fiduciante coincide con las figuras del beneficiario y/o fideicomisario.

a. Derechos:

Designar uno o más fiduciarios y reservarse derechos específicos, vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del convenio, entre los cuales conviene destacar:

- *Revocar el fideicomiso*: el fiduciante puede reservarse esta facultad si expresamente lo hace en el contrato. La revocación no produce efectos retroactivos por lo que los actos realizados por el fiduciario con anterioridad al acto revocatorio quedarán firmes, produciendo plenamente sus efectos (art. 25 inc. b).
- *Exigir rendiciones de cuentas*: si bien la ley ha conferido al beneficiario el derecho de exigir rendición de cuentas del fiduciario, no existe ningún

elemento que acote dicha facultad al fiduciante, pues es éste quien puede remover al fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones (entre las que se encuentra la de rendir cuentas de su gestión). Por ello, sería de gran importancia insertar una cláusula explícita en el contrato.

- *Accionar ante el incumplimiento del fiduciario:* si como resultado de su actuación el fiduciario se apartara de su obligación de actuar como un buen hombre de negocios, el fiduciante tendrá la facultad de demandar al fiduciario el cumplimiento del contrato y ejercer la acción de responsabilidad en su contra.
- *Pedir la remoción del fiduciario y sustitución por otro:* el art. 9º en su inc. a) establece un mecanismo de remoción judicial cuando el fiduciario incumpla sus obligaciones. Este mecanismo tiende preservar la continuidad del contrato de fideicomiso y puede ser solicitado a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante. Producida la cesación del fiduciario se entenderá a lo establecido en el contrato a los efectos de su reemplazo. En aquellos casos en que no exista un sustituto o cuando existiendo no acepte, el juez designara un nuevo fiduciario para cumplimentar la función encomendada. La cesación y la extinción del fideicomiso son dos cosas distintas.
- *Ejercer acciones en defensa de los bienes fideicomitidos:* si bien compete al fiduciario ejercer estas acciones, el fiduciante podrá ejercerlas, previa autorización judicial, cuando el primero las incumpla.
- *Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad:* Esta facultad está dirigida a impugnar los actos realizados por el fiduciario que pudieran ser declarados nulos, anulables o inoponibles que pudieran ir en detrimento del patrimonio fideicomitado, de los derechos de los interesados, contra las instrucciones expresas del fiduciante, los fines del fideicomiso o cuando el fiduciario se excediera de sus atribuciones.

b. Obligaciones:

- *Remunerar al fiduciario.*²
- *Transmitir los bienes al fiduciario:* a partir de la celebración del contrato, la primera obligación del fiduciante es producir la transferencia de los bienes que son materia del fideicomiso. Debe impulsar los actos necesarios y poner a disposición del fiduciario los elementos que se requieran para instrumentar la transmisión de propiedad, según corresponda a la naturaleza de los bienes.
- *Reembolsar los gastos efectuados en ocasión del encargo y sanear la evicción.*³

2. Fiduciario o Fideicomitido

Es quien asume la propiedad fiduciaria y por ende tiene a cargo la gestión de los bienes afectados al fideicomiso, debiendo dar a los mismos el destino previsto en el contrato, para luego transmitirlos al fideicomisario una vez concluido el fideicomiso. El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica, pero no puede ser beneficiario ni fideicomisario ya que nuestro ordenamiento lo prohíbe.⁴

a. Derechos:

- *Retribución y reembolso de los gastos incurridos durante la gestión:* el art. 8 de la ley 24.441 establece el carácter oneroso de la actuación del fiduciario, salvo que en el contrato de fideicomiso se estipule lo contrario. Si la remuneración no hubiese sido establecida en el contrato el juez la fijará, atendiendo la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir. Existen múltiples procedimientos para fijar la forma de pago tales

² GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales**, Tomo II, (Buenos Aires, Astrea, 1994) Pág. 192.

³ "Ibidem", Pág. 192.

⁴ MOISSET DE ESPAÑÉS, Luís e HIRUELA, María del Pilar, "Algunos lineamientos generales del fideicomiso en la ley 24.441" en: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, nº 2001-3 (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001), Pág. 435/8.

como establecer un monto fijo, un monto variable en función de los resultados o en función del capital, etc.

- *Mantener los bienes separados del resto de los activos:* mediante de una registraci3n distinta y aut3noma.
- *Facultad de administraci3n de los bienes:* respecto a la administraci3n de los bienes fideicomitidos como as3 tambi3n a la inversi3n de recursos l3quidos, el fiduciario deber3 atenerse a las instrucciones emanadas del contrato. En caso de que no hubieran sido concretamente individualizadas, deber3 hacer prevalecer la voluntad expresa o presunta del fiduciante.
- *Facultad de disposici3n de los bienes:* conforme a la encomienda, el fiduciario podr3 disponer e incluso gravar los bienes fideicomitidos, atendiendo en todos los casos a los fines fideicomiso (presupuesto principal para la realizaci3n de estos casos). Sin embargo, el fiduciante tendr3 la facultad de dar o no la libertad al fiduciario para realizar estos actos. As3, se deber3 pactar expresamente en el contrato que se preste consentimiento previo a la realizaci3n del acto, o establecer las formas en que deber3n llevarse a cabo. Corresponde la realizaci3n de dichos actos, si con su consecuci3n se satisface el encargo, pero siempre recordando actuar con la diligencia del buen hombre de negocios.

En s3ntesis, posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administraci3n que tiene de la cosa. Puede usar y disponer de los bienes, no puede apropiarse de los frutos, pero siempre hasta lograr el fin del contrato.

b. Obligaciones:

- Administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservaci3n y custodia material y jur3dica de los bienes.
- Efectuar las mejoras y reparaciones necesarias.

- Contratar seguros y pagar tributos que los graven.
- Administrar haciendo producir frutos de acuerdo con la utilización regular de las cosas sin disponer de ellas, pero produciendo el mayor rendimiento.
- Mantener la identidad de los bienes del encargo separados de los del fiduciario, no pudiendo incluirlos en su contabilidad ni considerarlos en su activo.
- Se encuentra legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos y deberá realizarlas tanto contra terceros como contra el beneficiario.
- Rendir cuentas sobre las gestiones que realiza avisando la celebración de ciertas operaciones de inversión, y el recibo de frutos derivados de éstas. En todos los casos los fiduciarios deben rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.⁵
- Presentar informaciones completas y fidedignas sobre movimientos contables de los bienes en su poder.
- Transferir los bienes de acuerdo con lo convenido al tiempo del encargo al beneficiario o al fideicomisario.

3. Beneficiario:

Es aquel en favor de quien se administran los bienes fideicomitidos, quien podrá ser una persona física o jurídica y podrá existir o no en el momento del otorgamiento del contrato y podrá coincidir con el fideicomisario e incluso con el fiduciante.

Es un acreedor especial del fideicomiso, pudiendo serlo por los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos, o con relación a éstos, una vez transcurrido el tiempo o cumplida la condición prevista para transferir la propiedad.

⁵ ARGENTINA, Ley 24441/95 de Financiamiento de la vivienda y la construcción, art. 7º.

a. Derechos:

- Obtener la propiedad una vez concluido el fideicomiso.
- Transmitir sus derechos a terceros.
- Solicitar rendición de cuentas del fiduciario: mientras transcurre el tiempo, el beneficiario, además de las presentaciones establecidas, también tiene derecho a conocer el estado o la evolución del patrimonio, así como los resultados de la gestión del fiduciario.
- Exigir al fiduciario el cumplimiento del contrato.
- Ejercer acciones de responsabilidad por incumplimiento o mal desempeño: puede pedir la remoción del fiduciario con citación del fiduciante.
- Exigir acciones conservatorias.
- Impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones del fiduciante.
- Renunciar en cualquier momento.

b. Obligaciones:

- Cumplir con los plazos de ejecución proyectados.
- Rendir cuentas con cierta periodicidad al fiduciario.

