

EL FIDEICOMISO NO FINANCIERO Y SU APLICACIÓN A LA ACTIVIDAD AGRÍCOLA

Introducción

La regulación jurídica del fideicomiso en la Argentina, ha evolucionado lentamente. Si bien en nuestra estructura legal el dominio fiduciario tuvo una precoz acogida con la sanción del Código Civil (art. 2662), esta figura estuvo ocultada en los renglones del mentado cuerpo legal.

Fue con la sanción de la ley 24.441 del año 1995, que tomo fuerza esta figura jurídica como modelo apto para diferentes tipos de emprendimientos económicos. Esta es una verdadera ley ómnibus debido que contempla y norma además del contrato de fideicomiso (art.1 a 26), otras figuras jurídicas tales como el contrato de leasing (modificado actualmente por la ley 25.248); las letras hipotecarias (arts. 35 a 49); créditos hipotecarios para la vivienda (arts. 50 y 51); régimen especial de ejecución de hipotecas (arts. 52 a 67); reformas a la legislación civil (arts. 68 a 76, modificatorios de los arts. 980, 997, 2662, 2670, 3936, 3876, Código Civil); al régimen de corretaje (art. 77); de fondos comunes de inversión (art. 78); normas procesales (art.79); régimen registral (art. 80), etcétera.

A lo largo de esta obra brindaremos al lector información de lo que es un fideicomiso y sus implicancias en el negocio agrícola. Analizaremos en profundidad la legislación vigente en la materia y su evolución. También estudiaremos su practicidad y observaremos su utilización en la financiación de negocios agrícolas destacando las ventajas y beneficios como forma de inversión en el agro. Examinaremos los antecedentes del vehículo financiero y prácticas del mercado, sus elementos tipificantes, asimismo su tratamiento impositivo y demás características de esta figura que tanto auge ha tenido en los últimos tiempos. Para finalizar esta obra, veremos un caso particular de fideicomiso agrícola del cual he tenido la gratificación de participar activamente como fiduciante.

CAPITULO PRIMERO

EL FIDEICOMISO

1- Nociones generales

El fideicomiso es una figura que se encuentra regulada en el artículo 2662 del Código Civil y por la ley 24.441 de Financiamiento de la vivienda y construcción, la cuál reguló a este instituto como un contrato típico con el objetivo principal de aplicarlo al desarrollo del negocio de la construcción. Así esta ley en su artículo 1° lo define de la siguiente manera: *“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 transmitirlos al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”*. Puntualizando el aspecto subjetivo del negocio CARREGAL define al fideicomiso como *“el negocio jurídico por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le de el destino convenido”*.

En la Argentina su implementación estuvo orientada en principio como mecanismo de financiación para la construcción de viviendas e instituido por la ley 24.441 en el año 1995. Sin embargo recién durante el año 2000, se han recreado alternativas para su utilización en otras actividades económicas, incluida la agrícola.

Este instituto jurídico trae aparejado numerosas ventajas y beneficios, tanto para aquellas personas que recurran al mismo como vehículo de financiamiento, como para aquellos inversores que decidan canalizar sus ahorros a través de este medio.

2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 Consideraciones Preliminares

Creemos conveniente iniciar este trabajo con una breve referencia histórica que, de ninguna forma, tiene por objeto hacer un análisis exhaustivo de los antecedentes del fideicomiso, sino más bien destacar algunas cuestiones que explican el porqué del nacimiento de la figura y cómo ha sido su evolución.

En relación a los antecedentes históricos del contrato de fideicomiso, debemos remitirnos a dos tipos de fuentes diferentes: a) el derecho romano, fuente en la que está inspirado el derecho latino dentro del cual se enrola nuestro sistema y en el cual se ha basado el concepto de fideicomiso regulado en el Código Civil con anterioridad a la sanción de la ley 24.441, y b) el derecho anglosajón o common law, que ha sido la fuente de inspiración del contrato de fideicomiso en la forma que ha sido regulado en la ley 24.441.-

2.2 El fideicomiso en el derecho romano:

En la antigüedad, el contrato de fideicomiso fue concebido de dos maneras diferentes, así se dividía el fideicomiso celebrado entre vivos, que a su vez asumía dos posturas y el fideicomiso testamentario. El fideicomiso celebrado entre vivos se dividía, como dijimos precedentemente, en: a) fiducia cum creditore y b) fiducia cum amico. Veremos a continuación las características de cada una de ellas.-

A) Fiducia cum creditore

Como veremos, el derecho romano concebía la posibilidad de celebrar el contrato de fideicomiso con miras a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, de esta manera el deudor transfería la propiedad de cierto bien acompañado de un pacto fiduciae, a través del cual facultaba al acreedor a quedarse con el bien en caso de incumplimiento de su parte de las obligaciones asumidas. Por el contrario, en caso de cumplimiento por parte del deudor, el acreedor garantizado debía restituir el bien a su antiguo dueño. Esta figura de garantía, en la forma que había sido concebida, atribuía al acreedor facultades que en la actualidad le están vedadas, ¿por que decimos esto?, por las siguientes razones. En primer lugar el acreedor en el

derecho romano podía ocupar el lugar de fiduciario y beneficiario al mismo tiempo, posibilidad esta que en la actualidad es negada por parte de la doctrina. Por otro lado la ley 24.441 no permite que el fiduciario se quede para sí con los bienes fideicomitidos, prohibición que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7 del cuerpo legal citado.-

Sin embargo, a pesar del reconocimiento y la practicidad que ofrecía este tipo de contrato, ya en la época romana se producían las situaciones que daban origen a las críticas que aún al día de la fecha subsisten en relación al fideicomiso de garantía, ¿cual es esta crítica?: la posibilidad de abuso de la posición contractual de acreedor fiduciario-beneficiario, ya que éste, al tener la disposición del bien podía enajenarlo aún sin respetar el *pactum fiduciae*, y de este manera burlar los derechos del fiduciante-deudor, quien, al sólo tener únicamente una acción personal en contra del fiduciario, solo podía perseguir de éste el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, lo cual, y como todos sabemos, puede devenir en una mera ilusión en virtud de la posible insolvencia del fiduciario.

B) Fiducia cum amico:

El otro tipo de fideicomiso existente en el derecho romano era el *pactum cum amico*, que era aquel por medio del cual una persona entregaba sus bienes en confianza a otra, para que este los administrara en su propio provecho y al vencimiento del contrato los entregase a otra persona, en este caso el beneficiario, que podía ser el mismo fiduciante. Tal como sostiene Freyre en su trabajo, a través de este contrato se podían entregar al fiduciario mayores facultades que por cualquier otra forma de contratación, otorgándole la libre disposición de los bienes fideicomitidos. De esta manera, y por la mecánica del contrato, vemos que el fiduciante, corría los mismos riesgos descriptos precedentemente originados en el abuso de la posición contractual del fiduciario.

2.3 El fideicomiso en el Derecho Inglés:

Tal como habíamos mencionado, el antecedente proveniente del derecho inglés ha sido la fuente de la concepción que actualmente tenemos del fideicomiso existente en nuestro derecho, a raíz del dictado de la ley 24.441. Esta situación ha originado la crítica de algunos autores que no ven con buenos ojos la utilización de fuentes del common law dentro de nuestro sistema jurídico.

2.3.1 El trust anglosajón:

Este tipo de contrato, posee una versatilidad que ha permitido que sea utilizado para la realización de una inagotable variedad de fines.

El Trust podría definirse como aquel contrato en que una persona (settlor) trasmite la propiedad de ciertos bienes a otra (trustee) para que éste la administre en beneficio de una tercera persona, denominada en el derecho inglés como cestui que trust. Vemos que la similitud que existe entre esta figura y la descrita en el art. 1 de la ley 24.441 es evidente, e incluso mayor que la antigua fiducia del derecho romano.

Como consecuencia de la realización del contrato, la propiedad de los bienes era transmitida al fiduciario (trustee), quien debía llevar a cabo el encargo o la manda que había establecido el fiduciante (settlor).

En el derecho inglés existía una dualidad de derechos originados por dos sistemas diferentes a) el del common law y b) el derecho de equidad. El dominio, como dijimos recaía sobre el trustee, quien era legalmente considerado como único y legítimo dueño de los bienes, en consecuencia estaba protegido por el common law, en su calidad de tal. Por otro lado los derechos del beneficiario estaban protegidos por el derecho de equidad, derecho que nace en virtud de los abusos cometidos por el fiduciario que originaron la delegación por parte del Rey, en el Canciller de facultades para que mitigara las situaciones disvaliosas que se sucedían y que no podían resolverse a través del common law. Entonces, en este sistema teníamos dos derechos de propiedad diferentes, por un lado el derecho de propiedad legal que tenía el trustee y por el otro el derecho de propiedad del beneficiario basado en el derecho de equidad.

El derecho de propiedad que tenía sobre los bienes el trustee, era un derecho amplio que le permitía, administrar y disponer de los mismos. Obviamente que tales atribuciones debía ejercerlas en beneficio del beneficiario. Sin embargo y tal como sucedía en el derecho romano, se podían dar situaciones en las que el beneficiario se viera perjudicado por un acto arbitrario del fiduciario, en este supuesto el cestui que trust (beneficiario) poseía una acción real para perseguir la devolución del bien (salvo adquirente de buena fe y a título oneroso), a diferencia del beneficiario del derecho romano que solo poseía una acción personal.

Por su parte el Trust se sub-clasificaba a su vez en: a) expreso y b) tácito. El primero de los nombrados se creaba por voluntad expresa del fiduciante, lo que se plasmaba en un instrumento, que podía ser un contrato o un testamento. En esta especie se definían con claridad los elementos del contrato, 1) el bien entregado, 2) los sujetos, un trustee y un beneficiario y 3) las obligaciones del trustee. Este Trust, como hemos visto podía ser bilateral o unilateral, según sea constituido por contrato o por testamento respectivamente. No existía una formalidad en

cuanto al instrumento en el cual se plasmaba el contrato ya que incluso podía ser oral en caso de tratarse de bienes muebles.

Por su parte el trust implícito era aquel, cuya calidad surgía de la interpretación de las partes cuando no existía instrumento escrito. En este caso se lo denominaba “interpretativo”. En cambio cuando la interpretación la realizaban los tribunales, se lo denominaba “legal”.-

2.4. Diferencia entre las distintas fuentes

En base a lo que hemos venido estudiando, nos encontramos en condiciones de establecer, al menos de manera general, las diferencias existentes entre ambas concepciones de fideicomiso existentes en la antigüedad y establecer la conexión existente entre ellas y nuestro derecho actual.-

La primera diferencia entre ambas fuentes que queremos destacar, es el hecho de que el derecho inglés, no permitía que el trustee (fiduciario) pudiera ser a la vez beneficiario en el contrato, al contrario de lo que ocurría en la fiducia cum creditore en la que tal situación estaba permitida, e incluso se facultaba, en esta figura, al fiduciario a quedarse con el bien del deudor (fiduciante) en caso de incumplimiento.-

Por otro lado el fideicomiso del derecho romano, no podía ser constituido por acto unilateral sino que requería la voluntad de las partes, a diferencia de lo que ocurría con el trust anglosajón que permitía la constitución de manera unilateral del negocio fiduciario.-

Otra diferencia importante, es la forma en que se ejercía el derecho de propiedad en ambas instituciones. En el derecho romano, la propiedad caía en cabeza del fiduciario el que tenía amplias facultades sobre el bien, tanto de disposición como de administración. Por su parte en el derecho inglés, la propiedad se adjudicaba a dos sujetos por diferentes vías, por un lado estaba el propietario legal del bien que era el fiduciario (trustee), pero a su vez éste ejercía este derecho no en beneficio propio sino de un tercero (beneficiario), designado en el contrato, que a su vez podía ser el mismo fiduciante, a quien se denominaba propietario de equidad.-

Por último, no podemos dejar de mencionar que en el fideicomiso del derecho romano, el beneficiario sólo poseía una acción personal a los fines de perseguir la reparación de los perjuicios ocasionados por el abuso del fiduciario, a diferencia del derecho inglés que otorgaba una acción real para perseguir la restitución del bien, salvo terceros de buena fe, tal como lo hemos visto precedentemente.-

Vemos entonces que el fideicomiso de la ley 24.441, se asemeja al trust anglosajón en relación a: 1) la imposibilidad de que el fiduciario se quede para sí con los bienes fideicomitados

(art. 7 LF) y 2) la posibilidad de constituir el fideicomiso por acto de última voluntad (art. 73 de la ley 24.441 que modifica el art. 2662 del Cod. Civil).-

De lo expuesto podemos extraer que la ley 24.441, tiene mayores similitudes con el trust anglosajón que con la fiducia del derecho romano, alejándose de lo que siempre fue fuente de inspiración de nuestro derecho. Sin que esto implique una crítica, ya que han sido evidentes los beneficios que ha traído la aplicación del fideicomiso en nuestro país en la forma que ha sido legislado por el cuerpo legal citado. Sin perjuicio de ello creemos que la creación de figuras dentro del derecho nacional que reconocen como fuente sistemas jurídicos diferentes al nuestro, debe realizarse con mucho cuidado, a los fines de no entrar en contradicciones con principios que ya están arraigados en nuestro sistema, Freire, en su obra, sostiene: “Es evidente que la adaptación del trust a los sistemas de origen romano requiere mucho cuidado, sobre todo por las diferencias entre ese sistema y el del common law. Algunas de las cuestiones más destacadas en este proceso son: el numerus clausus de los derechos reales, la publicidad registral requerida para que un acto sea oponible a terceros y la inexistencia del concepto de doble propiedad sobre un mismo bien. Estas situaciones ajenas al derecho inglés no pueden ser dejadas a un lado por el jurista continental, éste tendrá que atribuir la propiedad del bien fideicomitado a una persona.”

3. Evolución del Fideicomiso en el Derecho Argentino – El Fideicomiso del Código Civil anterior a la Reforma y El Fideicomiso de la Ley 24.441

Tal como lo venimos sosteniendo, en nuestro derecho se ha producido un cambio en relación al fideicomiso, producido por la sanción de la ley 24.441, que ha modificado tanto la redacción del art. 2662, del C.C., como así también la concepción del fideicomiso en su forma contractual. Es por ello que creemos necesario desarrollar el tema y las consecuencias que el cambio de legislación ha traído aparejado.

3.1. El fideicomiso en el Código Civil.-

Con anterioridad a la reforma producida por la ley 24.441, el fideicomiso se encontraba legislado en el Título VII del Código Civil, dentro del capítulo referido al dominio imperfecto. El

art. 2662, definía al dominio fiduciario de la siguiente manera: “*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*”.

De la lectura del artículo citado se puede extraer en primer término que en el Código Civil se encontraba regulado el dominio fiduciario, pero no como en la actualidad el contrato de fideicomiso. De esta manera la constitución del mismo quedaba librado a la voluntad de las partes contratantes en virtud de lo prescrito por el art. 1197 del Código Civil.

Esta falta de regulación específica fue blanco de ataques por parte de la doctrina mayoritaria quienes rechazaban, con diferentes argumentos, la utilización de esta figura. La falta de regulación a la que se hizo referencia, la existencia de otras figuras que permitían de manera similar lograr el objetivo que perseguía el fideicomiso, y el escepticismo por parte de la doctrina mayoritaria, hicieron que la figura analizada no tuviera prácticamente aplicación con anterioridad a la sanción de la ley 24.441, al menos en los términos en los que la tiene actualmente.-

Tal como veremos más adelante, y que constituye una de las diferencias fundamentales con el actual régimen, los bienes adquiridos a través del fideicomiso, con anterioridad a la sanción de la ley 24.441, ingresaban en el patrimonio del fiduciario. Es importante destacar esta cuestión en razón de que en estas condiciones los bienes podían ser atacados por los acreedores del fiduciario. Decimos que se trata de una diferencia fundamental en relación a la nueva concepción del fideicomiso, ya que por medio de la ley 24.441, se ha instituido lo que ha sido denominado como “patrimonio de afectación”, es decir un patrimonio que no puede ser atacado por los acreedores ni del fiduciario, ni del fiduciante, ni del beneficiario. Todas estas cuestiones serán analizadas con más detenimiento en los capítulos siguientes.

3.2. El fideicomiso de la ley 24.441.-

La ley 24.441, vino a introducir una nueva concepción del fideicomiso, que ha tenido una gran acogida, no sólo por parte de la doctrina, sino también por los diversos sectores productivos que conforman la economía de nuestro país.-

Bajo el título de “ley de financiamiento y construcción de la vivienda”, se ha dado forma al contrato de fideicomiso y se han regulado las cuestiones atinentes a la relación de los sujetos intervinientes, derechos y obligaciones de las partes, responsabilidad del fiduciario, liquidación del fideicomiso etc.-

Concebida en un marco en el que los sectores de la economía reclamaban una reactivación, el fideicomiso tiene innumerables aplicaciones y virtudes. De esta manera ha sido

útil a los fines de lograr, entre otras cosas, el financiamiento de la construcción, la movilización de activos financieros a través de la securitización o titulización de los mismos utilizando como vía para ello el fideicomiso financiero regulado en los art. 19 a 27 de la ley 24.441, y por último y sobre lo que haremos hincapié en el presente trabajo, el fideicomiso de la ley 24.441, ha posibilitado la constitución de fideicomisos de producción agrícola, lo que ha generado un vehículo financiero que ofrezca recursos para financiar a productores que tengan como actividad principal la cosecha o cultivo de granos (trigo, maíz, soja, etc.).

Entrando al análisis del nuevo texto legal, el art. 1 de la ley 24.441, nos da el concepto del fideicomiso, estableciendo que *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante), transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario, o al fideicomisario.”*

Vemos entonces que este artículo, establece las características del contrato de fideicomiso, nombra los sujetos que forman parte del mismo y las obligaciones a su cargo. En cuanto a la definición de la propiedad fiduciaria, siguiendo en este tema a la Dra. Puerta de Chacon podemos decir que es el “derecho patrimonial temporal que adquiere el fiduciario sobre los bienes fideicomitados por causa del fideicomiso.”

En relación al concepto de dominio fiduciario, la ley 24.441, modificó el art. 2662 del Código Civil y definió el mismo de la siguiente manera: *“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”*

De los dos artículos citados podemos extraer la nueva conceptualización del fideicomiso, y vemos además, la similitud que guarda con el trust anglosajón.

