



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

FIDEICOMISO

Aspectos Jurídicos, Contables y Tributarios

Guía Teórica - Práctica

Trabajo de Investigación

Por

MÁRQUEZ GARCIA, Maria Lorena

(praxedess2000@yahoo.com.ar)

FORMIDABILI, Celina.

(celi_for@hotmail.com)

DIRECTOR

Prof. VAZQUEZ SOAJE, Esteban.

SAN RAFAEL - 2014

INDICE

Introducción	7
CAPÍTULO I - NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LOS FIDEICOMISOS	9
1. Introducción.....	9
2. Antecedentes históricos	11
2.1. El fideicomiso en el derecho romano	12
2.2. El fideicomiso en el derecho anglosajón – antecedentes de la ley 24.441	13
3. El fideicomiso en la legislación argentina- régimen múltiple	14
4. El dominio imperfecto o fiduciario en el régimen del Código Civil	16
4.1. Dominio perfecto o pleno	16
4.2. Dominio imperfecto o menos pleno	17
5. Efectos de la reforma introducida a los artículos 2.662 y 2670 del Código Civil	18
CAPÍTULO II - CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO	20
1. Introducción.....	20
2. El contrato de fideicomiso.....	20
3. Requisitos del contrato	23
4. Sujetos que intervienen en el contrato de fideicomiso	25
4.1. Fiduciante	26
4.1.1. Concepto.....	26
4.1.2. Derechos	26
4.1.3. Obligaciones	27
4.2. Fiduciario.....	27
4.2.1. Concepto.....	27
4.2.2. Derechos	28
4.2.3. Obligaciones	29
4.2.4. Responsabilidad.....	30
4.2.5. Cesación.....	32
4.2.6. Reemplazo	32
4.3. Beneficiario	33
4.3.1. Concepto.....	33

4.3.2. Derechos	34
4.3.3. Obligaciones	34
4.4. Fideicomisario	34
4.4.1. Concepto	34
4.4.2. Derechos	35
5. Efectos del fideicomiso según la forma de constitución	35
6. Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria.....	38
6.1. Causales de extinción del contrato	38
6.2. Causales de extinción de la propiedad fiduciaria	40
CAPÍTULO III - EL PATRIMONIO FIDUCIARIO	41
1. El patrimonio fiduciario en ambos regímenes.....	41
2. Adquisición del dominio fiduciario.....	43
3. Derechos de los acreedores del fiduciante.....	44
4. derecho de los acreedores del beneficiario y del destinatario final	46
5. La insuficiencia del patrimonio fiduciario	46
CAPÍTULO IV - FIDEICOMISO TESTAMENTARIO	48
1. Introducción.....	48
2. Sustitución fideicomisaria	49
3. El fideicomisario es un sucesor del testador.....	51
4. Principios sucesorios que deben respetarse	52
5. Nulidades del fideicomiso testamentario.....	53
5.1. Nulidad del fideicomiso testamentario constituido sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota parte de la misma	53
5.2. Nulidad del fideicomiso que afecta la legítima	54
5.3. Nulidad del fideicomiso en fraude a los acreedores del heredero	54
5.4. Nulidad del fideicomiso en contra de las incapacidades para suceder	55
5.5. Nulidad de la institución fideicomisaria	55
5.6. Excepción: validez de la sustitución fideicomisaria si el instituido en primer lugar premuere al testador.....	55
CAPÍTULO V - TRATAMIENTO IMPOSITIVO DE LOS FIDEICOMISOS	57
1. Introducción.....	57
2. El fideicomiso y el impuesto a las ganancias (Ley 20.628 y sus modificatorias)	64

3. El fideicomiso y el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas. (Ley 23.905 y sus modificatorias) R.G. (AFIP) 2141/2006.....	66
4. El fideicomiso y el impuesto a la ganancia mínima presunta. (Ley 25.063 y sus modificatorias) D.R. 1533/1998	66
5. El fideicomiso y el impuesto sobre los bienes personales. (Ley 23.966 y sus modificatorias, D.R. 127/1996 y sus modificatorias)	69
6. El fideicomiso y el impuesto al valor agregado (I.V.A.) (Ley 23.349 y sus modificatorias, D.R. 692/1998 y sus modificatorias).....	75
7. Normas impositivas en la ley N° 24.441	79
8. El fideicomiso y la ley de procedimiento tributario. El fiduciario como responsable por deuda ajena. (Ley 11.683/1998 y sus modificatorias, D.R. 1.397/1979 y sus modificatorias)	80
8.1. Ley de procedimiento tributario-Responsabilidad por deuda ajena	80
8.2. Cofiduciarios	82
9. El fideicomiso y los impuestos provinciales. impuesto de sellos e impuesto sobre los ingresos brutos	82
9.1. Impuesto de sellos	82
9.2. Impuesto sobre los IIBB	84

CAPÍTULO VI - TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO Y NORMAS DE AUDITORIA APLICABLES.....	86
1. Tratamiento contable de los contratos de fideicomiso	86
1.1. Aspectos generales	86
1.2. Registración contable de las transferencias fiduciarias	90
1.2.1. Concepto de activo	90
1.2.2. Atributos esenciales de un activo.....	93
1.2.3. Elementos comunes en el concepto de un activo.....	93
1.2.4. Informe N° 28 de la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital - Agosto 1997	93
1.2.5. Propuesta brindada por el Prof. Flavio A. Mantovan en las Jornadas de Ciencias Económicas en el año 2010 de la F.C.E – U.N.C. (JTP de contabilidad avanzada / JTP de práctica profesional de la facultad de ciencias económicas de la Universidad	

Nacional de Cuyo)	96
2. Normas de auditoria	99
Conclusiones	103
Referencias	108

INTRODUCCIÓN

Considerando que el fideicomiso es en sí un tema muy amplio, las posiciones doctrinarias al respecto muy variadas y la información disponible a la fecha delimitada a cada uno de los aspectos del instituto (aportando solamente conocimientos aislados sobre el mismo), el presente trabajo de investigación tiene como objetivo principal brindar a los estudiantes y graduados en ciencias económicas una guía teórica – práctica sobre fideicomiso, reuniendo en un cuerpo único e integrado los distintos aspectos (jurídicos, contables y tributarios) normados en nuestro país. De manera tal que les permita:

- a. Recordar la importancia histórica y actual del instituto.
- b. Reconocer sus caracteres propios y las diversas formas que puede presentar.
- c. Conocer el marco jurídico y tributario de las diferentes clases de negocios fiduciarios.
- d. Confeccionar adecuadamente las registraciones contables, identificar la documentación respaldatoria como punto de partida, y determinar el efecto que las mismas producen en el patrimonio de cada sujeto interviniente.
- e. Determinar la incidencia de los proyectos de reforma a la legislación actual en el ámbito del instituto.
- f. Obtener un conocimiento integrado del tema que permita formular juicios críticos y apropiados sobre el negocio fiduciario a constituir en cada caso concreto.
- g. Consolidar la conciencia de responsabilidad y ética profesional.

No obstante, es dable destacar que sólo se abordará en detalle el fideicomiso regulado por la ley 24.441, exponiéndolo, en la medida de lo posible, en forma comparativa con el fideicomiso legislado por el Código Civil Argentino. En modo alguno se pretende el desarrollo del instituto por completo, sino sólo en sus aspectos principales tratando de conformar un marco teórico de aplicación a los posibles casos prácticos.

Como resultado final del estudio de la presente guía, el lector estará en condiciones de responder: 1) ¿Qué es un fideicomiso?, 2) ¿Para qué se utiliza?, 3) ¿Existen diferentes tipos?, 4) ¿Cuál es la normativa aplicable en nuestro país? , 5) El fideicomiso normado por el Código Civil Argentino, ¿se aplica en forma supletoria al regulado por la ley 24.441 o constituyen dos fideicomisos completamente diferentes que coexisten en nuestra legislación?, 6) ¿Cómo se constituye un fideicomiso?, 7) ¿Quiénes intervienen en el mismo?, 8) ¿Qué bienes pueden ser objeto de un fideicomiso?, 9) Al constituir un fideicomiso, ¿se forma un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante, posibilitando así la delimitación de responsabilidades?, 10) ¿Se puede a través de un

fideicomiso garantizar el cumplimiento de obligaciones, reducir costos y brindar una mayor seguridad frente a otras alternativas de garantías existentes?, 11) El fideicomiso, ¿permite obtener una mayor rentabilidad frente a otras alternativas de inversión?, 12) Este instituto, ¿puede ser utilizado como una herramienta para expresar la última voluntad de una persona física en materia patrimonial?,13) Los fideicomisos ¿tributan algún impuesto en nuestro país?, 14), ¿Deben llevar contabilidad?.-

CAPÍTULO I

NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LOS FIDEICOMISOS

1. INTRODUCCIÓN

“Etimológicamente, el Fideicomiso proviene de la conjunción de las palabras en latín *Fides* y *Comittere*. *Fides* significa **confianza**, y *Comittere* por su parte equivale a comisionar (persona en la que se deposita un encargo). Consecuentemente significaría “depositar confianza”. (APAT, 2002)

Como punto de partida de nuestro trabajo, y dadas las diversas opiniones doctrinarias, exponemos a continuación una noción provisoria e imperfecta del instituto, que nos permitirá ir avanzando en nuestro estudio.

Se entiende por fideicomiso al:

...acto jurídico que tiene como consecuencia la transmisión de un bien con el objeto que el beneficiario, llamado fiduciario, cumpla un encargo (encargo que constituye una estipulación a favor de un tercero llamado beneficiario), que el dador de los bienes (llamado fideicomitente o fiduciante) desea asegurar, por lo que el fiduciario actuará como titular del bien a nombre propio, pero en beneficio del tercero, quedando obligado a devolver los bienes que restan, una vez cumplido el encargo, a otra persona llamada destinatario final o fideicomisario.... (Gutierrez, 1998)

Es importante destacar que el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo, sino que es el instrumento utilizado para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio. Es decir que el fin es el negocio subyacente, mientras que el fideicomiso es simplemente el medio utilizado. (Apat, 2002)

Esta estructura jurídica, desde su origen se fundamentó en la confianza que el transmitente de los bienes depositaba en el adquirente, y fue utilizada con el objeto de salvar trabas legales que impedían darle a determinados bienes un cierto destino. La transferencia se realizaba en propiedad, teniendo el adquirente las facultades propias de dueño de los bienes, pero limitado a las instrucciones impartidas por el transmitente, debiendo respetar la voluntad de aquél. Con el correr del tiempo el adquirente comenzó a incurrir en abusos al no respetar los encargos fiduciarios sobre los bienes transmitidos y por ello se fue limitando su potestad por la normativa jurídica y la intervención de la justicia, manteniendo su condición de titular jurídico pero con poderes recortados, priorizando la

voluntad del transmitente y los derechos de los beneficiarios por sobre el derecho de propiedad del adquirente.

De un origen restringido al ámbito familiar, pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas. Las posibles aplicaciones actuales del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, esto es así porque puede emplearse, dada su naturaleza, para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

En materia de regulación del Fideicomiso, en nuestra legislación nos encontramos con:

1. El Código Civil, que si bien no regula expresamente el contrato por el que se constituye el fideicomiso, si lo hace con referencia al dominio fiduciario en su Título VII - Domino Imperfecto (artículos 2.661 a 2.672).
2. La Ley 24.441 sancionada por el Congreso de la Nación con fecha 22 de diciembre de 1994, que tiene por finalidad el *Financiamiento de la vivienda y la construcción*, siendo su contenido múltiple. Esta ley **instrumenta el fideicomiso** a los fines de brindar mayores seguridades a los inversores, regulando el contrato de constitución del fideicomiso como una nueva especie, que incluye como novedad de trascendencia la creación de un patrimonio fiduciario, *separado* del patrimonio del receptor, remitiéndose en cuanto al dominio que se adquiere por el contrato, a las normas del Código Civil.
3. El Código Penal, en lo referente a las defraudaciones vinculadas a fideicomisos.
4. Leyes 11.683, 25.063/ 98, 20.628/97, 23.349/86, 23.966/91.
5. Decreto 780/95.
6. Resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, en su carácter de Autoridad de Contralor de los Fideicomisos Financieros.
7. Y demás leyes y decretos que contemplan en forma específica el instituto del fideicomiso.

Es de importancia destacar que Ley 24.441 modifica algunas normas referidas al dominio fiduciario del Código Civil (artículos 2662 y 2670), pero no deroga las restantes; y además regula el contrato de fideicomiso, sin prohibir las anteriores manifestaciones contractuales. Como consecuencia, algunos autores¹, consideran que desde la sanción de la Ley coexisten en nuestra legislación *dos* fideicomisos, uno regulado por el Código Civil y otro instituido por la Ley.

La existencia de dos clases diferentes de fideicomiso queda clara, al no haber derogado la Ley los artículos 3.724 y 3731 del Código Civil, que prohíben las *sustituciones fideicomisarias* en las

¹Entre ellos Pedro Federico Gutiérrez cuya obra “Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables”, de 1998, fue utilizada como guía base para este trabajo.

donaciones y testamentos², siendo que la Ley las acepta expresamente en su artículo 10 al establecer: “Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiese o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

Entre el fideicomiso que admite el Código Civil y el regulado por la Ley 24.441 hay diferencias sustanciales debido a sus raíces (derecho continental europeo y trust angloamericano respectivamente), no obstante esas diferencias, lo esencial del instituto siempre es el *encargo de confianza* que recibe el fiduciario del fiduciante, el cual constituye el carácter distintivo del fideicomiso. En efecto el fideicomiso del Código Civil tiene como meta principal, una operación esencialmente gratuita, fruto por lo general de una disposición de última voluntad y en el cual el fiduciario adquiere los bienes y los *incorpora* a su patrimonio (si bien nadie duda que de la normativa se desprenda que también pueden constituirse fideicomisos onerosos por actos entre vivos). Por el contrario, la Ley 24.441 privilegia el negocio oneroso, fundamentalmente de naturaleza comercial y con objeto financiero, en el cual los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio separado que *administra* el fiduciario.

Además de estos, existen otros casos particulares a los que la Ley denomina fideicomiso, así por ejemplo las normas contenidas en la Ley 19.550 de sociedades comerciales regulan un fideicomiso para el caso de constitución de sociedades anónimas por suscripción pública y otro para el caso de emisión de debentures; las Leyes 23.576 y 23.962 prevén un fiduciario en caso de emisión de obligaciones negociables; y la Ley 23.696 establece sistemas fiduciarios para las empresas del estado. (Gutierrez, 1998)

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La figura del fideicomiso fue utilizada en su origen como una forma para salvar impedimentos legales, por ejemplo, para poder instituir como heredero a quien por ley no le correspondía; o bien para impedir una posible confiscación de bienes por causas políticas.

Para comprender más específicamente la génesis del fideicomiso, es necesario describir su aparición en el derecho romano y en el derecho inglés. (Apat, 2002)

²Al hablar de sustituciones fideicomisarias nuestro legislador prohibió que se designara un fiduciario que no pudiese disponer de los bienes, o que se dispusiera que a la muerte de este fiduciario los bienes pasarían al fideicomisario designado en la donación o el testamento, por considerar que impedirían la libre circulación de los bienes y por ello eran contrarias a los intereses económicos de la sociedad.

2.1. El fideicomiso en el derecho romano

En el impero romano existieron dos figuras que son antecedentes del fideicomiso en la forma en que lo conocemos. Ellas son la fiducia y el fideicommissum.

La diferencia fundamental entre ambas figuras es que mientras la fiducia consistía en la transferencia de la propiedad por acto entre vivos, el fideicommissum consistía en una transmisión por causa de muerte. (Apat, 2002)

La *fiducia* se basaba en la transferencia de la propiedad a una persona, con el encargo de un *pactum fiduciae*, mediante el cual quien recibía los bienes en propiedad se obligaba frente al transmitente, a devolver, luego de realizados ciertos encargos, la propiedad al transmitente o a una tercera persona.

Esta transferencia de bienes en propiedad tenía una subclasificación: la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico.

La primera de ellas era la utilizada para garantizar una deuda, y consistía en que el deudor le daba en propiedad uno o más bienes a su acreedor hasta tanto le pagara su deuda, con la obligación del acreedor de devolver dichos bienes cuando su interés estaba satisfecho. Y para el caso en que la deuda no fuera satisfecha, el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos, o enajenarlos. (Apat, 2002)

En la *fiducia cum creditore* originaria, el acreedor no estaba obligado a devolverle diferencia alguna al deudor, por los pagos parciales que éste le hubiese hecho. Posteriormente para proteger los derechos del deudor, se le reconoció al mismo el derecho de recuperar la diferencia una vez que el acreedor había sido desinteresado.

La otra forma de fideicomiso constituido por actos entre vivos, la *fiducia cum amico*, era aquella mediante la cual una persona entregaba a otra ciertos bienes para que los utilizara y aprovechara, y luego de cierto plazo, se los devolviera al primitivo dueño. Esta figura fue más que nada utilizada por los romanos cuando se ausentaban por causa de viaje y decidían entregarles los bienes a personas de su especial confianza. El fiduciario (quien recibía los bienes) podía administrar y disponer libremente de los bienes transmitidos.

“Esta forma de fideicomiso fue cayendo en desuso para darles lugar a otras figuras contractuales, como el comodato, el depósito, la locación, la prenda y la hipoteca”. (Apat, 2002)

La otra rama, es decir, la del fideicomiso mortis causa, fue la del llamado *fideicommissum*, y era la utilizada por el testador para poder lograr que concurra como heredero a su sucesión quien no contaba con el llamado por la ley a esa investidura. Así, por ejemplo, una persona podía instituir como beneficiario de su sucesión a quien de acuerdo a las leyes de esa época no podía revestir tal carácter, como ser los esclavos, peregrinos, solteros, casados sin hijos, etc.

El inconveniente a primera hora del *fideicommissum* era que el encargo de confianza estaba hecho a un heredero investido de ese carácter, para que entregara uno o más bienes a la persona indicada por el testador. El problema era evidente, ya que el único elemento con el que podía contar el beneficiario era con la buena fe del heredero, pero ante una enorme cantidad de encargos sin cumplir, el emperador Augusto hizo ejecutar los *fideicommissum* con la intervención de los cónsules, otorgando así mayor control y seguridad.

Posteriormente, durante la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un crédito. Esta institución pasó a los regímenes jurídicos donde se la conoció como “sustituciones fideicomisarias”.

Estas sustituciones llegaron a un auge extraordinario hasta que fueron prohibidas por el Código Napoleón, porque el espíritu de ese cuerpo legal era el de concentrar la riqueza en una sola familia, y estas sustituciones ponían en jaque tal principio. (Apat, 2002)

2.2. El fideicomiso en el derecho anglosajón – antecedentes de la ley 24.441

El fideicomiso regulado por la Ley 24.441 es un instituto desarrollado por el derecho anglosajón. (Gutierrez, 1998). Esta ley, como mencionamos anteriormente, sancionada en 1.994, tiene por finalidad el *Financiamiento de la vivienda y la construcción*, pero su contenido es múltiple. En su Título Primero trata el Fideicomiso, en siete capítulos sucesivos (artículos 1 a 26), contemplando dos especies: a) el fideicomiso común u ordinario –aunque no le asigna nombre-artículos 1 a 18; y b) el fideicomiso financiero (artículos 19 a 24). Los artículos 25 y 26 regulan la extinción del fideicomiso. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

Sus antecedentes mediatos pueden rastrearse en el derecho inglés, donde nace como una variedad del *use*, que deviene no del *usus* latino, sino del *opus*, usado como equivalente de *en su representación*, lo que probaría que dicho instituto no deriva del *fideicommissum* romano.

El antecedente inmediato y que vale la pena conocer es el *trust angloamericano*, puesto que es en los Estados Unidos donde el instituto se ha desarrollado en su plenitud, aunque nuestra ley recepta *sólo una* de las muchas acepciones que el trust tiene en el país del Norte. Pese a ello, la nota más destacada del instituto es el principio de separación patrimonial entre el patrimonio del fiduciario y el patrimonio fideicomitado.

En efecto, en el trust norteamericano intervienen en principio tres personas: el *settlor*, (en nuestra legislación equivalente al fiduciante), quien es el creador del trust, y generalmente desaparece una vez constituido el mismo, salvo que se reserve el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también reservarse el derecho de dirigir al *trustee* vigilar los actos que a su juicio lo precisen. También interviene el *trustee* (equivalente a nuestro fiduciario) que es la persona a quien se le

transmite la propiedad legal de los bienes y está obligado a realizar los fines o cumplir el encargo, para los cuales dichos bienes le han sido transmitidos, en beneficio de una tercera persona denominada *cestui que trust* (en nuestra legislación, el beneficiario), que es la persona en favor de quien se constituyó y funciona el *trust*. (Apat, 2002)

Es de destacar que en el derecho americano el fiduciante puede designarse como fiduciario, acto que produce la separación del patrimonio fideicomitado del patrimonio del fiduciante-fiduciario. En ese derecho, también el fiduciante puede ser el beneficiario.

“De cualquier manera, lo fundamental de esta operación es que las partes deben atenerse a lo dispuesto en el acto de constitución, administrando y disponiendo de los bienes fideicomitados conforme a los fines establecidos en el acto de constitución”. (Gutierrez, 1998)

3. EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA- RÉGIMEN MÚLTIPLE

En nuestro país actualmente el fideicomiso tiene una regulación múltiple. Por un lado tenemos la regulación del Código Civil Argentino, en el cual originariamente Vélez incluyó al Fideicomiso en el artículo 2.662 que decía: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Este artículo fue incluido en el Libro de los Derechos Reales, en el título “Del Dominio Imperfecto”. Desde el principio es pobre la redacción; primero, porque sólo regula al fideicomiso en la parte de los derechos reales en vez de hacerlo en la de los contratos, y segundo, porque en ese título incluye temática relativa a los derechos personales, como ser la condición y el plazo, que son modalidades bien propias de las obligaciones, y que evidentemente surgen de un pacto personal. (Apat, 2002)

En este fideicomiso el fiduciante transmite al fiduciario la plena propiedad de las cosas fideicomitidas, que *ingresan* al patrimonio de éste y por tanto responden ante los acreedores que tienen su patrimonio como garantía o prenda común. El dominio transmitido es imperfecto dado que carece del carácter de perpetuo. El fideicomiso, también implica una o varias estipulaciones a favor de terceros. En efecto, el fiduciante y el fiduciario establecen en el contrato que los beneficios de la cosa deben ser entregados al beneficiario y que los bienes dados en propiedad deben, al vencer el plazo o al cumplirse la condición, ser entregados a un fideicomisario, siendo que estas personas son extrañas a la relación contractual. (Gutierrez, 1998)

Por el otro lado, encontramos la regulación de la Ley 24.441. Esta Ley publicada recién en el Boletín Oficial el 16/01/1995 fue mal llamada *Ley para el Financiamiento de la Vivienda y la*

Construcción. En una primera interpretación pareciera desprenderse que la ley sólo atañe a los bienes inmuebles, pero no es así, ya que regula el fideicomiso en general. (Apat, 2002)

La ley modifica, como expusimos anteriormente, algunas normas referidas al dominio fiduciario contenidas en el Código Civil, pero no ha derogado todas las restantes, dejando en consecuencia subsistentes dos formas de fideicomiso. Puntualmente esta ley modifica los ya mencionados artículos 2.662 y el 2.670 y regula una forma especial de contrato de fideicomiso, sin prohibir las anteriores manifestaciones contractuales.

El nuevo artículo 2.662 del Código Civil dice: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

La norma del Código Civil ha sido modificada sólo para que resulte comprensiva del nuevo fideicomiso regulado por la ley. Lo mismo sucede con la reforma al artículo 2.670, al que se agrega como segundo párrafo: “...Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial...”. Siendo la ley 24.441 la legislación especial referida. (Gutierrez, 1998)

Con muy buenas intenciones esta ley viene a llenar el vacío legal que venía desde los tiempos de Vélez Sarsfield. El primer artículo de la ley define al Fideicomiso estableciendo:

Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. (Apat, 2002)

Se dice *con muy buenas intenciones*, pero no *acertadamente*, puesto que no queda claro si se está hablando del contrato de fideicomiso o de la propiedad fiduciaria. Dentro de la clasificación clásica de los contratos, se puede afirmar que el contrato de fideicomiso es consensual y queda concluido con la sola manifestación del consentimiento. Aunque falte la transferencia de la propiedad fiduciaria, el contrato queda perfeccionado; y es cuando esta transferencia se realiza cuando nace la propiedad fiduciaria, es decir, el patrimonio separado en cabeza del fiduciario.

La doctrina coincide en que se está definiendo a la propiedad fiduciaria, porque de interpretar lo contrario, se estaría desatando una incoherencia con respecto al artículo 4º del mismo cuerpo legal, el cual regula: “El contrato también deberá contener: a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes...”

“Es claro entonces que este artículo permite que el contrato se celebre solo dando las características de los bienes, sin dar con exactitud una descripción”. (Apat, 2002)

Otra crítica que se le hace a la redacción del artículo primero es que de su interpretación parecería desprenderse que los bienes fideicomitidos son los que deben transmitirse al beneficiario, al fiduciante o al fideicomisario.

Ese es un grave error, porque no es necesario que se trate de los mismos bienes. Por ejemplo, A (fiduciante), transmite en propiedad fiduciaria a F (fiduciario) un inmueble, para que lo alquile durante 10 años, y luego de esos 10 años venderlo, y toda la utilidad monetaria obtenida debe ir a manos de B (beneficiario). Es obvio que los bienes que va a recibir B no van a ser los mismos que los que A le dio a F, y sin embargo es un fideicomiso perfecto y válido. (Apat, 2002)

En cuanto a la unilateralidad o bilateralidad del acto jurídico del fideicomiso, es posible confundirse y creer que se trata de una relación tripartita, pero no es así, porque la aceptación del beneficiario en ningún caso es necesaria para el nacimiento de la fiducia.

De acuerdo al juego de los artículos 2º al 4º de la Ley, es dable concluir que nuestra ley permite que se trate de un acto unilateral, en caso de un fideicomiso constituido por testamento, o de un acto bilateral, en caso que se trate de un acto entre vivos. (Apat, 2002)

Para concluir, como mencionamos en la introducción, a estos fideicomisos regulados por el Código Civil y por la Ley 24.441, se agregan otros casos particulares a los que la Ley denomina fideicomiso, como los regulados por las Leyes 19.550, 23.576, 23.962 y 23.696, que tienen distinta función y naturaleza y cuyo estudio excede a los propósitos de este trabajo. (Gutierrez, 1998)

4. EL DOMINIO IMPERFECTO O FIDUCIARIO EN EL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL

Es útil recordar que el Código Civil distingue dos clases de dominio sobre las cosas (artículos 2.507 y 2.661), el que llama perfecto o pleno y el dominio que denomina imperfecto o menos pleno.

4.1. Dominio perfecto o pleno

Artículo 2.507: “El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas...”

Este dominio tiene tres caracteres:

Exclusivo: lo que supone que dos personas no pueden tener cada una *en el todo* el dominio de una cosa, ya que, si hay titularidad común de dos o más personas, el derecho real no es ya *dominio* sino *condominio*, que es otro derecho real.

Perpetuo: en el sentido de que subsiste independientemente de su ejercicio, salvo que otra persona lo adquiriera por prescripción, en cuyo caso el anterior titular pierde el dominio en razón del carácter exclusivo antes mencionado.

Absoluto: confiere el máximo de facultades a su titular, quien podrá disponer, usar, poseer y gravar la cosa dentro de los límites que marca la ley.

4.2. Dominio imperfecto o menos pleno

Artículo 2.507: “...Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.”

Artículo 2.661: “Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”.

Este artículo separa tres subespecies dentro del dominio imperfecto: el dominio fiduciario, el dominio revocable, regidos ambos en el Título VII del Libro III, y el dominio reservado.