4. Fideicomisario

Es el destinatario de los bienes fideicomitidos una vez cumplido el plazo o condición a que está sometido el dominio fiduciario. Suele llamarse beneficiario residual.⁶

⁶ ARGENTINA, Ley Nº 24.441/95 de financiamiento de la vivienda y la construcción, art. 26°.

Puede ser cualquier persona física o jurídica, que al igual que el beneficiario, puede existir o no a la fecha de la constitución del fideicomiso. En muchos casos el Beneficiario y el Fideicomisario coinciden; es decir, son la misma persona.

D. Cese del Fiduciario

El cese del fiduciario puede deberse a diversas causales:

- Revocación judicial.
- Incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación al fiduciante.
- Muerte o incapacidad declarada judicialmente si fuese persona física.
- Quiebra o liquidación.
- Renuncia.

E. Características del Contrato

El contrato de fideicomiso es:

- *Consensual*: ya que produce efectos desde que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento⁷, resultando la entrega de los bienes en propiedad un acto de ejecución del convenio, cuya falta autoriza a reclamar la entrega y el otorgamiento de las formalidades que imponga la naturaleza de los bienes.
- *Bilateral*: pues genera obligaciones recíprocas para fideicomitente (debe entregar la cosa y la remuneración del encargo) y fiduciario (debe administrar la cosa de acuerdo con las disposiciones de la convención).

⁷ FAURE, Darío, **Fideicomisos: Aspectos generales, impositivos y contables**, (Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2008), Pág. 16.

- *Oneroso*: ya que el beneficio que procura a una de las partes sólo le es concedido por una prestación que ella le ha hecho o se obliga a hacerle y el constituyente del fideicomiso debe al fiduciario una retribución.
- *Formal*: pues requiere forma escrita según se desprende del art. 4º de la ley 24.441, debiendo cumplirse los recaudos formales correspondientes a la naturaleza de los bienes transmitidos (art. 12 de la misma ley). Esto implica escritura pública para el caso de inmuebles (art. 1454 del Código Civil); a lo que debe agregarse la registración a efectos de obtener oponibilidad a terceros en el caso de cosas registrales (art. 13, ley 24.441).⁸
- *Unitario*: pues constituye un solo acto jurídico, con una causa propia, la causa fiduciae.

F. Efectos del Fideicomiso

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

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

⁸ LISOPRAWSKY, Silvio V., y KIPER, Claudio M., **Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización**, (Buenos Aires, Depalma, 1995), Pág. 28.

- *Los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado.* El patrimonio de una persona constituye el conjunto de bienes, derechos y obligaciones bajo la relación de un valor pecuniario, que forman una unidad.
- *En caso de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria.*
- *Se limita la responsabilidad objetiva.* La responsabilidad objetiva del fiduciario emerge del art. 1113 del Código Civil que dice textualmente: “*la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren lo que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado*”. El art. 14 de la ley 24.441 limita la responsabilidad objetiva del fiduciario al valor de la cosa fideicomitada, cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño, siempre que el fiduciario no hubiera podido razonablemente haberse asegurado. Si hubiera podido hacerlo, responde con todo el patrimonio.
- *Los bienes fideicomitidos están fuera de la acción (singular o colectiva) de los acreedores del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario.*
- *Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.* Esta acción se extiende a los acreedores del fideicomisario. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de lo que establezca al respecto el contrato o testamento.
- *Las obligaciones generadas durante la ejecución del fideicomiso, deberán ser satisfechas con los bienes del fideicomiso, con sus frutos o con los que incorpore el fiduciante como consecuencia de la insuficiencia de los primeros.* El art.16 de la ley dispone que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso “*las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos*”.
- *El fiduciario está legitimado para ejercer acciones para defender los bienes fideicomitidos.* El fiduciario está obligado a la conservación y custodia de los bienes y también al ejercicio de las acciones judiciales pertinentes con el fin de conservar la integridad ante cualquier circunstancia que pudiese afectar el patrimonio fiduciario.

- *El fiduciario deberá llevar contabilidad separada.* Por un lado deberá llevar la contabilidad de su propio patrimonio y por otro la de cada uno de los fideicomisos, ya que los bienes fideicomitidos no integran su patrimonio.

G. Extinción del Fideicomiso

El fideicomiso se extinguirá por:

- El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal (30 años).
- La revocación del fiduciante, si se hubiere reservado expresamente esa facultad; dicha revocación no tendrá efecto retroactivo.
- Cualquier otra causal prevista en el contrato.

Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrables que correspondan.

Capítulo II

Clases de fideicomiso

La ley 24.441 no define las diferentes formas de fideicomiso, sino que solamente establece los requisitos que deben cumplirse para estar frente a la figura del fideicomiso. Solamente regula en forma expresa la figura del fideicomiso financiero.

Una posible clasificación no limitativa de las diversas clases de fideicomiso existentes, según su objeto, puede ser la siguiente:

A. Fideicomiso de seguros:

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

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

B. Fideicomiso inmobiliario:

El fiduciario recibe del fiduciante un inmueble con el fin de desarrollar un proyecto de construcción y venta de las unidades construidas. Confluyen en el negocio intereses diversos, como entidades que conceden créditos , constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, los propietarios del terreno donde se hará la construcción, etc.

C. Fideicomiso de inversión:

Constituye una modalidad del fideicomiso de administración. Con él, se procura un rendimiento de los bienes que se optimiza por el manejo profesional que realiza el banco.

D. Fideicomiso de administración:

Son aquellos en los cuales se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hubiera, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. Esta especie de fideicomiso en estado puro es poco frecuente, ya que todas las clases de fideicomiso contienen elementos de administración.

E. Fideicomiso de garantía:

Se transmite al fiduciario bienes que se afectan en garantía de obligaciones a cargo del fiduciante o a cargo de terceros para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario, o al tercero acreedor, según se haya estipulado en el contrato. De esta manera, se evita la ejecución forzada que debería realizarse si se adoptaran otras figuras de garantía tales como prenda o hipoteca. El fideicomiso de garantía tiene como función servir de garantía de una deuda determinada.⁹

La mayoría de las veces puede conceptualizarse como "aquellos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor a cuyo favor se ha constituido, cancelando total o parcialmente la deuda impaga".

Se trata de un medio para proteger ciertos bienes y en caso de mora, ejecutarlos extrajudicialmente conforme al procedimiento establecido por las partes en el acto constitutivo, en consecuencia la actividad del fiduciario estará signada por ese fin.

Por ello nos encontramos con esta herramienta, útil por sus ventajas sobre otras modalidades de garantía tradicionales como la prenda y la hipoteca, porque implica dejar de lado procedimientos judiciales tendientes a liquidarlas. A su vez, la diferencia trascendente con los medios de garantía mencionados es la protección del negocio motivo del fideicomiso.

Normalmente en el Fideicomiso de garantía "puro", el fiduciante, deudor de una obligación, entrega bienes propios al fiduciario, con el encargo de que si a su vencimiento, el deudor no cumple con el pago, el fiduciario procederá a realizarlos y con su producido pagará la deuda al acreedor, beneficiario.

⁹ FAURE, Darío, **Fideicomisos: Aspectos generales, impositivos y contables**, (Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2008), Pág. 33.

Si la deuda es pagada, o si una vez realizado existe un sobrante, los bienes o su remanente serán entregados al fiduciante, o al fideicomisario.

Las partes pueden definirse como deudor y acreedor de la deuda garantizada, de la que el Fideicomiso es accesorio, como en toda garantía.