Como venimos sosteniendo, la gran innovación de la ley 24.441, en relación al Código de Vélez, es la introducción del concepto de patrimonio de afectación, tema que será desarrollado más adelante. Sin embargo no es ésta la única diferencia, sino que existen otras que han sido señaladas por los autores en diferentes trabajos. En un trabajo reciente Moisset de Espanes e Iruela, citando a Lopez de Zavalía, sintetizan las diferencias de la siguiente manera: “a) En ambos existe el deber final del fiduciario de “restituir” los bienes fideicomitados a alguien. Pero en el fideicomiso del Código Civil la restitución es siempre a un tercero; en la ley 24.441 y conforme el art. 1 la restitución puede ser tanto a un tercero como al propio fiduciante; b) La figura de Vélez solo admite un fideicomiso singular, la ley 24.441 nada dice al respecto, autorizando fideicomisos universales; c) La enajenación o constitución de derechos reales sobre el fideicomiso por el fiduciario previsto en el Código Civil, puede ser tanto a título oneroso como

gratuito y si fuera oneroso el precio ingresa al patrimonio del fiduciario, en cambio, el fiduciario de la ley 24.441 solo puede ejercer actos de disposición a título oneroso y el precio de la enajenación o gravamen no ingresa al patrimonio personal del fiduciario.”

3.2.1. Patrimonio de afectación.-

Como se dijo precedentemente, la introducción del régimen del patrimonio separado o de afectación, por la ley 24.441, ha sido quizás la más importante de las modificaciones introducidas por esta ley al régimen del fideicomiso.

El art. 14 de la ley establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado en relación a los propios del fiduciante y fiduciario. Asimismo establece la mutabilidad de este patrimonio y la incorporación de nuevos bienes al patrimonio del fideicomiso.

Este sistema tiene su fuente en el trust anglosajón, ya que según estudiáramos, en el sistema del Código Civil los bienes fideicomitidos, ingresaban al patrimonio del fiduciario, a diferencia de lo que sucede con el actual régimen. Sin duda que la nueva concepción del patrimonio fideicomitado responde a necesidades que habían sido ignoradas con anterioridad al dictado de la ley. Otorga mayor seguridad al fiduciario en el manejo y administración del fideicomiso, seguridad que a su vez se traslada al beneficiario ya que este no verá afectado sus intereses por las obligaciones que pueda contraer el fiduciario en carácter personal.

Esta clase de patrimonio ha sido receptado por otras legislaciones de manera más completa. Así el Código Civil de Québec, lo ha ubicado en el título que se ocupa de los patrimonios de afectación, que dedica el segundo capítulo al fideicomiso. A su vez en el Derecho Etiope se distinguen tres tipos de patrimonios de afectación, las fundaciones, los comités y los fideicomisos.

El Legislador argentino, siguiendo las modernas legislaciones, ha optado por este sistema, dotando, como se sostuvo supra, de mayor seguridad al negocio fiduciario, teniendo en cuenta que el patrimonio fideicomitado está destinado al cumplimiento de un fin determinado, dejándolo al margen de las obligaciones que afecten tanto al fiduciante como al fiduciario en forma personal.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de este régimen están descritas por los arts. 15 y 16 de la ley, y se pueden resumir en la imposibilidad de atacar los bienes que forman parte del fideicomiso por parte de los acreedores individuales o colectivos del fiduciario, del fiduciante o del beneficiario, esto lo veremos con mayor detenimiento más adelante.

3.2.2. Situación de los bienes fideicomitados:

La ley 24.441 en su artículo 15 establece que los bienes fideicomitidos no pueden ser atacados por los acreedores del fiduciario ni del fiduciante, tanto individuales como colectivos. Asimismo el art. 16 establece que el fiduciario no responde con sus bienes propios por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, siempre dejando a salvo la acción de fraude, estableciendo un proceso de liquidación en caso de insuficiencia. Por último establece que los acreedores del beneficiario solo podrán hacer valer sus derechos contra los frutos del fideicomiso, quedando a salvo de esta manera los bienes fideicomitidos propiamente dichos.-

3.2.2.1 Acreedores del fiduciante:

Es interesante el análisis de la exclusión de los bienes fideicomitidos de la acción de los acreedores, tanto individuales como colectivos del fiduciante. La ley deja a salvo la acción de fraude, ahora bien, hay que analizar esta cuestión no solo en relación a la acción del art. 961 del Código Civil, que permite la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio de sus acreedores, siempre y cuando se den los requisitos del art. 962 del Cuerpo legal citado, sino también a la luz de los artículos 118 a 120 de la ley 24.522.

El artículo 118 de la ley 24.522 establece cuales son los actos celebrados por el deudor, léase fiduciante, que son ineficaces de pleno derecho. El primer inciso del artículo citado establece dentro de esta categoría a los actos celebrados a título gratuito. Es importante destacar en este contexto cuando el fideicomiso puede ser considerado gratuito. En principio, y siguiendo la opinión de Carregal en este tema, para establecer el carácter gratuito u oneroso del fideicomiso, no se debe tener en cuenta la transferencia de la propiedad fiduciaria, que en sí no se realiza ni a título oneroso ni a título gratuito, sino que se realiza a título de confianza, sin perjuicio del carácter oneroso o gratuito que tenga el contrato en sí, según que se haya remunerado o no el trabajo del fiduciario. El autor al que seguimos en este punto llega a la conclusión de que el contrato de fideicomiso será oneroso, si el fiduciante recibe algo a cambio en concepto de contraprestación por la transferencia del bien por ejecución del fideicomiso. Por el contrario debe considerarse gratuito si sólo es el medio para llevar cabo una liberalidad por parte del fiduciante a través de la ejecución del contrato. En consecuencia, y según el autor que seguimos, cuya opinión compartimos, sólo este fideicomiso podría ser declarado ineficaz por el Juez del concurso por aplicación del artículo 118 de la ley de Concursos y Quiebras. Sin perjuicio de ello el fideicomiso oneroso puede ser atacado por los acreedores en virtud del art. 119 de la ley 24.522, siempre y cuando se prueben los requisitos de viabilidad de la acción establecidos en el artículo citado.

3.2.2.2 Acreedores del Fiduciario:

En principio el texto de la ley es claro en cuanto a la imposibilidad de que los bienes fideicomitidos sean objeto de ataque por parte de los acreedores del fiduciario. Tal como se ha venido estudiando los bienes fideicomitidos forman un patrimonio de afectación que recae sobre la persona del fiduciario pero se encuentra separado del patrimonio personal de éste. Es decir que en tal carácter en algunas situaciones obrará en forma personal comprometiendo su propio patrimonio y en otras actuará en cumplimiento de la manda establecida en el contrato, comprometiendo en tal carácter el patrimonio fideicomitado, que como viéramos, sólo responde por las obligaciones asumidas justamente en cumplimiento del contrato. A su vez, y de una manera asimétrica en relación a lo que venimos viendo, el fiduciario no responde con su patrimonio propio por las obligaciones asumidas en cumplimiento del fideicomiso, las que sólo se efectivizarán sobre los bienes fideicomitidos. Todas estas características, son la consecuencia lógica de la conceptualización del patrimonio de afectación que ha instituido la ley 24.441 y guardan coherencia con la finalidad buscada y que ha impulsado al fideicomiso, cual es la de afectar un patrimonio al cumplimiento de un objetivo determinado eliminando los riesgos que tal objetivo podría correr ocasionados por la realización de los bienes por obligaciones asumidas por las partes del contrato en forma personal.-

3.2.2.3 Acreedores del beneficiario:

Por último, en relación a este tema, el art. 15 última parte, establece que “...Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.”. Vemos entonces que los bienes fideicomitidos, también se encuentran protegidos contra la acción de los acreedores del beneficiario, quienes sólo podrán ejercer sus derechos sobre los frutos que estos bienes produjeran y subrogarse en los derechos de éste en el caso de inacción del beneficiario en su ejercicio.

La solución es correcta ya que, a diferencia de lo que sucede con los acreedores del fiduciario y del fiduciante, que, como veíamos precedentemente, sólo tienen acción en caso de fraude, en el caso puntual del beneficiario, no debemos olvidar que es la persona en cuyo beneficio, valga la redundancia, se constituyó el fideicomiso y sobre quien recaen los frutos del mismo durante la vigencia del contrato. En consecuencia, si durante el transcurso de la vida del fideicomiso, el beneficiario se aprovecha con el producido del mismo, producido que entra definitivamente en su patrimonio, es lógico que los acreedores de éste puedan ejercer sus derechos

sobre los frutos del fideicomiso, en virtud de que estos frutos han salido de la órbita del patrimonio de afectación para ingresar al propio del beneficiario.-

Ahora bien cabe hacer la presente aclaración a los fines de una correcta interpretación del texto legal. En principio, los frutos de los bienes fideicomitados forman parte del patrimonio de afectación del fideicomiso. En consecuencia, si tal como venimos sosteniendo, tales bienes sólo responden ante las obligaciones asumidas en cumplimiento del fideicomiso, de lo que se desprende que sólo los acreedores de éste podría hacer valer sus derechos sobre tales bienes, vemos que los acreedores del beneficiario, que no son acreedores del fideicomiso, están imposibilitados de ejercer sus derechos sobre tales bienes. En este sentido compartimos la opinión de Vazquez en el sentido de que la interpretación del artículo debe ser en el sentido de que los acreedores del beneficiario podrán cobrarse de los frutos de los bienes fideicomitados “en la medida que éstos constituyan la prestación del crédito del beneficiario, y sólo en el quantum y en los tiempos fijados en el negocio originario. En cambio si el destino estipulado en el acto constitutivo respecto de los frutos fuere otro, el acreedor del beneficiario estaría impedido de hacerlo.”

Vemos entonces que sin perjuicio de que con anterioridad a la sanción de la ley 24.441 era viable la constitución de fideicomisos en sus diversas modalidades por aplicación de los arts. 1197 y 2662 del Código Civil, con la sanción de la ley, que modificó sustancialmente el régimen anterior, la utilización de este contrato ha crecido de manera espectacular.-

CAPITULO SEGUNDO

4- CARACTERES DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

4.1. Consensual

El fideicomiso es un contrato consensual, es decir, queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento (art. 1140 CC). Aun cuando implique la transmisión del dominio de cosas, no hay que confundir al contrato que sirve de causa fuente con las formalidades y requisitos necesarios para la adquisición del derecho real.

Si bien art.1º de la ley 24.441 nos podría presentar la duda o confusión en cuanto si se trata de un contrato consensual o real, ya que establece que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), ello no es así: “el contrato se concluye con la sola consolidación del consentimiento, independientemente de la entrega de la cosa”. El perfeccionamiento del fideicomiso no está sujeto a la tradición de la cosa, ésta es una obligación más dentro del cúmulo de obligaciones y derechos que componen este marco fiduciario relacional.

4.2. Oneroso

Parte de la doctrina considera que a los fines de calificar al contrato como oneroso o gratuito, habrá que tener en cuenta si se estipula o no una retribución para el fiduciario por la ejecución de actividades encomendadas, la ley presume lo primero si no se establece expresamente lo contrario (art. 8, ley 24.441). Si la retribución no es fijada en el contrato, la establecerá el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

Por nuestra parte y siguiendo a *Sandoval* estimamos que un correcto análisis del tema debe dividirse en varias partes:

a) En lo que respecta a la relación fiduciante-fiduciario, debe expresarse que el contrato se presume oneroso (Art. 8, ley 24.441), salvo pacto en contrario. De ello, observamos que el contrato tiene un típico carácter oneroso. Es decir, el fiduciario recibirá una contraprestación por las tareas o funciones realizadas (art. 1139, Cod. Civ.), no obstante si se pacto la gratuidad de las tareas, el contrato será gratuito.

b) En cuanto a la relación fiduciante-beneficiario, se deberá explorar la substancia del negocio subyacente para calificar la onerosidad o no de dicho fideicomiso. Por lo cual si la

estructura del fideicomiso tiene aspectos similares a una donación, vale decir, entrega de un bien por el fiduciante (donante), al fiduciario para que sin contraprestación alguna lo transfiera al beneficiario o fideicomisario (donatario), cabe concluir que dicho negocio reviste naturaleza gratuita.

Ahora si esa misma transferencia se realiza con una contraprestación a cargo del beneficiario (y el fiduciante también se constituye en beneficiario de esa contraprestación), la cuestión varía y el negocio deviene en oneroso.

Resumiendo, podemos decir que el contrato será oneroso (si el fiduciario recibe una retribución por encargo que se le encomienda) o gratuito (si no la percibe y se pacta en el contrato). La transferencia de la propiedad fiduciaria es neutra. Los negocios subyacentes pueden ser onerosos o gratuitos.

4.3. Bilateral

Se trata de un negocio bilateral, pues su consumación depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes (art. 946), y porque su característica esencial es la de producir derechos y obligaciones recíprocos, lo que lo hace sinalagmático (art. 1138).

Para su formación es necesaria, por lo menos, la concurrencia de dos partes. El fiduciario asume la obligación de ejercer el derecho transmitido según determinados cánones, y de restituirlo al fiduciante o transferirlo a un tercero; y el fiduciante asume la obligación de efectuar la transmisión del bien cumpliendo todas las formalidades. Asimismo, se pueden pactar obligaciones respecto a los gastos de administración del objeto enajenado.

Algunos autores han sostenido, sin embargo, que el fideicomiso, como negocio jurídico, puede ser unilateral o bilateral, según se trate de un fideicomiso constituido por testamento o por un acto entre vivos. Al respecto, FREIRE sostiene que en el derecho comparado se trata de un tema discutible, pues en legislaciones en las cuales la no designación de fiduciario, o su no aceptación, no invalidan el fideicomiso (sino que el juez puede proceder a nombrarlo en el primer caso, o designar un sustituto en el segundo) podría afirmarse que el fideicomiso sería un acto jurídico unilateral, esto es, productor de efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad del fiduciante.

Empero, hay una propensión mayoritaria en las legislaciones latinoamericanas a regular el fideicomiso constituido por actos entre vivos como un negocio jurídico bilateral, perfeccionable por el acuerdo de voluntades entre fiduciante y fiduciario. Esa ha sido la tesis adoptada por la ley 24.441, que en sus arts. 2 y 4 definen al fideicomiso constituido por actos entre vivos como un contrato.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos necesario hacer una aclaración: cuando se alude a sujetos o partes, hay que distinguir según se trate del derecho real o del negocio que le sirve de causa.

Desde el punto de vista de los derechos reales -y el dominio fiduciario lo es- hay que tener presente que en ellos no hay partes, pues atienden a la relación directa e inmediata entre la persona y la cosa. En este sentido, el único sujeto posible del dominio fiduciario es su titular, es decir, el dueño de la cosa transmitida, en las condiciones del art. 2662, el que puede ser una persona jurídica o física. Cuando en materia de derechos reales se alude al sujeto pasivo, ello sólo significa que sobre el resto de la sociedad existe un deber de abstención, negativo, que no constituye una obligación de no hacer, sino en respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa, una obligación de "inercia" según la califica la nota al art. 2507 párr. 2º CC.

Ahora bien, enfocando al negocio fiduciario que sirve de título al dominio fiduciario, aparecen los sujetos de la relación jurídica. En nuestro sistema legal, a diferencia de otros negocios fiduciarios, se requiere la intervención de por lo menos tres partes: el "fiduciante", "fideicomitente" o "constituyente" del fideicomiso, que es quien trasmite el dominio al "fiduciario", quien a su vez se convierte en titular del derecho transmitido hasta que deba traspassarlo a un tercero que recibe el nombre de "beneficiario", o a otro tercero que recibe el nombre de "fideicomisario", o al propio "fiduciante" (arts. 1 y 26 ley 24.441) (LA 1995-A-49).

Mientras que el art. 1 de la ley menciona estas tres posibilidades, el art. 26, con deficiencia técnica, dispone que "producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores (...)". Como es necesario armonizar las normas en juego, y ante la categórica disposición del art. 1, cabe interpretar que, a pesar de lo dispuesto por el art. 26, al fin del fideicomiso la cosa puede ser transmitida al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, según lo que se haya dispuesto en el contrato o en el testamento, y en tanto se operen las aceptaciones necesarias. En el mismo sentido, el nuevo texto del art. 2662 dispone "para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

Tradicionalmente, beneficiario y fideicomisario son el mismo sujeto, es decir, dos denominaciones distintas para designar la misma persona. Ello ocurre en las legislaciones de México, Colombia, Panamá y Costa Rica, entre otras. Nuestra ley reproduce casi textualmente el art. 1296 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la Comisión del decreto 468/92 (LA 1992-A-235) donde la escisión es aún más clara, porque en éste último se designa como fideicomisario a un tercero a quien se transmitirá la propiedad de los bienes -o su remanente- una vez cumplido el plazo o la condición.

En el citado proyecto de unificación se aclara que, a su vez, tal distinción se recogió del Proyecto del PEN de 1986: en éste se autoriza que el beneficiario y el fideicomisario sean sujetos distintos. El primero es aquél en cuyo beneficio se "administran los bienes fideicomitidos; el segundo es el destinatario final de los bienes fideicomitidos, una vez cumplidos el plazo o la condición a que está sometido el dominio fiduciario. Por ello, para la hipótesis de que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas, se prevé que el fideicomisario sea el beneficiario residual, y que en caso de que tampoco él acepte o no llegue a existir, se atribuye la calidad de beneficiario al mismo fiduciante o instituyente del fideicomiso. Éste es el mecanismo de reemplazos previsto en el art. 2 párrs. 2º y 3º ley 24.441.

El art. 2 de la ley 24.441 prevé que el contrato deberá individualizar al beneficiario. El podrá ser una persona física o jurídica, que podrá o no existir al tiempo de otorgamiento del contrato. En tal caso, deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá haber más de un beneficiario, y designar beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte. Si nada se dice en contra, los beneficiarios se beneficiarán por igual.

Finalmente, el contrato deberá determinar la persona del "fideicomisario", ya que si ningún beneficiario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, el beneficiario será aquél (art. 2).

Si tampoco el fideicomisario llegare a existir, no aceptare o renunciare, el beneficiario será el propio fiduciante.