Así el dominio fiduciario es definido por el artículo 2.662, modificado por ley 24.441, como: “...el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

Respecto del dominio revocable, el artículo 2.663 establece que: “...es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”.

Y el dominio reservado es el que se da cuando el dueño transfiere el dominio útil del bien, constituye un usufructo, uso, habitación o servidumbre, reservándose la titularidad que se denomina nuda propiedad.

Respecto a las características antes enunciadas del dominio perfecto, podemos decir que el dominio imperfecto y, por lo tanto, el dominio fiduciario, participa del carácter **exclusivo**. En cambio, los otros dos caracteres -elementos naturales y no esenciales para la existencia del dominio- no son propios del dominio fiduciario, y es justamente aquí donde aparece la diferencia que distingue al dominio fiduciario como especie del dominio imperfecto o menos pleno.

El dominio fiduciario es **temporario**, ya que sólo puede durar hasta la extinción del fideicomiso, por cualquiera de las causas previstas en la legislación (artículos 2.662 del Código Civil y 4 de la Ley 24.441). Este carácter temporario debe entenderse que alcanza también a la propiedad fiduciaria propiamente dicha (que recae sobre bienes que no son cosas). La ley olvidó generalizar, pero la solución no puede ser otra. Recordemos que *Dominio* y *Propiedad* no tienen plena

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. El Código Civil citado alude, a la *propiedad* de la deuda (artículo 732) o del crédito (artículos 1.457 y 1.459) y no podría usarse *dominio* de la deuda o de los créditos ya que ni las deudas ni los créditos son *cosas*, sino *bienes en sentido estricto* (artículos 2.311 y 2.312). Por ello se habla de *propiedad intelectual* o de *propiedad industrial*.

El dominio fiduciario *carece igualmente del carácter de ser absoluto*, puesto que el fiduciante transfiere los bienes al fiduciario *sólo para que cumpla una finalidad*, prevista en el contrato o testamento y que configura, por lo general, la condición cuyo cumplimiento extingue el fideicomiso. Además, el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitados únicamente *cuando lo requieran los fines del fideicomiso*. Tales *fines* a cumplir los confirma el artículo 1 de la Ley al disponer que la *propiedad fiduciaria* deberá ser ejercida por el fiduciario *en beneficio de quien se designe en el contrato* y dar a los bienes el destino indicado, a la finalización del fideicomiso (artículos 1, 4 y 6 de la Ley y 2662 del Código Civil). (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

5. EFECTOS DE LA REFORMA INTRODUCIDA A LOS ARTÍCULOS 2.662 Y 2.670 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 2.662 en su texto anterior establecía: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

El texto actual, reformado por el artículo 73 de la Ley 24.441 establece: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

A su vez el artículo 2.670 anterior a la reforma decía: “Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado a tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres o hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, o el tercer poseedor; pero está obligado a respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres o arrendamientos que hubiese hecho.

El párrafo agregado por la Ley a este artículo dice: “...Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial...”.

Los efectos producidos por la reforma son:

1. Sustituye *restituir* por *entregar* la cosa objeto del fideicomiso, por resultar más apropiada la expresión.

2. Suprime el requisito de que la cosa sea entregada *a un tercero*, estableciendo el nuevo texto que dicha entrega sea efectuada *a quien corresponda* conforme lo disponga el respectivo contrato o testamento, o en su caso la propia Ley. De este modo queda ajustada la norma a lo reglamentado por la Ley 24.441, cuando dispone que la transferencia sea realizada *al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*. (artículos 1 y 26).

3. Suprime lo de fideicomiso *singular*, y se autoriza la constitución de fideicomisos *universales* (casos de herencias o fondos de comercio) siempre que los bienes estén individualizados o con la descripción de sus requisitos y características.

4. En el sistema del Código Civil el fiduciario podía realizar actos de disposición y de administración respecto de los bienes fideicomitados, quedando sin efecto los primeros, con efecto retroactivo, al extinguirse el fideicomiso, salvo pacto o disposición legal en contrario, por aplicación de los artículos 2.668 a 2.670, que si bien aluden al dominio revocable, se los consideraba extensivos al dominio fiduciario, al igual que el artículo 2.671. Tampoco quedaban sin efecto tales los actos de disposición cuando los terceros eran adquirentes de buena fe a título oneroso, ya sea que se trate de actos nulos o anulables o de nulidades absolutas o relativas, por aplicación del artículo 3.270 y el artículo 1.051 modificado por la Ley 17.711 que protegen así los derechos de estos terceros pudiendo rechazar toda acción de reivindicación.

Al agregar el artículo 74 de la Ley 24.441 el segundo párrafo del artículo 2.670 del Código Civil, aparece ahora un régimen distinto, debiendo aceptarse que los actos de disposición que otorgue el fiduciario para cumplir los fines del fideicomiso, no quedan revocados o resueltos al extinguirse el fideicomiso. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO

1. INTRODUCCION

Conforme el artículo 1 de la Ley 24.441 y el artículo 2.662 del Código Civil, ambos fideicomisos admitidos por nuestra legislación pueden ser constituidos por testamento o por contrato. No obstante esta exigencia legal el fiduciante puede también ser fiduciario cuando alguna de ambas posiciones contractuales es ocupada por varias personas.

En la constitución por testamento, sólo interviene el testador que es el fiduciante. En el fideicomiso contractual, es necesaria la intervención del fiduciante y del fiduciario, puesto que este último recibe los bienes fideicomitados, comprometiéndose a cumplir con la manda impuesta sobre ellos.

A continuación desarrollaremos el contrato de constitución del fideicomiso, dejando para un capítulo exclusivo el fideicomiso testamentario, puesto que se rige por las normas ordinarias que regulan esos actos y merece una especial atención. (Gutierrez, 1998)

2. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

El fideicomiso regulado por el Código Civil, se constituye a través de un contrato innominado regido sólo por el principio general de libertad de las convenciones o principio de la autonomía de la voluntad, dado que dicho ordenamiento sólo regula el dominio fiduciario.

Lo fundamental a tener en cuenta en este contrato es que los bienes se transfieren al fiduciario en *propiedad fiduciaria*, es decir, se debe prever la entrega de bienes al fiduciario y su obligación de *cumplir con las mandas* que sobre los mismos le confía el fiduciante; no transfiriéndose ese dominio imperfecto, *no existirá fideicomiso*, aunque podría existir algún otro contrato nominado o innominado semejante.

Por tanto, aún cuando el Código Civil no contiene reglas sobre el contrato, el fideicomiso siempre debe ser constituido por un contrato *distinto* a los contratos nominados existentes (ejemplo: compraventa, permuta, donación), los cuales son aptos para transferir derechos, pero no para conformar una relación fiduciaria.

Además este fideicomiso puede constituirse, pese a estar regulado entre las normas referidas a los derechos reales, tanto sobre cosas propiamente dichas como sobre aquellos bienes que no son cosas, es decir sobre derechos y objetos inmateriales susceptibles de tener valor económico.

El fideicomiso regulado por la Ley 24.441, en cambio, se constituye a través de un contrato nominado y típico, normado ampliamente por la ley como un contrato *diferente*, y por ello no altera el régimen establecido en el Código Civil. A este contrato regulado por la ley se le aplican en forma supletoria las normas sobre compraventa, donación o cesión de derechos, en la medida que el contrato contenga previsiones que se les asemejen. Pero el contrato de fideicomiso siempre será distinto a esas convenciones, puesto que lo fundamental del fideicomiso no es la transferencia de los bienes, sino el cumplimiento de la manda, sin la cual no existe.

Tal como ha sido regulado por la Ley 24.441, el contrato de fideicomiso presenta las siguientes características:

- Es consensual: obliga tanto al fiduciante como al fiduciario desde el mismo momento en que celebran el contrato. No se trata de un contrato real que exige la transferencia del bien para quedar perfeccionado. Por el contrario, es tan consensual este contrato, que conforme con el artículo 4, inciso a) de la Ley, los bienes dados en fiducia pueden no estar individualizados a la fecha de celebración del contrato.

- Contiene estipulaciones a favor de terceros: Conforme el artículo 1 de la Ley, el contrato de fideicomiso siempre contiene estipulaciones a favor de uno o más terceros llamados beneficiarios y de otro u otros, llamados destinatarios finales o fideicomisarios, que pueden ser los mismos beneficiarios. Asimismo tales estipulaciones pueden ser hechas a favor del propio fiduciante, designándolo en el contrato como beneficiario o como destinatario final. Aunque algunos autores opinan que el fiduciante no puede ser beneficiario exclusivo, salvo por sustitución.

- Es bilateral: El contrato de fideicomiso es un contrato bilateral, pues del mismo surgen obligaciones para ambas partes. El fiduciante transfiere o se obliga a transferir los bienes, mientras que el fiduciario se obliga a la gestión que constituye el encargo o manda (Gutierrez, 1998). Hay que estar atentos a que estamos hablando del fideicomiso celebrado entre vivos. El fideicomiso testamentario, como veremos, es un acto jurídico *unilateral* de última voluntad, en el cual la no aceptación de su nombramiento por parte del fiduciario no afecta el nacimiento del fideicomiso (Ley 24.441, artículo 3).

Para que se configure el contrato de fideicomiso no es requisito necesario la aceptación del beneficiario, pero si se exige, para que el acto tenga validez jurídica, que el beneficiario exista y se encuentre individualizado o, en caso de no existir al momento de la celebración, que consten los datos que permitan su futura individualización. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

- Es oneroso: (artículo 1139 del Código Civil). El contrato de fideicomiso no siempre es oneroso, puesto que la ventaja contenida en la estipulación a favor del beneficiario y del destinatario final puede ser una donación, caso en el cual el contrato debe ser considerado gratuito. No es el caso del fideicomiso financiero, que siempre es oneroso. Esta circunstancia tiene importancia puesto que para el ejercicio de la acción pauliana (artículos 961, 962 y concordantes del Código Civil), en los actos a título gratuito no es necesario acreditar el *concilium fraudis*, que es necesario acreditar en caso de actos a título oneroso. (Gutierrez, 1998)

En este punto es dable destacar que la doctrina no es pacífica y para algunos autores la onerosidad del contrato de fideicomiso depende de si el fiduciario recibe o no contraprestación por la ejecución del encargo y consecuente prestación de sus servicios. En tal sentido, el artículo 8 de la Ley 24.441 establece que “Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución...”. Es decir, que la propia ley mediante una presunción *juris tantum* instituye la onerosidad del contrato desde este punto de vista.

No obstante, es necesario diferenciar el contrato de fideicomiso propiamente dicho del aporte que realiza el fiduciante al momento de su constitución. Siendo aún más controvertidas y diversas las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Pues mientras algunos autores sostienen que la transferencia se realiza a título gratuito, otros defienden la postura de que la misma se realiza a título oneroso y una tercera línea de pensamientos sostiene que la transmisión del dominio fiduciario no es realizada ni a título oneroso ni gratuito, sino de fiducia o de confianza.

En tal sentido la AFIP, modificando la postura del Dictamen 103/2001 del 30/11/2001 (DAT), a través del Dictamen 55/2005 del 26/09/2005 (DAT) expresa: “...*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 ...*”. (AFIP - DGI. Dirección de Asesoría Técnica, 2005)

En consecuencia, y en función de la relevancia que han adquirido los contratos de fideicomiso en los últimos años, es necesario que se *clarifiquen y armonicen* las normas y opiniones existentes, a efectos de establecer seguridad jurídica que permita la viabilidad de estos contratos.

- Es accesorio: porque el fideicomiso es simplemente el vehículo para concretar un acto jurídico subyacente. (Apat, 2002)

- Es no formal: *La Ley 24.441 no trae ninguna norma específica acerca de la forma de constitución del fideicomiso, por lo que resultan aplicables los principios generales en la materia, debiendo tenerse presente que en principio es un contrato de naturaleza civil, aunque puede caer*

dentro de la materia comercial si se constituye como accesorio o para garantizar una operación comercial. Éste será el caso del fideicomiso financiero, que se constituye para garantizar el cumplimiento de una operación de neto contenido comercial. (Gutierrez, 1998). Por ello nunca será indispensable que el fideicomiso se constituya por escritura pública, puesto que aún cuando los bienes fideicomitidos sean inmuebles, valdrá como obligación de otorgar dicho instrumento. Es decir que, tratándose de inmuebles, no es indispensable la escritura pública para la constitución, perfección y prueba del contrato entre las partes, pero si para la oponibilidad a terceros del carácter fiduciario del dominio transmitido (artículos 12 y 13 de la Ley 24.441, artículo 1184 del Código Civil).

Al contenido del contrato se refieren los artículos 2, 4, 8, 9 y 10 de la Ley, que analizaremos en el apartado siguiente. (Gutierrez, 1998)

3. REQUISITOS DEL CONTRATO

El Código Civil como destacamos en el apartado anterior, no se refiere al contrato de constitución del fideicomiso y, en consecuencia, cualquier contrato conforme al cual se transmiten bienes para cumplir un encargo de confianza, con la obligación de devolver los bienes al beneficiario de ese encargo, o a un tercero, será suficiente para considerar constituido el fideicomiso regulado por ese cuerpo legal.

No ocurre lo mismo con el fideicomiso regulado por la Ley 24.441, que en su artículo 4 enumera los requisitos que debe contener el contrato, los cuales pueden revestir el carácter de esenciales o naturales. Así establece:

“ARTICULO 4° — El contrato también deberá contener:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;

c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.”

La individualización indicada en el inciso a) es un requisito esencial, sin el cual el contrato podrá tener el valor de cualquier acto pero no de fideicomiso; podría incluso tratarse de un fideicomiso regulado por el Código Civil pero no del fideicomiso de la Ley 24.441.

En este punto es de destacar que conforme con el artículo 2.311 del Código Civil, son bienes los objetos materiales o inmateriales susceptibles de tener valor, por tanto la herencia al ser un bien puede constituir el objeto del fideicomiso.

Además, recordemos que la Ley 24.441 modificó el artículo 2.662 del Código Civil el cual establecía que el dominio fiduciario *es el que se adquiere en un fideicomiso singular*, desde la vigencia de tal modificación pueden ser objeto de fideicomiso las universalidades, tales como la herencia y el fondo de comercio. (Sobre este aspecto ampliaremos al exponer las nulidades del fideicomiso testamentario).

El inciso b) constituye un requisito meramente natural, no esencial del contrato. Pues es evidente que si el contrato nada dice acerca de la incorporación de otros bienes al fideicomiso, se aplicarán las disposiciones generales que rigen el tema y, en consecuencia, los contratantes no tienen la obligación de incorporar más bienes que los indicados en el contrato constitutivo conforme el inciso a).

El inciso c) es un requisito esencial del contrato; pues si el bien no es entregado sujeto a este plazo o condición, no existiría fideicomiso.

El plazo mencionado por la Ley se cuenta desde *la constitución* del fideicomiso, es decir, desde la celebración del respectivo contrato. El plazo máximo permitido es de treinta años, excepto cuando el beneficiario sea un incapaz; si se conviniera un plazo mayor, el contrato sólo durará los treinta años dispuestos por la Ley. Este plazo tricenal, también limita el fideicomiso sujeto a condición, pues si transcurre este tiempo y la condición no se ha cumplido, se entenderá que la misma ha fracasado.

Respecto a la incapacidad mencionada por dicho inciso, debe entenderse que se refiere a la incapacidad de hecho regulada por la ley civil, si la incapacidad es en razón de la edad, cesará en el momento que el beneficiario cumpla 18 años.

El inciso d) es una disposición esencial, sin la cual no estaríamos en presencia de un fideicomiso.

El inciso e) no constituye una disposición esencial, no afecta la existencia, ni la validez del contrato. En efecto, el artículo 6 establece que el fiduciario debe cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley o la convención, por lo que a falta de previsión contractual, se aplicarán las previsiones de la Ley.

En cuanto a los derechos del fiduciario, el artículo 8 establece el régimen de reembolso de los gastos en que incurra para atender el patrimonio fiduciario y para cumplir con el encargo; y la forma de determinar la retribución que le corresponde por las labores realizadas. Asimismo el artículo 16 protege su patrimonio personal de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo deben ser satisfechas con los bienes del fideicomiso. Si el fiduciario proveyera de fondos propios

para afrontar los gastos y obligaciones fiduciarias resultará entonces acreedor del patrimonio fideicomitido, aplicándosele las reglas descriptas.

“En cuanto al modo de sustitución del fiduciario en caso de renuncia, la cuestión está prevista en los artículos 9 y 10 de la ley, por lo que tampoco éste es un requisito esencial del contrato”. (Gutierrez, 1998).

Junto a estos requisitos esenciales y naturales del contrato de fideicomiso, la Ley prohíbe en su artículo 7 determinadas cláusulas contractuales, las cuales si fueran colocadas, el contrato no se tornaría nulo, aunque sí lo sería la cláusula prohibida. (Gutierrez, 1998).

“ARTICULO 7º — El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales, ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año.”.

4. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Los sujetos necesarios para la celebración del contrato son dos: el *Fiduciante* (Fideicomitente, instituyente o constituyente), que es la persona que transmite los bienes y los aporta para la constitución del fideicomiso, y el *Fiduciario* (o Fideicomitido), que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato, pero también existen en la figura legal otras dos personas, como terceros interesados: el *Beneficiario*, quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el Fiduciario, y el *Fideicomisario* que es el destinatario final de los bienes fideicomitidos.

Al respecto el artículo 1 de la Ley 24.441 establece: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

El beneficiario y el fideicomisario no son partes del contrato, sus respectivas posiciones jurídicas quedan amparadas por las estipulaciones a favor de terceros del artículo 504 del Código Civil. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

4.1. Fiduciante

4.1.1. Concepto

El fiduciante es una de las personas que concurren a celebrar el contrato, prometiendo la transmisión de los bienes que son de su propiedad y que conformarán el patrimonio fiduciario. Es además quien instruye al Fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir sobre los bienes transmitidos.

“En todos los casos, el fiduciante se desprende de la titularidad de los bienes que da o promete dar en fideicomiso, por lo que debe tener capacidad para disponer de los mismos”. (Gutierrez, 1998).

Conforme la Ley 24.441 puede ser fiduciante cualquier persona física o jurídica capaz de contratar un fideicomiso y de transmitir los bienes fideicomitados.

Puede a su vez, por aplicación del artículo 2 de la Ley, ser beneficiario y fideicomisario, en cuyo caso el instituto se limitaría a sólo dos figuras (la del fiduciante y el fiduciario (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)). Aunque algunos autores opinan que el fiduciante no puede ser beneficiario exclusivo, salvo por sustitución. La inaptitud que tiene el fiduciante es que no puede ser al mismo tiempo fiduciario, porque de ser así, no habría transmisión de bienes en propiedad a otra persona, tal como exige el artículo 1 de la Ley. No obstante esta exigencia legal el fiduciante podría también ser fiduciario cuando alguna de ambas posiciones contractuales es ocupada por varias personas.

4.1.2. Derechos

- **Principio General. Derechos reservados:** El fiduciante puede reservarse derechos específicos vinculados con la posibilidad de vigilar que se cumplan las disposiciones del contrato. Así puede reservarse la facultad de revocar el contrato de fideicomiso (artículo 25), puede restringir el gravamen y disposición de los bienes fideicomitados (artículo 17), y puede establecer la subrogación real de los mismos, sin cuya autorización los bienes adquiridos por subrogación no forman parte del patrimonio fideicomitado (artículo 13).

- **Revocación del fideicomiso:** El fideicomiso es en principio irrevocable, pero según el principio general precedente el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo la posibilidad de revocarlo. Esta revocación no tendrá efecto retroactivo. Asimismo puede prever distintas causales de extinción del contrato (artículo 25 inc. b) de la Ley 24.441 y artículo 2670 del Código Civil según artículo 74 de la citada Ley).

- **Exigir rendición de cuentas:** Puede exigir al fiduciario rendición de cuentas y, eventualmente, ejercer acciones de responsabilidad.

- **Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer la acción de responsabilidad en su contra:** el fiduciario tiene el deber de actuar como un buen hombre de negocios y no puede ser dispensado por el fiduciante de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (artículo 6 y 7). De ello se desprende la facultad del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario si al actuar ha producido perjuicios al patrimonio especial, o para el beneficiario, o para el mismo fiduciante.

- **Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo:** Puede solicitar judicialmente la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones (artículo 9 inc. a) y 10). El espíritu de la ley es preservar la continuidad del fideicomiso y el cumplimiento del encargo.

- **Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos en sustitución del fiduciario:** Conforme el artículo 18 “El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente”. Es deber del fiduciante alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente.

- **Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad:** Esta facultad consiste en impugnar los actos que por haberse realizado en determinadas condiciones, pueden ser declarados nulos, anulables o inoponibles, y por lo general son los celebrados por el fiduciario en contra de las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. (Apat, 2002)

4.1.3. Obligaciones

- Remunerar al fiduciario (artículo 8)
- Reembolsar los gastos efectuados por el fiduciario en ocasión del encargo. (artículo 8).
- Sanear la evicción de los bienes fideicomitidos. Cuando al beneficiario se le exige una contraprestación o cuando se trata de un fideicomiso de garantía, el saneamiento por evicción pesa sobre el fiduciante, mientras que cuando al beneficiario no se le exige ninguna contraprestación o recibe el beneficio como una liberalidad, deberá atenerse a las normas sobre evicción que se aplican a la donación (artículos 2145 a 2154 y 2157 del Código Civil).

4.2. Fiduciario

4.2.1. Concepto

Es la otra parte que concurre a celebrar el contrato, asumiendo la propiedad fiduciaria de los bienes así recibidos del fiduciante y la obligación de cumplir con el encargo y de darle a dichos bienes el destino previsto en el contrato. No es representante del fiduciante, sino que desempeña su encargo como dueño (en propiedad fiduciaria) de los bienes fideicomitidos.

Conforme el artículo 5 de la ley: “El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir”. Es decir, que en el caso de que los servicios del fiduciario no se ofrezcan públicamente sino que se trate de una colocación privada, no regirán tales limitaciones, siendo entonces la capacidad para obligarse y contratar el único requisito subjetivo que recaerá en cabeza del fiduciario, considerando que su incapacidad sobreviniente es una causal de cesación en su función (artículo 9 inc. b)).

Respecto a la cantidad de fiduciarios por fideicomiso, la ley nada establece. Por cuanto no hay norma que prohíba que sean más de uno los que cumplan con el encargo del fiduciante, pudiendo actuar en forma alternada, separada y/o conjunta.

El fiduciario no puede ser al mismo tiempo fiduciante, salvo que alguna de ambas posiciones sea ocupada por varias personas. Tampoco puede ser beneficiario (excepto para el caso del fideicomiso en garantía), ni fideicomisario, porque no sería aceptable que el fiduciario se beneficie de los frutos o productos de los bienes recibidos, ni de la transmisión ulterior, ni de los bienes respecto de los cuales es propietario fiduciario (artículos 1, 7 y 15). (Apat, 2002)

4.2.2. Derechos

Posee todas las facultades inherentes a la finalidad del fideicomiso, en particular las relativas al dominio y administración de los bienes fideicomitidos, con las limitaciones que surjan de los términos del encargo o de las reservas hechas por el fiduciante en el momento de constitución. (Apat, 2002).

Conforme el artículo 17 de la Ley, “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”. Por lo que habrá que verificar el contenido del acto constitutivo para determinar el alcance de esta facultad, y sustentar una eventual enajenación o gravamen de los bienes o repudiar dicha posibilidad. Si nada se establece en el acto constitutivo, será el fiduciario quien deberá evaluar en cada caso si corresponde enajenar o gravar los bienes fideicomitidos para satisfacer el encargo.

Conforme el artículo 18 se halla legitimado para **ejercer todas las acciones** que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros, como contra el beneficiario

Tiene derecho al *cobro de una remuneración y al reembolso de los gastos* efectuados en cumplimiento del fideicomiso. (Artículo 8)

4.2.3. Obligaciones

- Administrar en la forma establecida, resultando inherente la conservación y custodia material y jurídica de los bienes, efectuar las mejoras y reparaciones necesarias, contratar seguros y pagar los tributos que los graven.

- Administrar los bienes fideicomitidos haciendo producir frutos con el mayor rendimiento, lo que significaría que todo acto en relación con ellos debe ser a título oneroso, pues no se concebirían actos a título gratuito. Algunas legislaciones imponen la diversidad de inversiones para evitar los riesgos derivados de la concentración en una sola actividad económica.

- Mantener los bienes y obligaciones fideicomitidas separados del resto de sus activos y pasivos. Conforme el artículo 16 de la Ley “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos...” Este principio es claro y sólo se aplicará cuando el fiduciario actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le impone la Ley y el acto constitutivo (artículo 6). Esta obligación de mantener el patrimonio fideicomitado separado no sólo es una obligación física, sino también contable y jurídica.

El fiduciario está obligado a rendir cuentas sobre las gestiones que realiza al menos una vez por año y el contrato no podrá dispensarlo de tal obligación. Así lo dispone el artículo 7 de la Ley: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme con las previsiones contractuales...En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año”. La disposición legal no impide que en el contrato se pueda fijar una periodicidad distinta, siempre que se respete el mínimo legal. Asimismo, se podría establecer también la obligación de que el fiduciario rinda cuentas al fiduciante, a cuyo respecto impera la más amplia libertad contractual.

Parte de la doctrina sostiene que, el incumplimiento del fiduciario en cuanto a su obligación de rendir cuentas con la periodicidad exigida por la ley, o la no rendición de ellas cuando le fueran requeridas por el beneficiario, conforme a lo dispuesto en las pertinentes previsiones contractuales, configurará una causal de remoción de aquél, razón por la cual habrá que designar un nuevo fiduciario con arreglo a los mecanismos previstos en el acto constitutivo o en la ley.

Se entiende como rendición de cuentas la obligación del fiduciario de presentar informaciones completas y fidedignas sobre el movimiento contable de los bienes en su poder. Debe confeccionar un informe completo del resultado del encargo fiduciario, y un balance del fideicomiso, acompañado de un estado de pérdidas y ganancias que registre ingresos y egresos, y muestre la existencia o no de un superávit obtenido por la gestión, en caso de corresponder.

- Transferir los bienes de acuerdo con lo convenido al tiempo del encargo, al beneficiario o al fideicomisario.
- Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Conforme el artículo 7 de la Ley el fiduciario tiene expresamente prohibido adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Pero esta prohibición no alcanza sólo a los bienes transmitidos por el fiduciante, sino también a los adquiridos por subrogación real y a los frutos obtenidos de ellos, excepto el derecho a cobrar una retribución y el reembolso de sus gastos (artículo 8).
- Prestar caución. No es lo común, ya que el fideicomiso se fundamenta en la confianza depositada en el fiduciario, pero como excepción, a petición de parte o por decisión judicial puede pedirse caución si alguna razón lo justifica. (Apat, 2002).

4.2.4. Responsabilidad

• Responsabilidad previa a la celebración del contrato

El fiduciario antes de suscribir el contrato de fideicomiso, debe adoptar los recaudos necesarios a los fines de evitar quedar involucrado en una operatoria en eventual fraude de los acreedores del fiduciante. Si los acreedores del fiduciante pudieran acreditar el menoscabo patrimonial que les hubiera originado la transferencia fiduciaria de cualquier bien del deudor insolvente, el fiduciario puede quedar expuesto a un reclamo por tales secuelas, en tanto aquéllos pudiesen demostrar culpa o dolo en su actuación (artículos 1077, 1078, 1109 y concordantes del Código Civil). El conocimiento previo que debe tener el fiduciario sobre el estado de insolvencia del fiduciante, es un elemento que lo obliga a actuar con mayor cuidado y diligencia.

Tratándose de una sociedad autorizada a actuar como fiduciario, queda sometida por su condición jurídica, además del deber de cuidado del buen hombre de negocios establecido por la Ley 24.441, al régimen de la Ley 19.550, debiendo los administradores y los representantes de la sociedad obrar de conformidad con el mismo estándar y los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión (artículo 59 de la Ley 19.550).