- **Fiduciante:** ésta es la posición natural del deudor, quien mantiene la transmisión fiduciaria, entrega sus propios bienes en garantía.
- **Fiduciario:** es la persona a quien se transmite el dominio fiduciario y que detenta el bien como propietario, si bien con un dominio imperfecto. La función de este excede cualquier otra concebida, ya que no es un mero depositario o administrador, se desempeña como un gestor patrimonial.
- **Beneficiario:** podrá ser una persona física o jurídica a la que el fiduciario pagara con el producido de los bienes, en caso de que el deudor no cumpla con su obligación. Normalmente ha de ser el acreedor garantizado con el fideicomiso.
- **Fideicomisario:** es un cuarto sujeto a quien deben entregarse los bienes una vez finalizado el fideicomiso. También puede designarse con esa finalidad al propio beneficiario.

En cuanto a los caracteres que tornan especial este medio de garantía diferenciándola de los tipos tradicionales, podemos enumerar los siguientes:

- *Es mutable:* ya que su objeto puede ser determinado o determinable.
- *Es sustituible y ampliable:* en cuanto pueden incorporarse a la propiedad fiduciaria otros bienes, ya sea de los frutos de los bienes fideicomitados o el producto de los actos de disposición.
- *Es resoluble:* puesto que cumplido el fin del fideicomiso (extinguiéndose la obligación garantizada) se extingue el dominio o propiedad fiduciaros.

En cuanto al carácter de la garantía que reviste la propiedad fiduciaria en relación a la obligación principal, la función de la misma se determina que es

cautelar, siempre que el deudor cumpla la obligación garantizada; a falta de cumplimiento, su función será satisfactiva. Los bienes, entonces, responden por el pago de la deuda y el fiduciario es el realizador de la garantía.

Sobre el patrimonio de afectación, constituido en fideicomiso, al ser de carácter autónomo, el mismo no puede ser "agredido" por las deudas del fiduciante, por las personas del fiduciario, por las del beneficiario ni por las del fideicomisario. Este patrimonio es prenda común de los acreedores del fideicomiso.

La autonomía no es la única ventaja con la que cuenta esta herramienta. También lo es el hecho de que sea autoliquidable, lo que implica esencialmente que se puede lograr la satisfacción de los derechos del acreedor sin necesidad de acudir a la justicia.

Si el crédito ha sido perfectamente determinado, una vez abonada la deuda se extingue la propiedad fiduciaria y el fiduciario transmitirá la propiedad plena de los bienes a quien se hubiera designado en el contrato. Lo que conlleva a que el evento que resolverá el fideicomiso será el pago de la deuda. Pero también el fiduciario puede ser autorizado a aplicarlos al pago de la deuda constituida por prestaciones periódicas, en cuyo caso no hay solo función de garantía sino también de cumplimiento.

En el supuesto de incumplimiento, el fiduciario está facultado a vender privadamente el asiento de la garantía, sin acudir a la ejecución judicial. Lo cual es importante para el fiduciante, que estará interesado en la realización al mayor precio posible, como así también los medios por los cuales realizara este procedimiento. Aunque la ley no establece dichos medios, y a fines de lograr transparencia a toda la operativa, es prudente incluir modelos de ejecución, como ser: remate para bienes muebles, hipoteca para bienes inmuebles y demás, dentro de los posibles contratos, a fin de prever abusos.

Entre las ventajas que se atribuyen a este tipo de fideicomiso, en particular, además de los mencionados a nivel judicial, se encuentran:

- En caso de quiebra del deudor, al encontrarse el bien dentro del patrimonio autónomo, no formaría parte de la masa concursal.
- Al evitarse el remate por la vía judicial se ve beneficiado el deudor dado que si se procede por dicha vía, el remanente es muy escaso por la incidencia de los gastos en que incurre dicho acto, además de los intereses que incluyen dada su duración prolongada.
- Se puede obtener un precio superior al que de ordinario se obtiene en las subastas judiciales.
- También amplía la posibilidad de obtener créditos, pues al ofrecer una mayor garantía genera una mayor cantidad de interesados en ofrecer préstamos.
- Además puede recaer sobre bienes que no sean cosas, como intangibles, lo que potencia la oferta de garantía que puede hacer el deudor.

F. Fideicomiso financiero:

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

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

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

El fideicomiso financiero sirve para llevar a cabo el proceso de "securización o titulización de créditos", donde el titular de los activos crediticios (el fideicomiso financiero) los utiliza como respaldo de la emisión de títulos que le faciliten la obtención de fondos líquidos. A través de los fideicomisos financieros, se intenta convertir otros activos ilíquidos en líquidos, con el objeto de obtener fondos para financiar diversas clases de proyectos¹⁰.

Sabiendo que el patrimonio del fiduciante o del fiduciario tradicionalmente es prenda común de los acreedores, encontramos la diferencia en que el patrimonio fideicomitado permanece inatacable por las acciones de los acreedores. Esto tiene como principal consecuencia (positiva) para ambos, que minimizan el riesgo asumido en la operación, ya que el alcance de su responsabilidad ante la quiebra del fideicomiso, está limitado sólo al total de los bienes destinados al fideicomiso, y nunca pondrán en peligro el resto de su patrimonio.

El art. 19 de la ley 24.441 lo define así: " 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".

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

En la definición del art. 19 no se menciona al fiduciante pero la expresión final referida a "los bienes así transmitidos", permite inferir su existencia, ya que, según la ley, debe mediar una transmisión fiduciaria de bienes, la que ha de estar a cargo de un fiduciante. Esta característica hace que el fideicomiso no pierda su calidad de bilateral.

¹⁰ FAURE, Darío, **Fideicomisos: Aspectos generales, impositivos y contables**, (Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2008), Pág. 30.

Dicha omisión ha sido tratada y solucionada por la Comisión Nacional de Valores mediante el dictado de las resoluciones generales 290/97 y 296/97 conceptualizar a esta figura especial, diciendo: "Habrà contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirlo al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato".

En cuanto a la relación del fideicomiso financiero con el mercado financiero, podemos decir que el mercado de capitales, al que también se lo conoce como mercado de valores, es el vehículo financiero que permite al Estado y a los particulares hacerse de capitales a mediano y largo plazo.

El mercado de capitales junto con el mercado de dinero (que a su vez está integrado por el sistema bancario y el financiero no institucionalizado) configuran el mercado financiero, en el cual se invierten los ahorros que se derivan a los créditos de todo tipo. Así, entidades financieras, fondos de pensión, sociedades de bolsa, agentes de mercado, son los canales a través de los cuales se transfieren los fondos dinerarios, mediante instrumentos aptos como las acciones, los títulos de deuda, las cuotas partes de fondos, los contratos de futuros y opciones y también los fideicomisos.

La relación existente entre el sistema financiero y el fideicomiso financiero consiste en que siendo el primero, una fuente en la cual los participantes del mismo pueden obtener fondos para realizar sus diversas inversiones, es el fideicomiso una alternativa financiera para atraer esos fondos del sistema pudiendo el originante obtener un financiamiento menos costoso, por ser menor el riesgo asumido por él y por quien transfiere los fondos, y aumentar su liquidez rápidamente.

Especialmente, en el fideicomiso financiero, interviene una entidad financiera que emite títulos de deuda y certificados de participación, respaldados por los bienes

fideicomitidos, los cuales se inyectan en el sistema financiero buscando que los inversores los compren, logrando así que el fideicomiso constituido se nutra de los fondos que necesita.

Entonces, como el fideicomiso financiero requiere del sistema financiero para funcionar, es imprescindible para el mismo, las regulaciones impuestas dentro del sistema y obtener los beneficios de la existencia de un organismo que ejerce superintendencia (Comisión Nacional de Valores), otorgando a los fiduciantes e inversores, transparencia, claridad y seguridad en sus transacciones.

Al respecto, la Comisión Nacional de Valores (CNV) decidió que los certificados de participación emitidos en el marco de los fideicomisos financieros autorizados a la oferta pública tienen que ser ofrecidos al público en general y en todos los casos deben contar al menos con una calificación de riesgo.