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

La nueva legislación supera la controversia generada en torno del anterior art. 2662 CC. el cual, al utilizar el verbo "restituir", no ofrecía claridad en cuanto a si el constituyente podía ser también el beneficiario. La reforma se ha inclinado por autorizar esta posibilidad, la cual, de concretarse, asemeja el dominio fiduciario al revocable (art. 2663 CC.).

Con respecto al fiduciario, dispone el art. 5 que puede ser cualquier persona física o jurídica, aunque cuando se trate de un fideicomiso financiero sólo pueden serlo personas jurídicas que reúnan ciertas condiciones. Parte de la doctrina considera que le está prohibido al fiduciario constituirse también en fideicomisario o beneficiario (lo trataremos con mayor detenimiento al abordar los sujetos del fideicomiso) y, según el art. 7, no es dispensable contractualmente la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. Tampoco es dispensable la obligación de rendir cuentas, por lo menos una vez al año.

El art. 6 dispone que el fiduciario deberá cumplir sus obligaciones con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Como contrapartida, tiene derecho, salvo estipulación en contrario, al reembolso de los gastos y a

una retribución, la que de no ser fijada en el contrato la establecerá el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir (art. 8).

El fiduciario tiene los derechos de administración, disposición y gravamen de los bienes fideicomitidos, con las limitaciones que surjan del contrato o testamento. Tales limitaciones, para ser opuestas a terceros, deberán surgir de la inscripción registral o, en su caso, del conocimiento que tuviese ese tercero.

El art. 9 establece las causales de cesación del fiduciario, a las que cabe agregar la extinción del fideicomiso. En los casos de cese previstos por dicha norma, debe ser reemplazada por el sustituto designado en el contrato y, si no lo hubiere o no aceptare, dispone el art. 10 que el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas para actuar en el fideicomiso financiero.

4.4 Unitario

Es unitario en el sentido de no constituir un complejo ni una yuxtaposición de negocios jurídicos de diferente naturaleza. Se trata de un solo acto jurídico, aunque determine complejas modificaciones en la relación jurídica. Además, tiene una causa propia, la causa fiduciae.

4.5 Formal

Teniendo en cuenta que según el art. 4 ley 24.441 el contrato debe contener determinadas indicaciones en lo que concierne a los bienes, a su duración, y a los derechos y obligaciones de las partes, cabe deducir que debe celebrarse por escrito, quedando descartada la forma oral. Además, deben cumplirse los requisitos formales correspondientes a la naturaleza de los bienes transmitidos (art. 12). Así, si se trata de inmuebles, el contrato deberá ser otorgado por escritura pública (art. 1184), mientras que si el objeto lo constituyen créditos, bastará con el documento escrito (art. 1454), pudiendo efectuarse por simple tradición. “Si fuese una cesión de acciones litigiosas, deberá formalizarse por escritura pública o acta judicial hecha en el respectivo expediente”. Asimismo, cuando se trate de cosas registrables se deberá inscribir la transmisión fiduciaria en el registro correspondiente a nombre del fiduciario a los efectos de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe.

4.6. De ejecución inmediata o de ejecución diferida

Para fiduciante y fiduciario las obligaciones se hacen exigibles desde la celebración del contrato.

En cambio, en lo atinente al beneficiario y fideicomisario en su carácter de terceros interesados, y de conformidad con lo regulado en tal materia, la ejecución es diferida desde que media un lapso entre la celebración del contrato a su favor y la manifestación de su consentimiento y aceptación (cumplimiento).

Un caso especial se presentaría si el fiduciante fuera designado beneficiario *ab initio*, ya que siendo parte en el contrato ha prestado consentimiento a tal designación.

4.7. De ejecución continuada o tracto sucesivo

Los efectos del contrato perduran en el tiempo, son fluyentes, no se agotan en un solo acto de ejecución, al menos en todos los casos para el fiduciario y el beneficiario.

4.8. *Intuitu personae*

Siendo la directriz fundamental del fideicomiso la administración de un patrimonio en beneficio de otra persona confiada al fiduciario, las especiales cualidades y características de éste resultarán determinantes al momento de contratar (ley 24.441, arts. 6º y 7º), y durante el funcionamiento de la figura, a tal punto que su desaparición acarreará su cesación en el cargo (art. 9º, incs. a], b], c], d]) y consiguiente reemplazo (art. 10).

Por otro lado cabe resaltar que es el sujeto fiduciante el que asienta toda su confianza en el fiduciario, transfiriéndole una porción de su patrimonio para que éste, con la prudencia y diligencia de negocios que el primero vio reflejado en el segundo -por eso su elección-, realice la manda fiduciaria cumpliendo con la obligaciones legales y contractuales.

5- ELEMENTOS ESENCIALES Y TIPICOS DEL FIDEICOMISO

El contrato de fideicomiso tiene los siguientes elementos típicos:

- 1) Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso, el fiduciante.
- 2) Una parte obligacional pasiva, que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso y que se denomina fiduciario.

- 3) La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes sujetos a plazo o condición.
- 4) Un bien o una pluralidad de ellos , individualizados a la fecha de celebración, sobre los que se constituye el fideicomiso. El objeto también puede ser determinable haciéndose constar las características y requisitos que deben reunir.
- 5) Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso.
- 6) Una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo.
- 7) Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario.
- 8) Un plazo máximo de duración del contrato de treinta 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.

Por su parte la ley 24.441 (art.4°) nos dice: “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 mas de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere 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”.

5.1 Sujetos: Función jurídica y facultades

5.1.1. *Fiduciante: Posición jurídica. Capacidad. Incompatibilidades*

La parte obligacional activa, esto es el constituyente del fideicomiso es designado *fiduciante* en la ley 24.441, (LF), lo que significa que la normativa citada se aparta de la terminología utilizada en la mayoría de las legislaciones que en el derecho comparado regulan la figura . Como tal, resulta parte del contrato y, por tanto, elemento esencial del mismo.

Tanto las personas de existencia visible como las de existencia ideal, pueden constituirse en fiduciante, toda vez que ninguna limitación surge al respecto de la ley.

Por la propia naturaleza de la obligación que asume el fiduciante. Esto es: la transmisión de uno o más bienes a los fines de la constitución del patrimonio separado (arts. 1º, 14, 15, 16, 17 y 18) es requisito necesario que sea capaz de enajenar. Por tanto, resultan aplicables las reglas generales establecidas en el Código Civil sobre capacidad de hecho (arts. 54, 152 bis y concs., CCiv.). Se debe tener en cuenta lo normado por los arts. 1358 y ss., y 1807 y ss., CCiv., ya que si bien la intención del transmitente no será vender, permutar, ni donar, siempre existirá una traslación de la propiedad de los bienes, destinatario final de los mismos, quien los recibirá a título oneroso o gratuito. Caso contrario se estaría tutelando el fraude a la ley.

La posición jurídica del fiduciante puede estar integrada por uno o más sujetos *ab initio* o, subsecuentemente, no sólo porque la ley no lo prohíbe, sino también porque el fiduciario puede haber sido sucedido por varios sujetos, ceder a varias personas su derecho, o bien una parte del mismo. Otra causa es la incorporación de bienes de parte de terceros. Esta última solución se puede inferir de la norma que trae el art. 4º, inc. b, ley 24.441, que establece que en el contrato "deberá" (la expresión es excesiva, pues en rigor, se trata de una cláusula no esencial) constar la forma o el modo como otros bienes pueden ingresar al fideicomiso, es decir, al patrimonio separado. El ingreso de nuevos bienes podría ser el resultado del aporte de terceros, quedando excluida la hipótesis de que el aporte de nuevos bienes se efectúe como refuerzo patrimonial en los términos del art. 16, LF. En tal caso nos encontraríamos ante un supuesto asimilable al ingreso de personas a una sociedad ya existente. Por ello, debe existir, en el tercero, la voluntad de ocupar tal posición jurídica.

Que los sujetos fiduciantes puedan ocupar, además, las posiciones jurídicas de beneficiario y fideicomisario en el derecho positivo argentino resulta incuestionable. Así el art. 2º, párr. 3º, de la ley 24.441 nos dice que “...*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*”. Por lo que podemos deducir que si no se hubiese designado beneficiario sustituto, o este no aceptara, o renunciara, muriese o no llegase a existir, y

a falta de previsión contractual, la ley presupone que el beneficiario es el fideicomisario. Si el fideicomisario no existiese, quien ocupará la posición de beneficiario será el fiduciante. ■

Como puede observarse y a falta de previsión contractual en contrario, la ley 24.441 establece un orden para ocupar la posición del beneficiario, en caso de que éste no aceptare su rol, a saber: 1) Beneficiario sustituto; 2) en su defecto, el Fideicomisario, y por ultimo; 3) el Fiduciante.

No podrán, en cambio, coincidir en idénticas personas las posiciones jurídicas de fiduciante y fiduciario, lo contrario implicaría admitir la existencia de un autocontrato que desnaturalizaría la esencia misma de la institución (art. 1137, CCiv.). Por otra parte, el art. 1º, LF, prevé expresamente que los bienes deben ser entregados a "*otra persona*", y no como se pretende, con base en una interpretación deformadora del instituto, a "otro patrimonio" (separado) del fiduciante que se autodesigna "fiduciario". De lo que surge con nitidez que para que se constituya un fideicomiso deben existir dos personas o "polos de interés", una que se obligue a transferir el bien y otra que se obligue a recibirlo.

5.1.2. Fiduciario: Posición jurídica. Capacidad. Publicidad. Incompatibilidades

La parte obligacional pasiva del contrato, pivote central del instituto desde que tiene a su cargo la "administración" del patrimonio separado, en la ley 24.441 es denominada *fiduciario*. Al considerar sus facultades, derechos y obligaciones no cabe sino concluir que es un elemento esencial del contrato tanto en su génesis como en su funcionamiento. Esa conclusión se ve confirmada con lo dispuesto en el art. 10, LF, que establece para el caso de cesación del fiduciario, subsidiariamente y en forma imperativa, la designación judicial de reemplazante. Tal esencialidad ha hecho decir a la doctrina que se debe ver en el fiduciario un órgano del fideicomiso.

Pueden ser fiduciarios tanto las personas físicas como las personas jurídicas (art. 5º LF) con capacidad para ejercer sus funciones, que en orden a la naturaleza de su gestión, tendrá capacidad plena para contratar. La única excepción a tal regla es lo dispuesto para el fideicomiso financiero (art.19, LF).

En lo concerniente a la aptitud para ser fiduciario en el derecho comparado pueden observarse dos tendencias distintas. Por un lado, existen legislaciones que requieren ciertas características especiales en los fiduciarios, v.gr., Venezuela, art. 12; Colombia, art. 1226; México, art. 350, en tanto exigen que se trate de entidades financieras especialmente autorizadas. Por otro lado, hay legislaciones que con mayor amplitud disponen idéntica solución a la adoptada por la ley argentina, v.gr., Québec, art. 1274; Panamá, art. 19; Puerto Rico, art. 2566.

Sentada esa diferencia de carácter general, es necesario puntualizar que en nuestro derecho la única limitación consagrada se refiere, no ya a la capacidad para ser fiduciario, sino a la posibilidad de ofrecerse al público para actuar como tal. En ese sentido el art. 5º, LF, dispone: *"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"*.

Si bien no existe impedimento legal para que exista pluralidad de sujetos que ocupen la posición jurídica de fiduciarios, quienes pueden actuar en forma conjunta o alternada -según lo pactado-, en la práctica los inconvenientes son notables. La única solución brindada por la ley (art. 11, LF) es, en su caso, la aplicación de las reglas del condominio del Código Civil, que, obviamente, complicarían la gestión en desmedro de la dinámica del patrimonio separado.

En principio, no se admite que el fiduciario sea beneficiario, ni que el sujeto constituyente del fideicomiso sea, a su vez, fiduciario, según ya lo comentamos en el punto anterior.

En lo atinente al primer supuesto, si bien la ley 24.441 guarda un absoluto silencio, es decir, no estipula tal posibilidad pero tampoco la prohíbe, se desprende de la propia naturaleza del instituto que exige por definición que el fiduciario sea ajeno a la finalidad del fideicomiso.

Mientras, el art. 7º, LF, prohíbe al fiduciario adquirir los bienes fideicomitidos para sí e impone la obligación de rendir cuentas, el art. 8º, LF, establece la única contraprestación a la que -salvo convención en contrario- tendrá derecho el fiduciario, esto es, el cobro de una retribución que si no fue pactada la fijará el juez de acuerdo con la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

El centro de interés de la cuestión en el ámbito del fideicomiso de garantía tiene un tratamiento particular, ya que se admite que el fiduciario pueda ser beneficiario, y por consiguiente la validez del fideicomiso (cuando el primero sea a la vez el acreedor garantizado) flexibilizando de este modo la figura. Es por ello que se han desarrollado distintas posiciones en dirección a aceptar o no que el fiduciario pueda ser beneficiario.

- Argumentos a favor de la coincidencia de fiduciario-beneficiario: -

Parte de la doctrina considera que es válido el fideicomiso en el cual existe coincidencia dual de las posiciones fiduciario – beneficiario. Los argumentos de esta corriente doctrinaria son los siguientes:

I) La ley 24.441 acepta las superposiciones, otorgando una holgada libertad para la designación del beneficiario y fideicomisario, con el claro y evidente objetivo de favorecer las

diferentes actuaciones de los operadores del contrato en el marco de la autonomía de la voluntad (art. 1197 C.C).

II) Asimismo las normas de la ley 24.441 no tienen carácter imperativo, debido a que la misma no lo establece, por consiguiente debe tomarse, en principio como dispositivas (salvo excepciones: art. 7 y 4, inc. “c”).

III) En parte de la legislación comparada se permite, en el supuesto de pluralidad de fiduciarios, que uno de ellos pueda ser también fiduciante o beneficiario. Así el artículo 1275 del Código Civil de Québec establece lo siguiente, “*El constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe actuar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario*”.

IV) Desde el punto de vista de la moralidad del contrato, no existe conflicto de interés entre el fiduciante deudor y el fiduciario acreedor, pues uno y otro coinciden en un objeto común, el cual sería la obtención del mejor precio posible para satisfacer la acreencia del fiduciario.

V) Además la ley 24.441 prevé mecanismos de protección de intereses del fiduciante ya sea de carácter preventivo, como la remoción del fiduciario por vía de lo dispuesto en el art. 9, inc. a,- ley cit.-, o las acciones de defensa de los bienes fideicomitidos por vía del art. 18, segundo párrafo, -ley cit.- , o bien ya sea de carácter resarcitorio o sancionatorio (art.6 y7. ley cit., y 173, inc. 12, Cod. Penal).

VI) Se invocan también razones de eficiencia económica, como la reducción de comisiones que se cobrarían de tener que ingresar otro sujeto más a la relación fiduciaria.

- Argumentos en contra de la coincidencia de fiduciario-beneficiario:

Los precursores de esta posición prohíben la confusión de roles entre el fiduciario y el beneficiario, entre los argumentos se destacan los siguientes:

1) Sostienen que se contraviene el principio de lealtad, pues el fiduciario debe actuar en un todo en interés del fideicomiso, lo que excluye, por definición, que lo haga en su propio beneficio;

2) Además, se aduce que se configura un conflicto inevitable de intereses, y que el ordenamiento en general prohíbe determinados actos jurídicos cuando se configura tal conflicto de intereses. A modo de ejemplo cabe citar el art. 248, de la ley de sociedades comerciales, que impone al accionista que posea un interés contrario al de la sociedad, la obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella, y el art. 272 de dicha ley, que prohíbe a los directores de interés contrario a la sociedad, de intervenir en la deliberación.

3) La ley 24.441 en su art. 7º, prescribe que el fiduciario debe rendir cuentas y que tal obligación no podrá ser dispensada, es decir es imperativa y por consiguiente inderogable por

voluntad de las partes. Sería descabellado que el fiduciario se rinda cuentas a sí mismo como beneficiario.

4) Asimismo se estropea la estructura misma del fideicomiso, ya que el fiduciario dejaría de ejercer la propiedad fiduciaria en interés de un tercero, para pasar a ejercerla en interés propio. “Así, de manera indirecta, se procura que el fiduciario que goza de los beneficios de la propiedad fiduciaria, también ejerza –de manera encubierta- la propiedad plena, por cuanto los rendimientos del activo fideicomitado se devengan a favor del fiduciario”.

5) El art. 2 de la ley 24.441 prevé un régimen supletorio para el caso de no aceptación del beneficiario, descartando al fiduciario de la posibilidad de asumir la posición de beneficiario, y

6) Existen disposiciones del derecho comparado que expresamente prohíben la coincidencia de los roles en cuestión. Así el derecho mexicano sanciona con la nulidad el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario (art. 348, últ. Párr. LGTOC, y el decreto del 30-8-1933). En Colombia, el art. 1244, CCom., establece que “será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados”.

5.1.3. Beneficiario: Posición jurídica. Capacidad. Régimen de sustituciones. Pluralidad. Incompatibilidades.

Siguiendo a FREIRE podemos decir, que *“es la persona que, en virtud del negocio jurídico, debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los bienes fideicomitados al momento estipulado, o al vencimiento del plazo máximo legal”*.

La posición jurídica del beneficiario es la de un tercero a cuyo favor estipulan ejercer el fideicomiso, fiduciante (estipulante) y fiduciario (promitente). Tal situación hace que se trate de un verdadero tercero interesado. El hecho de que la persona del fiduciante sea designada *ab initio* beneficiaria no modifica tal conclusión desde que no implica confusión de posiciones jurídicas perfectamente delimitadas por la ley, sino de los sujetos que ocupan las mismas. Lo propio ocurriría en los casos en que se acepta que la persona del fiduciario ocupe la posición jurídica de beneficiario. Empero, siendo que ellos han prestado su consentimiento al momento de la conclusión del negocio, que, como tal es indivisible, han aceptado el beneficio pactado a su favor, y, por tanto, no se deberá tener en cuenta el régimen que a continuación someramente se describe.

El título causal del derecho al beneficio es una estipulación a favor de tercero, y, por tanto, resulta aplicable lo normado por el art. 504, CCiv. y la doctrina elaborada en torno de esa norma legal y de conformidad con las particularidades del fideicomiso. Se encuentran

indistintamente legitimados para reclamar el cumplimiento del beneficio tanto el tercero (beneficiario) -una vez aceptada la promesa- como el estipulante (fiduciante).