Al fiduciario le serían de aplicación, también, las prescripciones del artículo 902 del Código Civil, en cuanto expresa que: "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"

Incluso, desde el punto de vista de la prueba de la culpa, la moderna doctrina se inclina por considerar que la misma no correspondería necesariamente al actor, sino a quien se encuentre en mejores condiciones de realizar la prueba ("cargas probatorias dinámicas"). Bien se ve que la producción de dicha prueba a cargo del acreedor perjudicado en muchos casos

será de difícil concreción, por lo que se justifica poner la carga de la misma en cabeza de aquél que tiene posibilidades concretas de acreditar qué es lo que ha hecho a fin de desvirtuar la presunción de culpabilidad. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

Aunque destacamos, que la atribución de la carga probatoria a quien está en mejor condición para suministrarla, es muy resistida por un sector de la *doctrina procesalista*. Una manera de fulminar la presunción del conocimiento del estado de insolvencia del fiduciante consistiría en acreditar que, con anterioridad a la celebración del contrato, el fiduciario ha desplegado una actividad tendiente a comprobar razonablemente el estado del fiduciante. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

- **Responsabilidad posterior a la celebración del contrato**

La responsabilidad del fiduciario posterior a la celebración del contrato de fideicomiso, es aquella que emerge de su actuación como tal en la ejecución del encargo. Sobre el tema se expresa el artículo 16: “Los bienes del Fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos...”. Este principio es claro, y sólo se aplicará, como expusimos anteriormente, cuando el fiduciario actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, sin defraudar la confianza en él depositada y respetando las obligaciones que le impone la Ley y el acto constitutivo (artículo 6).

Del artículo 7 se desprende que está prohibido dispensar del dolo o culpa en que incurrió el fiduciario o sus dependientes; y para reforzar el comportamiento que debe mantener el fiduciario el artículo 88 agregó al artículo 173 del Código Penal, los incisos 12, 13 y 15. En el primero de ellos tipifica como supuesto especial de defraudación el caso en el que el fiduciario disponga, grave o perjudique los bienes fideicomitidos en beneficio propio y de esta forma defraude los derechos de los co-contratantes.

En cuanto a la *responsabilidad objetiva* del fiduciario la Ley establece en su artículo 14: “...La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”. El vicio de la cosa radica en la mala calidad o defecto que la torna dañosa en la utilización para los demás. Respecto a la última parte del artículo que establece *si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado*, cabe distinguir tres hipótesis:

Cuando el fiduciario, pudiendo razonablemente haberse asegurado, no lo hiciese, perderá la protección que le confiere el artículo 14 de la Ley, es decir, responderá más allá del valor de los bienes fideicomitidos.

Cuando por las características de los bienes fideicomitidos o del encargo, el fiduciario no pudiera encontrar en plaza un seguro que cubra adecuadamente el riesgo o si ese seguro tuviera un

costo que sacara al negocio del mercado por ser irrazonablemente alto, el fiduciario estará igualmente protegido por la limitación de su responsabilidad ante daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa.

Si el fiduciario contrata un seguro razonable, y luego la compañía no cubre el siniestro, el límite de su responsabilidad será el valor de los bienes fideicomitidos, porque ha cumplido con la carga impuesta por la Ley.

4.2.5. Cesación

El fiduciario cesa en sus funciones como tal, según lo establece el artículo 9 de la Ley, por:

- 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 física;
- Por disolución si fuere una persona jurídica (no es necesario esperar la liquidación para sustituirlo);
- Por quiebra o liquidación;
- Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

Es de destacar que como establece el artículo 9 inciso a) en caso de incumplimiento del fiduciario de sus obligaciones, sólo el fiduciante y el beneficiario están legitimados para *demandar* judicialmente su cesación y consiguiente sustitución. Sólo puede ser sustituido por remoción judicial, no pudiendo convenirse otra forma.

Respecto al inciso b) de dicho artículo, pese a lo establecido por la norma, si el fiduciario cae en una incapacidad, el juez no puede esperar la declaración para sustituirlo, frente al principio de prueba de la incapacidad, el juez deberá sustituir al fiduciario aunque sea como medida precautoria de los derechos del beneficiario y del destinatario final. Otro tanto ocurre con la ausencia, puesto que no será necesario esperar la declaración de presunción de fallecimiento si antes puede comprobarse que el fiduciario no cumple sus obligaciones.

En el inciso d) la Ley sólo prevé la cesación cuando el fiduciario pierde la administración de sus bienes, no en caso de concurso en que la conserva.

A estas causales cabría agregar que en caso de fideicomiso público, sea o no financiero, cesará el fiduciario si la C.N.V. le retira la autorización para actuar como tal. (Gutierrez, 1998).

4.2.6. Reemplazo

Producida una causa de cesación del fiduciario, el artículo 10 establece que: "...será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si

no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”.

4.3. Beneficiario

4.3.1. Concepto

Es la persona física o jurídica a favor de quien el fiduciario ejerce la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos. Es un acreedor especial del fideicomiso que recibe los beneficios, mientras el fideicomiso se encuentra vigente y en ejecución.

Según el artículo 2 de la ley: “El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante”

Esta disposición que menciona el último párrafo del artículo *debe* estar incluida como cláusula del contrato constitutivo, no puede ser agregada por disposición unilateral, ni por convención posterior al acto de constitución. Respecto a los derechos del beneficiario la ley establece que pueden ser transmitidos puesto que son derechos de contenido patrimonial y por ello objeto de negociaciones.

La aceptación del beneficiario no es requisito necesario para que se configure el contrato de fideicomiso, ya que él no interviene en el contrato, aunque es a favor de quien se constituye el fideicomiso. En cambio, para que el acto tenga validez jurídica, sí se exige que el beneficiario exista y se encuentre individualizado o, en caso de no existir al momento de la celebración, que consten los datos que permitan su futura individualización. Si el contrato no individualiza al beneficiario pierde su validez y será nulo. Asimismo, puede suceder que la persona designada no llegue a existir, caso en el cual el beneficiario será el fideicomisario, y si tampoco éste llegara a existir, se entiende que es el fiduciante. En este punto se diferencia el régimen de la Ley de lo establecido por el Código Civil, que como ya expusimos, prohibió la sustitución fideicomisaria, es decir la designación de beneficiario que reciba los beneficios en caso de muerte del beneficiario.

En el fideicomiso financiero los beneficiarios son “los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos” (artículo 19). (Gutierrez, 1998).

4.3.2. Derechos

- Es un acreedor especial del fideicomiso con el derecho de percibir sus frutos conforme el contrato constitutivo.
- Puede exigir al fiduciario el cumplimiento del fideicomiso y ejercer acciones de responsabilidad derivadas de un eventual incumplimiento.
- Puede también exigir al fiduciario acciones para la defensa de los bienes fideicomitados, y ante la inacción de éste sin motivo suficiente puede solicitar autorización al juez para ejercer tales acciones en sustitución. (artículo 18 de la Ley).
- Tiene el derecho, al igual que el fiduciante, de impugnar los actos cumplidos por el fiduciario contrariando las instrucciones expresas del fiduciante, o cumplidos en contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados.
- Puede solicitar al fiduciario la rendición de cuentas conforme con el artículo 7 de la ley.
- Tiene derecho a pedir la remoción judicial del fiduciario para proteger el fideicomiso y sus intereses, con citación del fiduciante. Asimismo cuando las circunstancias indiquen que la permanencia del fiduciario resultaría perjudicial para el fideicomiso puede pedir como medida precautoria la designación de un administrador interino. (artículo 9).
- Conforme al artículo 2 de la ley, puede ceder su derecho por actos entre vivos o por testamento, salvo que en el acto constitutivo se hubiera pactado lo contrario.

4.3.3. Obligaciones

No surgen de la ley, por lo que deberán constar en el acto constitutivo. (Apat, 2002).

4.4. Fideicomisario

4.4.1. Concepto

El fideicomisario no concurre a la formalización del contrato, y es la persona que debe recibir los bienes fideicomitados una vez verificado el evento resolutorio, ya sea plazo o condición. Por tanto, resulta titular de un *derecho personal* a que se le haga entrega en ese momento de los bienes fiduciarios. Si bien la ley distingue entre el beneficiario y el fideicomisario, también permite que ambas calidades se reúnan en la misma persona.

4.4.2. Derechos

Puede realizar actos conservatorios, entre los cuales se encuentran la solicitud de algunas medidas precautorias, tales como el embargo preventivo en caso que el fiduciario actúe en contra de los intereses del fideicomisario. También puede solicitar que se adopten las medidas necesarias para evitar la pérdida de valor de los bienes. (Artículos 546, 1370 inc. 1 y 1371 del Código Civil).

Puede solicitar la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad.

Cuando la obligación de entregarle la cosa se torne exigible, por cumplimiento de la condición resolutoria o del plazo al que está sujeto el derecho del fiduciario, tendrá además del derecho a exigir que se le entregue el dominio (otorgando el título y haciendo tradición), el derecho a exigir que se le paguen los daños y perjuicios que se hayan causado por el incumplimiento de las obligaciones del fiduciario.

La acción que en este caso tiene el fideicomisario contra el fiduciario para que le entregue los bienes es de naturaleza personal, no real, puesto que no teniendo la posesión de las cosas, aún no es dueño, ni puede ejercer la reivindicación contra el fiduciario. Por el contrario, si la cosa está en poder de un tercero que no es el fiduciario, llegado el caso de actualización del derecho del fideicomisario por el vencimiento del plazo o de la condición, allí sí puede ejercer la acción reivindicatoria. En opinión de otra parte de la doctrina, no obstante no ser titular de ningún derecho real, conforme lo dispuesto por el artículo 2670 para el caso de dominio revocable, la acción le es otorgada. (Gutierrez, 1998).

También está legitimado para iniciar la acción de simulación. Al respecto el artículo 955 del Código Civil nos da la siguiente noción de simulación: “la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto, bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”, la simulación es un vicio propio de los actos jurídicos y no vicio de la voluntad. La acción de simulación puede ser ejercida por todos aquellos que tengan un interés jurídico protegido, sea parte en el acto o sea un tercero alcanzado por las consecuencias de la simulación.

Puede solicitar la designación de sustituto del fiduciario, cuando se produzca una causa de cesación del mismo. (Gutierrez, 1998).

5. EFECTOS DEL FIDEICOMISO SEGÚN LA FORMA DE CONSTITUCIÓN

Los efectos al constituir un fideicomiso en nuestro sistema legal serán diferentes según el sistema que se adopte, pudiendo quedar regulado por las normas del Código Civil o por las de la Ley 24.441.

El fideicomiso quedará regulado por la Ley 24.441 si se cumple con las normas de la misma, como las relativas al contenido del acto constitutivo (contrato o testamento) y se inscriben los bienes en la forma prescrita por los artículos 12 y 13 de dicha Ley. En este caso, con los bienes fideicomitados se constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario que *no* responde por las deudas personales de éste, surtiendo el acto constitutivo efectos contra terceros.

Los efectos que este régimen tiene sobre el dominio fiduciario son:

Enajenación y constitución de derechos reales: tanto la enajenación como los derechos reales que constituya el fiduciario serán perfectos, por cuanto él está legitimado para realizar actos de disposición (artículos 13 y 17). En tal enajenación, que no puede ser sino a título oneroso, el fiduciario no aprovechará del precio que obtenga, puesto que no ingresará a su patrimonio particular, sino al fideicomitado.

Es importante destacar que conforme el artículo 17 de la ley: “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiese pactado lo contrario”. Es decir que, en principio, la determinación de la necesidad de vender para cumplir los fines del fideicomiso es una facultad sólo concedida al fiduciario, por tanto el incumplimiento o la inexistencia de esa necesidad traerá responsabilidad personal para él, pero los derechos del adquirente serán inatacables, salvo mala fe. Este problema o duda sólo puede surgir respecto de bienes registrables, tratándose de muebles no registrables, el adquirente puede no conocer el carácter fiduciario del dominio por lo que nadie estaría en condiciones de perturbarlo en su derecho. (Artículo 2413 Código Civil).

Las limitaciones para disponer o gravar que se impongan al fiduciario, sólo serán oponibles a terceros en la medida que surjan del contrato *inscripto* en el registro, puesto que de otra forma sólo tendrán valor entre las partes.

Dada la especial naturaleza del dominio fiduciario, que se transmite en beneficio del beneficiario, es de destacar que *no* se requiere el consentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil para disponer de los bienes fideicomitados.

Frutos de los bienes fideicomitados: el fiduciario por aplicación de los artículos 2329 y 2330 del Código Civil se apropia de los frutos producidos por los bienes fideicomitados, pero esa apropiación es a título fiduciario siguiendo el principio que lo accesorio sigue a lo principal, es decir que se incorporan al patrimonio separado y en consecuencia el fiduciario deberá incluir tales frutos en su rendición de cuentas.

Los fideicomisos que no cumplan con las normas indicadas de la Ley 24.441, quedan sujetos a las prescripciones del Código Civil. En consecuencia, no existirá separación patrimonial, los bienes fideicomitados ingresarán al patrimonio del fiduciario y responderán por sus deudas y el acto

constitutivo sólo creará obligaciones para los otorgantes, no siendo oponibles sus prescripciones a terceros. Si este fideicomiso no es de administración, sino que es de garantía, la doctrina considera que podría incluso ser constituido por declaración unilateral de voluntad.

Las consecuencias que este régimen tiene sobre el dominio fiduciario son:

Usufructo: según el artículo 2841 del Código Civil “el propietario fiduciario no puede constituir usufructo sobre los bienes gravados de sustitución”, prohibición que se hace extensiva al uso, a la habitación y a las servidumbres (artículo 2949 y 2979). Es decir que esta prohibición no alcanza a todos los bienes fideicomitados, sino sólo a aquellos bienes gravados de sustitución en los cuales el dominio queda sujeto al plazo incierto de la muerte del fiduciario, por lo que no existe sustitución fideicomisaria si el plazo es cierto o está sujeto a cualquier otra incertidumbre distinta a la muerte del fiduciario o si está sujeto a una condición. Recordemos que en este régimen está prohibida la sustitución fideicomisaria en los actos a título gratuito, ya sean donaciones o testamentos, pero no en el caso de las transmisiones fiduciarias a título oneroso.

Enajenación: La doctrina sostiene que el fiduciario sólo puede enajenar el dominio fiduciario de los bienes fideicomitados, que seguirá estando sujeto al plazo o condición al que se sujetó su derecho, pero no puede enajenar el dominio perfecto, puesto que nunca podría disponer de lo que no tiene. Recordemos que con anterioridad a la reforma del artículo 2670 del Código Civil los actos de disposición que realizaba el fiduciario, salvo determinadas excepciones, quedaban sin efecto retroactivamente al extinguirse el fideicomiso. Pero al agregar el artículo 74 de la Ley 24.441 el segundo párrafo del artículo 2670 del Código Civil, aparece un régimen distinto, debiendo aceptarse que los actos de disposición que otorgue el fiduciario para cumplir los fines del fideicomiso, no quedan revocados o resueltos al extinguirse el fideicomiso.

El precio que obtenga el fiduciario al enajenar o constituir derechos reales sobre tales bienes, ingresará a su patrimonio, por esa razón sus actos pueden ser a título gratuito o a título oneroso.

Frutos de los bienes fideicomitados: conforme el artículo 557 del Código Civil “Verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio”. Es decir, que el dueño fiduciario hace suyo los frutos de los bienes fideicomitados y no los deberá entregar si los percibió antes de cumplirse la condición resolutoria a la que se sujetó el dominio fiduciario.

Todas estas diferencias expuestas entre ambos fideicomisos son meras aplicaciones de los distintos principios rectores que los gobiernan. En efecto, en el fideicomiso del Código, no existe el principio de la separación entre el patrimonio del fiduciario y el patrimonio fideicomitado, principio que es rector en el fideicomiso de la Ley 24.441. Pese a ello, ambos sistemas, aún con las modificaciones introducidas a los artículos 2662 y 2670 del Código por los artículos 73 y 74 de la Ley, conservan algunas semejanzas a saber:

Entrega de bienes: en ambos sistemas, existe un deber impuesto al fiduciario de entregar los bienes a una persona determinada. En el original sistema del Código Civil, la cosa debía ser entregada a un tercero distinto del fiduciante, puesto que ésta era una de las diferencias entre el dominio fiduciario y el dominio revocable. Pero esta diferencia ha desaparecido con la reforma introducida al artículo 2662 del Código Civil, que ahora permite que la restitución o entrega se haga al propio fiduciante.

Universalidad del patrimonio: Después de la reforma mencionada al artículo 2662, en ambos sistemas los bienes dados en fideicomiso pueden formar parte de una universalidad, como una herencia o un fondo de comercio.

Poderes inherentes a la propiedad: el fiduciario como titular del derecho de propiedad fiduciaria goza en principio del *uti, del frui y del abuti* (uso, goce y disposición), aunque limitados por la naturaleza de la institución. Respecto del uso y goce si bien ambos le corresponden al propietario fiduciario, se le conceden no para beneficio propio, sino del beneficiario, lo que implica tener un derecho que se ejercita en beneficio de otro. Es decir que al fiduciario le corresponde el dominio legal, reservando el dominio económico al beneficiario y eventualmente al fideicomisario. (Gutierrez, 1998)

6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

Debe distinguirse entre la extinción del contrato de fideicomiso y la extinción de la propiedad fiduciaria. Cuando se extingue el contrato de fideicomiso, desaparece el encargo de confianza, la manda, y el fiduciario debe darle al patrimonio fideicomitado el destino previsto en el contrato constitutivo.

6.1. Causales de extinción del contrato

La enumeración que sigue surge del artículo 25 de la Ley 24.441, a saber:

- “El cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal”. El plazo máximo se establece en el artículo 4 inc. c, y es de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera un incapaz. En esta salvedad, el fideicomiso podrá durar hasta que el incapaz muera o cese su incapacidad. En caso que se pactara un plazo mayor a treinta años, se reducirá por su nulidad a treinta años. (Apat, 2002).

Tanto el vencimiento del plazo como el cumplimiento de la condición, producen la obligación del fiduciario de entregar los bienes al fideicomisario, de conformidad con lo establecido por el artículo 26. Pero mientras el fiduciario conserve los bienes en su poder, subsisten los efectos de la separación patrimonial entre su patrimonio personal y el fiduciario.

En efecto, la obligación de restituir del fiduciario nacerá en el mismo instante en que se produce la extinción del fideicomiso, pero debe tenerse en cuenta que esa obligación no puede a veces ser cumplida en forma automática, ni instantánea. La entrega de los bienes supone no sólo la entrega de la posesión, sino la suscripción de instrumentos públicos o privados, según la naturaleza de los bienes. “Durante todo ese tiempo que va a transcurrir entre el momento en que se extingue el fideicomiso y se liquida la operación, continuarán vigentes las normas contractuales sobre gastos, retribución y rendición de cuentas”. (Gutierrez, 1998).

También puede ocurrir que la condición fracase, es decir que se haga evidente que ella no va a cumplirse. En este caso se plantea el problema de lo que ocurre con los bienes fideicomitidos. En este caso, la doctrina se ha dividido proponiendo dos soluciones diferentes:

López de Zavalía (1996) por una parte sostiene que en el caso de fracasar la condición los bienes quedan en titularidad plena del fiduciario, porque el derecho subordinado a la condición resolutoria queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese existido condición (artículo 554 del Código Civil), se termina la separación de los patrimonios y ambos se confunden en uno solo. Esta solución lógicamente sólo será conveniente para el fiduciario si el patrimonio fideicomitado es superior a las deudas del fideicomiso.

Por otra parte, otros autores sostienen que teniendo en cuenta que el artículo 7 prohíbe que el fiduciario pueda adquirir para sí los bienes fideicomitados, y que según el artículo 26, producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregarlos al fideicomisario o a sus sucesores; la situación es idéntica a si la condición no se verifica dentro del plazo máximo de treinta años, vencido el cual se extingue el fideicomiso con los mismos efectos. (Gutierrez, 1998). La Ley en este sentido se apartó de las reglas aplicables al fracaso de la condición. Los efectos del fracaso de la condición se producen de pleno derecho, sin necesidad de requerimiento ni actuación judicial alguna.

- “La revocación del fiduciante si se hubiera reservado esa expresamente esa facultad”. “Aquí no habrá más tarea que verificar el instrumento del contrato constitutivo”. (Apat, 2002).
- “Cualquier otra causal prevista en el contrato”. “Queda aquí librada una causal o varias a la autonomía de la voluntad de las partes. Llama la atención que no se haya incluido como causal la imposibilidad de obtener el fin para el cual se ha constituido el fideicomiso”. (Apat, 2002)
- “*Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario*. Esta causal no fue prevista en la ley, pero es lógica su aplicación”.(APAT, 2002)
- “*Causas que no extinguen el contrato de fideicomiso, salvo pacto expreso*. La muerte del fiduciante o del beneficiario; falta de fiduciario; renuncia de los beneficiarios”. (Apat, 2002)

6.2. Causales de extinción de la propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria se extingue por:

- *Dstrucción de la cosa: Podría pasar que se extinguiera la propiedad fiduciaria por la destrucción total de las cosas fideicomitidas, pero habiendo seguro de por medio, la indemnización podría lograr que el fideicomiso continúe, ya que aquella revestirá de carácter de bien fideicomitado, por subrogación real.*
- *Expropiación: Como el titular del bien es el fiduciario, la acción de expropiación debe dirigirse contra él, y la solución es idéntica al caso anterior.*
- *Colocación de la cosa fuera del comercio.*
- *Adquisición por un tercero a título oneroso y de buena fue de cosa mueble no registrable, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*
- *Abandono abdicativo de cosas muebles sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*
- *Prescripción adquisitiva sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario. (Apat, 2002)*

CAPÍTULO III

EL PATRIMONIO FIDUCIARIO

1. EL PATRIMONIO FIDUCIARIO EN AMBOS REGÍMENES

En principio, toda clase de bienes y derechos son susceptibles de constituirse en fideicomiso, salvo aquellos personalísimos del fiduciante que, en general, no son susceptibles de enajenación. Es decir, que el objeto de la transmisión fiduciaria siempre recae sobre un bien, ya sea material o inmaterial (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y *derechos* en general) de acuerdo a los artículos 2311 y 2312 del Código Civil. (Apat, 2002).

La diferencia entre ambos regímenes radica en el destino de los bienes fideicomitados. En el régimen del Código Civil, los bienes dados en fideicomiso *ingresan al patrimonio del fiduciario*, el cual asume la obligación de cumplir la manda y de devolver los bienes que queden después de ello, pero para eso no se constituye un patrimonio diferente o separado y, en consecuencia, todos los bienes fideicomitados responden por las deudas del fiduciario y las deudas contraídas para atender las obligaciones que crea el fideicomiso, es decir, todas las deudas gravarán el único patrimonio que existe.

En el régimen de la Ley 24.441, en cambio, con los bienes fideicomitados se constituye un *patrimonio separado* del patrimonio del fiduciario, conforme lo establece el artículo 14: “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...”. Este patrimonio variará cuando se incorporen otros activos que se adquieran con el producto de actos de disposición sobre los bienes fideicomitados y con los frutos de los mismos y cuando se asuman pasivos como consecuencia de la ejecución del fideicomiso. Así el artículo 13 establece: “...Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos...”. Todo depende de las estipulaciones contractuales fijadas. Lo que no podría estipularse en este fideicomiso, y esto debe quedar claro, es que con el producto de la venta de los bienes el fiduciario adquiera otros bienes que ingresarán a su patrimonio personal, puesto que con este método se apropiaría del patrimonio fideicomitado, lo que está prohibido por el artículo 7 de la Ley.

El artículo 13 exige, además, que se deje constancia en el acto de adquisición de los bienes y en los registros pertinentes del origen de los fondos con los que se adquieren, previsión que tiende a dar transparencia a la administración del patrimonio que se constituye separado.

Este patrimonio separado que se constituye, por disposición del artículo 15 de la Ley, está exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y como consecuencia, la quiebra del fiduciario no afecta el patrimonio fideicomitado, aunque sea causal de su cesación conforme con los artículos 9 inc. d) y 10 de la Ley. Es decir, que las deudas del fiduciario no afectan el patrimonio fideicomitado, pero tampoco las deudas del patrimonio fiduciario afectan el patrimonio personal del fiduciario, así lo dispone el artículo 16: “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados...”.

Por tanto, en principio, si la deuda fue contraída para satisfacer necesidades del patrimonio fideicomitado, el acreedor no podrá dirigir su acción contra el patrimonio del fiduciario, aunque para evitar toda duda, corresponde al fiduciario establecer al celebrar el contrato que concurre por el patrimonio fideicomitado, puesto que de otra manera, el acreedor podrá exigirle el pago a su patrimonio personal, dado que la ley no ha alterado el principio según el cual el patrimonio es la prenda común de los acreedores. (Gutierrez, 1998).

Respecto a los caracteres del patrimonio fiduciario constituido conforme a la Ley, es de destacar que no tiene los caracteres del patrimonio común, puesto que el fiduciario es sólo un administrador de esos bienes que le son transferidos *exclusivamente* para que cumpla ciertas encomiendas, por lo que no puede comportarse como titular de un patrimonio común. Los actos de disposición y de administración que puede realizar son sólo aquellos que le permite el contrato de fideicomiso. Tampoco puede este patrimonio ser escindido y en caso de sustitución del fiduciario, el sustituto recibe tanto los derechos como las obligaciones, siguiendo las obligaciones del pacto de fiducia a la titularidad fiduciaria. Pero el nuevo fiduciario no será sucesor del anterior, ya que ni él ni el patrimonio fiduciario asumirán las obligaciones contraídas en razón del mal desempeño en el cumplimiento de la manda. (Gutierrez, 1998).

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 24.441 califica a los bienes objeto de la transmisión fiduciaria como *determinados*, pero del juego armónico con el artículo 4 surge que es posible que no se determinen los bienes en el acto constitutivo, sino que basta que se mencionen los requisitos y características que deban reunir. En este aspecto es posible distinguir dos situaciones distintas: a) cuando se trata de bienes que no sean cosas, estos pueden ser determinados o determinables; b) pero cuando se trate de cosas, estas deberán estar determinadas, dado que el acto traslativo de dominio sólo se perfeccionará cuando la cosa esté perfectamente individualizada, y se cumpla con la entrega de los bienes. (Apat, 2002)

2. ADQUISICIÓN DEL DOMINIO FIDUCIARIO

El derecho al dominio fiduciario se adquiere por el contrato o por el testamento que constituye el fideicomiso, pero tal carácter fiduciario del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos, tal como lo dispone el artículo 12 de la Ley, puesto que la calidad de fiduciario no altera las normas establecidas para estos actos en la legislación común.

La ley distingue, entonces, los efectos entre las partes y frente a terceros. Entre las partes el dominio fiduciario se transmite como cualquier dominio, con la tradición y el título, (artículo 2602 del Código Civil), exigiéndose la inscripción para que resulte oponible a terceros, sobre todo a los acreedores del fiduciante y del fiduciario, conforme con el artículo 2505 del Código Civil. Incluso los terceros a cuyo favor se constituye (ya se trate de beneficiarios o aquellos designados para recibir los bienes una vez cumplida la manda), adquieren derechos aún antes de esa inscripción registral. Los acreedores del patrimonio fiduciario tienen derecho a que esos bienes dados en fideicomiso se inscriban en debida forma, puesto que aunque la naturaleza fiduciaria del dominio no tiene valor frente a terceros mientras no se realice la inscripción, ellos tienen la garantía de la totalidad del patrimonio fiduciario.