G. Fideicomiso traslativo de propiedad:

En dicha figura se pretende la transmisión del dominio al beneficiario a la finalización del fideicomiso.

En este fideicomiso el objetivo buscado es transferir definitivamente la propiedad de los bienes.

H. Fideicomiso testamentario:

El fideicomiso puede constituirse por contrato o testamento, y solo podrá ser hecho sobre bienes determinados. De esta manera, el fiduciante puede imponer la indivisión de los bienes fideicomitidos durante un plazo a partir de su deceso.

Capítulo III

Fideicomiso inmobiliario

A. Concepto

El fideicomiso es un marco jurídico para innumerables actos, entre ellos un hecho económico como lo es el negocio inmobiliario.

Como se mencionó anteriormente el fideicomiso es un contrato celebrado por escritura pública en el que, según la ley 24.441, una persona, que es el fiduciante, transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otro fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe beneficiario, y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, beneficiario o fideicomisario.

Este instrumento se adapta perfectamente a un emprendimiento inmobiliario con fondos de terceros. En este caso los inversores son los fiduciantes, que se obligan a aportar la totalidad de los fondos necesarios para comprar el terreno y para hacer frente a todos los costos que demande la obra. El fiduciario es quien recibe el dominio de los fondos para adquirir el inmueble, inscribirlo a su nombre en forma temporal y condicionada, en los términos del artículo 2662 del Código Civil y disposiciones de la ley 24.441 y llevar adelante el emprendimiento según las pautas fijadas en el anteproyecto. Una vez finalizadas las obras proyectadas y afectado el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal o al de Loteo, transmitirá a los beneficiarios el dominio de las unidades que a cada uno le corresponda.

Para explicarlo en términos simples se presenta el siguiente ejemplo:

- El Señor Pérez, dueño de un terreno estratégicamente muy bien ubicado en la ciudad, desea vender el mismo a un buen precio.

- Un grupo de emprendedores, desea adquirir el lote mencionado, para la construcción de un edificio, pero las partes no se ponen de acuerdo con el precio de venta.
- El Sr. Rodríguez cuenta con algunos ahorros que desea invertir, pero no le convencen las alternativas financieras, no consigue tasas de interés que compensen la desvalorización por inflación y no está dispuesto a asumir inciertas consecuencias.

Surge como opción la de crear un fideicomiso inmobiliario en donde el *fiduciante* (Sr. Pérez) le transmitirá el dominio del terreno al *fiduciario* (grupo emprendedor) y éste le entregará en pago cinco departamentos, asumiendo la carga de transferir las demás unidades funcionales del edificio a construir, a los *beneficiarios* (Sr. Rodríguez, e Inversores individuales).

Finalmente, vemos que el Sr. Pérez, los beneficiarios y el fiduciario se han beneficiado mutuamente.

El grupo de emprendedores adjudicó la totalidad de las unidades funcionales, sin pagar el precio del lote en donde se asientan.

El Sr. Pérez se quedó con cinco departamentos, que juntos cotizan mayor valor de lo que pedía por el lote.

Y el Sr. Rodríguez, que durante la obra aportó únicamente el "costo" de sus unidades, inferior a su "precio" de venta, obtuvo una excelente rentabilidad.

Además, las inversiones en inmuebles, que siempre mantienen sus valores, no son afectadas por la desvalorización por inflación, ni por los riesgos que sufren las inversiones financieras.

Más importante aun es que, tal como marca el Art. 14 de la Ley 24.441, el éxito del fideicomiso radica en la independencia total de los bienes fideicomitados, constituyendo en sí mismo un "patrimonio autónomo pleno".

Esto significa que los acreedores del fiduciante, beneficiarios o del fiduciario no podrán embargar, ni menos ejecutar el patrimonio del fideicomiso (terreno,

materiales, unidades funcionales, etc.); y a su vez, el fideicomiso responde por sus propias deudas, de modo que los acreedores del mismo no pueden accionar sobre el resto de los bienes que integran el patrimonio personal del fiduciante, beneficiarios o del fiduciario.

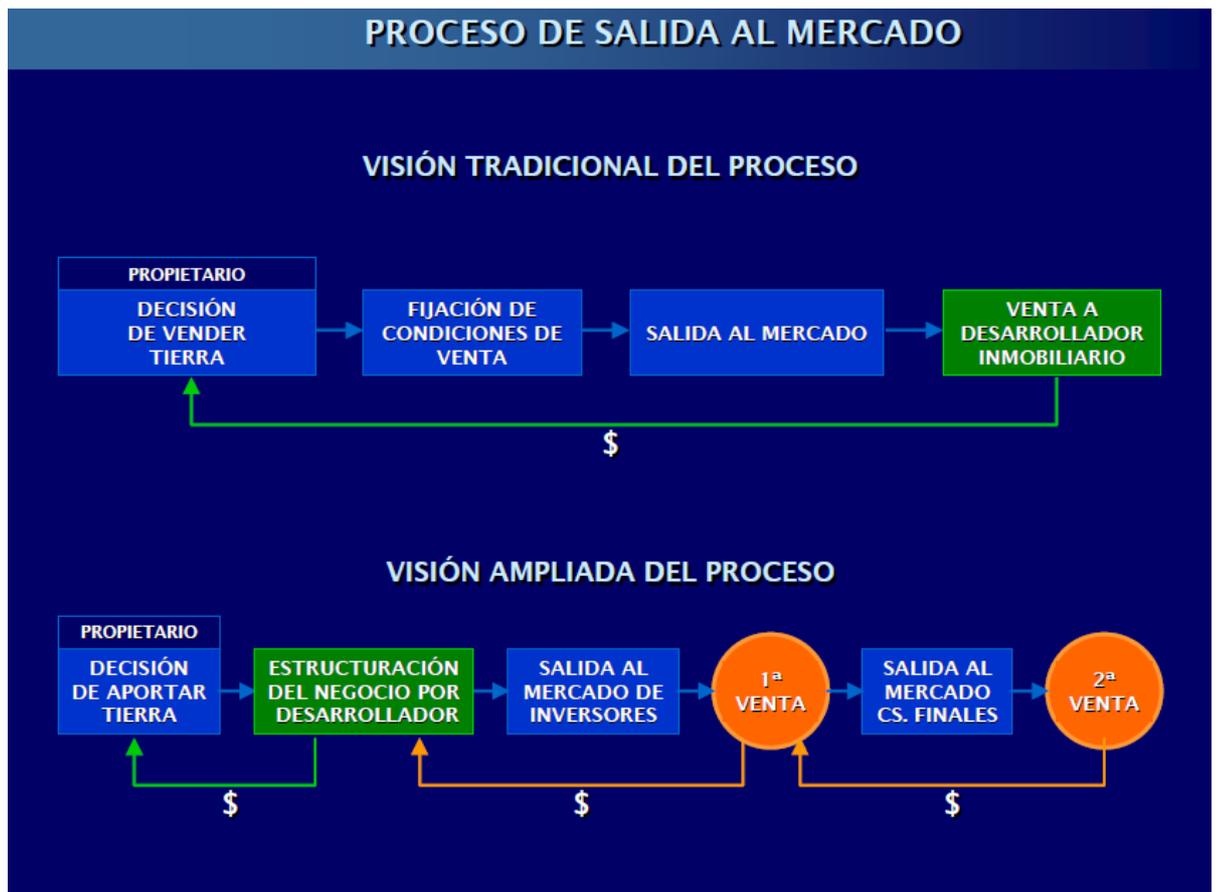
En el siguiente gráfico se pueden observar las partes intervinientes con una breve reseña de su actuación.



El fideicomiso es una herramienta que otorga una seguridad jurídica única para las partes intervinientes, seguridad jurídica que no garantiza ninguna de las figuras comerciales contempladas en la ley 19550 o asociaciones similares, y como si fuera poco es una herramienta de fácil aplicación y estructuración, con escasas formalidades y con bajos costos de administración.