En orden a lo expuesto cabe destacar que sin perjuicio del régimen general aplicable, respecto del cual la estipulación puede ser aceptada en forma expresa (art. 918, CCiv.), o tácita (art. 917, CCiv.), consideramos que se puede inferir de presunciones sin existir límites temporales a los fines de su manifestación salvo el que resulte del ejercicio del derecho a la revocación (art. 504, CCiv.) por parte del estipulante (fiduciante). Ello debe entenderse así, porque en el fideicomiso una tardanza irrazonable puede afectar el régimen de sustituciones legales o convencionales y de esta forma los derechos de los llamados a suceder, circunstancia que haría procedente la intimación de la aceptación en tiempo prudencial bajo apercibimiento de tenerlo por no aceptado. Otra nota propia del fideicomiso es que el derecho a la revocación antes del conocimiento de la aceptación por el fiduciante no es facultad exclusiva de éste desde que la designación del beneficiario es una cláusula contractual, y por tanto, su revocación unilateral sería cuestionable.

Es preciso señalar, también, que el hecho de que se haya estipulado un beneficio a su favor no debe llevar a identificarlo como un sujeto que necesariamente recibirá una liberalidad. Es perfectamente factible que se haya estipulado una prestación, que lógicamente, y según los casos, sólo resultará exigible una vez que la promesa haya sido aceptada (art. 504, CCiv.). Siendo la finalidad misma del instituto la administración de un patrimonio a favor de alguien, la figura del beneficiario resulta esencial.

El art. 2º, párr. 1º, LF, sólo exige que el beneficiario sea persona determinada y que se halle individualizada, o bien que sea determinable, siempre que consten los datos necesarios para su individualización. Es decir, tienen capacidad para ser beneficiarios tanto las personas físicas como las jurídicas (art. 2º, párr. 1º, LF) de existencia actual o futura, v.gr., personas por nacer. Asimismo, teniendo en cuenta que de haberse operado la sustitución legal del art. 2º, LF, ocuparán esta posición el fideicomisario o el fiduciante que pueden ser sujetos de derecho que no sean personas físicas ni jurídicas, por ejemplo, las simples asociaciones civiles, que deberían admitirse para ser designadas como beneficiarios de tal naturaleza.

Asimismo y en dirección a la designación del beneficiario, resultaría posible y ajustado a derecho, la individualización del mismo haciendo referencia a una función, cargo, posición: v.gr., presidente la empresa "Fulanito SRL".

Manifestación de la esencialidad de la posición jurídica "beneficiario" es el régimen de sustituciones no imperativo previsto por la ley en el mentado art. 2º, LF, que operará si éste no llega a existir, no acepta, renuncia o muere, en el supuesto de no haberse designado beneficiarios sustitutos, o bien habiéndose designado, cuando ninguno de ellos llegue a existir, acepte, todos

renuncien o mueran. Claro está, que lo expuesto, es sin perjuicio de que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que informa la ley, se pueda establecer el carácter *intuitu personae* del sujeto nominado como beneficiario o de alguno de sus sustitutos convencionalmente designados en cuyo caso su muerte, inexistencia, falta de aceptación o renuncia serían causas de extinción del fideicomiso.

Llegado a este punto deviene imperioso analizar el régimen de sustituciones no imperativo previsto en la ley.

En efecto, el art. 2º, LF, establece que en el caso que el beneficiario designado no llegue a existir, no acepte, renuncie o muera "se entenderá" que es beneficiario el fideicomisario, y si éste tampoco llegara a existir, renunciara, no aceptara, o muriera el beneficiario "será" el fiduciante. De ello se sigue que el único sujeto signado como sustituto que no puede ser dispensado de aceptar, ni siquiera por disposición contractual, ante la imperatividad del verbo "será" que utiliza la ley, es el fiduciante. Se ha destacado la justicia de tal solución legislativa con fundamento en que en tal caso el título causal del beneficio no sería una estipulación a favor de tercero -que puede o no existir al momento de la celebración y/o del reemplazo- que opera por sustitución y que como tal es susceptible de aceptación o renuncia, sino que su derecho nace de un contrato del que ya es parte.

Consideración aparte requiere el caso de muerte del beneficiario, ya que si el beneficiario hubiera aceptado el beneficio, se estima que éste habría ingresado al patrimonio del aceptante del derecho y se transmitiría a sus herederos, según lo prescribe el art. 2º, LF. Por lo que no cabría la posibilidad de designarse sustitutos, debido a que se configuraría una situación asimilable a la sustitución fideicomisaria prohibida por ley (art. 3723 y concordantes del CCiv.). Por ello, en caso de que el beneficio haya sido aceptado -expresa o tácitamente- no será viable la sustitución ni legal ni contractual. Entonces, ante el supuesto de fallecimiento del beneficiario, solo podrá ingresar el sustituto cuando el beneficio no hubiera sido aceptado, o se hubiese renunciado a él.

En cuanto a la pluralidad de sujetos que ocupen tal posición la propia ley en su art. 2º, lo autoriza, y de conformidad con lo establecido en los arts. 689 y concs., CCiv., dispone que salvo disposición en contrario se benefician por igual. Puede ocurrir que alguno de los beneficiarios sustitutos no llegue a existir, no acepte, renuncie o muera, en cuyo caso según sea lo establecido en el contrato acrecerán los demás o se lo sustituirá según lo pactado, y sólo en el supuesto en que todos los sustitutos designados por contrato no aceptaren, no llegaren a existir, renunciaren o murieran ocupará tal posición el fideicomisario y si éste tampoco aceptare, llegare a existir, renunciare o muriera, será beneficiario el fiduciante. Si nada se hubiera pactado, y sólo algunos no aceptaren la locución "*ningún*" establecida por el art. 2º, LF, nos lleva a concluir que necesariamente acrecerán los demás.

En cuanto a la posibilidad de que el sujeto que es beneficiario ocupe otras posiciones debe estar a lo explicado en los puntos anteriores, esto es, que para los sujetos que ocupan la posición jurídica de fiduciantes no existe prohibición legal alguna. Por el contrario, el art. 2º, LF, los autoriza como sustitutos. Asimismo, ésta será la situación normal en los fideicomisos de administración.

Sin embargo, respecto del fiduciario, como se dijo, hay quien están a favor de la coincidencia dual de los roles de fiduciario – beneficiario y otra corriente que no acepta la superposición de roles, nos remitimos al punto anterior donde fue tratado el tema.

En lo atinente a la figura del fideicomisario *stricto sensu*, como se verá, el propio art. 2º, LF, lo autoriza al preverlo.

5.1.4. Fideicomisario: Posición jurídica. Capacidad. Pluralidad. Incompatibilidades.

Al igual que el beneficiario, el fideicomisario no es parte en el contrato, sino que su posición jurídica es la de un tercero interesado, alcanzado por los efectos del contrato, y por tanto, la causa y alcances de su derecho se encuentra en el art. 504, CCivil.

El fideicomisario en el marco de la innovadora ley argentina es el destinatario final de los bienes (art. 26, LF) y un beneficiario eventual en el caso de que ningún beneficiario aceptare, de allí, el carácter esencial de su existencia. En orden a la citada originalidad de la ley, se deben delimitar perfectamente las posiciones jurídicas de beneficiario y de fideicomisario, así, mientras el fideicomiso se ejerce a favor del primero (beneficiario), una vez producida la extinción del contrato de fideicomiso, los bienes se destinan al segundo (fideicomisario).

Del texto de la ley 24.441 se observa que existe oposición entre lo dispuesto en su art. 1º, LF, que prevé la posibilidad de que los bienes sean entregados a la finalización del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, y lo previsto en el art. 26, LF, que excluye tal posibilidad haciendo sólo mención al fideicomisario y a sus sucesores. Debe entenderse que la mentada oposición no es tal, sino defectuosa terminología. Por lo cual, para efectuar una correcta interpretación debe partirse del art. 4º, inc. d), LF, que entre las reglas de contenido del contrato, menciona el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y armonizarlo con las disposiciones contenidas en los arts. 1º y 26, LF. En efecto, en tanto el art. 1º, LF, dispone que los bienes fideicomitados serán transmitidos al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, el art. 26, LF, establece que producida la extinción, el fiduciario está obligado a transmitir los bienes al fideicomisario o a sus sucesores: hay que concluir que la persona indicada como destinatario final (fideicomisario en sentido amplio) puede ser o bien un tercero designado en el contrato -fideicomisario en sentido restringido (art. 1º)-, o

bien los sujetos que ocupen las posiciones de fiduciante o beneficiario. Siguiendo *Fernández*, y a *Gómez Leo*, decimos que ésa es la recta interpretación que debe hacerse del art. 26 cuando alude al "fideicomisario o sus sucesores". Es decir, se debe hacer alusión a una cuarta posición jurídica esencial en la estructura del fideicomiso regulado por la ley 24.441, y no a los sujetos que ocupan tal posición, que podrán ser, según sea lo dispuesto en el contrato, el propio sujeto que sea fiduciante, el beneficiario o un tercero -fideicomisario *stricto sensu*-. Empero, al igual que la generalidad de la doctrina no advertimos la utilidad de la figura desde que en el fideicomiso pueden existir diversos tipos de beneficiarios, v.gr., beneficiarios de los frutos, beneficiarios del capital, etc., pero tampoco creemos que esta diferenciación sustraiga posibilidad alguna ya que es perfectamente factible, a tal punto que ha sido prevista por la ley, la coexistencia conjunta o alternada de los roles de beneficiario y fideicomisario en una misma persona (art. 2º, párr. 3º, LF).

A modo de sugerencia y tal como lo expone *FREIRE*, creemos que es de gran utilidad y conveniencia, incorporar en los contratos constitutivos del fideicomiso una cláusula especial al solo efecto interpretativo, que exprese lo siguiente; “El destinatario final del bien o los bienes fideicomitidos, una vez extinguido el contrato, podrá ser el fiduciante, el beneficiario o un tercero atendiendo a lo expresamente pactado en el acto constitutivo, y revistiendo cualquiera de ellos a tales efectos la calidad de fideicomisario en los términos del art. 26 de la ley 24.441”.

El problema se puede plantear en el caso de no haberse designado el sujeto que será destinatario final de los bienes en el contrato, ello en virtud del carácter no esencial que reviste esta cláusula (art. 4º, inc. d], LF), o cuando se lo ha designado, pero se trate de un tercero (fideicomisario *stricto sensu* o beneficiario) y éste no aceptare, renunciare, no llegare a existir, o muriera -antes de haber aceptado-, desde que la ley si bien dispone qué sujetos (fideicomisario *stricto sensu*, fiduciante y beneficiario) pueden ocupar esta posición jurídica no brinda solución para el supuesto en el que el beneficiario no haya aceptado la estipulación hecha a su favor en tal carácter. Creemos que los bienes deberían retornar al fiduciante, ya que, caso contrario, se estaría propiciando el enriquecimiento sin causa del beneficiario. En sentido concordante con el expuesto, se ha hecho notar que en caso de silencio del contrato debe considerarse en primer lugar al fiduciante, porque es de entender que tal es su intención al no disponer nada sobre el destino de los bienes.

Desde que no se exige una calidad especial para ser fideicomisario habría que concluir que cualquier sujeto de derecho puede serlo. Por otra parte, tal solución sería coherente con lo apuntado en el párrafo anterior en el sentido de que el fiduciante puede ocupar la posición de fideicomisario.

El resto de las lagunas de la ley deben ser llenadas haciendo una aplicación analógica de lo establecido para el beneficiario dentro de sus justos límites, v.gr., mientras resultaría aplicable la norma que estatuye la posibilidad de que exista pluralidad de beneficiarios (art. 2º, LF), que de conformidad con lo establecido por los arts. 689 y concs., CCiv., salvo estipulación en contrario, se beneficiarán por igual, no lo sería la restricción a la libre disponibilidad de su derecho por disposición de última voluntad o por actos entre vivos, excepto que tal institución se haya realizado teniendo especialmente en cuenta las condiciones del sujeto instituido.

De lo expuesto, surge con claridad que los sujetos que ocupen las posiciones jurídicas -beneficiario y fiduciante- por expresa disposición legal pueden ser fideicomisarios, esto es, destinatarios finales de los bienes (arts. 1º, 2º, 4º, inc. e], y 26, LF). Respecto del fiduciario cabe tener en cuenta las consideraciones efectuadas en el caso del beneficiario.

5.2. Objeto

5.2.1. Bienes que pueden ser objeto del contrato.

En términos generales, 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 objeto del fideicomiso es el conjunto de bienes (específicos) afectados a un fin determinado por el settlor (fiduciante) y transmitidos al trustee (fiduciario). Pueden ser objeto del fideicomiso, salvo prohibición legal expresa, los bienes muebles e inmuebles, corporales o inmateriales que estén en el comercio.

Las cosas (art. 2311) son el objeto del dominio fiduciario. Deben ser ciertas, determinadas, estar en el comercio, muebles o inmuebles. En lo que respecta a las cosas fungibles, Guastavino y Kiper se inclinaban por la postura negativa, ya que la posibilidad de que se transmita el dominio fiduciario de cosa fungible o consumible para luego restituirlo por otra de la misma especie y calidad es propio de la figura del cuasiusufructo (arts. 2808, 2811 y 1871). Según los citados autores, los créditos también pueden ser objeto de transmisión fiduciaria, siempre que consten en un "título por escrito" (arts. 2838, 3609 y 3212). Para Carregal, en coincidencia con Kiper, pueden ser pasibles de fideicomiso tanto las cosas como los derechos que están en el comercio.

En el ámbito de la ley 24.441, pueden ser objeto del contrato los bienes determinados (art.1º) o determinables (art.4º), existentes o futuros determinándose el modo en que serán incorporados (art.4º), pudiendo ser títulos valores.

El objeto es un bien determinado o determinable: en el primer caso, individualizado a la fecha de celebración; en el segundo, haciéndose constar la descripción de los requisitos y características que deben reunir los bienes.

Debe ser un bien actual o futuro. En el último supuesto se debe fijar el modo en que será incorporado al fideicomiso.

El objeto puede ser un bien o una pluralidad de ellos. La universalidad de bienes no tiene cabida en el ámbito de la ley 24.441.

5.2.2. Precio

Conforme ya lo hemos manifestado, no hay un precio que se corresponda al valor de los bienes fideicomitidos, lo que expulsa toda idea de onerosidad al respecto. En cambio, puede haber un precio pactado como contraprestación por los servicios de gestión que presta el fiduciario.

5.2.3. Plazo

El plazo es un elemento esencial de esta figura. La ley 24.441 al fijar los contenidos mínimos del fideicomiso, incluye el plazo, por lo que si se constituye un fideicomiso sin plazo no hay fideicomiso.

En referencia al plazo, nos explica PIZARRO que un acto jurídico se encuentra sujeto a esta modalidad cuando el comienzo o el final de su existencia o exigibilidad se subordina a un acontecimiento futuro y cierto, que fatalmente habrá de ocurrir.

En tanto definitorio del instituto la determinación de su duración es un dato constante en la legislación comparada. Su inclusión en el contrato resulta esencial. Téngase en cuenta que se trata de dos de las modalidades de las obligaciones y éstas no se presumen.

Entre nosotros el art. 4º, inc. c), LF, determina que el contrato de fideicomiso deberá establecer *"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"*.

Con respecto al inicio del plazo, la confusa redacción de la norma prescribe que el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario no podrá extenderse más allá de los treinta años desde su constitución. Esto plantea el interrogante respecto de la situación del dominio que fue

transferido (o adquirido) por subrogación real o aumento patrimonial (art.4 inc. b, y 17, ley 24.441) con posterioridad a la celebración del fideicomiso. El planteo específico radica en la propia redacción de la norma estableciendo como contenido obligatorio del contrato de fideicomiso el plazo o condición al que se sujeta el dominio fiduciario, “*el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución*”. La cuestión se centra en dilucidar si la alocución (“el que nunca podrá”...) califica al término “dominio fiduciario” o al “plazo o condición”. Así si se califica a la expresión “dominio fiduciario”, el plazo máximo de treinta años comenzaría a contar desde que se transfirió o adquirió el dominio fiduciario; si, por el contrario, tal frase se relaciona con el plazo, su computo empezaría a correr desde la suscripción del pacto fiduciario. En coincidencia con *SANDOVAL* participamos de esta última concepción.

La tésis de la fijación, como tope, de un plazo legal máximo (30 años) se encuentra en el interés público de no perpetuar un dominio "imperfecto" indefinidamente, esto es, propender a que luego de un plazo no demasiado largo el dominio vuelva a su condición originaria de dominio "perfecto". Pero el acierto de tal solución variará de conformidad con la naturaleza de los bienes -solución que puede resultar justificada en caso de tratarse de inmuebles- y las particularidades del caso. Muchas veces se hará imposible concluir nuevos negocios en fecha cercana a la de su extinción, lo que será especialmente grave cuando se trate de un fideicomiso financiero.

En caso de haberse fijado un plazo mayor al legal, se reducirá al plazo máximo permitido, sin afectar la validez del fideicomiso y tratándose de una condición se tendrá a la misma por fracasada una vez cumplidos los 30 años (art. 541, CCiv.). La única excepción a tal plazo máximo es el supuesto en el cual el beneficiario fuera un incapaz, caso en el que durará -se trata de una solución imperativa pese al verbo "podrá" utilizado en la norma- hasta su muerte o la cesación de su incapacidad. La doctrina ha cuestionado el fundamento de tal solución legislativa sin distinciones teniendo en cuenta la representación necesaria y promiscua de los incapaces establecida en el Código Civil (arts. 56, 57, 59), ordenamiento que se considera tiene primacía por sobre las normas de la ley 24.441.

5.3. Finalidad típica: La propiedad fiduciaria

En el sistema legal de argentina se regula al fideicomiso como contrato, que es título para la adquisición de la propiedad fiduciaria.

Siguiendo a Lorenzetti podemos definir a la propiedad fiduciaria de la siguiente manera “*Es un derecho real caracterizado por ser un dominio imperfecto modal, ya que está sometido*

a plazo o condición, y que puede tener su fuente en un contrato o en un testamento, siendo las partes: el fiduciante y el fiduciario”.