En consecuencia, entre las partes el patrimonio fiduciario se constituye con el mero acuerdo de voluntades, y aún cuando sea necesario otorgar una escritura o entregar la posesión, el patrimonio ya habrá adquirido el derecho a exigir dichos actos. Por ello ambas partes contratantes están obligadas a conseguir las inscripciones que permitan que el dominio fiduciario sea oponible a terceros; el fiduciario debe prestar su concurso y exigir el del fiduciante, hasta lograr que el patrimonio quede constituido conforme lo establecido en el contrato. Esta es una obligación que adquirió al celebrar el contrato, cuyo incumplimiento puede acarrearle responsabilidades. (Gutierrez, 1998).

Tratándose de bienes registrables el artículo 13 exige además: "...los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario...". En la inscripción registral deberá constar una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan la propiedad fiduciaria, para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que la condicionan. Debe quedar en claro que lo que se registra no es el contrato de fideicomiso, sino sólo la propiedad fiduciaria. De todas maneras, de los datos del asiento registral se puede referenciar el contrato que la motivó. (Apat, 2002).

Téngase presente que lo expuesto en el presente apartado es aplicable al Fideicomiso regulado por la Ley 24.441, *no* al regulado por el Código Civil, en donde el dominio fiduciario ingresa al patrimonio del fiduciario y responde frente a los acreedores de éste, no existiendo normas especiales acerca de la oponibilidad frente a terceros.

3. DERECHOS DE LOS ACREEDORES DEL FIDUCIANTE

El artículo 14 de la Ley establece: “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...”, agregando el artículo 15: “...Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude...”. A través de estos artículos la Ley se ocupa de separar el patrimonio fideicomitado del patrimonio del fiduciante. Es decir, que el fiduciante al constituir el fideicomiso, transmite un dominio completo, no conservando ningún derecho sobre los bienes fideicomitidos, salvo los expresamente reservados. (Gutierrez, 1998).

Esta transferencia de los bienes por el fiduciante a favor del fiduciario impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria, salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante. (Artículo 961 y siguientes del Código Civil).

La idea del fraude a los acreedores se relaciona con los actos realizados por el deudor con el objeto de afectar su patrimonio en detrimento de los créditos de aquellos concedidos con anterioridad, y por cuya causa se provoca o agrava su insolvencia. La disminución patrimonial que compromete su garantía es el fundamento que les permite a los acreedores *demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de su derecho*.

La acción de fraude, pauliana o revocatoria reservada por el artículo 15, tiene por finalidad, instar la ineficacia del contrato haciéndolo inoponible al acreedor que la ejercita, permitiéndole así ejecutar su crédito sobre el o los bienes que fueran objeto de la transferencia fraudulenta, mediante el mecanismo de devolución del bien al patrimonio del deudor para, una vez allí, agredirlo. Para ejercer esta acción es necesario que el deudor se halle en estado de insolvencia, que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente y, finalmente, que el crédito, en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

En este punto es importante destacar que la insolvencia es la incapacidad de pagar las deudas por el desequilibrio patrimonial del deudor. Ese estado que aparece visible frente a un patrimonio negativo, es decir, cuando el pasivo supera al activo del deudor, pero puede presentarse, sin embargo, en situaciones de aparente equilibrio patrimonial. Es decir, cuando los bienes activados contablemente, por su especial naturaleza, no constituyen suficiente garantía para los acreedores. La disminución patrimonial, en tal caso, no surge de la comparación contable del activo con el pasivo, sino de la constatación de que el verdadero valor del bien sea equiparable con el importe exteriorizado en los registros contables del deudor. Puede darse también una situación de insolvencia si el bien activado no puede garantizar eficazmente las obligaciones contraídas en razón, por ejemplo, de que el mismo sea ilíquido en el corto plazo, impidiendo que los acreedores puedan satisfacer su acreencia en los plazos estipulados. En consecuencia, para promover la acción de fraude no es necesario que se haya

configurado el estado de cesación de pagos con características de permanencia y generalidad como se exige para provocar la apertura del concurso, sino que basta que se demuestre el empobrecimiento patrimonial que coloca al deudor en estado de insolvencia.

Si el acto del deudor insolvente que perjudica a los acreedores fuese a *título gratuito*, puede ser revocado a solicitud de éstos, aún cuando aquél a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor (artículo 967 del Código Civil). La mera existencia de *perjuicio* en contra de los derechos del acreedor será suficiente para promover la acción, sin necesidad de acreditar la *mala fe* del adquirente.

En cambio, cuando el acto del deudor insolvente se haya celebrado a *título oneroso*, para que el mismo pueda ser revocado se exige, además de la condición de que el deudor haya querido defraudar a sus acreedores (lo que se presume por su estado de insolvencia), que el tercero con el cual haya contratado haya sido *cómplice* en el fraude, presumiéndose tal complicidad por el conocimiento que tenía del estado de insolvencia del deudor al momento de tratar con él.

La acción de fraude la deduce el acreedor contra el deudor y el tercero conjuntamente, pues en el negocio fraudulento intervienen ambos, y a ellos habrá de afectar la sentencia que declare la procedencia de la acción. En tal caso, al revocarse el contrato el deudor se verá privado de oponerle al acreedor impugnante, debiendo soportar eventuales acciones ejecutivas por parte de este sobre el bien restituido como garantía de su acreencia. La acción deja de ser procedente si el deudor pudiere demostrar que los bienes subsistentes luego del contrato son suficientes para satisfacer el derecho del acreedor, desvirtuando así el estado de insolvencia. El tercero adquirente, por su parte, como consecuencia de la acción, sufrirá la pérdida total o parcial del bien adquirido y de los respectivos frutos (artículo 971 del Código Civil) o bien, deberá indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios (artículo 972 del Código Civil).

En el contrato de fideicomiso, atento a que la transferencia no se realiza al fiduciario ni a título gratuito (artículo 967 del Código Civil) ni a título oneroso (artículo 968 del Código Civil), sino a título *de confianza*, su encuadramiento en las disposiciones expuestas del Código Civil, hace necesaria una interpretación de la intención del codificador, puesto que no ha previsto expresamente tratamiento alguno en relación con los actos celebrados a título de confianza.

En tal caso, el fiduciario es quien, como adquirente de la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos reviste, ante los acreedores del fiduciante, la calidad de *tercero* a los fines del ejercicio de la acción de fraude.

Dado que la transferencia no se realiza a título oneroso -único supuesto en el que se exige la *complicidad* del adquirente-, para que prospere la acción de fraude ante una transferencia fiduciaria no es necesario acreditar mala fe en cabeza del fiduciario, bastándole al acreedor que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 962 del Código Civil.

Si el fiduciario, en razón del encargo del fiduciante, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido deberá estarse a lo normado por el art. 970, que prescribe: "si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude". (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

4. DERECHO DE LOS ACREEDORES DEL BENEFICIARIO Y DEL DESTINATARIO FINAL

Conforme el artículo 15 de la Ley: "...Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse a sus derechos". En realidad, los acreedores del beneficiario deben estar a las disposiciones del acto constitutivo, el cual puede disponer que los frutos correspondan o no al beneficiario. "La norma sólo es de aplicación cuando los frutos corresponden a éste, puesto que en ese caso se sigue la doctrina del artículo 1196 del Código Civil". El acto por el que se constituyó el fideicomiso, ya sea un contrato o un testamento, puede disponer que los frutos de los bienes sean capitalizados, incorporando esos frutos o el precio de los mismos al capital fiduciario, y en este caso, los acreedores del beneficiario carecerán de toda acción, puesto que no tendrán derecho al cual subrogarse.

"En cuanto a los acreedores del destinatario final la ley no los contempla expresamente, dejando librada su situación a las normas generales que protegen los derechos patrimoniales, como es el que tiene el fideicomisario". (Gutierrez, 1998).

5. LA INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO

En el fideicomiso regulado por el Código Civil, al no existir separación entre el patrimonio fiduciario y el patrimonio del fiduciante, en caso de cesación de pagos, el fiduciario será sometido a proceso de ejecución colectiva o a aquellos que constituyen una solución preventiva de la quiebra, donde los bienes fideicomitidos responderán por las deudas *como cualquier otro bien* en poder del fiduciario fallido.

En el régimen de la Ley 24.441, en cambio, la solución es totalmente diferente. El segundo párrafo del artículo 16 establece: "...La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la

que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24”.

La ley ordena, entonces, que se liquide el patrimonio fiduciario en caso de insuficiencia para atender a sus obligaciones, salvo que en el acto de constitución del fideicomiso se hubiesen previsto otros recursos que deberían aportar el fiduciante o el beneficiario. Esos recursos deben ser suficientes para regularizar la situación patrimonial, y en caso de ser aportados por el beneficiario, que no concurre al otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso, deberán ser aceptados por éste. Asimismo tanto el fiduciante como el beneficiario pueden tener interés en que el fideicomiso continúe con bienes que originariamente no estaban en el patrimonio separado y aunque la ley pareciera establecer que dichos bienes deben surgir del contrato constitutivo, nada impediría que fueran agregados al patrimonio fiduciario voluntariamente con posterioridad a dicho acto. (Gutierrez, 1998).

CAPÍTULO IV

FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Conforme expusimos en el capítulo II, el artículo 1 de la Ley 24.441 y el artículo 2662 del Código Civil, reglamentan el fideicomiso y permiten su constitución por testamento. Expresamente el artículo 3 de la Ley dispone: “El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4...”.

El instrumento por el cual se constituye esta clase de fideicomisos es, entonces, una disposición de última voluntad materializada en un testamento. Vinculando los elementos expuestos anteriormente del fideicomiso en sentido general podemos decir que: Habrá fideicomiso testamentario cuando una persona (fiduciante - causante - testador) transmita a través de un testamento la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla a partir del momento de la muerte del testador en beneficio de quien se designe en el testamento (beneficiario – heredero o legatario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición a favor del o los fideicomisarios. (Tapia, 2013)

El testamento, en sí mismo, hecho con las formalidades de la ley es un acto perfecto y definitivo desde el mismo momento en que fue otorgado y vale durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación y en tanto no fuere revocado por el mismo, pero está destinado a tener eficacia en tiempo posterior a la muerte del causante, por ello se lo considera un acto de eficacia pendiente. El testador puede revocarlo libremente y, como consecuencia de ello, revocaría la manda fiduciaria, pero una vez fallecido, no podría delegar en sus herederos la facultad de revocarlo, dado que ello implicaría delegar en terceros el contenido de sus propias disposiciones testamentarias, lo que es contrario a la regla general en materia testamentaria.

El testamento deberá incluir todas las estipulaciones necesarias para poder constituir el fideicomiso (la individualización de los bienes, el plazo o condición, la designación del fiduciario, de los beneficiarios, el destino final de los bienes). Será necesario también que exprese los fines propios del fideicomiso que van a constituir el negocio subyacente. Puede extenderse, conforme el artículo 3 citado, en cualquiera de las formas previstas por el Código Civil, esto es ológrafo, por acto público o

cerrado que son las formas ordinarias previstas por el artículo 3622 y siguientes, o en situaciones especiales puede consistir en testamento militar o marítimo (artículo 3672 y 3689).

Una vez ocurrido el fallecimiento del causante, será necesario iniciar el proceso sucesorio testamentario que, en Argentina, siempre debe promoverse en sede judicial. La constitución del fideicomiso por vía testamentaria se concretará con la aceptación de su función que formulará el fiduciario designado en sede judicial. La aprobación judicial del testamento más su aceptación tendrán por formado el fideicomiso y posteriormente el juez deberá poner al fiduciario en posesión de los bienes objeto del mismo.

Esta clase de fideicomiso presenta importantes aplicaciones prácticas, de las cuales podemos mencionar entre otras: la protección de la porción de uno de los herederos que podría lapidarla en otro caso; la protección de incapaces o de concebidos y no nacidos, la posibilidad de cumplir fines de beneficencia cuando el testador no se fíe del manejo de los bienes que pudiera hacer la institución beneficiaria.

2. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

La esencia del fideicomiso radica en transmitir la propiedad de uno o más bienes a una persona, para que éste luego la transmita a un tercero. Esta transmisión de la propiedad primero a una persona para ser transferida a un tercero, tropieza en materia testamentaria con la prohibición de las sustituciones fideicomisarias contenida en los artículos 3723 y 3724 del Código Civil y explicitada en la nota a este último.

Concretamente el artículo 3723 del Código Civil dispone: “El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a este un sucesor”; y el artículo 3724 a su vez establece: “El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Solo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos”.

Por su parte en la nota al artículo 3724 el codificador estableció: “En el Derecho Español y en el Derecho Romano se enumeran seis clases de sustituciones: 1ª la vulgar, que es la que permite el artículo; 2ª la pupilar...; 3ª la ejemplar...; 4ª la sustitución recíproca...; 5ª la sustitución compendiosa...; 6ª **la fideicomisaria, subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido.** Con excepción de la vulgar abolimos todas estas instituciones. La fideicomisaria..., tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido estableciéndose un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza. Tiene lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes, pero para esto es preciso una

inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos....”(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

“Para determinar la diferencia entre el fideicomiso sucesorio y la sustitución fideicomisoria previo a todo hay que definir en qué consiste la sustitución fideicomisoria y cuáles son sus requisitos fundamentales” (Unión para la Apertura Universitaria, 2008). Así se entiende que *hay sustitución fideicomisoria cuando una persona es llamada a la herencia a continuación de otra, es decir, cuando el testador pretende darle un heredero a su heredero*. Los requisitos, entonces para que haya sustitución fideicomisoria son tres: a) Una doble institución de heredero respecto de los mismos bienes, a título de propiedad y en virtud de una voluntad única. b) Obligación de conservar los bienes impuesta al primer heredero para restituirlo a su muerte al segundo. c) Orden sucesivo, ya que la obligación de constituir se refiere al momento de la muerte del primer heredero.

En el fideicomiso no se da el último de los tres requisitos ni la condición del segundo, dado que el traspaso de los bienes del fiduciario al fideicomisario no depende de la muerte del fiduciario, sino de un plazo (el que nunca podrá ser superior a 30 años, salvo que el beneficiario sea un incapaz), o de una condición que no podrá ser la muerte del fiduciario, pues sería una sustitución fideicomisaria y por lo tanto prohibida.

Cierto es que muchas veces puede no resultar fácil determinar en qué casos se está frente a un fideicomiso y no frente a una sustitución fideicomisaria. En el derecho español, por ejemplo, se utilizan dos criterios claves de distinción: a) El fiduciario en los fideicomisos propiamente dichos sólo actúa de medio para que el fideicomisario reciba los bienes. b) En los fideicomisos el aplazamiento de la entrega se establece en interés del fideicomisario o beneficiario, mientras que en las sustituciones fideicomisarias se establece en favor del instituido sujeto a restitución, quien entre tanto es favorecido con la titularidad de los bienes.

En nuestro país, el criterio clave utilizado para distinguir el fideicomiso de la sustitución fideicomisaria esta relacionado con la muerte, si la propiedad ha de pasar del fiduciario al fideicomisario a la muerte del fiduciario hay una sustitución fideicomisaria, porque se ha nombrado un heredero al heredero, pero si está sujeto a un plazo o una condición diferente a la muerte se esta en presencia de un fideicomiso permitido por la ley. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008).

Al respecto el conferencista Carlos D’Alessio en la nota a la revista “El Notario” en diciembre de 2010, señaló las características del fideicomiso que regula la ley argentina y que permiten diferenciarlo de la sustitución fideicomisaria:

- ... es un medio para la realización de un fin ulterior; el fiduciario no es heredero ni legatario, sino un vehículo para que quien, en definitiva, debe beneficiarse con la manda, reciba su beneficio; podría enajenar los bienes fideicomitados, si ello responde a los bienes del fideicomiso, en cuyo caso el fideicomisario no recibirá los mismos; el fiduciario no puede, percibir los frutos

de que los bienes fideicomitidos produzcan; en el fideicomiso, la transmisión al beneficiario final se operará al vencer el plazo fijado o al acontecer la condición estipulada, con independencia de la muerte del fiduciario que los recibió en primer término; por otra parte, en caso de que durante la vigencia del contrato ocurriera la muerte del fiduciario, los bienes pasarán a un fiduciario sustituto designado por el propio testador o, en defecto de toda previsión, por el juez, pero no al beneficiario final; por último, en el fideicomiso testamentario, mientras las bienes integran el patrimonio fideicomitado, no pueden ser objeto de agresión por los acreedores del fiduciario. (D'Alessio, 2010)

De lo expuesto surge que habrá sustitución fideicomisaria cuando se le imponga un sucesor a un heredero, pero no la habrá si se lega un bien determinado en calidad de fideicomiso, para que el legatario-fiduciario lo administre en beneficio de un tercero y al cabo de un plazo o condición (diferente a la muerte) la transfiera al beneficiario o al fideicomisario. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

3. EL FIDEICOMISARIO ES UN SUCESOR DEL TESTADOR

La cuestión de si el fideicomisario es o no un sucesor del testador tiene mucha importancia práctica: 1º Para determinar si la aptitud para suceder ha de tenerse respecto del fiduciario o del fideicomitente y 2º Para precisar si desde el momento de la muerte del causante el fideicomisario adquiere un derecho que puede traspasar a sus herederos (por ser sucesor del causante.). O si el fideicomisario es sucesor del fiduciario en cuyo caso tal derecho solamente será transmisible a los herederos del fideicomisario si éste sobrevive al momento de vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

En nuestro derecho, al igual que en el Derecho Español, el fideicomisario es considerado un sucesor mortis causa del fideicomitente, y por lo tanto la capacidad para recibir esta relacionada con el fideicomitente y no con el fiduciario, por lo que después de la apertura de la sucesión, transmite sus derechos eventuales a sus herederos, salvo pacto en contrario. Esto surge claro de la Ley de fideicomiso que en su artículo 2 establece: “....Si ningún beneficiario llegara a existir se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario.... El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte salvo disposición en contrario del fiduciante.”

Por otra parte el artículo 26 de la Ley 24.441 establece: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que

correspondan “. Este artículo no deja lugar a dudas que el fideicomisario traspasa sus derechos a sus herederos si muere antes de vencido el plazo establecido o de cumplirse la condición.

Otros autores, como Zannoni, entienden en cambio que el fideicomisario no es un sucesor del causante sino un adquirente del fiduciario, obligado personalmente a transmitir los bienes que él recibió como propietario fiduciario..... Pero si el fideicomisario fuera un mero adquirente del fiduciario, no se le podrían aplicar las incapacidades para suceder, y de esta forma se vulneraría el régimen de incapacidades testamentarias.

Cierto es que la propiedad el fideicomisario no la recibe del testador sino del fiduciario, pero también es cierto que el legatario recibe la cosa del heredero y no por eso deja de ser un sucesor a título particular del causante. Igual ocurre en el fideicomiso testamentario, el fideicomisario es un sucesor a título particular del causante que va a recibir la propiedad después de vencido un plazo o cumplida una condición, pero para recibirla va a tener que tener la capacidad necesaria con respecto a la persona del testador para recibir por testamento.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

También hay sucesores mortis causa a título singular, que son los legatarios, que suceden al causante en la cosa en particular. Este caso tampoco se puede asimilar al fideicomisario quien recibe la propiedad del fiduciario. “Diferente es el supuesto del legado de usufructo en el cual el heredero desde la muerte del causante recibe la nuda propiedad, es decir lo sucede, y lo único que recibe del usufructuario es el uso y goce”.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

Respecto del fiduciario es importante destacar en este punto que no es un sucesor mortis causa del testador-fiduciante, ni un albacea, cuyas facultades en el derecho argentino son sumamente limitadas, sino un administrador de los bienes fideicomitidos por vía testamentaria y no un heredero.

4. PRINCIPIOS SUCESORIOS QUE DEBEN RESPETARSE

El fideicomiso testamentario ha sido instaurado en un régimen sucesorio de orden público, por lo que, para que su constitución sea válida, debe respetar aquellos principios que son inmodificables por la voluntad de las partes, a saber:

- El sistema de legítimas. (artículo 3591 y sig. del Código Civil.)
- El régimen de incapacidades para suceder. (artículos 3736, 3737,3738, 3739, 3740, 3664 y 3686 del Código Civil).
- La imposibilidad de poner gravámenes o condiciones a las porciones legítimas (artículo 3598 del Código Civil)
- La prohibición de las sustituciones fideicomisarias. (artículo 3723 y 3724 del Código Civil)

- La prohibición de no enajenar (artículo 3732 del Código Civil)
- El principio que la herencia se transmite a la muerte del causante. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

5. NULIDADES DEL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

“Establecido el concepto del fideicomiso testamentario, su diferencia con la sustitución fideicomisaria y los principios que éste debe respetar, estamos en condiciones de enumerar algunos supuestos en los cuales el fideicomiso testamentario será nulo”.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

5.1. Nulidad del fideicomiso testamentario constituido sobre la universalidad de la herencia o sobre una cuota parte de la misma

Antes de abordar esta nulidad recordemos la reforma introducida con el dictado de la Ley 24.441 al artículo 2262 del Código Civil a saber: el texto anterior decía: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

El texto actual, según el artículo 73 de la Ley 24.441 dice: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

Antes de la reforma era unívoco y uniforme el criterio de que el fideicomiso sólo era posible en tanto se tratara de *bienes determinados*, sin admitir que pudiera afectar una universalidad. Con la reforma desapareció la palabra singular, lo que nuevamente obligó a la doctrina a preguntarse si el impedimento que vedaba la constitución sobre una universalidad subsistía.

La doctrina argentina mayoritaria ha descartado la posibilidad de constituir un fideicomiso sobre la universalidad de la herencia o sobre una parte de la misma, por la letra fría del artículo 4 de la Ley 24.411, que exige entre los requisitos la individualización de los bienes objetos del contrato e incluso prevé que ante la imposibilidad de individualización deberá constar a la fecha de celebración la descripción de los requisitos y características que deberán reunir dichos bienes. Este requisito como expusimos en el capítulo II es esencial para la validez del fideicomiso, el causante ha de haber individualizado los bienes objeto del fideicomiso o debe haber descripto los requisitos o las características que deben reunir de lo contrario la constitución del fideicomiso será nula.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

5.2. Nulidad del fideicomiso que afecta la legítima

Si existen herederos forzosos el fideicomiso sólo podrá ser constituido sobre la parte de libre disposición de la herencia, de lo contrario violentaría la legítima. Es decir que a un heredero forzoso no se le puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encuentra prohibida por el Art. 3.598 del Código Civil que establece: “El testador no podrá imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera se, tendrán por no escrita”.

Ello implica que mientras exista un sistema de legítimas tan alto en nuestro Código Civil, la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor. Resulta más conveniente la constitución de fideicomiso por contrato, porque a la muerte del constituyente, los herederos deberán esperar que finalice el plazo fijado en el contrato para recibir la propiedad de los bienes.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

5.3. Nulidad del fideicomiso en fraude a los acreedores del heredero

Puede ocurrir que el causante a sabiendas que un heredero tiene muchos acreedores prefiera no transmitirle la herencia sino constituir un fideicomiso en su favor para evitar que sus bienes se constituyan en prenda común de sus acreedores. En este supuesto debemos distinguir si se trata de un heredero forzoso o no forzoso. A saber: a) Heredero forzoso: En el supuesto de que el fideicomiso vulnere el derecho a la legítima del heredero forzoso, los acreedores del fideicomisario pueden subrogarse en los derechos de su deudor e impugnar el fideicomiso.b) Heredero no forzoso: Si se trata de un heredero no forzoso, como el testador no está obligado a dejarle ningún bien, los acreedores no podrán impugnar la institución del fideicomiso. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

Si el fideicomisario es también beneficiario sus acreedores podrán ejercer las acciones que le correspondan sobre los frutos de los bienes fideicomitados, siempre y cuando tales frutos correspondan al beneficiario - deudor. “Si el fideicomisario no es beneficiario, sus acreedores solo podrán cobrarse cuando le sea transmitida la propiedad dada en fideicomiso”.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

En ello es de aplicación el artículo 15 de la Ley 24.441 ya explicado que establece: “Los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

5.4. Nulidad del fideicomiso en contra de las incapacidades para suceder

Puede ocurrir que se constituya un fideicomiso en favor de una persona que el código considera incapaz de suceder, por ejemplo en favor del escribano que actuó en el testamento o de los testigos.

El fideicomiso testamentario tiene como objeto muchas veces vulnerar el régimen de incapacidades para suceder. El problema se presenta cuando el fideicomiso es oculto o cuando la institución de heredero encubre una fiducia cum amico. En el derecho español se ha señalado que la fiducia en fraude a la ley requiere los siguientes requisitos 1) que sea oculta. 2) Que el heredero se hubiere comprometido secretamente dando caución de restituir 3) Que la restitución tenga como destinatario a una persona incapaz.

En este caso el problema se encuentra en la prueba, ya que el fideicomiso es secreto u oculto, en doctrina se señala que puede provenir de la correspondencia indubitada del testador que no reúna los requisitos de un testamento ológrafo. (Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

Se considera que el fideicomiso que vulnera las incapacidades para suceder es nulo de nulidad relativa.

5.5. Nulidad de la institución fideicomisaria

“De conformidad a lo dispuesto por el artículo 3723 y 3724 del Código Civil la sustitución fideicomisaria es nula. El problema reside en determinar cuál es el efecto que tiene este tipo de sustitución con referencia al primer instituido”.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

En nuestro derecho el artículo 3730 dispone: “La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.” Por lo tanto el heredero instituido en primer lugar recibirá la herencia y los efectos de la nulidad se limitaran a no darle validez a la cláusula por la que se designa un sucesor a su heredero.

5.6. Excepción: validez de la sustitución fideicomisaria si el instituido en primer lugar premuere al testador

Como bien explica Zannoni, al respecto: Sin embargo la circunstancia de que el instituido en primer término haya pre fallecido al testador provoca como consecuencia práctica que el sustituto aparezca llamado en las condiciones que la ley admite para su sustitución vulgar conforme el art. 3724 de nuestro Código Civil; pues, en efecto, en este caso el llamado en primer término no puede aceptar la herencia ya que su vocación es puramente hipotética en razón del pre fallecimiento. Y, entonces, el sustituto tiene vocación actual al momento de la apertura de la sucesión y nada impide reconocerle su vocación, pues la vinculación de los

bienes a su indisponibilidad en cabeza del primer instituido ya no existe. Creemos que este razonamiento es suficiente para considerar que la pre muerte del instituido en primer término provoca una suerte de conversión de la disposición testamentaria ineficaz respecto al sustituto. La sustitución fideicomisaria queda reducida en sus efectos prácticos a una sustitución vulgar permitida por ley.(Unión para la Apertura Universitaria, 2008)

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO IMPOSITIVO DE LOS FIDEICOMISOS

1. INTRODUCCIÓN

Las posibilidades que tenemos en relación a la aplicación de los distintos impuestos legislados en nuestro país, tanto a nivel nacional como provincial, son muy variadas, dependerá en realidad del negocio fiduciario que se trate.

Es preciso recordar que el fideicomiso no tiene una trascendencia autónoma, sino que sirve de medio para la consecución de otros negocios subyacentes, y dada la multiplicidad de fines que pueden perseguirse al constituirlo, resulta por demás dificultoso obtener una clasificación del fideicomiso en sus diversos matices.

En nuestra legislación, sin embargo, la doctrina tradicionalmente ha agrupado diferentes especies de negocios fiduciarios, según los fines que se persiguen al constituirlos y la función que cumple en ellos el fiduciario, en:

- fideicomiso de administración,
- fideicomiso de inversión,
- fideicomiso de garantía,
- fideicomiso financiero,
- fideicomiso testamentario,
- fideicomiso de seguro,
- fideicomiso de desarrollo,
- fideicomiso inmobiliario,
- fideicomiso prestacional o de fondos de pensión,
- fideicomiso del Estado,
- fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

En este trabajo sólo definiremos brevemente los de uso más frecuente³, a saber:

Negocio Fiduciario de Administración: En este fideicomiso se transfiere la propiedad fiduciaria de los bienes a un fiduciario para que los *administre* conforme a lo establecido por el constituyente, destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

Es considerado como el negocio fiduciario puro o típico, puesto que siempre su cumplimiento depende en alguna medida de la buena fe del fiduciario y suele emplearse para garantizar la buena administración de los bienes de un menor o un incapaz.