Como estructura es un traje a medida para cada proyecto y genera confianza en los inversores individuales.

Como se puede apreciar en la siguiente imagen, existen dos visiones del proceso por el cual el propietario de un terreno que desea afectarlo a un proyecto inmobiliario sale al mercado.



En el primer caso se procede directamente a la venta de la tierra y se obtiene la rentabilidad de ese solo negocio, pero al instrumentar un proyecto a través de un fideicomiso se puede acceder al mercado de inversores en primera instancia y luego salir al mercado de consumidores finales, por lo cual se participará de un negocio de mayores proporciones y se obtendrá una rentabilidad mayor.

B. Ventajas del Fideicomiso Inmobiliario

A simple vista pueden apreciarse grandes ventajas ya sea tanto para el inversionista en busca de una rentabilidad, como para la persona que busca la forma de acceder a su vivienda privada.

Los principales beneficios que ofrece esta herramienta financiera son:

- Agilidad, flexibilidad y rapidez.
- Costos menores de constitución y de ejecución.
- El mismo patrimonio puede garantizar futuras operaciones sin necesidad de volver a constituir un fideicomiso.
- Confianza y seguridad, ya que en el sistema fideicomiso el bien permanece siempre resguardado. No existe posibilidad de ejecutar judicialmente el patrimonio fiduciario; aunque existan deudas del administrador o fiduciante, el bien no puede ser embargado.
- El fideicomiso es un dispositivo de protección comercial, jurídica y de administración. La escrituración y entrega de las unidades se realiza con la rigurosidad que surge del contrato, las acciones y los controles ejercidos por el fiduciario, los profesionales y demás actores comprometidos. Cualquier contingencia o circunstancia que pudiera afectar el patrimonio de cualquiera de los participantes del emprendimiento, no tiene implicancia alguna sobre la integridad patrimonial del fideicomiso inmobiliario. Esto significa que no afecta el normal cumplimiento de la obra y la entrega de cada una de las unidades del desarrollo. El fideicomiso es, en este sentido, un medio fundamental de protección patrimonial. Al tratarse de un patrimonio separado, las contingencias y avatares vinculados con los actores participantes del proyecto no afectan el destino del emprendimiento.
- El destino de los bienes afectados al fideicomiso no puede ser cambiado y los plazos estipulados en el contrato deben siempre cumplirse a término.
- El administrador tiene la obligación legal de rendir cuentas en forma periódica.

- También ofrece tasas de interés y beneficios más atractivos que los plazos fijos, bonos o paridad cambiaria.
- Este producto es les permite a las personas que tienen dificultades para acceder a la vivienda propia poder lograrlo.
- Le permite al inversor inmobiliario poder determinar la tasa de retorno que desea obtener minimizando los riesgos.
- Posibilidad de diseñar estructuras jurídicas precisas según el objeto.
- Ofrece la posibilidad de controlar la inversión, ya que uno puede ver lo que se hace; por eso es ideal para quienes buscan transparencia.
- Es una alternativa conservadora pero con un muy buen retorno.
- Constituye una estructura autoliquidable, con menores costos de arrastre.
- Permite “encapsular” el riesgo, acotándolo al proyecto (“project financing”).
- Minimiza la necesidad de procesos judiciales.
- Mayor certeza de cumplimiento y terminación de las obras.
- Transparencia en la gestión de pagos anticipados.
- Muchas veces, por el monto de la inversión requerida, la mayoría de los fideicomisos están destinados a inversores con alto poder adquisitivo. Sin embargo, ya algunas empresas ofrecen alternativas para pequeños y medianos inversores, como ser la agrupación en fideicomisos que se transforman a su vez en fiduciantes del fideicomiso principal. En estos casos, la inversión es mínima y al alcance de todos.
- Para terminar destaco dos aspectos muy importantes: En principio la neutralidad del fiduciario, ya que no está por los intereses de ninguna parte y solamente sigue los fines pactados en su momento. Es decir, se tiene a una persona neutral y que es la dueña del bien, con la ventaja de que no puede hacer lo que quiera con el bien porque está sujeta a los fines previamente

establecidos. Y en segundo lugar, cada persona pone el objeto de fideicomiso, porque se hace prácticamente uno a la medida del usuario, lo que promueve el éxito del proyecto, pero esto no quiere decir que se esté exento de las leyes que rigen al fideicomiso. Se establece una estructura legal y financiera a medida del emprendimiento y de la relación entre las partes y de esta forma se evita la creación de sociedades de objeto específico.

C. Requisitos básicos para desarrolladores y fiduciarios.

- Trayectoria y prestigio en el mercado.
- Definición completa del negocio a realizar.
- Organización interna orientada a la asociación.
- Imagen de solvencia.
- Conocimiento del negocio inmobiliario.
- Capacidad de administración.
- Mandato fiduciario claro y completo.

D. Problemática contractual del fideicomiso inmobiliario

En los últimos años, sobre todo desde la precipitación del crédito bancario por el fin de la Convertibilidad a comienzos del año 2002, el Fideicomiso se ha convertido en la herramienta jurídica más utilizada para inversiones en el rubro inmobiliario y de la construcción.

Cada vez son más los edificios, complejos comerciales o de viviendas, barrios cerrados, urbanizaciones y loteos que se desarrollan sobre la base de esta no tan novedosa pero recientemente descubierta figura legal, por sus importantes ventajas respecto de otras estructuras contractuales tradicionalmente utilizadas para canalizar este tipo de negocios.

Para evitar que las serias deficiencias en los contratos de fideicomiso inmobiliario se conviertan en un factor de potenciales conflictos y produzcan futuros inconvenientes se presenta un listado sobre las deficiencias más comunes que deberán ser tenidas en cuenta por el lector a la hora de utilizar este instrumento y de esta forma evitar el bastardeo del mismo por su indebido uso o aplicación para fines ilegales.

Los empresarios, inversores y personas en general que operan actualmente a través del fideicomiso o que ven en la figura una interesante alternativa para sus negocios deberán considerar los siguientes aspectos esenciales y necesarios ya sea a la hora de constituir un fideicomiso, o para corregir los que ya vigentes adolezcan de las deficiencias apuntadas.

Hay casos extremos en que por ejemplo el contrato no responde en absoluto al negocio que supuestamente se pretendía instrumentar, y a la forma en que el mismo se encuentra operando en la realidad. En estos casos, más valdría no contar con contrato escrito alguno, porque difícilmente sería posible explicar y probar ante un juez la realidad del negocio subyacente frente a un conflicto judicial cualquiera, con un contrato de fideicomiso que dice algo totalmente distinto a la realidad que se pretenda demostrar.

Importancia de la clara determinación del objeto del fideicomiso y delimitación de facultades del fiduciario.

La clave del éxito del fideicomiso es la separación patrimonial de los bienes fideicomitidos consagrada expresamente por la Ley 24.441 que lo regula. Dicha separación patrimonial significa que los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio independiente de los bienes personales del fiduciante y del fiduciario. En virtud de ello, los bienes fideicomitidos permanecen inmunes de las acciones individuales y colectivas (sucesión, concurso preventivo, quiebra o liquidación) de los acreedores personales del fiduciante y del fiduciario, quedando única y exclusivamente afectados al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fiduciario en relación al objeto del fideicomiso.

Dicha separación patrimonial, que en principio constituye una gran ventaja, de no encontrarse claramente especificado el objeto del fideicomiso, y delimitados las facultades y deberes del fiduciario, puede devenir en un riesgo inconmensurable para los adquirentes de las unidades, sean estos inversores en sistemas de construcción al costo, o simples compradores.