El rasgo que caracteriza y distingue al fideicomiso de los demás negocios fiduciarios es la transferencia de la propiedad a título de confianza. La transferencia de la propiedad del bien, sobre el que recae el negocio, efectuada a título de confianza es una característica única y definitoria del fideicomiso. A través de ella se transmite el título para disponer de los bienes objeto del negocio, dentro de lo estipulado y convenido para el cumplimiento de los fines perseguidos en el acto constitutivo.

Cabe preguntarnos, ¿que se entiende por la expresión “a título de confianza”? Carregal lo explica en su obra de la siguiente manera: *“por “título” de transmisión entendemos la motivación, subyacente en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Representa el “porque” del acto y conlleva una respuesta para ese interrogante: se transmite el bien “porque” se tiene la confianza necesaria en que el adquirente cumplirá el encargo encomendado en el acto constitutivo. No se puede calificar el acto de transferencia de la propiedad fiduciaria como un acto a título oneroso, por el solo hecho que nada da el adquirente a cambio del bien. Pero tampoco puede decirse que se trate de un acto a título gratuito, pues la propiedad no se “regala” al adquirente fiduciario, éste la recibe solamente como un medio para la mejor ejecución del encargo respecto del bien transmitido. Queda claro entonces, que el único título por el cual puede transmitirse la propiedad fiduciaria es “a título de confianza”, ya que el fiduciario no la recibe ni a título oneroso ni gratuito”.*

En definitiva, la transferencia de la propiedad fiduciaria no es a título oneroso, ya que el fiduciario no se compromete a desembolsar el contravalor del bien que recibe ni a realizar una contraprestación de valor equivalente a favor de nadie. El fiduciario no pretende enriquecerse con los bienes transmitidos. La transferencia fiduciaria no es una liberalidad a su favor. El fiduciario es, simplemente, el recipiente jurídico de los bienes fideicomitidos, es la persona en cabeza de quien se encuentra la titularidad de dichos bienes. ¿Para que? Exclusivamente, para que cumpla con el encargo que el fiduciante haya establecido en el contrato, dándoles a los bienes el destino que corresponda en cada caso.

No debe confundirse esta particularidad de la transferencia de la propiedad fiduciaria con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que este será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados, o gratuito si no es acreedor a contraprestación alguna.

Si nada dice el contrato al respecto, la ley 24.441 lo presume oneroso (art. 8°) y será el juez quien fije la retribución.

El propietario fiduciario no tiene la cosa que adquiere a perpetuidad; la intención del transmitente o fiduciante no es que el adquirente o fiduciario reciba el bien “para quedarse con él”, sino para que en forma transitoria esté bajo su propiedad para el efecto de cumplir con el encargo que corresponda, conforme el contrato, el testamento, o la ley.

Se trata por lo tanto, de una propiedad transitoria: el fin tenido en mira por las partes no es que el fiduciario la conserve para sí, sino que la retransmita bajo determinadas condiciones previstas.

Debe señalarse que el concepto de “retransmisión” ha de ser entendido en forma amplia. Más que una retransmisión propiamente dicha, de lo que se trata es del cumplimiento del encargo con entrega de la cosa a un tercero o al primitivo propietario, dándose por extinguido el carácter fiduciario con ese mismo nuevo traspaso.

El código civil define al domino fiduciario de la siguiente manera (art.2662): “ *es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta 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*”.

Queremos destacar que unos de los mayores aciertos de la ley 24.441 es esta reforma. Lamentablemente, los legisladores no siguieron el mismo criterio para modificar el art.2662 del Cod. Civil, cuando definen la propiedad fiduciaria en el art. 1° de la ley 24.441. Esta norma dice: “*Habrá Fideicomiso [debe leerse: habrá propiedad fiduciaria] cuando una persona (fiduciante) trasmita 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 transmitirlos al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”.

Pensamos que la definición del art.1° de la ley no es la apropiada, si nos atamos a una interpretación literal del artículo en cuestión, pareciera desprenderse que a la finalización del fideicomiso, el fiduciario debe transmitir el *mismo* bien que recibió. Evidentemente, esto no es cierto en todos los casos, ya que dependerá del contenido de cada encargo fiduciario.

Un ejemplo de lo expresado en el párrafo anterior, vale decir, la inadecuada definición del art. 1° de la ley lo constituye el caso del fideicomiso financiero cuando el fiduciario emite certificados de participación con respaldo en ciertos bienes o derechos que no están destinados a ser transmitidos a nadie, sino que se agotan con el mismo fideicomiso (p. ej., certificados que representan una cartera de hipotecas). No habría ni plazo ni condición que determine que el bien tenga que ser transmitido. No siempre el fiduciario debe transmitir el mismo bien recibido.

En el supuesto de certificados de participación de créditos hipotecarios, el fiduciario no va a entregar esos créditos al beneficiario, sino que los va a cobrar. Una vez cobrados el bien fenece, de modo que el fiduciario no los va a transferir nunca a nadie al cumplimiento de ningún

plazo o condición. Lo único que va a entregar a los beneficiarios (titulares de los títulos o certificados de participación) es *dinero*, porque el crédito se extinguió por cobro. De manera que el bien fideicomitado (el crédito) no va a ser entregado a nadie. En su reemplazo, entra dinero en carácter de propiedad fiduciaria. El fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de ese dinero obtenido por el cobro de los créditos, operándose una subrogación real.

Otro ejemplo que demuestra que la transmisión del mismo bien fideicomitado al cumplimiento del plazo o condición no es un requisito esencial del fideicomiso, lo podemos observar cuando su objeto es obtener un beneficio mediante la venta del bien fideicomitado, este (el bien) se entregará a un tercero que nada tiene que ver en el contrato de fideicomiso (el comprador) y no a alguna de las personas mencionadas en el art.1° de la ley.

5.3.1. Oponibilidad a Terceros

La naturaleza de los bienes transferidos implica satisfacer ciertas formalidades, como la registración cuando se trata de bienes que la requieren o la notificación cuando se trata de créditos personales.

De esta manera el art.12 de la ley 24.441 establece claramente que: “*El 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*”. Esta disposición se completa con el art. 13 de la ley que ordena a los registros tomar razón de la transferencia de la propiedad fiduciaria cuando se trate de bienes registrables. Si bien la norma pareciera estar refiriéndose exclusivamente al dominio, de la palabra “bienes” utilizada en su parte final y de la distinción hecha en tal sentido por el art. 11, no cabe sino concluir que está aludiendo a toda clase de bienes: tanto a los materiales (v.gr., muebles, fungibles o no, consumibles o no consumibles, registrables o no, inmuebles), como a los bienes u objetos inmateriales susceptibles de valor.

La inscripción registral deberá contener una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan a la propiedad fiduciaria, para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que la condicionan.

Si los terceros que desean contratar con el fiduciario tuviesen aún dudas sobre los alcances del derecho que ostenta, podrán obtener en el registro los datos necesarios, puesto que este es público para el que tuviese interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes. Con esa finalidad se ha dictado la disposición técnico registral 4/1995 de fecha 18 de agosto de 1995 (BO, 11/9/1995) del Registro de la Propiedad Inmueble. En sentido concordante el dec.

780/1995 (PEN) dispone que tanto en las anotaciones registrales como en los balances, deberá hacerse constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación "en fideicomiso".

Es fuerza precisar que, en orden al error metodológico y la deficiencia técnica en que incurre la ley al establecer la firmeza de los actos realizados por el fiduciario de conformidad con la legislación especial dentro de una norma que regula el dominio revocable y refiere sólo a los inmuebles (art. 2670 *in fine*, CCiv. por ley 24.441), debe considerarse extensiva a los muebles, desde que el art. 17, LF, que en el caso constituye la ley especial, no establece distingo alguno, y tal solución se compadece con el principio establecido en el art. 2412. A tal fin debemos reiterar aquí el principio que surge de la adecuada relación que corresponde efectuar entre los arts. 17, LF y el agregado al art. 2670, CCiv., los actos de disposición realizados por el fiduciario dentro de las facultades conferidas en la convención y de acuerdo con los fines del fideicomiso quedarán firmes una vez extinguido el contrato. Indudablemente, la pauta para determinar la buena o mala fe de los terceros será si efectivamente conocían las mentadas limitaciones, o bien, si de haber actuado diligentemente las hubieran conocido. La mentada pauta a los fines de la determinación de la buena o mala fe de los terceros adquirentes se aplica tanto en el caso de terceros adquirentes de bienes muebles, registrables o no, como de inmuebles. Lo que ocurre es que en materia de muebles rige el art. 2412, CCiv. que reza: "*La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida*", y, por ende, existirá una presunción de buena fe. En orden a lo expuesto, concluimos que lo normado por los arts. 12 y 13, LF, es decir, la oponibilidad a partir de la inscripción registral o del cumplimiento de los actos necesarios para la formalización del negocio en caso de muebles no registrables, sólo regirá para los terceros de buena fe.

La clave del asunto reside en la buena o mala fe de los terceros, de ahí que las normas de los arts. 12 y 13 de la ley 24.441 se refieren a los terceros de buena fe, ya que a los de mala fe se les podría oponer la transmisión fiduciaria por el conocimiento que de ella tuvieron o deberían tener de haber obrado diligentemente.

5.3.2. Caracteres del dominio fiduciario

A) *Absoluto*

Es sabido que el derecho de dominio es absoluto, lo cual no significa que sea ilimitado y sujeto al arbitrio individual porque tiene un estatuto regulador que le impone restricciones y que

conforman su contenido normal. El dominio es absoluto en tanto otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa y, desde este punto de vista, el dominio fiduciario también lo es.

La existencia en el título constitutivo de modalidades resolutorias -condición o plazo- no lo privan de dicho carácter, pues pendiente su cumplimiento el titular del dominio fiduciario goza, en principio, de las mismas atribuciones que le corresponden al titular del dominio pleno. La salvedad, es que sus facultades se hallan limitadas temporalmente, pero mientras dure su derecho éstas le son inherentes.

Además, de no ser así, el dominio fiduciario no merecería su denominación, ya que resulta inconcebible la existencia de un derecho de dominio en el cual su titular carezca de la facultad de disponer de la cosa y viceversa, si se reconoce al titular fiduciario el *ius abutendi* se está en presencia del derecho de dominio, por ser éste el único derecho real -si se quiere junto al condominio y la propiedad horizontal- que lo confiere, pues los demás derechos reales son tan sólo desmembraciones.

Conviene precisar, para disipar equívocos, que la caracterización del dominio como absoluto no significa que sea ilimitado en su ejercicio, pues ello ha conducido a autores como Borda a sostener que, luego de la reforma efectuada en 1968 a los arts. 2513 y 2514, ha desaparecido el carácter absoluto del derecho de propiedad. A esta concepción parece adherirse Barbero. Lo cierto es que este criterio atribuye al concepto de absolutez un significado diferente, pues que el dominio sea absoluto no implica que sea ilimitado, sino que su verdadero sentido es el de conferir la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa. Desde este punto de vista, el dominio, por ser el derecho real que mayores atribuciones confiere, es absoluto, lo cual pensamos que no ha sido alterado por la reforma de la ley 17.711.

En definitiva, el dominio fiduciario, al igual que el dominio pleno, confiere la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, pero limitadas temporalmente por la sujeción a una condición o plazo resolutorios, es decir, que pendiente la condición o el vencimiento del plazo, el carácter de absoluto no desaparece. La única salvedad que corresponde hacer es la prohibición del art. 2841 de constituir usufructo, pero pensamos que ella es insuficiente para desvirtuar su absolutez.

Con la sanción de la ley 24.441 se han incorporado nuevas restricciones al mencionado carácter absoluto, pues según el art. 1º, LF, el fiduciario se obliga a ejercer la propiedad fiduciaria "en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario)", mientras que el art. 17, LF, establece que "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".

La expresa mención a los actos de disposición reafirma la idea expuesta, pues el dominio es el único de los derechos reales que faculta a su titular a disponer jurídica y materialmente de la cosa (*ius abutendi*) -en la propiedad horizontal sólo es posible disponer jurídicamente-, aunque con atenuaciones relacionadas con los fines del fideicomiso.

Completa el panorama el agregado introducido al art. 2670 del C.C, según el cual "quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial". Es decir que tales actos de disposición no se extinguen por el efecto retroactivo que suele acarrear el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria, conforme a los principios generales del Código Civil.

Lo que no ofrece duda es que el fiduciario puede disponer o gravar la cosa objeto del fideicomiso. Claro que existen limitaciones que no siempre serán fáciles de dilucidar, pues habrá que examinar en cada caso si los actos de disposición benefician a la persona designada en el contrato, así como si su realización era necesaria para satisfacer los fines del fideicomiso. Todo esto subordinado a lo que se hubiese pactado expresamente en el contrato (ley para las partes), pues tales facultades son subsidiarias de lo que las partes interesadas hayan previsto en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

De todas maneras, sin profundizar por el momento acerca del ejercicio de las mencionadas facultades, cabe concluir en que tales limitaciones no alcanzan para conmovir el carácter absoluto del dominio fiduciario, dominio al fin. Se trata de un dominio restringido, pero es sabido que las restricciones y límites al dominio -ya en el Código de Vélez hay unas cuantas- no lo privan de su condición de tal.

B) *Exclusivo*

La doctrina alemana con respecto a los negocios fiduciarios ha elaborado teorías que se vinculan con el establecimiento de dos derechos de propiedad distintos, uno en cabeza del fiduciante y otro en cabeza del fiduciario. Así, se ha sostenido que el fiduciario adquiere la propiedad externa o formal y que el fiduciante conserva la propiedad material. Este criterio es materia, a su vez, de variantes tales como considerar que el fiduciario es propietario de la cosa hacia afuera -lo cual le confiere plena legitimación para hacer valer su derecho-, mientras que hacia el interior queda como simple apoderado, la cosa es para él ajena en relación a quien le concedió el poder (Dernburg); y así también se hace referencia a que el fiduciario recibe su titularidad con el fin limitado de legitimarle para actuar como un verdadero titular (Esser, Crome y Lobl). Siebert, teniendo en cuenta la debida valoración de intereses, los motivos de equidad y la realidad económica de que la cosa confiada pertenece al fiduciario, se inclina por la solución más

flexible de considerar que este conserva un "especial derecho real", a la manera del *beneficial owner* del derecho anglosajón. Flume califica al fiduciario de *treuhander*, con igual situación en el tráfico jurídico que la del titular por propio derecho; pero la cosa confiada se considera del fiduciante en derecho concursal, fiscal y comercial. Wolf hubo de afirmar que el fiduciario es propietario respecto de todos, excepto del fiduciante, quien en la relación entre ambos ha continuado siendo el dueño (también Nipperdey), mientras que Boehmer propone que el fiduciario adquiere bajo condición extintiva y el fiduciante conserva un derecho real de expectativa a la recuperación de la cosa.

Se habla también de que la propiedad fiduciaria concede un derecho de garantía preferente al fiduciario, mientras que en las relaciones entre fiduciante y fiduciario no tiene eficacia la transmisión de propiedad, sino lo convenido o finalidad de seguridad (Westermann) y, además, Hedemann señala otras como la de considerar que el fiduciario es un mero apoderado en "vestidura" de dueño.

Como se puede apreciar, en más o en menos, todas estas construcciones, que reciben el nombre de "teorías de la legitimación", giran sobre la idea de que el fiduciario recibe una propiedad formal que confiere un poder dispositivo (algunas a la manera de un mandatario), mientras que el fiduciante conserva la propiedad material, distinguiéndose correlativamente una relación interna (entre fiduciario y fiduciante) y otra externa (entre fiduciario y terceros).

La aludida división de la propiedad no puede ser aceptada en nuestro sistema. Esta tesis ha sido combatida, entre otros, por Navarro Martorell, cuyos argumentos consideramos que vale la pena transcribir: "[...] a diferencia de lo que sucede en los derechos germánico e inglés, para los cuales existe, basada en el dualismo histórico de legislaciones: la propiedad *at law* y la propiedad *in equity* en Inglaterra corresponden respectivamente a la formal y la material; en Alemania aquella surgía en el derecho germánico de los rígidos trámites del derecho local, mientras que la material o económica se regulaba por las normas del derecho romano: una misma cosa, pues, podía pertenecer a un dueño según el derecho local y a otro según el romano".

Por nuestra parte, siguiendo la opinión de Kiper, en el sentido de que la transmisión del dominio bajo condición resolutoria aparejaba el fraccionamiento del derecho de propiedad desdoblándolo en dos partes, una perteneciente al enajenante -bajo condición suspensiva- y otra al adquirente -bajo condición resolutoria- al mismo tiempo, sostuvimos que se oponía a semejante idea uno de los caracteres esenciales del dominio, su exclusividad, lo que implicaba la imposibilidad de coexistencia de dos derechos de dominio sobre una misma cosa y al mismo tiempo, pues de no ser así se estaría en presencia de un condominio.

Al respecto, dispone el art. 2508 de nuestro Código que "el dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser

propietarias en común de la misma cosa". En la nota, explica Vélez que la exclusividad constituye una de las diferencias entre el derecho real y el personal: "Muchas personas pueden ser, cada una por el todo, acreedores de una misma cosa, sea por una misma obligación, cuando ha sido contratada para con muchos acreedores solidarios, sea por diferentes obligaciones de un mismo deudor o de diferentes deudores. La razón es, porque es imposible que lo que me pertenece en el todo, pertenezca al mismo tiempo a otro; pero nada impide que la misma cosa que me es debida, sea también debida a otro".

Si se quisiera salvar el escollo aludiendo a que el fiduciario adquiere un derecho real distinto del dominio, se estaría fuera de la figura del dominio fiduciario, pues como dice el codificador en la nota citada, "estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad". Además, se crearía un *jura in re aliena* no admitido por el sistema, en violación del número cerrado. Es posible desmembrar el dominio, pero siempre dentro de las figuras admitidas por el ordenamiento, en cuyo resguardo está interesado el orden público. Asimismo, si se quisiera ver en cabeza del fiduciario la situación de un mandatario o de un gestor de negocios, también se cae fuera del dominio fiduciario, cuyo objeto es la transmisión de la propiedad. También la multiplicidad de dominios afectaría notablemente al sistema de publicidad registral consagrado por la ley 17.801 y provocaría inseguridad en los terceros, que no podrían determinar con claridad quién es el verdadero titular del dominio.