Esta especie de fideicomiso en estado puro es menos frecuente, siendo evidente que en la práctica los de inversión y los de garantía contienen elementos de administración. De ahí que en ciertos casos la línea divisoria entre estos últimos y aquél puede ser tenue y en ciertos casos inexistentes.

Por este motivo, se ha propuesto otra categoría, denominada ***Fideicomisos Mixtos***, que incluye los caracteres de dos o más fideicomisos específicos.

Negocio Fiduciario de Inversión: Se entiende por tal a todo negocio que tenga como finalidad principal la inversión por medio de un fiduciario, al cual se le transmiten en propiedad fiduciaria recursos financieros para aplicarlos a los *fines predeterminados* por el o los constituyentes, en beneficio de éstos o de terceros (beneficiario o fideicomisario). Si se tratara de la simple captación de dinero, *con destino libre* y con una garantía de rendimientos, lo que tendríamos sería una típica operación de otro ente financiero, no de un fiduciario de inversión.

Es la especie de fideicomiso que mayor desarrollo tuvo en los países donde el instituto tuvo difusión, y el que presenta mayores características de operación bancaria propiamente dicha.

Mediante su constitución y ejecución el fiduciario capta sumas de dinero u otros activos de los fideicomitentes y los destina por instrucciones *precisas* de éstos a inversiones económicamente provechosas para el fideicomisario, que en la gran mayoría de los casos resultan ser los propios fideicomitentes.

Negocio Fiduciario de Garantía: Dentro de estos negocios se encuentra el fideicomiso financiero, el cual desarrollaremos seguidamente con un mayor grado de amplitud debido a la importancia que presenta en la actualidad.

³Para ampliar véase sobre los diversos fideicomisos a Lisoprawski, en el libro escrito con Claudio M. Kiper, "Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización", página 308 y siguientes.

Es el fideicomiso por el cual se transfieren al fiduciario determinados bienes para garantizar con ellos o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del fiduciante o de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, ya sea con la entrega de los propios bienes fideicomitados o con el producido de ellos conforme lo previsto en el contrato.

Puede reemplazar con ventajas el tradicional sistema de garantías reales, como la prenda y la hipoteca. La diferencia sustancial radica en que la transmisión de la propiedad no se produce en estas últimas, por lo cual en caso de incumplimiento es necesaria una ejecución forzada. En el fideicomiso la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

En el respectivo contrato de fideicomiso se adoptarán todas las previsiones necesarias, incluyendo sobre la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor para con su acreedor beneficiario de la garantía. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000), (Brigas, Anabel; Ferreyra, Romina; Manuele, Veronica; Muñoz Albelo, Gisela; Ruiz, Natali, 2012)

Negocio Fiduciario Financiero: El fideicomiso financiero, conforme el artículo 19 de la ley 24.441, “es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes (del fideicomiso ordinario), 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 beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. La Comisión Nacional de Valores, será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias”.

Por su parte, la R.G. 368/ 2001 de la C.N.V., en su Libro III, Capítulo XV, artículo 2 define también, en forma más completa, el fideicomiso financiero pero sin apartarse de los lineamientos generales de la Ley 24.441.

Como ocurre en el fideicomiso ordinario, el beneficiario podrá ser el mismo fiduciante si adquiere los títulos que se negocian en el mercado y puede revestir el carácter de destinatario final de los bienes o fideicomisario. El fideicomisario también puede adquirir para sí los títulos que se negocian en la bolsa, adquiriendo de esa manera el carácter de beneficiario.

Este fideicomiso se constituye, al igual que el ordinario, por contrato o por testamento. La Ley admitió la posibilidad de constituirlo por testamento al referirse en el artículo 19 a las *reglas precedentes* de la ley, sin hacer ninguna distinción. Por tanto, la Comisión Nacional de Valores, en adelante C.N.V., excede su función reglamentaria cuando establece en el artículo 2 de la mencionada R.G. 368 que el fideicomiso financiero se constituye por contrato, excluyendo el testamento

El contrato deberá contener, conforme el artículo 20 de la Ley 24.441, las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda. Los certificados de participación serán emitidos, según lo establece el artículo 21 de la ley citada, por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales conforme al artículo 8 y concordantes de la Ley 23.576 (con las modificaciones de la Ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de la emisión, y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren. Podrán emitirse certificados globales de los certificados de participación, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles. También pueden emitirse, conforme el artículo 22 de la Ley, diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes. Dentro de cada clase se otorgarán los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series.

Por su parte, el artículo 11 de la R.G. 368/2001 (artículo sustituido por el artículo 1° de la Resolución General N° 552/2009 de la Comisión Nacional de Valores B.O. 17/3/2009. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación) establece que: “El contrato de fideicomiso deberá contener:

- a) Los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley N° 24.441.
- b) La identificación:
 - b.1) Del o los fiduciantes, del fiduciario y del o los fideicomisarios, en su caso.
 - b.2) Del fideicomiso
 - b.3) Utilización de la denominación fideicomiso financiero por los fideicomisos que se constituyan conforme a las Normas, debiendo agregar además la designación que permita individualizarlos.
- c) Procedimiento para la liquidación del fideicomiso.
- d) La obligación del fiduciario de rendir cuentas a los beneficiarios y el procedimiento a seguir a tal efecto, de acuerdo al régimen informativo establecido en los artículos 27 y 28 del presente Capítulo.
- e) La remuneración del fiduciario.
- f) Los términos y condiciones de emisión de los valores representativos de deuda o certificados de participación.”

La exigencia del inciso b.2) de individualizar el fideicomiso, es muy atinada teniendo en cuenta que un mismo fiduciario podrá tener varios fideicomisos.

En caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, el artículo 23 de la ley establece que ante la falta de previsión contractual, el fiduciario deberá citar a asamblea de tenedores de títulos de deuda, la que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario y se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio. Pudiendo resolver conforme el artículo 24 de la ley:

- “...a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;
- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado;
- e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado...”

La cuestión está regulada por los artículos 23 y 24 de la Ley 24.441. El patrimonio fiduciario *no puede quebrar*, puesto que en caso de insolvencia, sólo podrá ser liquidado conforme con los intereses de los beneficiarios del fideicomiso.

Es de destacar que la quiebra, pese a los problemas que trae la aplicación de la ley respectiva, es el único procedimiento inventado hasta ahora que garantiza el respeto de los derechos de *todos* los acreedores, como serían en el fideicomiso financiero, además de los tenedores de títulos, los acreedores del patrimonio separado. Por ello, el criterio sentado por la Ley 24.441 es fuente de injusticias y desigualdades, como así también de inseguridad jurídica, frente a la cual se verá perjudicado el mercado al no resultar confiable cualquier garantía que otorgue un patrimonio fiduciario. Además al fiduciario no le alcanzan las responsabilidades por la insolvencia del patrimonio fiduciario.

El fideicomiso tiene dos tipos de obligaciones: las propias del patrimonio fiduciario (que comprenden las recibidas con la universalidad y las contraídas para administrar el fideicomiso) y las que nacen del fideicomiso, que por ejemplo, pueden haberse constituido para garantizar obligaciones negociables. Actualmente con el régimen establecido por la Ley 24.441, siendo insuficiente el patrimonio para afrontar ambas deudas, corresponde la liquidación, que como veremos sólo contempla los intereses de un solo grupo de acreedores.

La norma prevé en su artículo 24 la asamblea de los tenedores de títulos de deuda, no de certificados de participación, y esto se debe a que en realidad los tenedores de títulos de participación no son acreedores, sino que son fideicomisarios, es decir que a lo sumo verán reducida la suma que tienen derecho a cobrar. De cualquier forma, la ley no dice qué ocurre con el fideicomiso cuyos beneficiarios son los tenedores de certificados de participación, por lo que se considera que llegado el caso de insolvencia, se aplicará como en cualquier caso similar, la *ley de quiebras*, siendo el titular fiduciario el encargado de solicitarla.

La asamblea de tenedores de títulos de deuda, es la que debe resolver sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio fiduciario en caso de insuficiencia patrimonial, conforme lo establece el mencionado artículo 24 de la Ley. Es de destacar que el hecho de que puedan adoptar como solución la modificación del contrato de emisión (inciso b), demuestra que *las únicas deudas que se han considerado son las que surgen de los títulos*, mientras ni siquiera se han tenido en cuenta las deudas contraídas en la administración del patrimonio fiduciario. Esta asamblea ha sido instituida por la ley como un órgano colegiado con facultades extraordinarias como hace mucho tiempo dejaron de tener los órganos sociales, que no está limitada por un orden del día, y en la cual los componentes de la asamblea ni siquiera tienen las responsabilidades de los miembros de una sociedad reunidos en asamblea. (Gutierrez, 1998).

Negocio Fiduciario de Seguro: *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, pueden malograrse si ocurrido el siniestro los beneficiarios de la indemnización que abone la compañía aseguradora, administran mal lo recibido y en poco tiempo consumen el importe cobrado. Es una preocupación que nunca descarta quien contrata tal seguro, la que puede soslayarse por la vía de un fideicomiso debidamente constituido.* (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

En esta especie de fideicomiso, el asegurado nombra como beneficiario a un banco u otra entidad financiera de su confianza, y contemporáneamente celebra con el mismo un contrato de fideicomiso, designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones a las que debe ajustarse aquél en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, plazo, etc.). Se trata de una variedad 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. Es una modalidad del fideicomiso que ha tenido gran desarrollo en el país de México. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

Negocio fiduciario de Desarrollo: En esta tipo de fideicomisos las partes que intervienen son el financista de un proyecto concreto o un prestamista y el desarrollista del proyecto. Implica la existencia de un proyecto estudiado por el financista, capaz de generar un flujo futuro de fondos suficientes para saldar la deuda.

Además de la confección de otros contratos que resulten necesarios celebrar, el contrato de fideicomiso se crea para asegurar al financista el pago de la deuda con el flujo de fondos que se generará. Generalmente no se aplica a proyectos innovadores sino cuando han existido experiencias similares exitosas.

Negocio Fiduciario Inmobiliario: Esta especie de negocio fiduciario es de gran aplicación en nuestro país.

Su amplitud puede ser muy variada. Será muy útil utilizarlo en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de varias partes con intereses contrapuestos, cuya armonización y recíproca seguridad hace necesaria la presencia de una entidad que ofrezca una garantía suficiente a quienes participan de la operación. El banco u otra entidad financiera interviniente, en calidad de fiduciario, puede ser el punto de equilibrio entre las partes, que confiera la imprescindible confianza entre todas ellas.

Póngase como ejemplo la construcción de un edificio con unidades a distribuir entre quienes resulten adjudicatarios bajo el régimen de la propiedad horizontal. Confluyen en el negocio intereses diversos, en conexión recíproca, como entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, escribanos que proyecten y otorguen oportunamente los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros de ley, etc. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

La presencia de todos estos intereses logra conciliarse con ventaja, cuando una entidad financiera especializada ejerce la titularidad del inmueble, como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido. Ya antes de dictada la Ley 24.441 y aplicando el artículo 2.662 del Código Civil, hubo experiencias satisfactorias en la materia. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000)

Existe también una clasificación de los negocios fiduciarios que los distingue de la siguiente manera:

- **Negocio Fiduciario Universal:** cuando su objeto es una universalidad (un fondo de comercio o un patrimonio hereditario), o **Particular**, cuando sólo comprende bienes determinados.
- **Negocios Fiduciarios No Formales:** En nuestro derecho las fiducias celebradas conforme con las normas del Código Civil son no formales, puesto que la ley no contiene ninguna indicación acerca de su instrumentación.
- **Negocios Fiduciarios Formales:** Los contratos regulados por la Ley 24.441 no tienen formas determinadas de constitución, por lo que resultan aplicables los principios generales en la materia, debiendo tenerse presente, como expusimos en el Capítulo II, que en principio es un contrato de naturaleza civil, aunque puede caer dentro de la materia comercial si se constituye como accesorio o para garantizar una operación comercial. Pero la Ley regula detalladamente su contenido (artículo 2, 3, 4, 7, 8, 9 inc. e) y 10) e incluso algunas solemnidades (artículo 13), aparte de las formas exigidas en caso de fideicomiso financiero. (Gutierrez, 1998).

2. EL FIDEICOMISO Y EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS (LEY 20.628 Y SUS MODIFICATORIAS)

Figura N° 1: En el impuesto a las ganancias



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 4.

Como se observa en el esquema, existen tres preguntas claves a responder para determinar la posición del fideicomiso frente al impuesto. La primera pregunta es ¿se trata de un fideicomiso financiero o no? Si es financiero, entonces el Fideicomiso es *sujeto del impuesto a las ganancias* conforme lo establece el artículo 69 de la Ley y tributa el 35% de la Ganancia imponible.

Si el fideicomiso no es financiero, hay que determinar qué pasa con el beneficiario. El beneficiario del fideicomiso ¿es el fiduciante? Si no es el fiduciante, entonces el Fideicomiso es el *sujeto del impuesto a las ganancias* al igual que en el párrafo anterior.

Ahora, si el fiduciante si es el beneficiario, hay que determinar si ese *fiduciante beneficiario* de un fideicomiso constituido en el país *reside en el exterior*. Si es residente en el exterior, tributa el Fideicomiso en las condiciones expuestas anteriormente. Si es residente en el país, es el fiduciante el sujeto pasivo del impuesto (*no* el fideicomiso) y conforme el artículo 49 inc. d) las rentas que genere el fideicomiso deben ser declaradas por el fiduciante-beneficiario como rentas de tercera categoría y tributar sobre las mismas por la alícuota progresiva establecida en el artículo 90 de la Ley. El artículo 70.4 del D.R. manda al fiduciario a atribuir los resultados de los fiduciantes-beneficiarios, en la proporción que les corresponda, tal como lo dice el artículo 50 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para las sociedades de hecho.

Los artículos que regulan el tratamiento que acabamos de describir son:

Artículo 49 LIG.- “Constituyen ganancias de la tercera categoría: ... Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V...”

Artículo 69 LIG.- “Las sociedades de capital, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas: a) Al treinta y cinco por ciento (35%): 1...; 2...; 3...; 6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V.....”.

Se puede dar el caso de un fideicomiso mixto desde el punto de vista del Impuesto a las Ganancias. Esto significa que existan ganancias por las cuales va a tributar el fideicomiso, y que también existan ganancias por las cuales va a tributar cada uno de los beneficiarios. Sería similar a una Sociedad en Comandita por Acciones, en la cual la parte que le pertenece a los accionistas comanditarios tributa esta ganancia por el artículo 69 (35%), y el resto tributa por el 49 inciso b) (no por el 49 inciso a)), es decir por la alícuota progresiva del art. 90. En tales casos es necesario distribuir

el porcentaje de utilidad, ver qué porcentaje les corresponde tributar a los beneficiarios en cabeza de cada uno de ellos, y ver el porcentaje sobre el cual tiene que tributar el fideicomiso.-

3. EL FIDEICOMISO Y EL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES DE PERSONAS FÍSICAS Y SUCESIONES INDIVISAS. (LEY 23.905 Y SUS MODIFICATORIAS) R.G. (AFIP) 2141/2006

Este impuesto se aplica sobre las transferencias de dominio a título *oneroso* de inmuebles ubicados en el país, realizadas por personas físicas o sucesiones indivisas que sean sujetos pasivos del impuesto a las ganancias y sólo en la medida que dicha transferencia no se encuentre alcanzada por el mencionado impuesto. Es importante destacar que a los efectos de este impuesto se considera transferencia todo acto de disposición, excepto la expropiación, por el que se transmita el dominio a título oneroso. (Artículos 7, 8 y 9 de la Ley 23.905).

Actualmente el criterio de la AFIP consiste en que debe analizarse el negocio subyacente a cada fideicomiso para determinar la onerosidad de la transferencia (Dictamen 55/2005 expresa: “...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...”).

Sin dudas las transferencias de bienes al fiduciario realizadas en ocasión de la constitución del fideicomiso representan verdaderas transmisiones de dominio. Por lo tanto, en la medida que dichas transferencias sean consideradas como de carácter oneroso, y en la medida que el fiduciante sea una persona física o una sucesión indivisa sujeto pasivo del impuesto a las ganancias, se considera que la mencionada transferencia estará alcanzada por el gravamen.

Respecto a las transferencias realizadas por el fiduciario a los fiduciantes (una vez finalizado el fin del fideicomiso), aun cuando el fiduciario sea una persona física, no debería estar alcanzada por el impuesto, pues se trata de una transmisión de dominio en cumplimiento de su rol de administrador del patrimonio fiduciario.

4. EL FIDEICOMISO Y EL IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA. (LEY 25.063 Y SUS MODIFICATORIAS/ D.R. 1533/1998)

Figura N° 2: En el impuesto a las ganancias mínima presunta



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 5.

En la aplicación de este impuesto, como se demuestra en el diagrama, lo primero que debe distinguirse es si se trata de un fideicomiso financiero o no, dado que la Ley de impuesto a la ganancia mínima presunta (LIGMP) excluye expresamente, en su artículo 2, a los fideicomisos financieros como sujetos pasivos del impuesto.

Artículo 2 LIGMP.- “Son sujetos pasivos del impuesto: a)...;b)...; f) Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley;...”

Si el fideicomiso es financiero entonces no tributa IGMP, pero los certificados de participación y títulos de deuda sí están alcanzados por el impuesto en cabeza de sus tenedores, siempre y cuando sean sujetos pasivos del impuesto.

Si el Fideicomiso no es financiero es, conforme el artículo 2 transcrito, sujeto pasivo del impuesto y en tal carácter el *fiduciario es responsable por deuda ajena*, de acuerdo al artículo 6 de la Ley de Procedimiento tributario.

Artículo 6 Ley 11683: “Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc.,

en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijan para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley: a)...;b)...;c)...d)...: e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero...”

En cuanto a los bienes que aporta el fiduciante al fideicomiso, la ley establece en su artículo 3 que están exentos en cabeza del fiduciante, siempre que el fideicomiso sea sujeto pasivo del gravamen.

Artículo 3 LIGMP.- “Están exentos del impuesto: a)...;b)...;c)...;d)...;e)...; f) Los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del artículo 2º...”

Es importante observar que al constituir un fideicomiso los bienes son transferidos en propiedad fiduciaria, por lo tanto salen de la propiedad del patrimonio del fiduciante. Por ello no es que tengan que estar exentos, *simplemente no existen esos bienes dentro del patrimonio del fiduciante*, forman parte del patrimonio fiduciario; entonces la pregunta es: ¿de qué exención habla esta LIGMP en su artículo 3? Si bien podría ocurrir que el fiduciante también sea beneficiario o fideicomisario y que los bienes una vez utilizados por el fideicomiso retornen al fiduciante. En este caso lo que tiene el fiduciante es un *derecho en expectativa*, el cual consiste en recuperar los bienes una vez cumplidos los fines del fideicomiso. Aún en este extremo los derechos en expectativa no forman parte del patrimonio del fiduciante y *no* constituyen un activo gravado por este impuesto.

El fideicomiso va a ser sujeto pasivo siempre y cuando los bienes del activo gravado valuados conforme a la Ley (artículo 4 y sgtes.) superen los 200.000 pesos establecidos como mínimo exento en su artículo 3 inc. j)). Cuando existan activos gravados en el exterior dicha suma se incrementará en el importe que resulte de aplicarle a la misma el porcentaje que represente el activo gravado del exterior, respecto del activo gravado total.

Cuando el valor de los bienes supere la mencionada suma o la que se calcule de acuerdo con lo dispuesto precedentemente, según corresponda, quedará sujeto al gravamen la totalidad del activo gravado del sujeto pasivo del tributo, puesto que estamos hablando de un mínimo exento no de un mínimo no imponible.

El IGMP no es un impuesto patrimonial, sino que es un impuesto complementario del Impuesto a las Ganancias. Es considerado en la doctrina contable como un impuesto castigo a la ineficiencia en la gestión empresarial, por lo que cuando no se logra que la ganancia tributaria (o rentabilidad obtenida) sea superior al 1% del total de los activos de la explotación, se paga IGMP. Decimos rentabilidad y no margen de utilidad, porque el margen de utilidad es resultado sobre precio,

y rentabilidad es *resultado sobre activo total* y el legislador establece en el artículo 13 que el impuesto a tributar es el 1% sobre el activo total computable.

Artículo 13 LIGMP.- “El impuesto a ingresar surgirá de la aplicación de la alícuota del uno por ciento (1%) sobre la base imponible del gravamen determinado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

El impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen, podrá computarse como pago a cuenta del impuesto de esta ley, una vez deducido de éste el que sea atribuible a los bienes a que se refiere el artículo incorporado a continuación del artículo 12. (Párrafo sustituido por Ley N° 25.239, Título VII, art. 7°, inciso c). Vigencia: A partir del 31/12/99 y surtirá efecto para los ejercicios que cierren con posterioridad a dicha fecha.)

En el caso de sujetos pasivos de este gravamen que no lo fueren del impuesto a las ganancias, el cómputo como pago a cuenta previsto en este artículo, resultará de aplicar la alícuota establecida en el inciso a) del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, vigente a la fecha del cierre del ejercicio que se liquida, sobre la utilidad impositiva a atribuir a los partícipes.

Si del cómputo previsto en los párrafos anteriores surgiere un excedente no absorbido, el mismo no generará saldo a favor del contribuyente en este impuesto, ni será susceptible de devolución o compensación alguna.

Si por el contrario, como consecuencia de resultar insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del presente gravamen, procediera en un determinado ejercicio el ingreso del impuesto de esta ley, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los DIEZ (10) ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta su concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente...”.

5. EL FIDEICOMISO Y EL IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES. (LEY 23.966 Y SUS MODIFICATORIAS, D.R. 127/1996 Y SUS MODIF.)

Figura N° 3: Fideicomisos no financieros – IBP



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva Nº 6.

Conforme lo dispone el artículo 17 de la LIBP: “son sujetos pasivos del impuesto:

a) Las personas físicas domiciliadas en el país y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país y en el exterior.

b) Las personas físicas domiciliadas en el exterior y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país.

Las sucesiones indivisas son contribuyentes de este gravamen por los bienes que posean al 31 de diciembre de cada año en tanto dicha fecha quede comprendida en el lapso transcurrido entre el fallecimiento del causante y la declaratoria de herederos o aquella en que se haya declarado válido el testamento que cumpla la misma finalidad...”.

Como observamos en la transcripción de este artículo, el fideicomiso *no se encuentra incluido como sujeto pasivo* del impuesto a los Bienes Personales.

Respecto del Fiduciante, persona física o sucesión indivisa, al aportar los bienes al fideicomiso, los transfiere, salen de su patrimonio, por lo que no resultan alcanzados por el IBP en cabeza del fiduciante.

El fideicomisario, como destinatario final de los bienes, tiene un *derecho al reintegro de los mismos*, el cual es un derecho en expectativa que no podría valuarse por ser contingente, puesto que está sujeto a que el fideicomiso cumpla su tarea o no. Este derecho en expectativa no *está alcanzado por el IBP* dado que la ley no lo incluye expresamente en la enumeración que hace de los bienes alcanzados.

Al respecto en el artículo 22 la ley establece: “Los bienes situados en el país se valuarán conforme a: ...k) Los bienes integrantes de fideicomisos no comprendidos en el inciso i) (Fideicomisos Financieros) de este artículo se valuarán de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

Los bienes entregados a estos fideicomisos no integrarán la base que los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante no fuese una persona física o sucesión indivisa, dichos bienes no integrarán su capital a fines de determinar la valuación que deben computar a los mismos efectos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior sólo será aplicable si se hubiera ingresado, a su vencimiento, el impuesto a que se refiere el cuarto párrafo del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de la presente Ley.”

Y el artículo 25.1 en su párrafo cuarto dispone: “Tratándose de fideicomisos no mencionados en el inciso i) del artículo 22 de esta ley excepto cuando, el fiduciante sea el Estado nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o aquéllos se encuentren destinados al desarrollo de obras de infraestructura que constituyan un objetivo prioritario y de interés del Estado nacional, el gravamen será liquidado e ingresado por quienes asuman la calidad de fiduciarios, aplicando la alícuota indicada en el primer párrafo sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año, determinado de acuerdo con lo establecido en el inciso k) del artículo 22 de la presente ley. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo. En caso que el Estado nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires compartan la calidad de fiduciante con otros sujetos, el gravamen se determinará sobre la participación de estos últimos, excepto en los fideicomisos que desarrollen las obras de infraestructura a que se refiere el presente párrafo.

En los casos mencionados en el párrafo anterior, se presume sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen de manera directa o indirecta a sujetos pasivos del gravamen...”

De la interpretación integradora de estos artículos concluimos que:

Los ***fideicomisos no financieros no son sujetos pasivos del impuesto pero son responsables sustitutos*** del impuesto sobre los Bienes Personales correspondientes a los fiduciantes. El tributo lo debe ingresar el fiduciario aplicando la alícuota del 0,50% sobre la base imponible determinada

conforme a la ley y tiene carácter de pago único y definitivo. La ley presume, sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen a sujetos pasivos del impuesto sobre los bienes personales.

En cabeza del *fiduciante* los bienes entregados en fiducia en fideicomisos no financieros, NO integran la base del impuesto sobre los bienes personales, siempre y cuando el fideicomiso haya ingresado el impuesto como responsable sustituto.

Figura N° 4: Fideicomisos financieros – IBP



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 7.

Como expusimos al inicio del capítulo, el fideicomiso financiero emite *Títulos de deuda* y *Certificados de participación*. Los titulares de estos últimos son *beneficiarios* por la renta que generan los Certificados que poseen y son *fideicomisarios* por los bienes que les corresponde recibir en concepto de pago por el capital que representan dichos Certificados al disolverse el fideicomiso. Los titulares de Títulos de deuda son *beneficiarios*.

El fideicomiso financiero al igual que el fideicomiso ordinario, *no es sujeto pasivo del impuesto* a los Bienes Personales por excluirlo expresamente la ley en su artículo 17. Pero los

tenedores de ambos tipos de títulos cuando sean personas físicas o sucesiones indivisas sí quedan alcanzados por el impuesto. Conforme el artículo 17 expuesto ut supra, las personas físicas domiciliadas en el país y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, son sujetos pasivos del impuesto por los bienes situados en el país y en el exterior, en tanto las personas físicas domiciliadas en el exterior y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, son sujetos pasivos del impuesto sólo por los bienes situados en el país.

Al respecto la ley establece: artículo 19: “Se consideran situados en el país:... j) Los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados, cuando éstos tuvieran domicilio en él...”. artículo 20: “Se entenderán como bienes situados en el exterior:... f) Los títulos y acciones emitidos por entidades del exterior y las cuotas o participaciones sociales, incluidas las empresas unipersonales, y otros títulos valores representativos del capital social o equivalente de entidades constituidas o ubicadas en el exterior...”.

Además la ley hace otra distinción y establece en su artículo 21: “Estarán exentos del impuesto:... i) Los bienes gravados -excepto los comprendidos en el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de esta Ley- pertenecientes a los sujetos indicados en el **inciso a)** del artículo 17 de la presente, cuando su valor en conjunto, determinado de acuerdo con las normas de esta Ley sea igual o inferior a \$305.000.- (Pesos: Trescientos cinco mil). Cuando el valor de dichos bienes supere la mencionada suma, quedara sujeta al gravamen la totalidad de los bienes gravados del sujeto pasivo al tributo”.

Es decir que el mínimo exento de \$ 305.000 sólo es aplicable a las personas físicas y sucesiones indivisas domiciliadas en el país, *no* a las domiciliadas en el exterior ni tampoco a los responsables sustitutos determinados en el artículo 25.1.