En efecto, el Fideicomiso es un encargo de confianza respecto de bienes determinados con transmisión de la propiedad fiduciaria sobre los mismos. El fiduciario es una suerte de apoderado en función de ese encargo de confianza, con facultades amplias respecto de los bienes fideicomitidos, pero con el agravante de que para el cumplimiento de su mandato, recibe los bienes sobre los cuales recae el encargo, en propiedad fiduciaria. Ello significa que su actuación como fiduciario lo es en calidad de "propietario" aunque fiduciario- de los bienes fideicomitidos. Es él, el fiduciario el centro de imputación de los actos realizados en ejecución del fideicomiso, con respaldo patrimonial restringido a los bienes fideicomitidos. En cambio, el apoderado actúa simplemente en representación de su mandante, a quien se le imputan directamente los actos ejecutados por aquél.

Como propietario formal de los bienes fideicomitidos el fiduciario puede disponer de los mismos y gravarlos, -dice el art. 17 de la ley- "cuando lo requieran los fines del fideicomiso, y sin que sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario".

Como puede apreciarse, las facultades del depositario de confianza que es el fiduciario, son amplísimas, salvo limitación dispuesta expresamente en el contrato.

De allí la importancia de una clara y precisa determinación del objeto del fideicomiso, y de una pormenorizada delimitación de facultades y enumeración de deberes del fiduciario, a los fines de encauzar su gestión en función del objeto y evitar el abuso del fiduciario en perjuicio de los beneficiarios.

Lamentablemente muchos contratos de fideicomiso inmobiliario, adolecen de una confusa o imprecisa determinación del objeto y de una paupérrima o casi nula especificación de facultades y deberes del fiduciario.

También es frecuente la omisión de toda referencia a mecanismos extrajudiciales de sustitución del fiduciario para cualquiera de los supuestos de cesación natural como la muerte en el caso de las personas físicas o la disolución en las personas jurídicas, la quiebra o liquidación.

Igualmente frecuente es la imprevisión contractual sobre mecanismos de remoción extrajudicial del fiduciario por incumplimiento de sus deberes, por vía, por ejemplo, del acuerdo unánime o mayoritario de los fiduciantes.

Frente a cualquiera de tales contingencias, posibles y normales en cualquier negocio inmobiliario, el silencio contractual sobre estos puntos implica un altísimo riesgo de judicialización del negocio, con interminables acciones de responsabilidad contra el fiduciario o procesos de designación judicial del sustituto, en la que de acuerdo a la Ley 24.441, frente al silencio del contrato, la posibilidad de elección del juez queda limitada a entidades financieras o sociedades fiduciarias previstas para fideicomisos financieros, cuya actividad específica es ajena al negocio inmobiliario propiamente dicho, salvo emprendimientos inmobiliarios importantes que puedan interesar a este tipo de fiduciarios institucionales desde el punto de vista netamente financiero, de la obra o de la compra de unidades por los adquirentes/beneficiarios.

En otros casos, hasta directamente se sujeta la continuidad del contrato de fideicomiso a la persona del fiduciario, lo cual conspira contra la finalidad intrínseca del fideicomiso, que apunta a la consecución del objeto independientemente de las contingencias personales del fiduciario y del o de los fiduciantes.

De hecho, el art. 4º de la ley 24.441 enumera los requisitos de validez de todo contrato de fideicomiso, y en el inciso e) establece que el contrato de fideicomiso deberá establecer los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare. Podría pues, válidamente sostenerse, que aquellos contratos de fideicomiso que condicionan su vigencia a la continuidad del fiduciario originariamente establecido, son insanablemente nulos.

Por otra parte, sobre todo en aquellos contratos de fideicomiso inmobiliario que financian la obra con el aporte de terceros ajenos a los fiduciantes originarios, sea como fiduciantes/beneficiarios de fideicomisos de construcción al costo, o como

simples adquirentes/beneficiarios por la compra de las unidades a un precio fijo, es fundamental la clara especificación del objeto mediante la incorporación del proyecto o master plan de la obra como anexo del contrato. Y no solamente en protección de los intereses de los beneficiarios por compra de las unidades, sino también de los propios fiduciantes, que tanto unos como otros, para que puedan exigir al fiduciario el cumplimiento del encargo, éste debe estar claramente determinado.

El mandato fiduciario en un fideicomiso inmobiliario de construcción, loteo o urbanización, es en otra dimensión, análogo al encargo del constructor de la propia casa por vía del contrato de locación de obra. Lógicamente el constructor edifica sobre la base de un proyecto previamente aprobado y no lo hace a su antojo.

Pues bien, en un fideicomiso para la construcción de un edificio, en que los fiduciantes aportan el terreno y los fondos para construcción total de la obra, o en forma parcial si el resto proviniera de la asistencia financiera externa de un banco o del flujo de fondos de la comercialización de las unidades, es de toda lógica y básico que el encargo fiduciario esté claramente determinado mediante la incorporación como anexo del contrato, el proyecto de la obra y sus especificaciones técnicas, a los cuales deberá ajustarse fielmente el fiduciario. De lo contrario, debería preverse los mecanismos para que los fiduciantes, que en definitiva son los dueños del negocio, decidan cómo y con qué características va a ser la obra, cuya ejecución estará a cargo del fiduciario.

Incluso por interés del propio fiduciario, puesto que mientras mayor sea su discrecionalidad posible, mayor será su responsabilidad en función del objeto, no ya con los bienes fideicomitidos sino con los de su patrimonio personal, por los perjuicios ocasionados al patrimonio fiduciario y a los beneficiarios en razón de su incumplimiento, negligencia, mal desempeño o abuso en el cumplimiento de su gestión.

En última instancia los partícipes de un contrato con las deficiencias apuntadas como fiduciantes o fiduciarios, deberán soportar las consecuencias de su propia negligencia, error o exceso de confianza como partes esenciales de un contrato comercial como el de fideicomiso.

Distinta y más grave, es la situación a que se exponen los terceros de buena fe, que para la adquisición de un departamento por ejemplo participan como beneficiarios del fideicomiso, en el mejor de los casos como compradores, pero en muchos como fiduciantes, es decir como inversores de la construcción del edificio al costo con derecho a la participación de los beneficios en un porcentaje total de la obra traducida en una o más unidades que les corresponda.

En muchos casos, al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega una copia del contrato de fideicomiso al cual adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios.

Existen casos en que el proyecto de la obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato, quedando librada la ejecución de la misma a la buena fe del fiduciario.

El riesgo frente al incumplimiento del fiduciario por inejecución de la obra que supuestamente se iba a realizar, en los casos de aquellos numerosos contratos de fideicomiso inmobiliario que proliferan en la actualidad sin especificación del objeto es demasiado alto.

Al margen de las ventajas para el inversor como fiduciante en un negocio inmobiliario, el fideicomiso tiene un valor comercial incomparable desde el punto de vista del adquirente de las futuras unidades, sean éstas lotes, departamentos y viviendas tipo dúplex o casa. Ello así por la ventaja de la separación patrimonial del fideicomiso, que sin recurrir al artificio de la sociedad para un negocio en el que no existe *afectio societatis* sino tan solo la intención de adquirir la unidad prometida, y sin caer en la precariedad del llamado consorcio para la construcción, evita que una simple acción individual contra el desarrollista o el constructor, o el concurso preventivo, la quiebra, o la sucesión de los mismos, puedan afectar a la ejecución de la obra, mediante embargo sobre el terreno y todo lo edificado, o sobre los fondos invertidos, o por efecto de la atracción a cualquiera de los procesos colectivos señalados.

Dicha ventaja, puede verse seriamente opacada por las consecuencias posibles de un contrato deficiente, por imprecisión del objeto, indeterminación absoluta de las facultades del fiduciario e imprevisión de mecanismos para la solución extrajudicial de las contingencias normales y posibles del negocio, al margen de problemas más graves pero también corrientes como la necesidad de remover al fiduciario.