En suma, como dos dominios no pueden coexistir porque el carácter exclusivo impone la incompatibilidad absoluta con la pertenencia a más de una persona, y como el titular fiduciario adquiere el dominio de la cosa transmitida, deben ser descartadas de plano aquellas teorías que indican la permanencia en cabeza del fiduciante de la propiedad material. Tampoco nos parece factible la idea de que el fiduciario sea propietario frente a todos menos frente al fiduciante, porque ha sido justamente este último quien le transmitió el dominio, razón por la cual no podría alegar la inoponibilidad de la enajenación, mientras que cuando se recurre a la idea de la inoponibilidad, o a la de titulares verdaderos o putativos, se trata de transmisiones *a non domino* (de quien no era dueño).

C) *Temporario*

El dominio fiduciario es un derecho real temporario porque no está sujeto a durar indefinidamente; al contrario, su duración está subordinada al cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo resolutorio.

En este punto estriba la principal diferencia entre el dominio pleno o perfecto y el fiduciario. Esto surge con nitidez del texto del art. 2507, en cuanto dispone que "el dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo", y "se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición".

Al ser un derecho temporario, cabe preguntarnos si, como acontece con otros derechos reales de ese carácter, como el usufructo, se extingue por el "no uso", o si también le resulta aplicable el art. 2510, referente al dominio pleno, según el cual el dueño no deja de serlo "aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción".

Teniendo en cuenta que el fiduciario debe ejercer su derecho "en beneficio de quien se designe en el contrato" (art. 1º, ley 24.441), y que debe actuar "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él" (art. 6º, ley cit.), todo lo cual supone una conducta positiva, no puede adoptar una actitud de inercia. Es decir que debe explotar las cosas objeto de su derecho con diligencia, debe extraer, o al menos intentarlo, beneficios de aquéllas como lo haría un buen hombre de negocios.

De no ser así, de adoptar una actitud meramente pasiva, la consecuencia será la extinción de su derecho, ya que entre las causales de cesación prevé el art. 9º, inc. "a", LF, la "remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante".

En rigor, la causal de extinción no es el "no uso" sino el incumplimiento contractual, dado que no hay que confundir al contrato con el derecho real, en este ámbito no cabe recurrir a uno de los institutos previstos por el Código como causa extintiva de ciertos derechos reales.

Es menester aclarar que en la situación examinada el dominio fiduciario subsiste, pues sólo se extingue para quien hasta el momento de la remoción era su titular, pero continúa en cabeza del sustituto previsto en el contrato o el que el juez designe (art. 10, LF). Esto marca una diferencia con el usufructo, donde el no uso determina su extinción sin posibilidad de reemplazo (art. 2824 C.C). Tampoco resultaría aplicable, por falta de una norma expresa, el plazo de 10 años previsto para la extinción del usufructo (art. 2924 C.C).

Si bien la cuestión puede ofrecer dudas, cabe interpretar que el mero desuso no extingue al dominio fiduciario, pero puede acarrear consecuencias en el plano obligacional que finalmente determinen la extinción del derecho real para su titular y, consecuentemente, su sustitución por otro fiduciario. La falta de uso o de ejercicio podrá incidir en la extinción del contrato de fideicomiso y, cesado éste, desaparecer el dominio fiduciario para su titular por falta de causa o título de su derecho, más que por el hecho del no uso.

En el mismo orden de ideas, cabe preguntarnos si el dominio fiduciario, a partir de la sanción de la nueva ley, cuyo art. 9º, inc. b), dispone que el fiduciario cesará como tal por su muerte, se ha convertido en un derecho real vitalicio, es decir, sujeto a durar como máximo la vida de su titular, como acontece con otros derechos reales como el usufructo.

Dado que aquí también el fiduciario será reemplazado por un sustituto, es dable optar por la respuesta negativa, ya que la propiedad fiduciaria continuará en cabeza del segundo (art. 10, LF). De no ser así, habría que llegar a la conclusión de que todos los derechos reales son vitalicios, pues siempre la muerte del titular determina para éste su extinción. Pero ello no es así respecto de aquellos derechos que subsisten como tales en cabeza de sus sucesores, sólo es aplicable la denominación en aquellos derechos reales que, a la muerte de su titular, se extinguen de manera definitiva.

Hasta la sanción de la ley 24.441, cabía sostener que en el supuesto de muerte del dueño fiduciario, éste debía ser sucedido por sus herederos hasta tanto se verificase el evento resolutorio, por aplicación de los principios generales en materia sucesoria.

Ahora la situación es diferente, ya que, como se señaló, el derecho real subsiste en las mismas condiciones en cabeza del sustituto. De todas formas, sigue siendo un derecho temporario. La perpetuidad no es un carácter esencial del derecho de dominio, sino natural. La imposición de un plazo o de una condición resolutoria no paraliza el señorío del propietario, quien, en tanto perdura su derecho, ejerce sobre la cosa sus facultades de uso, goce y disposición, con las particularidades que más adelante examinaremos (gr., art. 2841 C.C).

Si el dominio fuese esencialmente perpetuo, el legislador no habría consagrado supuestos de propiedad temporaria. Y si el Código lo admite es porque el dominio, perpetuo por naturaleza, puede tornarse temporario. Esta autorización surge de la ley en algunos casos en forma implícita (art. 1858), o puede resultar de lo convenido expresamente por las partes en sus convenciones (v. nota al art. 2663), en las que debe prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad en tanto no se lesione el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Además, la circunstancia de que el dominio sea absoluto, en el sentido de ser el derecho que otorga la mayor cantidad de facultades posibles sobre la cosa, no se opone a que en algunos supuestos la propiedad sea temporaria, hecho admitido por el propio Maynz, quien negaba la posibilidad de que haya existido en el derecho romano la propiedad *ad tempus*.

El principio de la perpetuidad del dominio fue duramente combatido por Barassi, quien llegó a afirmar que la "irrevocabilidad y la perpetuidad del derecho de propiedad han de quedar relegadas a la arqueología jurídica". Si bien compartimos la afirmación de dicho autor acerca de la posibilidad de que en algunos supuestos el dominio no sea perpetuo, de allí a afirmar que este carácter haya desaparecido pensamos que media un largo trecho. Como señala Navarro

Martorell, la aseveración es algo exagerada, y concluye en que -cita la opinión de Brugi- la perpetuidad debe seguir considerándose como carácter propio del derecho de propiedad y que los supuestos en que no se da son excepcionales. En el mismo sentido que KIPER, nos parece más apropiada la expresión de Castán Tobeñas en el sentido de que el derecho de propiedad es "potencial" o "normalmente perpetuo", o la dada por Stolfi, en cuanto a que dicho derecho es "generalmente" perpetuo, pero que puede no serlo porque tal requisito no hace a su existencia.

En el derecho argentino, la perpetuidad del dominio ha sido cuestionada por Borda, quien alega que tal carácter está en pugna con la función social que cabe asignarle a la propiedad, lo cual lo lleva a afirmar que quien procede con incuria, desentendiéndose de la posesión de la cosa, y la deja inculta, causa un grave perjuicio social que debe ser sancionado con la pérdida de su derecho de dominio en favor del Estado. Creemos que se trata de otra teoría exagerada, pues la posibilidad de una expropiación basada sólo en dichas circunstancias no se halla autorizada por el derecho positivo, que requiere declaración de utilidad pública previa indemnización (art. 17 , CN; art. 2511, C.C; ley 21.499). Pensamos que la posibilidad de expropiar sólo existirá en tanto medien razones de utilidad pública y que, por otra parte, la sanción que se busca establecer no sería tal porque el expropiado debiera ser indemnizado, a menos que se pretenda hacerlo sin la previa indemnización expropiatoria -lo cual no aclara el citado tratadista-, pero ello sería inconstitucional. Cabe agregar que el interés social que se pretende proteger encuentra respuesta en el Código en el instituto de la prescripción adquisitiva, que permite adquirir el dominio al poseedor que lo explotó durante el término legal; y que, además, se puede adoptar otro tipo de medidas, como gravar con impuestos a las tierras improductivas, que no violentarían los textos constitucionales.

En suma, el dominio fiduciario es un derecho real temporario, sin que se oponga a ello el carácter perpetuo del dominio, pues éste no debe existir indefectiblemente, sin excepción, por estar atribuido a la naturaleza, pero no a la esencia del mencionado derecho real.

En el derecho moderno se admite que la propiedad pueda ser temporaria, pero se introducen otros enfoques de la cuestión al pretender establecer una línea divisoria entre la propiedad *ad tempus* y la resoluble propiamente dicha, considerándose a aquélla como el género de la cual la última es una especie. Según esta concepción, la propiedad *ad tempus* resulta siempre de la convención de un plazo final, no se caracteriza por la incertidumbre y está ausente la idea de la retroactividad; lo contrario sucedería con la propiedad resoluble. En común, ambas presentan una predeterminada resolubilidad, que se afirma en el caso de ser la propiedad transferida con una cláusula, en virtud de la cual después de cierto tiempo, o al verificarse determinada circunstancia, debe retornar al enajenante *ipso jure*.

Esta distinción se basa en la retroactividad o no de sus efectos, según sea la propiedad resoluble o *ad tempus*.

Lo concreto es que en ambos casos se afecta el carácter perpetuo del dominio. La diferencia radica en los efectos de la revocación, la cual, según los casos, podrá o no operar retroactivamente.

Teniendo en cuenta que el art. 4º, inc. a) de la ley 24.441 limitó a 30 años la duración máxima del dominio fiduciario, y que el art. 2670, conforme al agregado incorporado por aquella, priva de efectos retroactivos a la resolución, el nuevo régimen parece inclinarse por la denominada propiedad *ad tempus*.

6. Forma

En nuestra ley de fideicomiso no se establece que el contrato deba revestir alguna forma especial. Como es lógico, se hace mención en el caso del fideicomiso testamentario a la necesidad de observar las formas del testamento (art. 3º, LF). No obstante, no se debe interpretar que rige el principio de libertad de formas, a ultranza (arts. 1182 y 974, CCiv.), porque del propio art. 4º, LF, exige que el contrato contenga determinadas cláusulas de lo cual se infiere la exigencia de que el acto se otorgue por escrito. Asimismo, porque en el caso que todos o algunos de los bienes fideicomitados sean inmuebles de acuerdo con el art. 1184, inc. 1º, CCiv., el contrato deberá ser hecho por escritura pública, caso contrario resultará aplicable lo dispuesto por el art. 1185, Código cit. Es decir, la exigencia de las formalidades variará según sea la naturaleza de los bienes.

De lo expuesto se colige que el contrato puede ser extendido por instrumento público o privado, según sea el carácter de los bienes fideicomitados. En caso de otorgarse el acto por instrumento privado deberá cumplirse con los requisitos de los mismos, doble ejemplar, firma de las partes, etc., siendo recomendable la certificación de firmas a los fines de respaldar su autenticidad y de conferirle fecha cierta, que en el caso, en virtud de lo normado por el art. 4º, inc. c), LF, posee especial relevancia. Asimismo, se ha hecho notar que se debe tener en cuenta la naturaleza de la relación fiduciante-beneficiario/fideicomisario, ya que en el supuesto que la transferencia de bienes inmuebles -o de rentas periódicas, agregamos- (art. 1810, CCiv.) sea a título gratuito la escritura pública adquirirá el carácter de forma *ad solemnitatem*.

Queda por decir que en orden a los efectos que el fideicomiso ejerce sobre los derechos de terceros, en especial, por la constitución de un patrimonio separado (art. 14, LF) y las limitaciones que en virtud del contrato y de los fines del fideicomiso pueden existir en las

facultades de disposición y gravamen de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciario (art. 17, LF) estimamos conveniente que a los efectos de suficiente publicidad del contrato se deba transcribir íntegramente el mismo. Empero, la ley no lo exige.

Una falencia que va en detrimento del aprovechamiento del fideicomiso sobre bienes no registrables, -como lo expresamos- es la ausencia de toda publicidad impuesta por la ley, para dotar de mayor seguridad al instituto, especialmente respecto de terceros ajenos al contrato.

Pudo haberse dispuesto la inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio del constituyente o alguna publicidad por medio de edictos. Si bien no garantiza el conocimiento general, al menos brinda la posibilidad de atenuar el carácter totalmente oculto de los fideicomisos que no resultan de ofrecimientos al público o no recaen sobre bienes registrables.

7. Contenido del contrato

Hemos anticipado que el contrato debe contener ciertos elementos o estipulaciones, cuya carencia conlleva las consecuencias previstas en los arts. 1044 y 1045 del CCiv. Ahora volvemos sobre ellos. Algunos son de carácter esencial. Pertenece a esta última categoría la individualización del fiduciario y del o los fiduciantes. Aunque la ley parecería exigir como esencial la individualización del beneficiario o los datos que lo permitan en el futuro (art. 2º, LF), sin embargo el sistema de sustituciones previsto en el tercer párrafo del citado artículo convierten en facultativa la determinación convencional del beneficiario.

Respecto del contenido esencial del contrato en lo que se refiere a los bienes del fideicomiso, nos hemos exployado en el capítulo II de esta obra (art. 4º, incs. a], b] y d]).

El inc. c) del art. 4º exige que el contrato establezca "el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta 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". A este requisito nos hemos referido también *in extenso* en el cap. II al tratar los elementos esenciales y típicos del fideicomiso. Agregamos, acerca de la esencialidad de la expresión del plazo o condición a que se sujeta el fideicomiso lo siguiente: la ley establece con carácter imperativo, esto es como requisito esencial de validez o existencia del acto jurídico un tiempo de duración del fideicomiso que deberá ser fijado en el acto constitutivo, o sujetarse al cumplimiento de una condición resolutoria (art. 1º, ley citada). Al respecto Highton, Mosset Iturraspe, Paolantonio y Rivera afirman que la fijación de plazo, así como los demás requisitos esenciales enunciados en el citado art. 4º, "...completan los extremos o requisitos exigidos como sustanciales -propios de la figura negocial- para el perfeccionamiento del contrato de

fideicomiso". López de Zavalía afirma sobre este particular que "La referencia a un plazo o condición es esencial, al ser definitiva del fideicomiso. La ley sólo habla del dominio fiduciario. Pero sería irrazonable suponer que la mención del plazo o de la condición no sea exigible para otras titularidades fiduciarias. Lo que caracteriza a cualquier titularidad fiduciaria de la ley es precisamente la subordinación a un plazo o condición (art. 1º, LF) por lo que la mención de la modalidad constituye un requisito esencial, sin el cual no podría calificarse al contrato de fideicomiso aunque las partes así lo hubieran estipulado (doct. art. 1326, CCiv.)". Es innegable que al respecto hay un amplio consenso doctrinario, de prestigiosos autores, acerca de la interpretación del texto de la ley 24.441 sobre este particular. La cuestión de la indeterminación del plazo y la condición a que se sujeta el fideicomiso no es menor, porque la *ratio legis* es la de establecer un límite a la inmovilización o perpetuación de los bienes en cabeza del fiduciario. Sin perjuicio de ello, la existencia de un plazo o condición a que se sujeta la existencia del fideicomiso resulta determinante en lo que respecta a los derechos y obligaciones de las partes (fiduciante-fiduciario) y particularmente en relación al tercero de la estipulación a su favor, esto es el beneficiario. Ni las partes, ni los terceros que contraten con el fiduciario en la ejecución del fideicomiso, sabrían a que atenerse, o bien cada uno de ellos, llegado el caso, interpretará o exigirá algún plazo o condición que más convenga a su respectivo interés. El desarrollo de un fideicomiso con tal carencia, configuraría un potencial semillero de conflictos que la ley 24.441 se encargó de prevenir. En síntesis, el plazo o condición a que se sujeta la extinción del fideicomiso, es un dato esencial porque incide gravemente en el desahogo del fideicomiso y puntualmente respecto de los derechos y obligaciones de las partes. El máximo de orden público que la ley admite es el de treinta años, plazo que no pueden exceder los contratantes cuando fijan la extensión de la convención fiduciaria. Ahora bien, si ese plazo u otro no está establecido, no podrá por vía interpretativa o integrativa establecerse, por ejemplo, una duración de treinta años, porque en todo caso se estaría integrando la voluntad de las partes (fiduciante-fiduciario) con un requisito genético de validez o existencia de la convención fiduciaria. Tampoco podría integrarse la ausencia del plazo, buscando por vía interpretativa alguna condición que supla dicha omisión, porque cualquier condición (siempre que no sea ilícita) sería posible de establecer con un margen de arbitrariedad ilimitado. No obstante, se puede tratar de indagar la voluntad probable de las partes (arg. art. 541, CCiv.).

El inc. e) del citado artículo parece exigir que el contrato contenga "los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare". Sin embargo fluye de la ley que la previsión no es esencial, porque son numerosas las disposiciones que reglan ese aspecto (arts. 6º, 7º, 8º, 10, 13, 17, 18, 23, 26). Rige en esta cuestión el principio de la autonomía de la voluntad en aquello que se refiera a convenir obligaciones y derechos del fiduciario que amplíen o

restringan el espectro previsto en la ley, siempre que no se trate de disposiciones de carácter imperativo (gr., art. 7º). Ahondaremos con mayor detenimiento sobre el particular en el punto siguiente al tratar los derechos y obligaciones de las partes.

8. Derechos y Obligaciones de las Partes

Consideramos a este uno de los temas más vastos e importantes, ya que existen muy pocas previsiones en la ley 24.441, quedando las partes intervinientes en gran libertad para pactar todo aquello que conduzca a la consecución de sus fines, con el único límite que le impone el deber genérico de no dañar a otro, ni utilizar el fideicomiso para violar otras normas legales de carácter indisponible o contra la moral o las buenas costumbres.

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

8.1. DEL FIDUCIANTE

El fiduciante es la parte esencial del contrato, también denominado fideicomitente, constituyente o *settlor*, que se obliga a transmitir la titularidad de bienes o derechos a otra parte (fiduciario) para cumplir con lo establecido en el pacto fiduciario.