El gravamen a ingresar por los contribuyentes indicados en el **inciso a)** del artículo 17, surgirá de la aplicación, sobre el valor total de los bienes gravados por el impuesto valuados conforme los artículos 22 inc. I y 23 inc d, excluidas las acciones y participaciones en el capital de cualquier tipo de sociedades regidas por la Ley N° 19.550 (t.o. 1984 y sus modificaciones), con excepción de las empresas y explotaciones unipersonales, de la alícuota que para cada caso fija el artículo 25 de la ley. A saber:

Cuadro N° 1: IBP – alícuotas

VALOR TOTAL DE LOS BIENES GRAVADOS	ALÍCUOTA APLICABLE
Más de \$ 305.000 a 750.000	\$ 0.50%
Más de \$ 750.000 a 2.000.000	\$ 0.75%
Más de \$ 2.000.000 a 5.000.000	\$ 1.00%
Más de \$ 5.000.000	1.25%

Fuente: Ley del impuesto sobre los bienes personales. N° 23.966 de 1991 (t.o. 1997 y modif.).

Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2012)

Los sujetos de este impuesto podrán computar como pago a cuenta las sumas efectivamente pagadas en el exterior por gravámenes similares al presente que consideren como base imponible el patrimonio o los bienes en forma global. Este crédito sólo podrá computarse hasta el incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de los bienes situados con carácter permanente en el exterior.

El gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior, y/o sociedades y/o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades regidas por esa ley y la alícuota a aplicar será de cincuenta centésimos por ciento (0,50%) sobre el valor determinado de acuerdo con lo establecido por el inciso h) del artículo 22 de la presente norma. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo, conforme lo establece el artículo 25.1.

El gravamen a ingresar por los contribuyentes indicados en el inciso b) del artículo 17, surgirá de aplicar sobre los bienes gravados por el impuesto, valuados conforme el artículo 22 inc. i, que posean en el país al 31 de diciembre de cada año, la alícuota del uno con veinticinco centésimos por ciento (1,25 %), el que tendrá el carácter de pago único y definitivo conforme lo establece el artículo 26 de la ley. Los responsables obligados al ingreso del gravamen, en *sustitución* de los sujetos pasivos domiciliados en el exterior, son las personas de existencia visible o ideal domiciliadas en el país que tengan el condominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda de los bienes gravados, los que tendrán derecho a reintegrarse el importe abonado, incluso reteniendo y/o ejecutando los bienes que dieron origen al pago. (Artículo 26 de la Ley).

6. EL FIDEICOMISO Y EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (I.V.A.) (LEY 23.349 Y SUS MODIFICATORIAS, D.R. 692/1998 Y SUS MODIF.)

Figura N° 5: El fideicomiso y su actividad



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 8.

Conforme establece el artículo 4 de la Ley, “son sujetos pasivos del impuesto quienes:

- a) Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, realicen actos de comercio accidentales con las mismas o sean herederos o legatarios de responsables inscriptos; en este último caso cuando enajenen bienes que en cabeza del causante hubieran sido objeto del gravamen;
- b) Realicen en nombre propio, pero por cuenta de terceros, ventas o compras;
- c) Importen definitivamente cosas muebles a su nombre, por su cuenta o por cuenta de terceros;
- d) 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

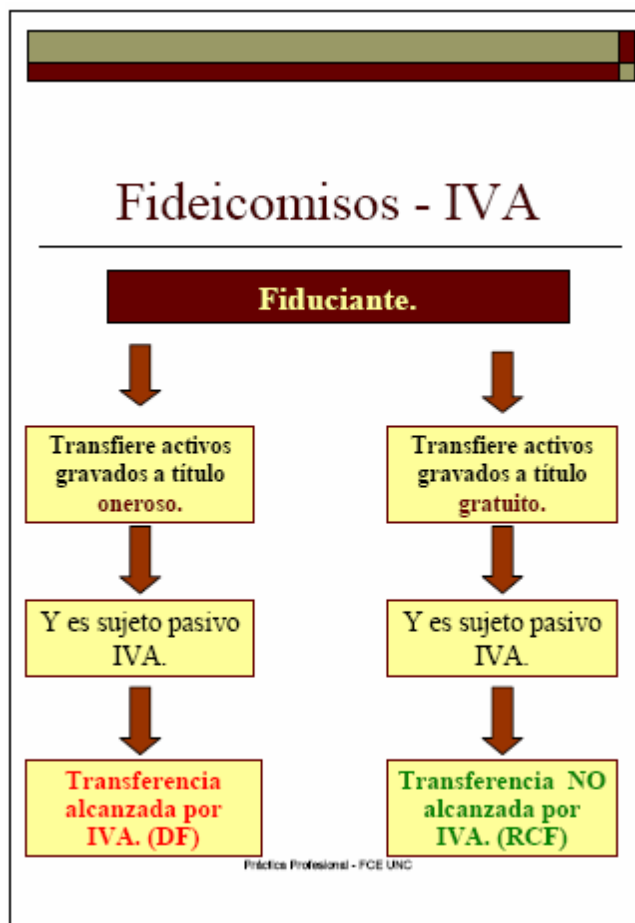
unipersonales. A los fines de este inciso, se entenderá que revisten el carácter de empresas constructoras las que, directamente o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble;

- e) Presten servicios gravados;
- f) Sean locadores, en el caso de locaciones gravadas;
- g) Sean prestatarios en los casos previstos en el inciso d) del artículo 1°.

Quedan incluidos en las disposiciones de este artículo quienes, revistiendo la calidad de uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, consorcios, asociaciones sin existencia legal como personas jurídicas, agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo, se encuentren comprendidos en alguna de las situaciones previstas en el párrafo anterior...”.

En función de la redacción de este artículo podemos encuadrar al fideicomiso como sujeto pasivo del impuesto en la medida que realice actividades gravadas por el mismo. De lo contrario no reviste la calidad de *sujeto pasivo del impuesto*.

Figura N° 6: El fiduciante y el impuesto al valor agregado



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 9.

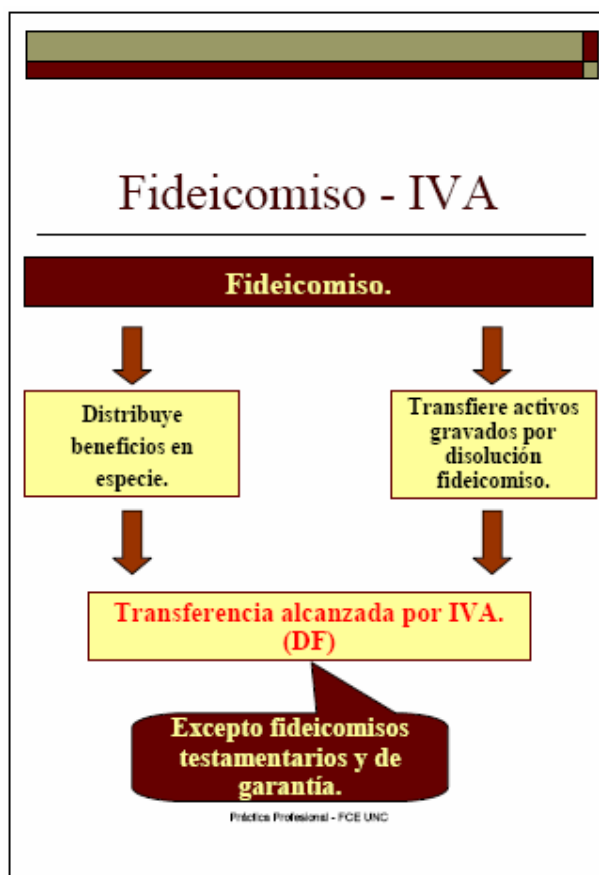
En relación al aporte que realiza el fiduciante al fideicomiso, lo primero que debe determinarse a los fines de este impuesto es si consiste en una transferencia fiduciaria del dominio a título gratuito o a título oneroso, y para ello es esencial tener en cuenta la realidad económica del negocio subyacente por sobre la forma jurídica adoptada. La transferencia fiduciaria se considera onerosa si el fiduciante recibe a cambio alguna contraprestación, ya sea presente o futura. Es decir, por ejemplo, si el fiduciante es el beneficiario del contrato, entonces está transmitiendo los bienes al fideicomiso a título oneroso. En segundo lugar debe determinarse si el fiduciante es sujeto pasivo del impuesto en los términos del artículo cuarto de la Ley, y por último, si los bienes transferidos están afectados a la actividad desarrollada por el fiduciante gravada por el impuesto.

En base a lo establecido en el párrafo anterior, si el fiduciante, sujeto pasivo del impuesto, transfiere al fideicomiso a **título oneroso** bienes afectados a la actividad gravada, dicha transferencia queda **alcanzada por el impuesto** (artículo 2 de la Ley 23.349). Por el contrario si los bienes que transfiere no están afectados a la actividad gravada, la transferencia *no* queda alcanzada por el impuesto (artículo 4 de la Ley 23.349).

Si el fiduciante, sujeto pasivo del impuesto, transfiere al fideicomiso a **título gratuito** (por ejemplo en un fideicomiso testamentario) bienes afectados a la actividad, dicha transferencia no resulta alcanzada por el IVA puesto que no está comprendida en el objeto de la ley (artículos 1 y 2 de la Ley 23.349), pero en tal situación el fiduciante está obligado a reintegrar al fisco el crédito fiscal oportunamente computado por esos bienes. Consiste en una desafectación de bienes de la actividad gravada.

Además por disposición del artículo 84 de la Ley 24.441, cuando los bienes fideicomitados fuesen **créditos**, a los efectos del impuesto al valor agregado, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas. Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo.

Figura N° 7: Fideicomiso. Distribución de beneficios en especie. Transferencia de activos gravados por disolución del fideicomiso



Fuente: Cdor. Cavagnola, Luis A. (2.010). *Nociones del tratamiento impositivo de los fideicomisos*. F.C.E. – U.N.C. Práctica Profesional. Dipositiva N° 10.

Conforme establece el artículo 2 LIVA: “A los fines de esta ley se considera venta: a) Toda transferencia a título oneroso entre personas de existencia visible o ideal, sucesiones indivisas o entidades de cualquier índole, que importe la transmisión del dominio de cosas muebles (venta, permuta, dación en pago, adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, ventas y subastas judiciales y cualquier otro acto que conduzca al mismo fin, excepto la expropiación), incluida la incorporación de dichos bienes, de propia producción, en los casos de locaciones y prestaciones de servicios exentas o no gravadas y la enajenación de aquellos, que siendo susceptibles de tener individualidad propia, se encuentren adheridos al suelo al momento de su transferencia, en tanto tengan para el responsable el carácter de bienes de cambio...”.

A la luz de esta disposición, cuando el fideicomiso distribuye beneficios en especie, está transfiriendo bienes a cambio de una contraprestación contraída con anterioridad, es una transferencia a título oneroso *alcanzada por el impuesto al valor agregado* en la medida que el fideicomiso sea un

sujeto pasivo del impuesto por su actividad. En igual plano de ideas, cuando se produce la disolución del fideicomiso, se transfieren al fideicomisario, conforme a las estipulaciones contractuales, los activos gravados por el impuesto, dichas transferencias también quedan *alcanzadas por el impuesto al valor agregado*.

Las excepciones a estas reglas las constituyen los fideicomisos testamentarios y de garantía, puesto que en ellos las transferencias fiduciarias entre las partes se realizan a título gratuito, por lo que resultan fuera del objeto de la ley.

Como expusimos anteriormente, toda disposición tributaria debe ser interpretada y aplicada a cada caso concreto dando preeminencia a la realidad económica del negocio subyacente objeto del fideicomiso, puesto que si sólo nos atenemos a su forma jurídica ninguna transferencia fiduciaria resultaría alcanzada por el impuesto al valor agregado. En suma, el fiduciario no debe prestación alguna al fiduciante por el aporte que éste efectúa al fideicomiso, más que su obligación de cumplir con la manda impuesta en el contrato. Al igual que los beneficiarios y fideicomisarios no están obligados a entregar nada a cambio al fiduciario al recibir los bienes fideicomitados en cumplimiento de los fines del contrato.

7. NORMAS IMPOSITIVAS EN LA LEY 24.441

La Ley 24.441 en su Título XII establece modificaciones a las Leyes Impositivas a saber:

En su artículo 83 dispone: “Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación, como así también las correspondientes a sus garantías;

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, como así también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado 1986) y sus modificaciones. Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 y en el artículo 104 de la Ley 11.683 (texto ordenado 1978) y sus modificaciones.

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.”

Es decir que las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación de títulos valores representativos de deuda y los

certificados de participación emitidos por fideicomisos financieros, como así también las correspondientes a sus garantías quedan **exentas del impuesto al valor agregado siempre que tales títulos sean colocados por oferta pública**. Y los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, así como también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan **exentos del impuesto a las ganancias siempre que se trate de personas físicas o sucesiones indivisas y los referidos títulos sean colocados por oferta pública**.

Y en su artículo 84 expuesto anteriormente establece: “A los efectos del Impuesto al Valor Agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas.

Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo.”.

8. EL FIDEICOMISO Y LA LEY DE PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE POR DEUDA AJENA. (LEY 11.683/1998 Y SUS MODIFICATORIAS, D.R. 1.397/1979 Y SUS MODIF.)

8.1. Ley de procedimiento tributario-Responsabilidad por deuda ajena

La Ley de Procedimiento Tributario establece en su artículo 6: “Están obligados a pagar el tributo al fisco con los recursos que *administran, perciben o disponen*, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley: ...e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquellos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero... Asimismo, están obligados a pagar el tributo al fisco los responsables sustitutos en la forma y oportunidad en que para cada caso, se estipule en las respectivas normas de aplicación.”.

Y en su artículo 7 dispone: “Las personas mencionadas en los incisos a), b) y c) del artículo anterior tienen que cumplir por cuenta de los representados y titulares de los bienes que administran o liquidan, los deberes que esta ley y las leyes impositivas imponen a los contribuyentes en general para los fines de la determinación, verificación y fiscalización de los impuestos. Las personas mencionadas

en los incisos d) y e) de dicho artículo tienen que cumplir los mismos deberes que para esos fines incumben también a las personas, entidades, etc., con que ellas se vinculan.”.

Estas disposiciones describen el ámbito jurídico-tributario en el que habrá de actuar el fiduciario. De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes fideicomitidos, pero no goza de los beneficios económicos de los mismos, los cuales corresponden al beneficiario y/o fideicomisario. El fiduciario es quien, en ejercicio de la propiedad fiduciaria, *administra los bienes* en beneficio de terceros de conformidad con el encargo recibido al constituirse el fideicomiso y es, en tal carácter de administrador, que resulta encuadrado dentro de la categoría de *responsables del cumplimiento de la deuda ajena*, conforme lo dispone el artículo 6 inciso e de la Ley. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

A su vez, el artículo 8 de la Ley de Procedimiento Tributario dispone: “Responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas: a) todos los responsables enumerados en los primeros (CINCO) 5 incisos del artículo 6 cuando; por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del artículo 17. No existirá, sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria con respecto a quienes demuestren debidamente a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales...”.

Este artículo le impone al fiduciario *responsabilidad personal y solidaria*, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, cuando no abonara oportunamente el debido tributo habiendo sido intimados los deudores a regularizar su situación fiscal, salvo que acredite ante el organismo fiscal que el o los fiduciantes lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

En el Capítulo VII. RESPONSABLES DE LAS SANCIONES, la ley establece en su artículo 53: “Están obligados a pagar los accesorios quienes deban abonar los respectivos impuestos, anticipos y otros pagos a cuenta”. Y en su artículo 55 dispone: “Son personalmente responsables de las sanciones previstas en el artículo 38 en los artículos 39, 40, 44, 45, 46 y 48, como infractores de los deberes fiscales de carácter material o formal (artículos 6º y 7º) que les incumben en la administración, representación, liquidación, mandato o gestión de entidades, patrimonios y empresas, los responsables enumerados en los primeros CINCO (5) incisos del art. 6.”. Entre los cuales se encuentran los administradores de patrimonios ajenos (dentro de los cuales ha quedado incluido el fiduciario).

Estas disposiciones le imponen al fiduciario **responsabilidad personal** por el incumplimiento de obligaciones tanto sustanciales (pago de tributos) como formales (presentación de declaraciones juradas, etc.) que, para el eficaz cumplimiento del objetivo recaudatorio, imponen las leyes fiscales.

8.2. Cofiduciarios

Como expusimos en el Capítulo II del presente trabajo, la Ley 24.441 nada establece respecto a la cantidad de fiduciarios que pueden intervenir en el contrato, por cuanto no hay norma que prohíba que sean más de uno los que cumplan con el encargo del fiduciante, pudiendo actuar en forma alternada, separada y/o conjunta.

La forma de actuar, en caso de concurrencia fiduciaria, debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, a los fines de delimitar la responsabilidad tributaria correspondiente a cada fiduciario. Si los cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitidos, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2674 del Código Civil, aplicándose en este supuesto las reglas generales expuestas en materia de responsabilidad del fiduciario, dentro del marco de la solidaridad de las obligaciones con sujeto múltiple. Si la actuación de los cofiduciarios es alternada o separada, es decir que a cada uno de corresponda atender una parte diferenciada del encargo fiduciario, nos hallaríamos ante una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabría imputarle responsabilidad sólo por aquello a lo que se ha comprometido, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes sólo por las consecuencias de su actuar culposo o doloso.

En la hipótesis que el contrato de fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un cofiduciario, puede establecerse en el mismo que el primero se reserva la facultad de designar al cofiduciario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas. En este caso, el convenio celebrado entre ambos formará parte integrante del fideicomiso, y dependerá del texto contractual el marco de responsabilidad que le compete a cada uno. (Soler, Carrica, Nieto Blanc, & Gurrea, 2000).

9. EL FIDEICOMISO Y LOS IMPUESTOS PROVINCIALES. IMPUESTO DE SELLOS E IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

9.1. Impuesto de sellos

Conforme establece el artículo 201 (Objeto) del Código Fiscal de la Provincia de Mendoza: “Estarán sujetos al Impuesto de Sellos, de conformidad con las disposiciones de este Título: a) Todos los actos, contratos, obligaciones y operaciones a título oneroso que consten en instrumentos públicos

o privados emitidos en la Provincia y que importen un interés pecuniario o un derecho; b) Los contratos entre ausentes a título oneroso...”; y el artículo 202 dispone en cuanto a la Instrumentación: “Por todos los actos, contratos, obligaciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior deberán satisfacerse los impuestos correspondientes por el sólo hecho de su instrumentación o existencia material, con abstracción de validez, eficacia jurídica o verificación de sus efectos. Salvo los casos especialmente previstos en este Código, el hecho de que queden sin efecto los actos o se inutilicen total o parcialmente los instrumentos no dará lugar a devolución, compensación o canje del impuesto pagado. Se entenderá por instrumento toda escritura, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos y operaciones mencionados precedentemente, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico con el que se pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes...”.

Estas disposiciones determinan el alcance del tributo, por lo que únicamente se encuentran alcanzadas aquellas operaciones a *título oneroso* que se encuentran formalizadas mediante un instrumento *público o privado*, quedando al margen del impuesto, entre otros, aquellos contratos u operaciones que fueran pactados verbalmente.

Nuevamente, como se observa, es necesario determinar la onerosidad del contrato de fideicomiso a la luz de las disposiciones de este Código, y para ello es preciso distinguir entre la onerosidad del acto constitutivo del fideicomiso y la onerosidad en la transferencia de bienes desde el fiduciante hacia el fideicomiso

El contrato de fideicomiso se reputará oneroso, según establecimos en el Capítulo II de este trabajo, cuando entre sus previsiones se hubiera pactado una retribución para el fiduciario. Por el contrario, se entenderá gratuito cuando por su actuación el fiduciario no reciba contraprestación alguna (artículo 8 Ley 24.441). En caso de estipularse una retribución para el fiduciario, el contrato se encontrará alcanzado por el impuesto de sellos, pero gravará exclusivamente tal retribución tributando en ese acto el 1,5% sobre el monto pactado, sin que ello suponga revestir de onerosidad a las transmisiones de bienes hacia el fideicomiso, las que deberán ser analizadas de manera separada.

En cuanto a la onerosidad de las transferencias fiduciarias, nos remitimos en honor a la brevedad a las consideraciones expuestas en el Impuesto al Valor Agregado. Entonces las transferencias fiduciante-fideicomiso, fideicomiso-beneficiarios y fideicomiso-fideicomisarios se encontrarán alcanzadas por el impuesto de sellos en la medida que el fiduciante reciba a cambio alguna contraprestación, ya sea presente o futura y tales transferencias se formalicen mediante un instrumento público o privado.

9.2. Impuesto sobre los IIBB

Conforme establece el artículo 159 del Código Fiscal, constituyen el objeto del Impuesto sobre los Ingresos Brutos: “El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la provincia de Mendoza, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso -lucrativa o no - cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza), estará alcanzado con un impuesto sobre los ingresos brutos en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes. La habitualidad deberá determinarse teniendo en cuenta especialmente la índole de las actividades, el objeto de la empresa, profesión o locación y los usos costumbres de la vida económica. Se entenderá como ejercicio habitual de la actividad gravada el desarrollo en el ejercicio fiscal de hechos, actos u operaciones de la naturaleza de las gravadas por el impuesto, con prescindencia de su cantidad o monto, cuando los mismos sean efectuados por quienes hagan profesión de tales actividades. La habitualidad no se pierde por el hecho de que, después de adquirida, las actividades se ejerzan en forma periódica o discontinua. Asimismo, se considera actividad gravada la adquisición de bienes o de servicios efectuada por consumidores finales a través de medios de comunicación que permitan la realización de las transacciones, cuando el domicilio del adquirente se ubique en la provincia. Se considerara que el domicilio del comprador es el de entrega de la cosa, entendiendo por tal aquel donde puede disponer jurídicamente de un bien material como propietario, o el de la prestación del servicio.”.

Y en su artículo 160 dispone: “Se considerarán también actividades alcanzadas por este impuesto, las siguientes operaciones realizadas dentro de la Provincia, sea en forma habitual o esporádica: a) La mera compra de productos agropecuarios, forestales, frutos del país y minerales para industrializarlos o venderlos fuera de la jurisdicción. Se considerará "fruto del país" a todos los bienes que sean el resultado de la producción nacional perteneciente a los reinos vegetal, animal o mineral, obtenidos por la acción de la naturaleza, el trabajo o el capital y mientras conserven su estado natural, aún en el caso de haberlos sometido a algún proceso o tratamiento indispensable o no para su conservación o transporte (lavado, salazón, derretimiento, pisado, clasificación, etc.); b) El fraccionamiento y la venta de inmuebles (loteos), la compra venta y la locación de inmuebles; c) Las explotaciones agrícolas, pecuarias, mineras, forestales e ictícolas; d) La comercialización de productos o mercaderías que entren a la jurisdicción por cualquier medio; e) La intermediación que se ejerza percibiendo comisiones, bonificaciones, porcentajes u otras retribuciones análogas, f) Las operaciones de préstamos de dinero con o sin garantía; g) Los puestos de ventas en ferias”.

Como se desprende de estos artículos transcritos, el fideicomiso **resultará alcanzado** por el IIBB siempre que se verifiquen a su respecto los hechos imposables y se configuren las condiciones

que surjan de la normativa legal. Nuevamente resultará necesario analizar en cada caso concreto la onerosidad del contrato de fideicomiso constituido, para lo cual nos remitimos a las consideraciones expuestas ut supra.

A su vez el Código Fiscal establece en su artículo 185 una serie de exenciones de carácter tanto subjetivas como objetivas, y en su inciso x) exime del gravamen a los ingresos que devenguen el desarrollo de las actividades que se detallan en la Ley Impositiva (Detalle Referencias de la Planilla Analítica de Alícuotas del Impuesto sobre los Ingresos Brutos - Anexo nº 3). En consecuencia, si el fideicomiso llegara a realizar alguna de esas actividades exentas y cumple los requisitos y condiciones exigidos por el inciso x) del artículo 185 del Código Fiscal, los ingresos que obtenga en ejercicio de dichas actividades quedarán *exentos* del Impuesto sobre los IIBB.

En cuanto a las exenciones subjetivas que establece el Código relativas a los fideicomisos, es dable destacar que estarán exentos del gravamen: (*inciso ab*) “Los ingresos que genere el Fideicomiso para el Acceso al Financiamiento de las PyMes a constituirse en el marco del Subprograma de Mejora de las Condiciones de Acceso al Financiamiento, Programa de Desarrollo Productivo y Competitividad de la Provincia de Mendoza. La exención comprende exclusivamente a los ingresos que genere el Fideicomiso, provenientes del cobro de intereses, actualizaciones de capital, en el caso de que éstas sean aplicables en el futuro, los rendimientos que correspondan a colocaciones financieras; y todo producido, rentas, amortizaciones, indemnizaciones, frutos y derechos obtenidos de los bienes fideicomitidos de la inversión de los fondos líquidos disponibles. No se encuentran comprendidos en la exención, los ingresos que perciba el fiduciario de dicho fideicomiso, por el desempeño de tal función.”. Y(*inc. ag*) “Los fideicomisos en los que participen, directa o indirectamente, la Provincia de Mendoza, los Municipios, la Administradora Provincial del Fondo para la Transformación y el Crecimiento de Mendoza, como fiduciante; y Mendoza Fiduciaria S.A. en cumplimiento de su objeto social.”.

CAPÍTULO VI

TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO Y NORMAS DE AUDITORIA APLICABLES

1. TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO

1.1. Aspectos generales

Ante la omisión de la Ley 24.441 en materia contable, corresponde establecer, a la luz de las normas generales que rigen la materia, si es necesario que el fideicomiso lleve una contabilidad por separado y emita, sobre esa base, los correspondientes Estados Contables.

En nuestro país, la condición necesaria para la preparación de información contable es la existencia del ente conforme a la legislación contable vigente. A tales efectos, puede establecerse que los entes contables constan de los siguientes elementos:

- Fin económico particular.
- Conjunto de bienes.
- Centro de decisiones.

La actividad económica es realizada por entes identificables, que constituyen combinaciones de recursos materiales e inmateriales, los cuales son coordinados por una autoridad que toma decisiones encaminadas a la consecución de los fines de la entidad.

A través del análisis del objeto, partes intervinientes, contenido y particularidades que puede revestir el contrato de fideicomiso, se pueden establecer las siguientes relaciones con los elementos enunciados del ente contable:

- Fin económico particular: encargo fiduciario (manda) de naturaleza económica.
- Conjunto de bienes: patrimonio fiduciario con afectación específica.
- Centro de decisiones: el fiduciario. El fiduciario como administrador del fideicomiso, es sujeto responsable de un centro de decisiones tanto económicas como jurídicas.

Atento lo expuesto puede concluirse que *el contrato de fideicomiso, celebrado de acuerdo a la legislación vigente, da origen a un Ente Contable.*

Desde el punto de vista jurídico, debe destacarse, que el contrato de fideicomiso *no* da origen a una *persona jurídica* distinta de sus partícipes, constituye simplemente un contrato, un patrimonio separado de afectación específica.

Por su parte el Código de Comercio establece:

Artículo 33: “Los que profesan el comercio contraen por el mismo hecho la obligación de someterse a todos los actos y formas establecidos en la ley mercantil. Entre esos actos se cuentan:

- 1.- La inscripción en un registro público, tanto de la matrícula como de los documentos que según la ley exigen ese requisito;
- 2.- La obligación de seguir un orden uniforme de contabilidad y de tener los libros necesarios a tal fin;
- 3.- La conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante, así como la de todos los libros de la contabilidad;
- 4.- La obligación de rendir cuentas en los términos de la ley.”

Artículo 43: “Todo comerciante está obligado a llevar cuenta y razón de sus operaciones y a tener una contabilidad mercantil organizada sobre una base contable uniforme y de la que resulte un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos y cada uno de los actos susceptibles de registración contable. Las constancias contables deben complementarse con la documentación respectiva.”