Si nada se prevé al respecto, frente a tales contingencias, no queda más remedio que ir a la justicia, y cuando un negocio se resuelve judicialmente, deja de ser negocio, sobre todo en el caso de los que de buena fe, adhieren al contrato de fideicomiso fiduciario como beneficiarios con el único propósito de adquirir un departamento, lote o vivienda en el plazo teóricamente convenido, y no de terminar en un pleito de daños y perjuicios, con el riesgo adicional de no poder cobrar, precisamente por efecto boomerang de la separación patrimonial, en virtud de la cual, salvo acción de responsabilidad contra el fiduciario cayendo una vez más en el litigio, el adquirente de buena fe de un derecho como beneficiario del fideicomiso a la entrega y escrituración de un lote, departamento o vivienda, no tendrá más respaldo patrimonial que los bienes fideicomitidos, que en un fideicomiso inmobiliario serían el terreno con lo edificado hasta el momento, y según el caso también los fondos fideicomitidos, entre ellos los provenientes de las cuotas por compra o aportes fiduciarios que hayan efectuado todos los beneficiarios como él.

La seguridad del contrato de fideicomiso para este tercero de buena fe beneficiario distinto a los fiduciantes originarios del proyecto, depende de la seguridad del negocio subyacente, de la confiabilidad que le inspire el fiduciario en su capacidad de gestión, y principalmente de la regulación específica en el contrato de las facultades y deberes del fiduciario en función del objeto, como así también de las formas de control del fiduciante y los beneficiarios sobre la gestión del fiduciario, y de los mecanismos de solución de contingencias que puedan suscitarse durante la vigencia del contrato, a fin de evitar la judicialización del negocio y el consecuente fracaso del mismo.

Tales medidas incidirán en la mayor o menor seguridad de los adquirentes/beneficiarios a la hora de asumir un compromiso de pago en cuotas por

la compra de una unidad habitacional o de inversión para la construcción de un edificio al costo, asegurándole un claro control del manejo de fondos y sobre la gestión del fiduciario.

Para el funcionamiento de una sociedad comercial bastaría con su constitución bajo alguno de los modelos básicos de uso generalizado. Lo que no esté previsto en el contrato o estatuto social, tiene su solución en la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 con sus 390 artículos.

En cambio, lo que no esté previsto en el contrato de fideicomiso, queda librado al criterio y buena fe del fiduciario, quien, como "propietario" de los bienes fideicomitidos tiene las más amplias facultades para disponer y gravar de los bienes fideicomitidos en función de los fines del fideicomiso.

De ahí la importancia, como mínimo de una clara determinación del objeto del contrato de fideicomiso, que operará respecto del fiduciario, como el objeto social respecto del administrador societario, que según el art. 58 de la Ley 19.550 obliga a la sociedad por todos aquellos actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Por último, se advierte la existencia de muchos contratos de fideicomiso que no responden en absoluto a la realidad del negocio que por medio del mismo se pretende canalizar. Es el caso de contratos de fideicomiso de construcción y venta, en los que la realidad del negocio subyacente indica que la única finalidad del fideicomiso es la de asegurar la construcción del edificio al amparo de la separación patrimonial, sin que el fiduciario cumpla en los hechos ninguna función en relación a la construcción de la obra y la comercialización de las unidades, que son realizados por alguno o todos los fiduciantes por su cuenta y riesgo, sin comprometer los bienes fideicomitidos.

En estos casos mejor sería no contar con contrato escrito alguno, porque difícilmente sería posible explicar y probar la realidad del negocio subyacente frente a un conflicto un judicial cualquiera, con un contrato de fideicomiso que dice algo totalmente distinto a la realidad que se pretenda demostrar, la importancia de la clara

determinación del objeto en todo contrato de fideicomiso trasciende al plano tributario.

En efecto, según criterio de la AFIP sostenido invariablemente, el carácter de sujeto pasivo de cada fideicomiso en relación a los impuestos al Valor Agregado y Ganancias, dependerá de que al margen de la unidad patrimonial que conforman los bienes fideicomitados, los mismos operen como una unidad económica susceptible de generar hechos imponible.

En resumidas cuentas, si un contrato de fideicomiso inmobiliario tiene por objeto únicamente garantizar la construcción de un edificio al margen de las contingencias personales de los distintos sujetos involucrados, será el caso de un fideicomiso simplemente de garantía para la construcción, que en principio no estaría sujeto al pago de tales impuestos, por carecer de actividad susceptible de generar hechos imponible. En cambio si el encargo fiduciario comprendiera además la construcción y comercialización del edificio para distribuir las utilidades del negocio entre los inversores, se tratará de un fideicomiso de administración sujeto al pago de Impuesto al Valor Agregado por las ventas, y del Impuesto a las Ganancias al 35% por el resultado de las mismas.

Pero a su vez, la ley de Impuesto a las Ganancias brinda un tratamiento acorde a la realidad económica del negocio, para aquellos supuestos de Fideicomisos No Financieros en que los Fiduciantes posean la calidad de Beneficiarios no residentes en el exterior. En estos casos la ley prevé que el fiduciario distribuya las utilidades entre los fiduciantes en la proporción que les corresponda según el contrato, con la obligación de cada fiduciante/beneficiario de incluir las utilidades percibidas en la determinación de su propio impuesto como ganancia de tercera categoría, en la medida de su condición de responsables inscriptos respecto del mismo, de manera análoga a las ganancias de sociedades de personas o la tradicional forma de construir bajo la figura de consorcio, que no es otra cosa que una sociedad de hecho.

De ahí la importancia de una acabada comprensión del negocio y de su correcta instrumentación acorde con la realidad del negocio subyacente, a los fines de su adecuado tratamiento impositivo.

Capítulo IV

Aspectos contables

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

Esto se manifiesta en la exigencia legal del artículo 7 de la ley 24441 que tiene el fiduciario de rendir cuentas al fideicomitente o si los hubiera a los fideicomisarios.

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

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

Los registros contables del fideicomiso permiten a las personas vinculadas al mismo, recibir información actualizada por lo tanto, las operaciones deben ser registradas en un sistema contable adecuado: las cuentas del fideicomiso deben mostrar autenticidad e imparcialidad sobre la situación patrimonial y financiera del

mismo, el resultado de sus operaciones, la evolución del PN y el flujo de efectivo del ejercicio contable conforme a las normas contables profesionales.

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

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

Es necesario saber, cual es el responsable de llevar el registro del fideicomiso como patrimonio por separado y emitir así los estados contables. En este caso se tratará de establecer que característica deben cumplir estos estados. Además se requiere que los participantes del contrato de fideicomiso informen en sus estados contables acerca de los derechos y obligaciones emergentes de dicho contrato.

A. Transmisión fiduciaria con contraprestación

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

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

- El fiduciante transfiere al fideicomiso los futuros beneficios económicos que producirán los bienes fideicomitidos. Este requisito no se cumple si el fiduciante retiene la opción de readquirir los bienes fideicomitidos. No se

considera que dicha opción exista cuando el contrato prevea la posibilidad de igualar la oferta de un tercero para readquirir los bienes fideicomitidos.

- En caso de que la transmisión fiduciaria se efectúe con la obligación por parte del fiduciante de hacerse cargo de pérdidas relacionadas con los bienes fideicomitidos, pagando el monto de la pérdida o reemplazando los bienes fideicomitidos, el fiduciante deberá realizar una estimación razonable de las pérdidas futuras y gastos conexos relacionados con dichos bienes. Se considera que no existe venta cuando el fiduciante no pueda efectuar dicha estimación.
- El contrato de fideicomiso no puede obligar a readquirir los bienes fideicomitidos o solo lo podría hacer en una proporción poco significativa.
- La transmisión fiduciaria del activo en fideicomiso no se realiza en garantía de obligaciones del fiduciante o de terceros (fideicomiso de garantía).