Sin perjuicio de la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cód. Civ.) de las partes para fijar libremente los derechos y obligaciones que regirán la relación negocial, caben señalar que el fiduciante tiene los siguientes:

a) Principio General. Derechos Reservados

Además del derecho, que suele disponer en todos los sistemas, de designar unos o varios fiduciarios, el fiduciante puede mantener durante la existencia del fideicomiso otros derechos que resulten de la expresa reserva que haya hecho a su favor en el acto constitutivo o que le sean conferidos por medio de la ley.

El fiduciante podrá reservarse ciertos o determinados derechos sobre la materia del fideicomiso. En nuestra ley, la facultad de reserva a la que hacemos alusión aparece plasmada en el art.25, inc. b (“*El fideicomiso se extinguirá por:[...] b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad*”) y el art. 17 (“*El fiduciario podrá disponer o*

gravar los bienes 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”).

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

Es regla de derecho que quien puede lo más, puede lo menos, entonces el fiduciante podrá reservarse otras facultades, como la de usar el bien por sí o por un tercero, administrar todos o ciertos bienes, o tener que ser consultado ante ciertos actos de administración.

Merece atención también, el art. 13 de la ley 24.441, *“Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”*.

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

b) Revocar el fideicomiso

Éste es uno de los derechos reservables expresamente establecidos por ley, ya que el principio es la irrevocabilidad del contrato, pero el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo la posibilidad contraria. Tal principio es establecido en la mayoría de los países que legislan la figura.

Nuestro art. 25, inc. b), dispone, que: *“El fideicomiso se extinguirá por:... b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad...”*. Asimismo, seguidamente establece que la revocación no tendrá efecto retroactivo, y por tanto, los actos de disposición que el fiduciario hubiera realizado de conformidad con lo previsto en la ley y el contrato (arts. 17, 25, inc. b), LF, y 2670, último párr., CCiv. ref. por ley 24.441) no se verán afectados, quedando firmes.

c) Entregar los bienes

Siendo el contrato de fideicomiso consensual, con su celebración nace la obligación del fiduciante de entregar la propiedad fiduciaria de los bienes que van a formar el patrimonio

separado (art. 14). Esta obligación principal lógicamente conlleva determinados deberes secundarios como son la colaboración, según la naturaleza de los bienes, para que la transmisión tenga lugar en forma efectiva.

La falta de normatividad de la ley deja varios interrogantes planteados. Entre ellos, el caso de pluralidad de bienes siendo unos muebles que no requieren forma especial para su transmisión y otros inmuebles. Si el fiduciante cumplió con la entrega de los primeros ya ha quedado constituido el patrimonio separado. Empero, el fiduciario se encontrará encargado de administrar un patrimonio con determinados fines, no habiéndose integrado el mismo en su totalidad. En tal caso, creemos que asistirá al fiduciario, beneficiario y/o fideicomisario, la acción de cumplimiento. Estos últimos se encuentran legitimados, aun cuando no hayan aceptado, en su carácter de terceros interesados (doct. art. 504, CCiv.).

La obligación de entrega, tal como ha sido prevista en la ley, es la de los bienes que en el contrato se haya obligado a transmitir. No obstante, puede suceder que el mismo se haya obligado a realizar nuevos aportes (arg. art. 4º, inc. b], LF), o bien que efectúe, en su caso, el refuerzo de garantía previsto en la ley (art. 16, LF).

d) Responder por los vicios y la evicción

Si bien la ley no lo contempla, por aplicación de los principios generales, según sea la naturaleza de la relación fiduciante-fideicomisario y/o beneficiario, por natural consecuencia el fiduciante responderá por la evicción y/o por los vicios redhibitorios, salvo estipulación en contrario (arts. 2097 y 2166, CCiv.). En efecto, en caso de haberse estipulado un precio por el beneficio se aplicarán por analogía las normas de la compraventa sobre evicción y vicios redhibitorios (art. 16, CCiv.); y en caso de que no se haya pactado contraprestación o se haya estipulado como una liberalidad el derecho al beneficio, responderá por evicción (arg. art. 2165, CCiv.), rigiendo lo normado en torno de esta obligación en la donación (arts. 2145 a 2154 y 2157, CCiv.). Es decir, cuando al beneficiario se le requiere alguna contraprestación o cuando se trate de un fideicomiso de garantía, el saneamiento por evicción se transforma en una obligación para el fiduciante. En caso contrario (beneficiario no se le exige contraprestación), o se recibe el beneficio como una liberalidad, debe estarse a las normas que sobre evicción se aplican en la donación.

e) Exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario

En atención a los principios generales de las obligaciones (art. 505, CCiv.), asiste al fiduciante el derecho de exigir que el fiduciario dé cumplimiento al encargo y a las obligaciones

que le fueron impuestas en el contrato constitutivo obrando con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él de conformidad con los fines del fideicomiso.

Sin perjuicio de los citados principios generales, es evidente que al fiduciante en el marco de la ley 24.441 le asiste acción judicial para exigir el cumplimiento de tales obligaciones, desde que el art. 9º, inc. a), LF, le reconoce el derecho a solicitar judicialmente la remoción en caso de incumplimiento.

f) Exigir rendición de cuentas

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

No haber dispuesto que el fiduciante también tenga ese derecho es una grave omisión que puede ser salvada con una interpretación integradora de la ley. Decimos que la omisión se salva fácilmente con una interpretación integradora, porque en el art. 9 inc. a), de la ley 24.441, esta prevista la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones a instancia del fiduciante o del beneficiario.

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

g) Solicitar la remoción del fiduciario y designar sustituto

Esta facultad esta dirigida a preservar los bienes del fideicomiso, apartando al fiduciario que incumple sus deberes.

El fiduciante tiene la posibilidad de solicitar judicialmente la remoción del fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones, si así se hubiere pactado (art. 9º, inc. a), LF). La norma es amplia y va más allá de las pautas de conducta, de la imposibilidad de dispensa del dolo, de la culpa, y de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, disposiciones establecidas en los arts. 6º y 7º, LF. La señalada amplitud normativa, encuentra justificativo en la naturaleza del encargo, es decir, la "administración" de un patrimonio especial para el cumplimiento de un fin determinado basada en las especiales características que posee el fiduciario y la confianza depositada en él. Por ello, ni la imposibilidad material ni la jurídica lo excusarían.

La remoción debe ser solicitada judicialmente. Tal intervención judicial se justifica no sólo por la necesidad de evaluar las causas invocadas y la defensa de la contraria, sino también

para intervenir, en su caso, en la designación del nuevo fiduciario. Es que correlativamente asiste derecho al fiduciante, en caso de no haber designado sustituto en el contrato, de hacerlo en esta oportunidad de acuerdo con el procedimiento establecido en tal instrumento.

Llegado este punto, corresponde hacer aquí una disquisición en orden a lo expuesto en su momento acerca de la posibilidad de reservarse el fiduciante el derecho de remover al fiduciario libremente. De existir tal reserva, la facultad absoluta de designar uno nuevo implicaría la subordinación del fiduciario, lo que repugnaría con la naturaleza del instituto, y por tanto, su validez sería cuestionable.

h) Ejercer las acciones de responsabilidad contra el fiduciario

El fiduciario debe cumplir las obligaciones impuestas por la ley y la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6º, LF), y en ningún caso podrá ser dispensado de la culpa o dolo en que incurriera él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir los bienes fideicomitidos para sí (art. 7º, LF). En caso que el fiduciario viole tales disposiciones imperativas, o alguna de las que hayan sido impuestas en el contrato constitutivo, causándose daño al patrimonio separado, al beneficiario o al fideicomisario nacerá el derecho del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad. Se debe considerar que ese derecho proviene de la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil en el ámbito de este contrato, y no de una interpretación integradora del art. 18, ley 24.441.

i) Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos

El art. 18, LF, autoriza en caso de que el fiduciario sin motivo suficiente no ejerza las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos, a accionar con autorización judicial previa, en sustitución de éste, al fiduciante. El fiduciante debe alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente.

Se trata de una acción subrogatoria (art. 1196, CCiv.) a la que se le imprime como condición de admisibilidad, que el juez previamente debe decidir si ha mediado omisión incausada -sin motivo suficiente- para autorizar la sustitución.

8.2. DEL FIDUCIARIO

El fiduciario es la persona física o jurídica a la que se le adjudica la propiedad fiduciaria, a efectos de su ejercicio a favor de los beneficiarios conforme a la finalidad del fideicomiso.

Este sujeto es la figura central del fideicomiso y en tanto encargado del manejo del patrimonio, el análisis y determinación de sus facultades deviene fundamental. En principio sus facultades son amplias y encuentran únicamente límites en los arts. 17, 7º y 6º, LF, resumiéndose las mismas en el respeto de la finalidad por la que se ha constituido el fideicomiso, ya que las disposiciones contractuales seguramente serán establecidas en torno de ella, y las disposiciones legales imperativas apuntan a su consecución, v.gr., la protección de los bienes fideicomitados (art. 18, LF), la prohibición de adquirir para sí tales bienes (art. 17, LF), la prohibición de dispensa del dolo y de la culpa (art. 7º, LF), etc.

Por otro lado, afirmar que debe actuar de conformidad con los fines del fideicomiso no es más que decir que debe actuar de manera tal que la voluntad del constituyente se cumpla, desde que el cumplimiento de tal finalidad ha motivado su designación. En esa dirección y con esa finalidad, la ley establece que el fiduciario se deberá desempeñar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6º, LF), norma que establece un patrón de conducta que será analizado al tratar la responsabilidad del fiduciario.

a) Actos de administración

Si el fiduciante no ha hecho reserva de derechos, como podría ser la autorización previa para la adopción de decisiones de particular trascendencia, y de pautas específicas fijadas en el contrato, derechos éstos que, como quedó expuesto, no deben menoscabar la independencia de su actuación, el fiduciario puede realizar toda clase de actos de administración siempre que ellos se ajusten a la finalidad del fideicomiso. En efecto, la administración de estos bienes debe hacerse de conformidad con las instrucciones si las hay y, caso contrario, tener siempre en cuenta la voluntad expresa y presunta del constituyente.

Sin duda, tal limitación plantea el interrogante de la suerte de los actos de administración efectuados excediendo dichas limitaciones. Estimamos que, en principio, sólo podrá existir responsabilidad del fiduciario ante el fiduciante, el beneficiario y/o el fideicomisario -es decir, interna, circunscripta a los sujetos del fideicomiso- ya que una solución distinta sería perjudicial para el tráfico y devendría en desmedro de la dinámica del patrimonio separado exigir a los

terceros ser de buena fe. No obstante, habrá que tener en cuenta las particularidades de los negocios en el caso concreto que podrán asimilarlos a actos de disposición.

En resumen, podemos decir que el principio primordial que domina el funcionamiento del fideicomiso es el siguiente: "el fiduciario debe actuar para que la voluntad del constituyente se cumpla en forma plena a través de la adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos, material y jurídicamente". De modo que, el fiduciario deberá administrar los bienes del fideicomiso de la forma más provechosa para los intereses del negocio fiduciario.

b) Actos de disposición y gravámenes

El art. 17, LF, expresamente establece que: *"El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario"*. De allí, el principio general será que el fiduciario podrá disponer de los bienes a los efectos de cumplir con los fines del fideicomiso, respetando las restricciones que el fiduciante haya impuesto en la convención. Si nada dice el acto constitutivo, será facultad del fiduciario evaluar en cada caso si corresponde enajenar o gravar los bienes fideicomitados para satisfacer el encargo, con el criterio de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6 y 17 de la ley).

Es decir, el fiduciario podrá disponer o gravar siempre que lo requieran los fines del fideicomiso, que no se lo haya prohibido en el contrato, o establecido la necesidad del consentimiento previo del fiduciante, del beneficiario y/o del fideicomisario. Éste es uno de los casos en que por analogía, en orden a la falta de regulación de esta cuarta posición jurídica, corresponde aplicar las normas referentes al beneficiario.

Tal permisión como principio se explica por la naturaleza y duración del contrato. Pero la prohibición y el requisito de autorización previa que puede establecerse, al igual que la limitación legal de que tal poder de disposición o gravamen se ejerza en la medida en que lo requieran los fines del fideicomiso, deviene insoslayable. Lo expuesto, por aquello de que aun cuando la ley califica como propietario al fiduciario lo hace como propietario de una propiedad "fiduciaria", es decir, como un adquirente a título de confianza, como el continente jurídico de tal propiedad, y al sólo efecto de que cumpla el encargo. Las normas vigentes en la ley de fideicomiso confirman lo expuesto. De allí que ver en el fiduciario un "dueño" que si bien no "debe", "puede" disponer o gravar aún en contra de los fines del fideicomiso, o bien hacerlo, violando las limitaciones impuestas en el contrato, es negar la existencia misma del instituto y propender una inseguridad jurídica tal para el fiduciante, beneficiario y fideicomisario, que

culminaría en el desuso de la figura en manifiesta contradicción con los motivos que determinaron su creación.

Se ve ratificada esta solución por el art. 74, ley que agrega un último párrafo al art. 2670, CCiv., que disponía: *"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 mentado párrafo adicionado reza: *"Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial"*.

Lo trascendente de esta norma, sin perjuicio de ser criticable su ubicación metodológica, es que fija claramente que sólo los actos de disposición realizados por el fiduciario dentro de las facultades conferidas en la convención y de acuerdo con los fines del fideicomiso quedarán firmes una vez extinguido el contrato. De lo que se colige que el fiduciario no sólo no debe sino que no puede disponer violando las limitaciones del caso, y si lo hace los mismos carecen de efectos. Es decir, el acto así realizado será inoponible a los sujetos intervinientes, y acción judicial de nulidad mediante, los bienes volverán al patrimonio separado y los gravámenes serán levantados. Lo expuesto, sin perjuicio de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, de la responsabilidad civil, y, en su caso, penal del fiduciario.

c) Constitución de otros derechos reales

El art. 17, LF, establece, como principio, que el fiduciario puede disponer y gravar los bienes fideicomitidos si lo requieren los fines del fideicomiso; habría que concluir que puede constituir servidumbres, usufructo y derechos de uso y habitación. Parte de la doctrina, ha considerado una valla infranqueable a tal constitución el art. 2841, CCiv., que prohíbe al propietario fiduciario constituir usufructo sobre tales bienes, considerándola extensible a los derechos de uso y habitación con fundamento en los arts. 2949, 2966 y 2969, CCiv., y asimilando a las servidumbres. Pero no debe perderse de vista que el art. 97, ley 24.441, norma específica y posterior a las normas civiles mencionadas, con técnica legislativa desprolija pero de indudable certeza y trascendencia, dejó sin efecto toda norma que se oponga a su contenido.

d) Adquisición de nuevos bienes

El art. 13, LF, expresamente dispone: "...*Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes*". Del párrafo transcrito surge con claridad -amén del ya mencionado principio de subrogación real- que se puede facultar al fiduciario para que adquiera nuevos bienes con los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos, o con el producto de los actos de disposición. Ello se infiere de la primera frase del fragmento del artículo transcrito: "*Cuando así resulte del contrato*". En efecto, mientras para los actos de disposición y gravamen la única limitación, en principio, que posee el fiduciario es que los fines del fideicomiso los requieran, para adquirir otros bienes con el producido de tales actos de disposición o con los frutos de los bienes necesita una cláusula del contrato que lo autorice en tal sentido. Sin duda, tal disposición no se compadece con el dinamismo, en pos de la utilidad de la figura, que debe caracterizar al patrimonio separado y exhibe desinteligencias notables con lo normado en el art. 17, LF.

Observando la contradicción apuntada con buen tino se ha puesto en evidencia que la conclusión de que existe amplia libertad para disponer y no para adquirir es absurda y como tal debe desecharse, pues toda norma debe justificar el principio de razonabilidad. Coincidimos con tal observación y creemos que habrá de apreciarse tal facultad de conformidad con las pautas que brinda el art. 17, LF.

e) Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos

La ley 24.441 prohíbe al fiduciario adquirir para su propio patrimonio los bienes objeto del fideicomiso. Esta restricción no puede ser dispensada por vía contractual.

El art. 7º, LF, establece con carácter de orden público: "*El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la (...) prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos*". Ello expresa una prohibición de necesaria configuración para asegurar su independencia, y por ende el correcto funcionamiento de la figura respetando su naturaleza, esto es, la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. La extensión de la prohibición alcanza a los frutos naturales, civiles e industriales, al producido de los actos de disposición de dichos bienes (arg. arts. 13 y 17, LF). La única excepción es el derecho a remuneración y al reembolso de los gastos (art. 8º, LF).

Asimismo, tal prohibición debe concordarse con la norma general que trae el art. 6º, LF, que exige al fiduciario cumplir sus obligaciones con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, desde que tal norma explicita la causa determinante de su elección, esto es, la confianza.

El énfasis que pone la ley en la citada prohibición es tal que su violación podría hacerlo incurrir en delito, tipificado en el art. 173, inc. 12, CPen., agregado por el art. 82, LF, en caso de que se defrauden los derechos de los cocontratantes.

El fiduciario debe ser simplemente el soporte jurídico de la propiedad y realizar fielmente el encargo del fiduciante. Para disminuir los posibles abusos y conflictos de intereses, es lógico que la ley con una norma de orden público esté marcando, en definitiva, que solo podrá ser fiduciario quien no tenga un interés personal en adquirir la propiedad plena de los bienes fideicomitidos. El único interés personal del fiduciario debe ser su derecho a cobrar la retribución y el reembolso de sus gastos (art.8).

f) Rendir cuentas

Como respecto de todo sujeto que actúa en interés ajeno, el art. 7º, LF, establece en forma expresa la obligación del fiduciario de rendir cuentas, y la prohibición de dispensa de tal obligación. El plazo de rendición podrá estipularse en el contrato, no obstante, no podrá exceder el término de un año (art. 7º, párr. 3º, LF). Se trata de una disposición legal supletoria e imperativa. Empero, en cuanto al modo en que las mismas deben rendirse, la ley nada dice. Hubiera sido deseable el establecimiento de ciertas exigencias que en los hechos resultarán indispensables como llevar contabilidad separada, confeccionar balances, estados de resultados, etc., de manera tal que pueda presentar informaciones fidedignas de su actuación. Téngase en cuenta que todo el negocio se encamina a la realización de sus fines .