Artículo 44: “Los comerciantes, además de los que en forma especial impongan este Código y otras leyes, deben indispensablemente llevar los siguientes libros:

1. Diario;
2. Inventarios y balances.

Sin perjuicio de ello el comerciante deberá llevar, los libros registrados y la documentación contable que correspondan a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que le exijan la importancia y la naturaleza de sus actividades, de modo que de la contabilidad y documentación resulten con claridad los actos de su gestión y su situación patrimonial.”

Artículo 52: “Al cierre de cada ejercicio todo comerciante está obligado a extender en el Libro de Inventarios y Balances, además de éste, un cuadro contable demostrativo de las ganancias o pérdidas, del que éstas resulten con verdad y evidencia.”

Como se desprende de los artículos transcritos, los libros que imprescindiblemente deberá llevar el fideicomiso serán: el Libro Diario, el Inventarios y Balances y todos aquellos que le exijan la importancia y la naturaleza de sus actividades y que posibiliten una adecuada sistematización de la información y una correcta registración de las operaciones que realiza.

La Ley 24.441 tampoco establece la obligación del fideicomiso de emitir Estados Contables, pero su decreto reglamentario (Decreto N°780/1995) en su artículo primero establece: “En todas las

anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación “en fideicomiso”. De ello se desprende la implícita necesidad de su emisión.

Al respecto y ante la carencia de normas específicas, son de aplicación al instituto las Resoluciones Técnicas N° 8, 9, 19, 27 y 28 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (F.A.C.P.C.E.). Por lo que los estados contables básicos que deberán presentar los fideicomisos son:

1. Estado de Situación Patrimonial Fiduciario.
2. Estado de Evolución del patrimonio Neto Fiduciario.
3. Estado de Resultados Fiduciario.
4. Estado de Flujo de Efectivo Fiduciario.
5. Información Complementaria (notas y anexos).

Para que se considere que los estados contables están de conformidad con las normas contables vigentes, deben presentarse de acuerdo con las normas incluidas en dichas resoluciones técnicas. Estos estados constituyen el elemento más importante para la transmisión de información sobre: la situación patrimonial del fideicomiso a la fecha de emisión, la composición del patrimonio neto y las causas de los cambios acaecidos durante el ejercicio económico, la conformación del resultado del ejercicio y sus causas generadoras y sobre las actividades financieras realizadas durante el periodo presentado. Los principales usuarios externos de esta información contable son, entre otros: el fiduciante, el beneficiario, el fideicomisario, el fisco y los potenciales inversores.

El fideicomiso deberá presentar estos estados contables, cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio fideicomitado, así como la gestión o administración involucrada en el contrato lo justifiquen. Por ejemplo, en aquellos casos en que la operatoria contractual del fideicomiso trasciende, por su magnitud o significatividad, los intereses de las partes involucradas directamente en dicho compromiso, y se extiende a potenciales demandantes de la información contable (Fisco, mercados de capitales, Bolsas, organismos de control, inversores, etc.). En tales casos es necesaria la emisión de estados contables a efectos de informar a dichos usuarios.

Otra razón que justifica la emisión de estados contables, es la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el fiduciario en su carácter de administrador del patrimonio fideicomitado; la esencia de la contabilidad fiduciaria, es determinar hasta qué punto, el fiduciario ha cumplido sus deberes y hasta qué punto es todavía responsable. Al respecto el artículo 7 de la Ley 24.441 establece: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales... En todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año”. Y el artículo 6 de la citada ley le impone al fiduciario el deber de obrar “...con la prudencia y diligencia del buen hombre de

negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.”, lo que acentúa su obligación de información.

Cabe destacar que, conceptualmente, la rendición de cuentas es la demostración ordenada, sistematizada y documentada mediante la cual se cumple el deber legal de informar a terceros las operaciones, procedimientos, circunstancias y resultados del negocio. Y el elemento idóneo para formalizar dicha rendición por parte del fiduciario, atento lo expuesto ut supra, es la confección y presentación de los estados contables básicos del fideicomiso y su correspondiente información complementaria. (Brigas, Anabel; Ferreyra, Romina; Manuele, Veronica; Muñoz Albelo, Gisela; Ruiz, Natali, 2012).

Con respecto a los requisitos de información, se interpreta que son de aplicación, por extensión, los artículos 68 a 74 del Código de Comercio (Libro Primero, Título 2, Capítulo 4: De la rendición de cuentas), a los cuales nos remitimos en honor a la brevedad.

Por su parte, la Resolución General 274/95 de la Comisión Nacional de Valores, que regula los fideicomisos financieros, estableció un régimen informativo trimestral que debe presentar el fiduciario por cada fideicomiso que administre, mediante estados contables independientes según los plazos fijados para el régimen de oferta pública.

Los estados contables anuales y por períodos intermedios, deberán estar firmados por el fiduciario puesto que es él quien los confecciona en cumplimiento de su obligación de rendir cuentas, y aprobados por el o los beneficiarios en su calidad de destinatarios de la rendición, y contarán con informe de auditoría y de revisión limitada, respectivamente, suscriptos por contador público independiente, cuya firma será legalizada por el respectivo Consejo Profesional.

Dadas las características de los fideicomisos, es recomendable (Informe N° 28 del C.P.C.E.C.F.) que el Estado de Origen y Aplicación de Fondos Fiduciarios se presente bajo la alternativa de exposición de las causas de variación de los fondos, considerando como fondos las disponibilidades e inversiones líquidas transitorias, adoptando el criterio directo de exposición de los fondos generados y/o aplicados a las operaciones.

Asimismo, en la denominación de los rubros de los estados contables deberá tenerse en cuenta la identificación de rubros tales como Bienes Recibidos en Fideicomiso, Pasivo Fiduciario, Certificados de Participación y Patrimonio Fiduciario.

“No será obligatoria la presentación de alguno de los estados básicos cuando, por las características del contrato de fideicomiso, no se justifique dicha presentación”.(BARBOZA).

De hecho, hay autores (Bauza de Pina, Dolly; Bressan, Pablo; Coll, Osvaldo; Ferro Llado, Susana B.; Grozona, Daniel A.; Maury, Beatriz A.; Mavrich, Ana I.; Miguel, Silvina; Parellada, Carlos; Pauliafita, Gladys J.; Torres Cavallo, Javier, 2005) que consideran que, en general, bastará un simple estado de entradas y salidas de caja, debiendo registrarse los asientos correspondientes en cada

caso, sea libro Diario o Mayor y asimismo, el contenido de los informes periódicos y de los Inventarios, para dar por cumplida la obligación de rendición de cuentas del fiduciario.

Por último, cabe destacar que en el caso de que un mismo fiduciario sea titular de varios patrimonios fideicomitidos, deberá contabilizar las operaciones y transacciones y emitir estados contables en forma separada para cada uno de ellos, separándolos a su vez de su patrimonio personal.

En cuanto a los Estados Contables del Fiduciante y del Fiduciario, ambos 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. El fiduciario, a su vez, en la información complementaria a sus estados contables básicos, deberá suministrar información sobre 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 bienes fideicomitidos, el total del activo, del pasivo, del patrimonio neto fiduciario y del resultado del período/ejercicio.(Barboza).

1.2. Registración contable de las transferencias fiduciarias

Al constituir el fideicomiso el fiduciante transmite al mismo la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos, por ello es necesario realizar una revisión de los conceptos de *activo* dados por los distintos organismos emisores de normas contables, a efectos de establecer quién posee contablemente el control sobre esos activos transmitidos a los fines de su correcta contabilización.

1.2.1. Concepto de activo

- F.A.C.P.C.E.-Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas - RT 16 – Marco conceptual de las normas contables profesionales distintas a las referidas en la RT 26. (Punto 4.1.1 ACTIVOS)

“Un ente tiene un activo cuando, debido a un hecho ya ocurrido, controla los beneficios económicos que produce un bien (material o inmaterial con valor de cambio o de uso para el ente).

Un bien tiene valor de cambio cuando existe la posibilidad de:

- a) Canjearlo por efectivo o por otro activo;
- b) Utilizarlo para cancelar una obligación; o
- c) Distribuirlo a los propietarios del ente.

Un bien tiene valor de uso cuando el ente puede emplearlo en alguna actividad productora de ingresos.

En cualquier caso, se considera que un bien tiene valor para un ente cuando representa efectivo o equivalentes de efectivo o tiene aptitud para generar (por sí o en combinación con otros

bienes) un flujo positivo de efectivo o equivalentes de efectivo. De no cumplirse este requisito, no existe un activo para el ente en cuestión...”.

- I.A.S.C. (Commities) – International Accounting Standard Commities (Comité de Normas Internacionales de Contabilidad). Marco de conceptos para la preparación y presentación de Estados Financieros.

“Un activo es un recurso controlado por la empresa como resultado de eventos pasados, y cuyos beneficios económicos futuros se espera que fluyan a la empresa.

El beneficio económico futuro que se incorpora en un activo es el potencial para contribuir, directa o indirectamente, en el flujo de efectivo y equivalentes de efectivo para la empresa.

Los beneficios económicos futuros representados por un activo pueden fluir a la empresa por medios numerosos. Por ejemplo, un activo puede ser:

- Utilizado individualmente o en combinación con otros activos en la producción de bienes o servicios que serán vendidos por la empresa.
- Intercambiado por otros activos.
- Usado para liquidar un pasivo.
- Distribuido a los dueños de la empresa.

En la determinación de la existencia de un activo, el derecho a la propiedad no es esencial, sin embargo, la capacidad de una empresa para controlar los beneficios resultantes es, usualmente, el resultado de derechos legales; aún así, una partida determinada puede satisfacer la definición de un activo cuando no exista un control legal.”.

- F.A.S.B. (Board) – Financial Accounting Standard Board (Consejo – Junta- de Normas Financieras Contables) F.A.S. Concept N° 3:

“Los activos son generalmente beneficios económicos futuros obtenidos o controlados por un ente particular como resultado de transacciones o hechos pasados.

Un activo tiene tres características esenciales:

- Incluye un beneficio económico probable que implica la capacidad, individual o en combinación con otros activos, para contribuir, directa o indirectamente, a generar flujos de fondos netos.
- Un ente individual puede obtener los beneficios y controlarlos.
- La transacción y otro evento que generó el derecho o el control para el ente, ya ha ocurrido.

El reconocimiento, medición y exposición ha sido separado de las definiciones de los elementos de los estados financieros en el proyecto de la estructura conceptual. Las definiciones en dichos estados se refieren a las características esenciales de los elementos de los estados financieros y, además, a los problemas que éstos debieran atender, las características de los ítems a ser incluidos en los mismos, cuándo son considerados activos, pasivos, ganancias, pérdidas y cuándo deban ser

reconocidos, qué atributos deban ser medidos, qué unidad de medida debe ser usada y cómo la información debe ser clasificada.

Los activos son intercambiados en las transacciones y eventos que ocurren. Un ente obtiene dinero y otros activos de otros entes y transfiere dinero u otros activos a otros entes. Esto agrega valor a los activos fijos a través de operaciones que usen, combinen o transformen bienes o servicios en otros.

Una vez adquirida su calidad de activo, éste continúa como tal hasta que el ente lo cobre, lo transfiera a otro ente, lo use totalmente, o eventos o circunstancias destruyan el beneficio futuro o remuevan la habilidad del ente para obtenerlo.”

- I.M.C.P. –Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Boletín A-11

“Conjunto o segmento cuantificable de los beneficios económicos fundamentalmente esperados y controlados por una entidad, como consecuencia de transacciones pasadas o de otros eventos ocurridos.

Los atributos esenciales de los activos según esta definición serían:

- Conjunto o segmento cuantificable: un activo para poder ser incluido en las cifras de los estados contables, deben identificarse como un conjunto o segmento separable o separado de otros activos, y debe ser cuantificado razonablemente.

- Beneficios económicos del futuro: los activos adquieren un valor económico para el ente en función de la generación de flujos de efectivo futuros. Dichos flujos pueden tener origen en la capacidad de cambiarse por efectivo u otros recursos, o en su capacidad de proporcionar servicios futuros a las actividades que generan utilidades. Los activos representan valores económicos basados en su potencial de servicios futuros.

- Fundadamente esperados: se refiere a que los beneficios económicos a recibir en el futuro tienen su base en la información disponible dentro del contexto de las actividades que desarrolla el ente. Concretamente, es la probabilidad de ser recibidos en el futuro y la ausencia de informes o condiciones que pueden generar una duda razonable (negativa) en cuanto a su ocurrencia.

- Controlador por una entidad: es el poder que tiene el ente de controlar los beneficios económicos para sus propios fines; como así también que cuente con la posibilidad de negar o reglar el acceso a terceros a dichos beneficios. Al establecer el control amplía el concepto de propiedad, estableciendo que las formalidades jurídicas son utilizadas por la contabilidad sólo como guías generales para identificar la sustancia económica de las transacciones.

- Consecuencia de transacciones pasadas y otros eventos ocurridos: un activo debe provenir de transacciones celebradas en el pasado con entes independientes, de la producción interna del ente y por otros eventos acontecidos.”

1.2.2. Atributos esenciales de un activo

- F.A.C.P.C.E.
 - Control sobre los beneficios que produce un bien.
 - Hecho ya ocurrido.
 - Aptitud para generar un flujo positivo de dinero.
- I.A.S.C.
 - Recurso controlado por la empresa.
 - Resultado de eventos pasados.
 - Beneficios económicos futuros.
 - Contribución al flujo de efectivo.
- F.A.S.B.
 - Beneficios económicos futuros.
 - Obtenidos o controlados por un ente.
 - Resultado de transacciones o hechos pasados.
- I.M.C.P.
 - Beneficios económicos futuros.
 - Controlados por una entidad.
 - Consecuencia de transacciones o hechos pasados.

1.2.3. Elementos comunes en el concepto de un activo

- Control por parte de la empresa: Capacidad de tomar decisiones, directa o indirectamente.
- Capacidad para generar beneficios económicos futuros: Fundada expectativa de ocurrencia (grado de incertidumbre sustancialmente acotado). Traducida en términos de flujos de fondos.
 - Transacciones o eventos del pasado: Adquisición y otras formas de incorporación al patrimonio.

Expuesto el concepto, atributos esenciales y elementos comunes de un activo, y ante la falta de normas contables específicas que rijan en la materia, a continuación se expone una guía práctica para la registración, exposición y valuación de las transferencias fiduciarias brindada por el:

1.2.4. Informe N° 28 de la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital - Agosto 1997 (Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

Las distintas alternativas que se pueden presentar serían las siguientes:

- En los registros del fiduciante:
 - Transmisión de los bienes al fideicomiso.

- Contraprestación relacionada con dicha transmisión fiduciaria.
- Destino final de los bienes.
- En los registros del fiduciario:
 - Resultados devengados por su gestión: Honorarios, comisiones, etc.
- En los registros del Fideicomiso:
 - Recepción de los bienes fideicomitidos.
 - Distintas operaciones autorizadas en el contrato de fideicomiso, entre ellas la emisión de certificados de participación y títulos de deuda.
 - Liquidación del fideicomiso.
 - Transmisión de los bienes fideicomitidos a otro fiduciario.
- En los registros del beneficiario o fideicomisario:
 - Recepción de los beneficios estipulados en el contrato de fideicomiso.

En cuanto a la transmisión de los bienes al fideicomiso, los aspectos más relevantes a tener en cuenta son los siguientes:

- Si existe contraprestación por tal transferencia.
- Si tal contraprestación es asimilable a una venta.

❖ **Transmisión de los bienes al fideicomiso con contraprestación**

El informe N° 28 citado establece que la transmisión fiduciaria, por la que el fiduciante recibe una contraprestación (por ejemplo: Dinero, certificados de participación o títulos de deuda), 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. De no darse esta circunstancia, los mencionados bienes permanecerán en el activo del fiduciante con una adecuada explicación de la situación contractual que los afecta o los pudiere afectar.

• **Transmisión fiduciaria asimilable a una operación de venta.**

Para que esta operación sea contabilizada como una operación de venta en la contabilidad del fiduciante, deben darse todos los siguientes requisitos:

- 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.
- 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 dichos bienes, el fiduciante deberá hacer estimación razonable de las pérdidas futuras y gastos conexos relacionados con dichos bienes. Se considera que no existe venta cuando el fiduciante no puede efectuar dicha estimación.

- El contrato de fideicomiso no puede obligar a readquirir los bienes fideicomitidos o sólo lo podría hacer en una proporción poco significativa. Un ejemplo típico es la securitización de hipotecas, prendas o cupones de tarjetas de crédito.

▶ La transmisión fiduciaria del activo en fideicomiso no se realiza en garantía de las obligaciones del fiduciante o de terceros (fideicomiso de garantía).

▶ **Contabilidad del Fiduciante**

En el caso de llevar registros contables de sus operaciones, deberá registrar en su contabilidad la transmisión fiduciaria de los activos involucrados, dándolos de baja y registrándolo como contrapartida la contraprestación recibida (Ejemplo: Dinero, certificados de participación, títulos de deuda). Cuando la transacción se efectúe por un valor diferente al valor de libros de los activos, se deberá registrar dicha diferencia como un resultado del ejercicio, conjuntamente con las pérdidas futuras y gastos conexos estimados.

▶ **Contabilidad del Fideicomiso**

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

La contrapartida de dicha operación será la que refleje más adecuadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios, respectivamente.

En cuanto a la registración de la emisión de certificados de participación y/o títulos de deuda; los primeros, constituyen o integran el denominado "patrimonio neto fiduciario" y como tal serán registrados integrando dicho rubro, mientras que los segundos, deberán registrarse como *pasivo fiduciario*.

Las distintas operaciones que se realicen durante la ejecución fiduciaria deberán registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

• **Transmisión fiduciaria no asimilable a una operación de venta**

Cuando no se presentan las condiciones anteriormente mencionadas, el tratamiento contable podrá ser el siguiente:

▶ **Contabilidad del Fiduciante**

Los bienes fideicomitidos deberán ser reclasificados en la contabilidad del fiduciante en una cuenta que refleje su afectación al fideicomiso, reflejándose, además, como activos y pasivos las prestaciones y contraprestaciones vinculadas o relacionadas con la operación en cuestión.

▶ **Contabilidad del Fideicomiso**

Dado que en esta alternativa los bienes fideicomitidos como las contraprestaciones recibidas son contabilizadas en los libros del fiduciante, el fideicomiso en dicho momento no deberá hacer ninguna registración al respecto.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del contrato, como resultado de la ejecución fiduciaria deberán registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

❖ **Transmisión de los bienes al fideicomiso sin contraprestación**

▶ **Contabilidad del Fiduciante**

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

▶ **Contabilidad del Fiduciario**

Deberá registrar en sus libros los resultados devengados por su gestión, tales como comisiones, honorarios, etc., pudiendo reflejar en cuentas de orden o en notas a sus estados contables su responsabilidad como fiduciario sobre los bienes fideicomitados.

▶ **Contabilidad del Beneficiario o Fideicomisario**

Deberá registrar en sus libros los beneficios obtenidos por efecto del contrato de fideicomiso. Para determinar la contrapartida se deberá verificar el objeto del fideicomiso.

❖ **Tratamiento contable de los certificados de participación**

El titular de estos certificados los expondrá en el rubro pertinente y los clasificará según su liquidez. Su valuación resultará de aplicar la proporción de la tenencia de certificados de participación al patrimonio neto fiduciario. En ningún caso dicha valuación deberá exceder su valor recuperable. A continuación exponemos, por considerarla de suma utilidad, la:

1.2.5. Propuesta brindada por el Prof. Flavio A. Mantovan en las Jornadas de Ciencias Económicas en el año 2010 de la F.C.E – U.N.C. (JTP de contabilidad avanzada / JTP de práctica profesional de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo)

El abordaje contable de los contratos de fideicomiso ha sido intentado con variadas propuestas doctrinarias, no concretándose aún en normativa técnica profesional. En la presente exposición el profesor se aparta en muchas situaciones de la doctrina ya difundida, entendiendo la necesidad de dar respuestas contables propias a la naturaleza del instituto y no en base a la asimilación con otras figuras jurídicas, centrando sus conclusiones en el tipo de registraciones a practicar por todos los sujetos intervinientes en el contrato sobre la base de la transferencia de dominio como acontecimiento no sólo jurídico sino también económico, fundamentalmente en contemplación con el fin último perseguido de protección patrimonial.

- **Bases para el reconocimiento contable**

El fideicomiso es un contrato que ha merecido legalmente una tipología propia, estableciéndose en base a principios jurídicos que caracterizan las transferencias en cuestión de una manera específica y particular. La naturaleza económica de estas transferencias no precisa que se equiparen a otro tipo contractual para determinar las registraciones contables, sino que éstas deben reconocerse en base a la naturaleza propia del contrato.

Entendiéndose en forma pacífica que las transferencias patrimoniales no lo son ni a título oneroso ni a título gratuito, sino a un título particular y distinto como es ser a título de fiducia, es sobre esta base que deben determinarse las registraciones que mejor representen los hechos jurídico-económicos que devienen del contrato de fideicomiso.

Por ende no parece constructivo buscar semejanzas con el contrato de compra venta para aquellos casos de transferencias fiduciarias con expectativas de reingreso de bienes puesto que el patrimonio transmitido lo es en base a un título específico -esencia del instituto-no oneroso. Esta asimilación propuesta por la doctrina busca una onerosidad inexistente.

Asimismo, en los casos de transferencias sin expectativas de retorno de bienes, es discutible la registración de un quebranto puesto que ello es propio de una donación (transmisión a título gratuito), lo que acá tampoco existe porque el acto económico no es en interés de un tercero para que éste se enriquezca, sino en interés propio del fiduciante para lograr protección de sus activos

- **Reconocimiento de la transferencia fiduciaria por el fideicomiso**

La transferencia que hace el fiduciante al fiduciario para constituir un patrimonio con independencia económica debe ser reconocida, y hacerse al momento de producirse la misma, por ser éste su hecho económico generador.

La transferencia de dominio fiduciario no sólo es un evento jurídico, sino también económico, por cuanto su titular tiene derechos de disposición y administración. El dominio fiduciario que se constituye no es meramente formal ni carente de contenido, sino que, por el contrario, su titular—el fiduciario—es quien tiene el verdadero control de los activos.

El *dominio imperfecto* que caracteriza a este contrato, lo es por su limitación en el tiempo, y no por la capacidad de acción del nuevo propietario.

Los activos fideicomitados quedan fuera de la órbita de control de su anterior propietario—el fiduciante—quien ya no poseerá, en calidad de tal, el control de los flujos de fondos generados por el patrimonio. Por lo que siempre el fideicomiso deberá reconocer el ingreso de los bienes (alta de activos).

La contrapartida de este ingreso debe ser la conformación de un patrimonio neto fiduciario, dado que es el fiduciario quien detenta la propiedad de los bienes.

No corresponde que sea contra pasivos porque el fideicomiso no tiene una deuda contra el fiduciante, no es el fideicomiso, entendido como ente económico, el que tiene que entregar los bienes a la finalización del contrato, sino el fiduciario que detenta su propiedad. El pasivo del fideicomiso surgirá de las operaciones que se realicen para cumplimentar la manda.

- **Reconocimiento por el fiduciante**

En base al mismo orden conceptual, la entrega patrimonial que hace el fiduciante debe registrarse como baja de activos en el momento en que la misma se produce, debido a la transferencia de dominio existente. Reiteramos que el fiduciante carece de control sobre el activo transmitido precisamente por dejar de ser su dueño. Por lo tanto no cabe que los mantenga en su contabilidad mediante una simple reclasificación, y tampoco resulta pertinente el empleo de cuentas de regularización ya que no existe ninguna situación que regularizar (no posee activos menguados).

Esto no es óbice para que se informe por nota a los estados contables sobre la situación acaecida, y se mantenga dicha información por todo el tiempo contractual, debido a la importancia que puede tener la transferencia y las implicancias que se deriven de las cláusulas contractuales.

- **Contrapartida en la contabilidad del fiduciante**

En los casos en que el fiduciante sea fideicomisario debería registrar como contrapartida de la entrega de bienes la expectativa futura de reingreso patrimonial, esto es, el derecho a los mismos o a bienes de distinta naturaleza y/o cantidad.

Esta expectativa de ingreso futuro de activos también es un evento económico cuyo hecho generador es la firma misma del contrato, por lo que resulta en contrapartida de la cesión fiduciaria.

Más difícil es resolver la contrapartida de la transmisión fiduciaria cuando el fiduciante no es fideicomisario, esto es, cuando no existe una expectativa de reingreso futuro de bienes.

Como vimos precedentemente, el Informe 28 y la doctrina que lo sigue propone el reconocimiento de un resultado negativo. Esta es una postura controvertida puesto que, la salida de los bienes del patrimonio del fiduciante no es causada por una transacción que por situaciones no deseadas por el ente devenga en desventajosa, ni tampoco con el ánimo de enriquecer a terceros, lo que es propio de un acto a título gratuito, sino que el fiduciante produce voluntariamente la mengua patrimonial con el propósito de otorgarle protección a dichos bienes en atención a un fin último.

El tratamiento como resultado (pérdida) ocasiona también consecuencias sobre la rentabilidad del ente (medida básicamente por la comparación de un resultado producido—ex post—con un capital invertido—ex ante), de tal forma que su medición se encontraría sesgada al no compararse realmente los resultados generados con los bienes puestos a producirlos. En otras palabras, usaríamos en la comparación un resultado menor cuando lo que tenemos es un patrimonio menor.

Otra consecuencia del tratamiento propuesto por el Informe 28 es que al afectarse los resultados del ejercicio, y en la inteligencia que una cesión fiduciaria lo será por valores significativos, ello puede significar una restricción a la distribución de resultados en el ejercicio y en los siguientes (art. 71 Ley de Sociedades Comerciales).

Por ende, entendiéndose que la naturaleza económica de la cesión fiduciaria es una mengua patrimonial ajena a la gestión de resultados, el tratamiento propicio de la contrapartida es una reducción de patrimonio neto.

Frente a esto, se hace necesario considerar que puede resultar difícil pensar en un ente comercial que efectúe una cesión fiduciaria sin reserva de reingresar bienes en el futuro, lo que acota sus posibilidades. No obstante, es una situación frecuente en los fideicomisos estatales. (Brigas, Anabel; Ferreyra, Romina; Manuele, Verónica; Muñoz Albelo, Gisela; Ruiz, Natali, 2012)

Como se observa, existe un vacío normativo de trascendencia. La profesión de Cs. Económicas ha receptado esta realidad y elaboró en la órbita de la CABA una norma técnica pero meramente orientativa (Informe N° 28 del año 1997 de la Comisión de estudios sobre contabilidad del CPCECABA), por lo que hasta el momento la metodología de registración, valuación y exposición de la información del fideicomiso dependerá exclusivamente de la decisión del fiduciario en virtud de su obligación contractual de rendición de cuentas (como mínimo una vez por año). El resto de las obligaciones, desde el punto de vista contable, de los sujetos intervinientes en el fideicomiso van a surgir del contrato y sobre todas las cosas, deberá privilegiarse el principio de la realidad económica.

2. NORMAS DE AUDITORIA

La carencia de normas profesionales específicas sobre auditoría de las diferentes clases de fideicomiso, hace necesario ajustarse a lo reglamentado por la Resolución Técnica N° 37 de la F.A.C.P.C.E., adoptada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza mediante Resolución N° 1865/2013 (la cual deroga la antigua Resolución Técnica 7 y la Interpretación N° 5- El informe del auditor sobre cifras e información presentada a efectos comparativos), con vigencia para los servicios profesionales que se presten a partir del 1/1/2014 o, en el caso de encargos cuyo objeto sean estados contables, para los ejercicios iniciados o períodos intermedios correspondientes a ejercicios iniciados a partir del 1/1/2014. Cabe destacar que se permite la aplicación anticipada de los servicios profesionales previstos en la resolución técnica 37 para los encargos iniciados a partir de la fecha de aprobación de la norma por la Junta de Gobierno de la FACPCE (22/3/2013).