1. En la contabilidad del fiduciante

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

2. En la contabilidad del fideicomiso

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

La ley 24441 no trata la contabilización del fideicomiso; sin embargo en el año 1995 se dictó el decreto 780; en su artículo 1 se estableció lo siguiente: “En todas las anotaciones registrales o balances fideicomitados, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación en fideicomiso”.

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

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

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

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

B. Transmisión fiduciaria sin contraprestación

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

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

C. Tratamiento en la contabilidad del fiduciario

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

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

D. Principales cuentas contables a emplear

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

- *Derechos por transmisión de bienes fideicomitidos:* Esta cuenta refleja el derecho futuro que tiene el fiduciante cuando también ocupa el lugar del fideicomisario, es decir, es el destinatario de los bienes cuando finalice el contrato. Al momento de la celebración de dicho contrato deberá debitarse y se acreditará cuando se produzca en vencimiento del mismo. Dependiendo de la naturaleza del negocio esta cuenta podrá ser incluida en el rubro "Inversiones" dentro del activo no corriente o corriente según sea el caso.
- *Bienes entregados en fideicomiso:* se usa en la contabilidad del fiduciante como contrapartida de la cuenta anterior y es una cuenta regularizadora de activo. Al ser el fiduciante, fideicomisario, la realidad del negocio subyacente impide que se den de baja directamente los activos transmitidos con propiedad fiduciaria y por lo tanto se refleje el hecho con esta cuenta regularizadora. Se acredita cuando se celebra en contrato y se debita al vencimiento del mismo. En el caso de que el fiduciante sea una persona

distinta del fideicomisario podrán darse de baja los activos correspondientes y deberá reconocerse la pérdida correspondiente.

- *Bienes recibidos y Resultado positivo:* Ambas cuentas son utilizadas por el fideicomisario cuando es una persona distinta del fiduciante. La primera es una cuenta de activo y según el tipo de bien que reciba se incluirá en los distintos rubros, como por ejemplo “Bienes de Uso” cuando se trate de un inmueble y se debitará cuando se reciban dichos bienes. Como contrapartida se acreditará una cuenta de resultado positivo que refleje la ganancia extraordinaria. Estas cuentas serán usadas cuando finalice el contrato de fideicomiso y corresponda la transmisión de los bienes al fideicomisario.
- *Bienes recibidos y Beneficio por fideicomiso:* Estas cuentas son utilizadas en la contabilidad del beneficiario al momento de percibir el resultado de la explotación del fideicomiso y todas las veces que esto suceda. La primera es una cuenta de activo y su denominación y rubro donde se incluya dependerá del tipo de bien que se trate. Si se trata de dinero en moneda de curso legal se debitará la cuenta “Caja” dentro del rubro “Caja y Bancos” al momento de recibirlo y como contrapartida se acreditará una cuenta de resultado que refleje la ganancia.
- *Forma de pago y Servicios prestados u Honorarios:* Estas cuentas serán utilizadas en la contabilidad del fiduciario toda vez que cobre dinero o reciba bienes como contraprestación por los servicios prestados en la calidad de fiduciario. Deberá debitarse una cuenta de activo como por ejemplo “Caja” y acreditarse una cuenta de resultado positivo como por ejemplo “Servicios prestados” reflejando la ganancia ordinaria.

E. Estados contables del fideicomiso

1. Necesidad de su presentación

Cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso así como la gestión o administración involucrada en el contrato de creación lo

justifique, el fideicomiso presentará información periódica en forma de estados contables.

Las razones que fundamentan esta conclusión son las siguientes:

- En aquellos casos en que la operatoria contractual del fideicomiso trasciende por su importancia, magnitud o significatividad los intereses de las partes involucradas directamente en dicho compromiso, y se extiende a potenciales demandantes de esta información, es necesaria la emisión de estados contables a efectos de informar a dichos usuarios.
- El considerando expuesto en la primer parte de la resolución técnica número 8 de la F. A. C. P. C. E. en cuanto a "...que los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica y financiera sobre la situación y gestión de entes públicos y privados".
- El artículo 6° de la ley 24.441 establece la responsabilidad de administración e información que le corresponde al fiduciario, quien debe obrar "...con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él". El deber de informar surge del artículo 7° la ley 24.441, que textualmente indica: "el contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas...". "En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año."
- Cabe destacar, que por el decreto 780/95 en su artículo 1° no se establece la obligatoriedad de emitir estados contables, pero sí se determina la necesidad de presentar estados contables al referirse que deberá constar la condición de propiedad fiduciaria en los balances relativos a los bienes fideicomitidos.
- La resolución general 271/95 de la CNV, que regula los fideicomisos financieros, estableció un régimen informativo trimestral que debe presentar el fiduciario por cada fideicomiso que administre mediante estados contables independientes según los plazos fijados para el régimen de oferta pública.

2. Estados contables básicos a presentar

Los estados contables básicos que deberán presentar los fideicomisos son:

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

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

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

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

3. Información complementaria

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

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

4. Información complementaria en los estados contables del fiduciante y del fiduciario.

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

a. Información complementaria del fiduciante

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

b. Información complementaria del fiduciario

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

F. Puntos importantes a tener en cuenta en el contrato de fideicomiso

1. Administración de los bienes

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

2. Rendición de cuentas

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

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

Capítulo V

Aspectos Impositivos

Consideraciones Generales

El fideicomiso no tiene personalidad jurídica pero tiene personalidad fiscal tanto frente al impuesto a las ganancias como al impuesto a los bienes personales.¹¹

En el impuesto a las ganancias los fideicomisos financieros se asimilan a las sociedades de capital, que liquidan al 35%.

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

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

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

El decreto 780/95 obliga al fiduciario de fideicomisos no financieros a ingresar el impuesto sobre bienes personales. El haber del fideicomiso no financiero tendrá implicancias frente a Ganancia Mínima presunta.

¹¹ MARTIN, Julián Alberto, **Tratamiento impositivo de operaciones financieras** (Buenos Aires, KPMG, 1999), Pág. 182.

Con respecto al impuesto al valor agregado e impuesto a los ingresos brutos no hay normas específicas por lo que el fideicomiso será sujeto de estos impuestos si realiza operaciones gravadas.

Conclusión

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

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

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

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

Bibliografía

- ARGENTINA, **Ley N° 24441/95 de Financiamiento de la vivienda y la construcción.**
- BUTLOW, Daniel Enrique, **Fideicomiso Inmobiliario**, publicado en www.reporteinmobiliario.com , 15 de Abril del 2010.
- **CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA**, 7º Ed., (Buenos Aires, La Ley, 2007), 411 páginas.
- DE HOZ, Marcelo, **Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario**, en La Ley, Año LXXIII N° 173, (Buenos Aires, 11 de septiembre, 2009), 6 páginas.
- FAURE, Darío, **Fideicomisos: Aspectos generales, impositivos y contables**, (Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2008), 189 páginas.
- FUNES, Saturnino J., **Fideicomiso. El fiduciario en la ley 24.441**, en Cuadernos de la Universidad Austral, (Buenos Aires, Depalma, 1996), 126 páginas.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos Civiles y Comerciales**, Tomo II, (Buenos Aires, Astrea, 1994), 644 páginas
- **Informe N° 28**, (Agosto 1997), Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal.
- LISOPRAWASKY, Silvio V., y KIPER, Claudio M., **Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización**, (Buenos Aires, Depalma, 1995), 579 páginas
- MARTIN, Julián Alberto, **Tratamiento impositivo de operaciones financieras**, (Buenos Aires, KPMG, 1999), 480 páginas
- MAURY, Beatriz Alicia y OTROS, **Tratado teórico práctico de fideicomiso**, Tomo I, 2º Ed., (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000), 411 páginas.

- MOISSET DE ESPANÉS, Luís e HIRUELA, María del Pilar, **Algunos lineamientos generales del fideicomiso en la ley 24.441**, en revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 2001-3, (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002), 792 páginas.