El Informe N° 12 del CENCyA denominado Modelos de Informes de Auditoría (en el marco de la RT 37.), presenta diversos Modelos de Informes de Auditoría respetando las normas de la R.T.

37 aprobados por la Junta de Gobierno de la F.A.C.P.C.E el 22 noviembre de 2013. Estos modelos son meramente ilustrativos y no de aplicación obligatoria, el contador determinará, sobre la base de su criterio profesional, el contenido y la redacción de sus informes de auditoría.

Los informes se presentan considerando la información comparativa bajo los enfoques de cifras correspondientes (identificados con la sigla “CC”) o de estados comparativos (identificados con la sigla “EC”), según se definen en los párrafos 32 a 35 de la sección III.A.ii de la Resolución Técnica N° 37.

Los modelos preparados bajo el enfoque de cifras correspondientes contienen el siguiente párrafo educativo: “Las cifras y otra información correspondientes al ejercicio económico terminado elde de 20XX son parte integrante de los estados contables mencionados precedentemente y se las presenta con el propósito de que se interpreten exclusivamente en relación con las cifras y con la información del ejercicio económico actual”. Este párrafo pretende aclarar el alcance con el cual el contador considera a la información comparativa cuando el enfoque empleado es el de cifras correspondientes introducido por la Resolución Técnica N° 37. El contador ejercerá su criterio sobre la conveniencia de incluir tal aclaración en su informe y hasta cuándo hacerlo.

En el párrafo de opinión sobre presentación razonable, los modelos hacen referencia a la situación patrimonial de la entidad, así como sus resultados, la evolución de su patrimonio neto y el flujo de su efectivo. La mención a la evolución del patrimonio neto se ha incorporado en los modelos por tratarse de una práctica habitual en Argentina, aunque no es de aplicación única. Otra práctica admitida es hacer referencia sólo a la presentación razonable de la situación patrimonial, los resultados y el flujo de efectivo, entendiendo que en ella queda subsumida la evolución del patrimonio neto.

Excepto que el modelo indique lo contrario, se asume que el contador realizó todos los procedimientos de auditoría requeridos por las normas profesionales.

Las situaciones planteadas no son todas las que podrían presentarse en la práctica; podrían existir otras situaciones y combinaciones de circunstancias no contempladas en estos modelos.

Estos modelos no contemplan la inclusión de la información adicional requerida por disposiciones legales y reglamentarias que puedan disponerse en las distintas jurisdicciones donde se emitan los informes, como por ejemplo: información sobre procedimientos sobre prevención del lavado de activos de origen delictivo y financiación del terrorismo; situación de los registros contables de la entidad; deuda exigible y no exigible por impuesto sobre los ingresos brutos; información adicional requerida por CNV; CUIT de la entidad; cifras de los principales capítulos de los estados contables auditados.

Para la auditoría de fideicomisos financieros adicionalmente la Comisión Nacional de Valores (C.N.V.) prevé, a través de distintas resoluciones, un régimen particular. Dentro de este régimen es dable destacar la obligatoriedad, bajo determinadas condiciones, de la designación por el directorio de

la emisora de un Comité Interno de Auditoría, de entre los miembros del órgano, que cuenten con versación en temas empresarios, financieros o contables, salvo disposición en contrario del estatuto. La designación de los miembros de este Comité, así como cualquier modificación en la integración de éste (ya fuere por renuncia, licencia, incorporación o sustitución de sus miembros, o cualquier otra causa), deberá ser comunicada por la emisora a la Comisión y a las entidades autorreguladas donde se negocien las acciones de la emisora, dentro de los tres (3) días de ocurrida o de llegado el hecho a su conocimiento.

Este Comité contará con facultades para dictar su propio reglamento interno. Deberá reunirse con una frecuencia no inferior a la exigida por la Ley, los reglamentos y el estatuto, al órgano de administración de la emisora. Serán de aplicación a las deliberaciones del Comité y a sus libros de actas las normas aplicables al órgano de administración. Los restantes miembros de los órganos de administración y los miembros del órgano de fiscalización podrán asistir a las deliberaciones del Comité, con voz, pero sin voto. El Comité, por resolución fundada, podrá excluirlos de sus reuniones.

El Comité deberá revisar los planes de los auditores externos e internos, evaluar su desempeño y emitir una opinión al respecto en ocasión de la presentación y publicación de los estados contables anuales.

Por último, es relevante considerar que la Unidad de Información Financiera (U.I.F) reglamentó mediante la Resolución N° 140/2012 las medidas de prevención a adoptar por aquellas personas físicas o jurídicas que operen a través de fideicomisos, ya sean titulares de los mismos, o actúen como administradores, fiduciarios o agentes de los mismos.

Esta resolución establece que las personas físicas o jurídicas que actúen como administradores, fiduciarios, intermediarios o agentes comercializadores o vendedores en **cualquier tipo de fideicomiso**, deberán registrarse en la página web de la UIF e implementar una serie de medidas tendientes a prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Este deber alcanza también a los agentes colocadores y quienes actúen como sub contratantes en la colocación inicial de valores fiduciarios y agentes de depósito, registro y/o pago de valores fiduciarios

La nueva norma tiene como fin reglamentar las obligaciones dispuestas para el tipo de sujetos obligados identificados en el inciso 22 del artículo 20 de la Ley 25246 y sus modificatorias (las personas físicas o jurídicas que actúen como fiduciarios, en cualquier tipo de fideicomiso y las personas físicas o jurídicas titulares de o vinculadas, directa o indirectamente, con cuantas de fideicomisos, fiduciantes y fiduciarios en virtud de contratos de fideicomiso) y se aplica a los fideicomisos constituidos tanto en el país como en el extranjero. Siendo aplicable esta disposición por extensión a los Contadores/ Auditores en su carácter de sujetos obligados a informar a la U.I.F. conforme el inc. 17 del artículo 20 de la mencionada Ley.

De este modo, a partir del 14 de agosto los sujetos obligados deberán adoptar una política de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, la cual deberá estar debidamente detallada en un manual de procedimiento, designar un Oficial de Cumplimiento, realizar **auditorías periódicas**, capacitar al personal, elaborar una política de identificación y conocimiento del cliente, conservar la documentación relativa a cada cliente y establecer un régimen sancionatorio para el personal, en caso de incumplimiento de los procedimientos específicos contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, entre otras medidas.

De existir incumplimientos a alguna de las obligaciones mencionadas en la Resolución N° 140/2012, como el deber de reportar operaciones sospechosas de lavado de activos o de financiación del terrorismo, la UIF mediante sus facultades sancionatorias, podrá establecer las multas previstas en el capítulo IV de la Ley 25.246 y sus modificatorias.

Con la vigencia de esta resolución, la Argentina cuenta ya con la regulación de todos los sujetos obligados establecidos por el artículo 20 de la Ley 25246. Por otra parte, en lo que se refiere al sector particular de fideicomisos, la presente resolución se anticipa a una serie de regulaciones definidas como prioritarias por las nuevas 40 recomendaciones del GAFI -aprobadas en febrero de 2012-, para la identificación del beneficiario final.

CONCLUSIONES

El fideicomiso es un acto jurídico que tiene como consecuencia la transmisión de uno o más bienes con el objeto que el beneficiario, llamado fiduciario, cumpla un encargo (encargo que constituye una estipulación a favor de un tercero llamado beneficiario), que el dador de los bienes (llamado fideicomitente o fiduciante) desea asegurar, por lo que el fiduciario actuará como titular del bien a nombre propio, pero en beneficio del tercero, quedando obligado a devolver los bienes que restan, una vez cumplido el encargo, a otra persona llamada destinatario final o fideicomisario.

No constituye un fin en sí mismo, sino que es el instrumento utilizado para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio subyacente.

En nuestra legislación, la doctrina tradicionalmente ha agrupado diferentes especies de negocios fiduciarios, según los fines que se persiguen al constituirlos y la función que cumple en ellos el fiduciario, en: 1) Fideicomiso de administración, 2) Fideicomiso de inversión, 3) Fideicomiso de garantía, 4) Fideicomiso Financiero, 5) Fideicomiso Testamentario, 6) Fideicomiso de seguro, 7) Fideicomiso de Desarrollo, 8) Fideicomiso Inmobiliario, 9) Fideicomiso prestacional o de fondos de pensión, 10) Fideicomiso del Estado, 11) Fideicomiso a favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

En nuestro país se encuentra normado en:

- El Código Civil, en su Título VII - Domino Imperfecto (artículos 2.661 a 2.672).
- La Ley 24.441/1.994.
- El Código Penal, en lo referente a las defraudaciones vinculadas a fideicomisos.
- Leyes 11.683, 25.063/ 98, 20.628/97, 23.349/86, 23.966/91.
- Decreto 780/95.
- Resoluciones de la Comisión Nacional de Valores, en su carácter de Autoridad de Contralor de los Fideicomisos Financieros.

Algunos autores, entre ellos Pedro Federico Gutiérrez, consideran que desde la sanción de la Ley 24.441 coexisten en nuestra legislación *dos* fideicomisos, uno regulado por el Código Civil y otro instituido por la Ley. Entre ambos hay diferencias sustanciales debido a sus raíces, no obstante esas diferencias, lo esencial del instituto siempre es el *encargo de confianza* que recibe el fiduciario del fiduciante, el cual constituye el carácter distintivo del fideicomiso. Además de éstos, existen otros casos particulares a los que la ley denomina fideicomiso, como los regulados por las Leyes 19.550, 23.576, 23.962 y 23.696 que tienen distinta función y naturaleza.

En el fideicomiso regulado por el Código Civil, el fiduciante transmite al fiduciario la plena propiedad de las cosas fideicomitidas, que *ingresan* al patrimonio de éste y por tanto responden ante los acreedores que tienen su patrimonio como garantía o prenda común. El dominio transmitido es imperfecto dado que carece del carácter de perpetuo. El fideicomiso, también implica una o varias estipulaciones a favor de terceros. En efecto, el fiduciante y el fiduciario establecen en el contrato que los beneficios de la cosa deben ser entregados al beneficiario y que los bienes dados en propiedad deben, al vencer el plazo o al cumplirse la condición, ser entregados a un fideicomisario, siendo que estas personas son extrañas a la relación contractual.

Ambos fideicomisos admitidos por nuestra legislación pueden ser constituidos por testamento o por contrato.

En la constitución por testamento, sólo interviene el testador que es el fiduciante. En el fideicomiso contractual, es necesaria la intervención del fiduciante y del fiduciario, puesto que este último recibe los bienes fideicomitidos, comprometiéndose a cumplir con la manda impuesta sobre ellos. Es decir, que los sujetos necesarios para la celebración del contrato son dos: el *Fiduciante* (Fideicomitente, instituyente o constituyente), que es la persona que transmite los bienes y los aporta para la constitución del fideicomiso, y el *Fiduciario* (o Fideicomitido), que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato, pero también existen en la figura legal otras dos personas, como terceros interesados: el *Beneficiario*, quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el Fiduciario, y el *Fideicomisario* que es el destinatario final de los bienes fideicomitidos.

El fideicomiso regulado por el Código Civil, se constituye a través de un contrato innominado regido sólo por el principio general de libertad de las convenciones o principio de la autonomía de la voluntad, dado que dicho ordenamiento sólo regula el dominio fiduciario. Lo fundamental a tener en cuenta en este contrato es que los bienes se transfieren al fiduciario en “propiedad fiduciaria”. Este fideicomiso puede constituirse, pese a estar regulado entre las normas referidas a los derechos reales, tanto sobre cosas propiamente dichas como sobre aquellos bienes que no son cosas, es decir sobre derechos y objetos inmateriales susceptibles de tener valor económico.

El fideicomiso regulado por la ley 24.441, en cambio, se constituye a través de un contrato nominado y típico, regulado ampliamente por la ley como un contrato *diferente*, y por ello no altera el régimen establecido en el Código Civil. A este contrato regulado por la ley se le aplican en forma supletoria las normas sobre compraventa, donación o cesión de derechos, en la medida que el contrato contenga previsiones que se les asemejen.

Los efectos al constituir un fideicomiso en nuestro sistema legal serán diferentes según el sistema que se adopte, pudiendo quedar regulado por las normas del Código Civil o por las de la Ley 24.441.

El fideicomiso quedará regulado por la Ley 24.441 si se cumple con las normas de la misma, como las relativas al contenido del acto constitutivo (contrato o testamento) y se inscriben los bienes en la forma prescrita por los artículos 12 y 13 de dicha Ley. En este caso, con los bienes fideicomitados se constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario que *no* responde por las deudas personales de éste, surtiendo el acto constitutivo efectos contra terceros.

Toda clase de bienes y derechos son susceptibles de constituirse en fideicomiso, salvo aquellos personalísimos del fiduciante que, en general, no son susceptibles de enajenación.

El fideicomiso testamentario presenta importantes aplicaciones prácticas, de las cuales podemos mencionar entre otras: la protección de la porción de uno de los herederos; la protección de incapaces o de concebidos y no nacidos, la posibilidad de cumplir fines de beneficencia cuando el testador no se fíe del manejo de los bienes que pudiera hacer la institución beneficiaria.

El fideicomiso de garantía puede reemplazar con ventajas el tradicional sistema de garantías reales, como la prenda y la hipoteca. La diferencia sustancial radica en que la transmisión de la propiedad no se produce en estas últimas, por lo cual en caso de incumplimiento es necesaria una ejecución forzada. En el fideicomiso la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa. (fideicomiso de garantía).

En materia tributaria, las posibilidades que existen en relación a la aplicación de los distintos impuestos legislados en nuestro país, tanto a nivel nacional como provincial, son muy variadas, dependerá en realidad del negocio fiduciario de que se trate.

El contrato de fideicomiso, celebrado de acuerdo a la legislación vigente, da origen a un Ente Contable, pero no a una persona jurídica distinta de sus partícipes, esto es, desde el punto de vista jurídico simplemente un contrato, un patrimonio separado de afectación específica. Los libros que como ente contable imprescindiblemente deberá llevar el fideicomiso serán: el Libro Diario, el Inventarios y Balances y todos aquellos que le exijan la importancia y la naturaleza de sus actividades y que posibiliten una adecuada sistematización de la información y una correcta registración de las operaciones que realiza. Los estados contables básicos que deberán presentar son: El Estado de Situación Patrimonial Fiduciario, el Estado de Evolución del patrimonio Neto Fiduciario, el Estado de Resultados Fiduciario, el Estado de Flujo de Efectivo Fiduciario y la Información Complementaria (notas y anexos). En el caso de que un mismo fiduciario sea titular de varios patrimonios fideicomitados, deberá contabilizar las operaciones y transacciones y emitir estados contables en forma separada para cada uno de ellos, separándolos a su vez de su patrimonio personal.

Expuesto este panorama general del fideicomiso en Argentina, pueden advertirse algunas ventajas generales a saber: 1) es un excelente instrumento para la protección del patrimonio frente a los riesgos futuros, 2) posibilita la realización de innumerables negocios subyacentes, 3) garantiza el manejo de los bienes por un fiduciario idóneo. 4) Al fallecer el fiduciante, la figura del fideicomiso

contractual con efectos post mortem cumple la función no menor de evitar el proceso sucesorio, que en Argentina debe tramitar necesariamente en sede judicial. Este proceso será innecesario respecto de los bienes fideicomitidos, dado que al momento del fallecimiento no integraban el patrimonio del causante. Se habrán evitado así importantes demoras y costos significativos. 4) garantiza la inversión y los resultados emergentes que de ella se esperan a partir de un proceso transparente, operaciones previsible y pautas claras, considerando tanto intereses particulares como generales, y relacionando de una manera verdaderamente integradora el comercio con la tecnología, la mano de obra y las finanzas, 5) posibilita relevantes ventajas impositivas.

En cuanto a sus desventajas se puede advertir que: 1) Falta un adecuado régimen de publicidad en relación con las cosas muebles y otros bienes no registrables. Debería disponerse la inscripción pertinente en el Registro Público de Comercio. 2) Deben obligatoriamente preverse normas contemplando el tratamiento tributario y el régimen de contabilización de las operaciones. 3) No se encuentra regulada la situación del Fideicomisario ni tampoco se ha previsto el supuesto de que la condición resolutoria a que esté sujeto el fideicomiso, no se cumpla. 4) La ley no ha previsto un problema de técnica jurídica evidente, que deberán suplir la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales. El fiduciante, al constituir el fideicomiso y cumplirlo, pierde indudablemente el dominio y/o la propiedad de los bienes transferidos al fiduciario, los que salen de su patrimonio. Pero el fiduciario no adquiere el dominio pleno o perfecto, de las cosas recibidas, ni la propiedad plena de los otros bienes que integren el fideicomiso. A su vez cuando el fiduciario dispone de los bienes recibidos (artículo 17) o los entrega al extinguirse el fideicomiso, a quien corresponda (artículo 2662 del Código Civil y artículo 1, 26 y conchs. de la Ley), transmite el dominio pleno al adquirente, ya que no puede admitirse que tal adquisición se limite a un dominio o propiedad de carácter fiduciario. La ley, entonces, debió contemplar lo expuesto, pudiendo haber dispuesto en forma expresa (y no tácita como ante ese silencio habrá que interpretar) que el fiduciario quedaba investido de legitimidad substancial para disponer los bienes constitutivos del patrimonio fiduciario, transmitiéndolos a quien resulte adquirente, en dominio o propiedad plenos. De ese modo queda salvada la objeción que surge del artículo 3270 y sus concordantes del Código Civil, de que: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y mas extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" ("Nemodatquod non habet", decían los romanos -"Nadie da lo que no tiene"), principio que no rige para el adquirente y poseedor de buena fe de cosas muebles: artículos 2412 , 3271 y conchs., del Código Civil).

El profesional en Ciencias Económicas debe jugar un rol integrador frente a este instrumento identificando sus posibilidades de aplicación, tanto en lo relativo a la concepción estratégica como

respecto a la operación de esquemas que puedan ser requeridos por corporaciones, Pymes , asociaciones civiles, familias o personas.

Por último, en consecuencia y en función de la relevancia que han adquirido los contratos de fideicomiso en los últimos años, es necesario que se “clarifiquen y armonicen” las normas y opiniones existentes, a efectos de establecer seguridad jurídica que permita la viabilidad de estos contratos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva - Dirección de Asesoría Técnica. (2005). Dictamen 55/2005, *Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas – Ley N° 23.905. Transferencia Fiduciaria de Inmuebles. Consulta Vinculante*. Buenos Aires. Recuperado de [http:// www.cpcesla. org.ar/ doc/boletin/248/dat_55.doc](http://www.cpcesla.org.ar/doc/boletin/248/dat_55.doc) [julio, 2013]
- Apat, J. M. (Agosto de 2002). *Las Tesinas de Belgrano. Fideicomiso*. Buenos Aires. (Tesis de Grado, Universidad de Belgrano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacia) Obtenido de http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/61_apat.pdf. [enero, 2013]
- Banco Central de la República Argentina. (s.f.). Obtenido de <http://bcra.gov.ar>
- Barboza, K. (s.f.). *Fideicomiso*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajo14/fideicomiso/fideicomiso.shtml> [enero, 2013]
- Barrio, M. C. (2012). *Fideicomiso y la Autonomía de la Voluntad*. Recuperado de [www.mariacarolinaobarrio.com/images/client_gallery/Fideicomiso y la Autonomia de la Voluntad.htm](http://www.mariacarolinaobarrio.com/images/client_gallery/Fideicomiso_y_la_Autonomia_de_la_Voluntad.htm)
- Bauza de Pina, D.; Bressan, P.; Coll, Osvaldo; Ferro Llado, S. B.; Grozona, D. A.; Maury, B. A.; Mavrich, A. I.; Miguel, S.; Parellada, C.; Pauliafito, G. J.; Torres Cavallo, J.. (2005). *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Brigas, A.; Ferreyra, R.; Manuele,V.; Muñoz A.G.; Ruiz, N. (2012). *Fideicomiso Inmobiliario, Jurídico y Contable*. (Trabajo de Investigación, Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas). Mendoza. Recuperado de http://www.bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4585/bringas-fideicomiso inmobiliario.pdf [enero, 2013]
- Carregal, M. A. *Problemas registrales del fideicomiso*. La Ley 2000-A-1059.
- Cavagnolla, L. A. (2011). *Tratamiento Impositivo de los Fideicomisos*. (Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Catedra Práctica Profesional, Cuadernillo). Mendoza, San Rafael.

Código Civil de la Nación Argentina de 1871. Ed. Víctor P. de Zavalía S.A. Benos Aires (2000)

Comisión Nacional de Valores. Obtenido de <http://www.cnv.gov.ar> [enero, 2012]

Consejo Profesional de Ciencias Económica de Mendoza. Obtenido de <http://cpcemza.org.ar> [enero, 2012]

Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (s.f.). Obtenido de <http://www.consejo.org.ar> [enero, 2012]

D'Alessio, C. (2012). *El fideicomiso en Argentina como medio de planificación hereditaria*. El Notario del Siglo XXI. N° 34. Obtenido de www.elnotario.es/index.php/21-secciones/seccion-corporativa/998-el-fideicomiso-en-argentina-como-medio-de-planificacion-hereditaria-0-01967765113308807.

De Marco, A.; Ferreiro, E.; Gadea, A.; Gazdziol, M. (2000) *Fideicomiso. Aspectos Jurídicos y su tratamiento en el impuesto a las ganancias*. Ed. Errepar.

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 780. Argentina. (1995).

Dubois, F. (2004, abril 25). *Fideicomiso de Garantías*. Buenos Aires. Revista Ed. Errepar

Fernández Márquez, J. *El Fideicomiso de Garantía y el Concurso del Fiduciante*. Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2003-1, Pág. 129. Ed. Rubinzal Cuilzoni.

Fernández Márquez, J. *Notas sobre el Fideicomiso con fines de Garantías*. J.A. 2000-IV-1225.

García Puga, A. (2012). *Fideicomiso en Argentina*. Obtenido de www.garciapuga.com.ar/notas/fideicomisoargentina.htm

Gutierrez, P. F. (1998). *Los Fideicomisos y las Obligaciones Negociables*. Mendoza. Ed. Artes Graficas Unión.

Hayzus, J. R. (2000). *Fideicomiso*. Buenos Aires. Ed. Astrea Alfredo y Ricardo Depalma.

Informe N° 28. Registración, exposición y valuación de transferencias fiduciarias. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Buenos Aires. (1997). Obtenido de www.cpcecf.org.ar. [enero, 2014]

- Informe N° 28. Registración, exposición y valuación de transferencias fiduciarias. Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. Buenos Aires. (1997). [www.rosfid.com.ar/files/Tratamiento contable del Fideicomiso.pdf](http://www.rosfid.com.ar/files/Tratamiento%20contable%20del%20Fideicomiso.pdf) [enero, 2014]
- Ise, M.V. (2006). *El Fideicomiso en la Legislación Argentina. Su impacto en el Derecho Público y Privado*. Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas - Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes. Argentina..
- Jarach, D. (1969). *Curso Superior de Derecho Tributario*. Liceo Profesional CIMA. Buenos Aires.
- Kiper, C.M; Liporawsky, S.V. (1999). *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- Kiper, C.M; Liporawsky, S.V. (1999.). *Fideicomiso de Garantía en teoría y practica del fideicomiso..* Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis -Depalma.
- Kiper, C.M; Liporawsky, S.V. (s.f.). *Teoria y Práctica del Fideicomiso*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- Kiper, C.M; Liporawsky, S.V. (s.f.). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis - Depalma.
- Kurgansky, G. (2010, Diciembre). *Tratamiento contable de los contratos de fideicomiso*. CPCECABA Comisión de Jóvenes Profesionales - Subcomisión IMPRECOSO Área Contable. Buenos Aires. Recuperado de http://comisionjovenesprofesionales.blogspot.com.ar/2010/12/presentacion-tratamiento_contable-de.html. [enero, 2012]
- Ley de impuesto a las ganancias. N° 20.628 de 1973 (t.o. 1997 y modif.). Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2012)
- Ley de procedimiento Fiscal y Administrativo. N° 11.683 de 1998. Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2008)
- Ley del impuesto a la ganancia mínima presunta. N° 25.063 de 1998. Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2012)
- Ley del impuesto al valor agregado. N° 23.349 de 1986 (t.o. 1997 y modif.). Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2006)

- Ley del impuesto sobre los bienes personales. N° 23.966 de 1991 (t.o. 1997 y modif.). Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2012)
- Ley Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. N° 24.441 de 1995. Obtenido de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/812/norma.htm> [enero, 2012]
- Ley Penal Tributaria. N° 24.769 de 1996. Ed. Errepar S.A. Buenos Aires. (2008)
- Lopez de Zavalia, F. J. (1996). *Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contrato de Consumición*. Buenos Aires. Ed. Zavala.
- Mantovan, F.A.; Cesari, G. (2010, Agosto). *Aspectos Contables del Fideicomiso*. Jornadas de Ciencias Económicas de la Facultad de Ciencias Económicas – UNCuyo. Mendoza.
- Molina Sandoval, C. A. (2004). *El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*. Buenos Aires. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Peralta Mariscal, L.L. (2001). *El negocio fiduciario con fines exclusivos de garantía como acto jurídico ineficaz*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Volumen N° 2001-3, pág. 229/254. Santa Fe. Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Resolución Técnica N° 7 de 1985. *Normas de Auditoria*. Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas. Buenos Aires. Ed. Errepar S.A. (2012).
- Resoluciones Técnicas Vigentes. Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas. Buenos Aires. Ed. Errepar S.A. (2012). Actualizaciones obtenidas de www.cpcemza.org.ar
- Soler, O. H.; Carrica, E.; Nieto Blanc, E.; Gurrea, J. M. (2000). *Fideicomiso sus aspectos jurídicos y Tributarios*. Estudio Osvaldo H. Soler y Asociados. Obtenido de <http://www.soler.com.ar/especiales/fideicomiso.htm>
- Subelet, Carlos J.; Subelet, María C. *La nueva resolución técnica (FACPCE) 37*. (2013, Mayo). ERREPAR - D&G (Profesional & Empresaria) - T. XIV. Recuperado de <ftp://ftp.errepar.com/Redessociales/DyG-Mayo-2013-Subelet-Subelet.pdf>
- Tapia, D. (2013). Fideicomiso testamentario. Plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario. (Trabajo Final del Premaster Semipresencial

Cudes- Universidad Austral) Edición 2012. Recuperado de www.todaviasomos pocos.com/aportes/fideicomiso-testamentario-plazo-maximo-possible-de-ejercicio-de-la-administracion-de-los-bienes-del-causante-por-parte-del-fiduciario

Tapia, R. D. (03 de 26 de 2013). *Fideicomiso testamentario. Plazo máximo posible de ejercicio de la administración de los bienes del causante por parte del fiduciario*. Obtenido de www.todaviasomos pocos.com/aportes/fideicomisos-testamentario [enero, 2014]

Unión para la Apertura Universitaria – Derecho. (Agosto de 2008). *Fedeicomiso Testamentario*. Obtenido de <http://upaderecho2.blogspot.com.ar/2008/08/fideicomiso-testamentario.htm/?m=1> [enero, 2014]

Villegas, H. B. (1993). *Régimen penal tributario argentino*. Buenos Aires. Ed. Depalma.

www.bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digita les/4585/bringas-fideicomiso inmobiliario.pdf

Zannoni, E. (s.f) *Eficacia de los testamentos mortis causa* en Revista de Derecho Privado y Comunitario T 8 p. 205.

San Rafael, 17 de Septiembre de 2014.-

Conforme lo establecido por la Resolución N° 212 del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, los autores de este trabajo declaran que fue laborado sin utilizar ningún otro material que no haya sido dado a conocer en las referencias; que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros.-



.....
Maria Lorena Márquez Garcia
D.N.I. N° 30.108.383

.....
Celina, Formidabili
D.N.I. N° 30.051.603