La ley establece que se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento de tal obligación el beneficiario y omite mencionar al fiduciante. Tal solución no se condice con su derecho a solicitar la remoción del fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones (art. 9º, inc. a), LF). No obstante, como la ley no lo establece expresamente, debe considerarse como un derecho reservable.

Podemos afirmar con una interpretación integradora, aunque no exista norma expresa que así lo prescriba, que la violación del deber de rendir cuentas en el plazo establecido por la ley, o el testamento, o el contrato, constituye justa causa para solicitar la remoción del fiduciario.

g) Proteger y defender los bienes fideicomitidos

Durante la vida del fideicomiso la suerte del patrimonio separado dependerá de la actividad del fiduciario, la que no sólo deberá respetar las limitaciones legales y las que válidamente se hayan impuesto en el contrato, sino también todas aquellas necesarias para la protección material y jurídica del patrimonio separado. Con esa finalidad la ley lo legitima para

ejercer todas las acciones, entiéndase judiciales y administrativas, que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario (art. 18, LF). Aunque la norma no lo dice expresamente, creemos que también será deber del fiduciario ejercer las acciones contra el fiduciante si este perturba los derechos derivados del fideicomiso. No obstante hacer sólo expresa referencia la citada norma a su posibilidad, continúa diciendo que en caso de que no las ejerciere sin motivo suficiente, el juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a que accionen en sustitución de aquél. De la frase "sin motivo suficiente" surge con claridad que no se trata de una mera facultad que la ley le confiere, sino de una obligación, que, como tal, el juez apreciará a la luz de lo dispuesto en el art. 6º, LF, teniendo en cuenta los fines del fideicomiso. Tal interpretación se compadece con su obligación no dispensable, anticipadamente, de rendir cuentas (art. 7º).

Se estatuye legalmente como legitimados pasivos de tal acción a los terceros y al beneficiario. Mientras la nominación de los terceros resulta lógica y la del beneficiario deviene sobreabundante, ya que no es titular de los bienes, se incurre en la omisión de no mencionar tal como lo expresamos mas arriba, al fiduciante y al fideicomisario, omisión que no puede sino ser interpretada como "olvido" del legislador. Es que, desde este punto de vista, el fiduciante también es un tercero.

h) Proceder y/o colaborar en la inscripción registral de los bienes

Tal obligación surge del juego de las normas que traen los arts. 9º, 12, 13 y 26, LF. La trascendencia del cumplimiento de tal obligación, ya sea de proceder directamente a tales inscripciones o de colaborar en las mismas, queda patentizada en el art. 12, LF, desde que su fecha será la que haga, en principio, oponible el carácter fiduciario de los bienes a los terceros.

i) Entregar los beneficios durante la vigencia del fideicomiso

La dinámica del patrimonio y el fundamento del instituto requieren que los bienes no se hallen fosilizados durante su vida, sino por el contrario que produzcan, al ser una de las finalidades del instituto que la "propiedad fiduciaria" se ejerza en beneficio de quien se designe en el contrato, a quien la ley denomina beneficiario (art. 1º). De allí, las amplias facultades que concede la ley al fiduciario.

Lo aquí expuesto deberá ser concordado e interpretado a la luz del análisis de la facultad del fiduciario de adquirir nuevos bienes con los frutos obtenidos y/o el producto de los actos de disposición.

j) Entregar los bienes a su extinción

El fiduciario está obligado a transmitir los bienes a su extinción al sujeto que ocupe la posición jurídica de fideicomisario (arg. arts. 4º, inc. d], 1º y 26, LF). Esta obligación de transmisión en orden a lo normado por los arts. 13 y 17 (facultad de adquirir nuevos bienes y de disponer), 4º, inc. b) (posibilidad de incorporación de otros bienes), y 11, LF (del que se extrae el criterio amplio con que debe ser interpretado el término "bienes", esto es, incluyendo a los consumibles), debe considerarse referida a los bienes existentes al momento de su extinción.

Esta obligación de transferir los bienes debe cumplirse al término del fideicomiso, como lo prescribe el art. 26 de la ley 24.441, o en las oportunidades que indique el contrato. La transferencia deberá verificarse a favor del fideicomisario, el que según el contrato podrá ser, alternativa o conjuntamente, un tercero, el beneficiario o el fiduciante.

k) Asegurar los bienes fideicomitidos

La ley 24.441 establece de manera implícita en su artículo 14, una obligación de contratar un seguro respecto de los bienes que integran el patrimonio fiduciario. La norma en cuestión hace referencia a la posibilidad razonable de contratar el seguro, pauta poco clara y confusa. Sin embargo la obligación es exigible cuando se trate de cosas y riesgos normalmente asegurables en el mercado. Criterio que creemos, quedará siempre a resolución por parte de los tribunales.

l) Responsabilidad.

El fiduciario responde por el dolo o culpa en que haya incurrido en el desempeño de sus funciones, encontrándose prohibida la dispensa de ellos (art. 7º, LF). Mientras la mención a la prohibición de dispensa del dolo puede resultar superflua (arts. 21 y 507, CCiv.), la referida a la culpa puede parecer excesiva. No obstante, tal rigurosidad se justifica si se tiene en cuenta las amplias facultades que se le confieren, la no subordinación de su función, y que el único control de la misma establecido expresamente por ley es la obligación de rendir cuentas al beneficiario.

La culpa, de conformidad con lo establecido en el art. 6º, deberá ser apreciada teniendo en cuenta su deber de desempeñarse con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (arts. 512, 902 y 909, CCiv.). Asimismo, se

establece, en clara aplicación de lo normado por el art. 1113, CCiv., que el fiduciario responde por la culpa o dolo en que pudieren incurrir sus dependientes (art. 7º, LF).

La responsabilidad civil del fiduciario será de carácter contractual frente al fiduciante, beneficiario y fideicomisario, y extracontractual frente a terceros cuando por su culpa se produjere un desbaratamiento de los derechos de éstos a causa de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso. La responsabilidad contractual del fiduciario será de tipo subjetiva, fundada en la culpa o dolo propio o de los dependientes, que bajo pena de nulidad no podrá ser dispensada (art. 7º, ley 24.441). En el caso de las obligaciones de resultados la responsabilidad será objetiva y el no logro del resultado se identificará con el incumplimiento. El resarcimiento de los daños que cause el fiduciario comprenderá en todos los casos el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, en caso de verificarse, según los términos de los arts. 522 y 1078 del CCiv.

Ante los incumplimientos del fiduciario, las acciones contractuales posibles serán las de remoción judicial por incumplimiento de obligaciones y reemplazo por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por el (art. 9º, inc. a, y art. 10, ley 24.441). La ley no contempla la renuncia o remoción causada por conflicto de intereses sobreviniente, que en caso de producirse, daría lugar al desplazamiento del fiduciario por incapacidad (art. 9º, inc. b, ley 24.441). Las cláusulas de indemnidad del fiduciario; no podrán dispensar el dolo, o culpa propio o de los dependientes (art. 7º, ley 24.441), por lo cual se agrega como exigencia, además de la prohibición de dispensar el dolo del art. 507 del CCiv., la de la culpa en cualesquiera de sus formas.

En lo que se refiere a la extensión de la responsabilidad el art.16 de la ley 24.441 dispone, “*Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos*”. Esto quiere decir que el fiduciario no responde con su propio patrimonio cuando actúa ejecutando el encargo conferido en el acto constitutivo, sino que, en definitiva, responde con los bienes afectados a ese fideicomiso (patrimonio separado, según art.14, LF). Surge, entonces, que los bienes del fideicomiso sólo responden ante determinados acreedores, los del fideicomiso, es decir, aquellos que tengan un crédito en virtud de obligaciones contraídas por el fiduciario "en la ejecución del fideicomiso". Estos bienes no pueden ser agredidos por otros acreedores del fiduciario, cuyos créditos sean ajenos a la ejecución del fideicomiso.

Ahora bien, si el fiduciario con un actuar imprudente o negligente produce un daño a otra persona con una cosa fideicomitada, tal como lo expresa SANDOVAL, se darían dos proyecciones indemnizatorias: por una parte la responsabilidad del fiduciario limitada al bien objeto de fideicomiso (art.14, ley 24.441); y por la otra, la responsabilidad personal del fiduciario por su actuar negligente o imprudente (art. 1109, Cód. Civ.). En esta dirección, cabe señalar, que

el fiduciario no puede escudar su propia negligencia en el bien fideicomitido. Ello por que, cuando el daño ha sido ocasionado por su propia culpa existirán dos patrimonios que respondan por tal conducta: el bien fideicomitido y el patrimonio individual del fiduciario.

De la letra del artículo 14 de la ley 24.441 (...*”La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”*), parecería surgir la duda respecto al límite resarcitorio. Decimos esto, por que existe poca claridad en la norma a si el límite se fija por la cosa exclusivamente, por su valor o por el patrimonio fideicomitido.

BONO, interpreta que no es la cosa sino su valor lo que fija el límite al resarcimiento, de manera que si ésta se destruye o queda averiada, no se diluye aún más el derecho de la víctima a una justa indemnización.

Otros autores como FERRER, entienden que la responsabilidad objetiva del fiduciario por el riesgo o vicio de las cosas que integran el fideicomiso en los términos del art. 1113 del Cód. Civ., se limita al valor total del patrimonio que integra el fideicomiso. Como obligación contraída en ejecución del fideicomiso debe ser afrontada con los bienes que integran el patrimonio de afectación conforme el art. 16, ley 24.441, y no con los bienes del fiduciario.

Nos enrolamos en esta última línea de pensamiento, exponiendo a continuación los argumentos que armonizan mejor con la interpretación del art. 14 de la ley 24.441:

I- Cuando se refiera a daños originados por el riesgo o vicio de las cosas (responsabilidad objetiva), el fiduciario responderá hasta el valor de los bienes fideicomitados, salvo que se den algunas de la circunstancias descriptas en los puntos II o III.

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

III- Cuando el fiduciario, además, mantenga la guarda de la cosa y no se hubiera asegurado, pudiendo razonablemente haberlo hecho, responderá del mismo modo que se establece en el punto II precedente.

IV- Cuando el daño se hubiera producido por dolo, culpa, negligencia (art. 1109 del Cód. Civ.), o *con* la cosa (supuesto incluido en el 1113, Cód. Civ., pero perteneciente al ámbito de la responsabilidad subjetiva), el fiduciario deberá responder plenamente sin que pueda aplicarse el tope del art. 14 de la ley 24.441 cuyo ámbito se circunscribe exclusivamente a la responsabilidad objetiva.

V- ¿Qué debe entenderse por “el valor de la cosa”? a) Si los bienes fideicomitidos son varios y solo unos produjeron el evento dañoso, creemos que el fiduciario responderá hasta el valor de la totalidad del patrimonio separado afectado a ese fideicomiso;

b) El valor del bien es el valor al tiempo de hacerse efectiva la reparación;

c) Influirá sobre el valor del bien cualquier mejora o aumento de valor posteriores al hecho dañoso;

d) Asimismo también influirá sobre su valor cualquier detrimento o menoscabo por su uso normal o por caso fortuito o fuerza mayor, debiendo responder el fiduciario hasta el valor residual del bien fideicomitido. Siguiendo a FREIRE entendemos por valor residual el que tiene después de producido el hecho dañoso;

e) Si el bien dejó de existir o disminuyó su valor por culpa del fiduciario o por insolventación fraudulenta, este último responderá personalmente, y

f) es conveniente que, producido un acontecimiento dañoso, el fiduciario efectúe una previsión por esa contingencia hasta el valor del patrimonio fideicomitido, aun cuando habiéndolo intentado no hubiere obtenido en plaza un seguro razonable. Tal previsión debiera mantenerse después de la extinción del fideicomiso, pues la responsabilidad del fiduciario en su calidad de dueño o guardián del bien dañoso subsistirá por todo el plazo de prescripción de la acción.

Por último la ley 24.441, en su art.82, agrega al art.173 del Cód. Penal los incs. 12 a 14. El primero de ellos tipifica como un 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 cocontratantes.

m) Remuneración

Como principio, la función del fiduciario es remunerada, pero no debe descartarse su intención de efectuar una liberalidad, por lo cual la ley (art. 8º, LF) permite estipulación en contrario. Como dijimos al caracterizar el contrato de fideicomiso, el pago o no de una remuneración al fiduciario por el ejercicio de sus funciones es lo que otorga naturaleza onerosa o gratuita al contrato.

La cuantía deberá ser pactada. Caso contrario, la fija el juez teniendo en cuenta la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir (art. 8º, LF). La ley no establece quién es el obligado al pago, en consecuencia, debe concluirse que tal carga pesa sobre el "patrimonio separado". La mentada solución se compadece con la independencia de su función. Empero, no existe impedimento legal para que se pacte que el pago de la misma esté a cargo del fiduciante, del beneficiario o del fideicomisario, siempre que se respete la tésis de la norma. Esto es, que tal fijación no implique una subordinación absoluta del fiduciario en el ejercicio de

sus funciones. Es dable observar que al establecerse que el pago de la remuneración, salvo que se pacte lo contrario, es una carga del fideicomiso, es uno de los aspectos que mayores desinteligencias plantea entre los sujetos intervinientes. Por ello, es de fundamental importancia que se establezcan ciertas bases precisas para su cálculo, v.gr., cierto porcentaje de las utilidades que se entreguen a los beneficiarios. Nuestra ley ha establecido una pauta para el juez en caso de silencio del contrato: la retribución se fijará teniendo en cuenta la índole de la encomienda y a importancia de los deberes a cumplir.

Queda por decir que el derecho del fiduciario a percibir la remuneración es de tal trascendencia que en buen número de países la falta de pago es justa causa de renuncia.

n) Reembolso de gastos

Indudablemente, si el fiduciario solventó gastos del fideicomiso con fondos provenientes de su patrimonio general nacerá su derecho a ser reembolsado de ellos (arg. arts. 14 y 16, LF). En tal sentido el art. 8º, LF, dispone "*Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de gastos...*". Como la ley no establece quién es el obligado al pago, hay que concluir que el reembolso será una carga del patrimonio separado. Y es de toda lógica desde que al mismo han ingresado los bienes de su patrimonio general. En sentido concordante con el expuesto, se ha señalado al analizar el fideicomiso sin referencia específica a legislación alguna que tanto la remuneración como el reembolso se atienden por lo general con cargo en el producido mismo del fideicomiso .

o) Renuncia

El art. 9º, inc. e), LF, establece que el fiduciario tendrá derecho a renunciar cuando expresamente se lo hubiere autorizado en la convención. El contrato podrá erigir sólo a determinadas causas como motivo de renuncia, o autorizarla sin limitaciones. Si bien el principio es la irrenunciabilidad creemos que cuando existan determinadas justas causas de renuncia, aun cuando no haya previsión expresa en tal sentido, podrá hacerlo. Pues, el fiduciario que habiéndolas no renunciare podría estar incurriendo hasta en culpa reprochable en los términos del art. 6º, LF. Empero, la renuncia surtirá efecto recién después de la transferencia del patrimonio al sustituto (art. 9º, inc. e] *in fine*, LF). Si por diversos motivos ésta no tuviere o no pudiere tener lugar, la solución podrá ser la designación de un curador a los bienes (arts. 485 y ss., CCiv.).

8.3. DEL BENEFICIARIO

El beneficiario es la persona (física o jurídica) en cuyo favor se constituye el fideicomiso. No es parte del contrato, por lo tanto no se le exige una capacidad especial en su persona. Pueden ser varios, y en ausencia de disposición contractual, se beneficiaran por igual. También pueden designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación por parte del beneficiario principal, su renuncia o muerte (art.2, ley 24.441).

Entre sus principales derechos y obligaciones encontramos los siguientes:

a) Principio general

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

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

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

b) Frutos o productos de los bienes

Es el derecho primordial que asiste a este sujeto, desde que el fideicomiso debe ejercerse en beneficio de quien la ley denomina beneficiario (art. 1º, LF), siendo en virtud de su protección y adecuada satisfacción que se le reconocen los derechos que a continuación enunciamos. Cabe

destacar que presupuesto de tal entrega de los frutos y/o productos de los bienes que constituyen el patrimonio separado será la aceptación expresa, tácita o presunta del beneficio estipulado en su favor (art. 504, CCiv.).

c) Exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario

Tal derecho se explica en la especial estructura del fideicomiso, en orden a la legítima expectativa que le asiste a este sujeto, aún antes de la aceptación (art. 504, CCiv.). Sin perjuicio de los citados principios generales, no pueden caber dudas de que al beneficiario en el marco de la ley 24.441 le asiste acción judicial para exigir el cumplimiento de tales obligaciones desde que el art. 9º, inc. a), LF, le reconoce el derecho a solicitar judicialmente la remoción del fiduciario en caso de incumplimiento, y, quien puede lo más puede lo menos. Podrá incluirse dentro de esta facultad, la de solicitar algunas acciones conservatorias para evitar que los bienes sufran pérdidas o menoscabo en poder del fiduciario.

d) Solicitar la remoción del fiduciario

Esta facultad constituye un instrumento para proteger el fideicomiso y sus intereses. Como quedó expuesto *supra*, el art. 9º, inc. a), LF, otorga derecho al beneficiario a solicitar judicialmente la remoción del fiduciario en caso de incumplimiento de sus obligaciones, si así se hubiere pactado, y con citación del fiduciante. Tal citación es obligatoria, pues si bien al beneficiario le asiste tal derecho a los fines de la protección de sus intereses, el fiduciante es quien ha designado al fiduciario teniendo en cuenta sus especiales características. Cabe aquí recordar que la norma es amplia y el concepto de incumplimiento va más allá de las pautas de conducta, de la imposibilidad de dispensa del dolo, de la culpa, y de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados, dispuestas en los arts. 6º y 7º, LF. La remoción debe ser solicitada judicialmente, ya que el juez debe evaluar las causas invocadas y el consiguiente reemplazo del fiduciario. Si bien la ley no lo establece, será conveniente que en caso de no haberse designado sustituto en el contrato y procederse a su remoción, intervenga en la designación judicial del mismo.

e) Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitados

El art. 18, LF, dispone *"El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitado 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 hiciera sin motivo suficiente". Es decir, se trata de una acción subrogatoria (art. 1196, CCiv.) a la que se le imprime una particularidad, esto es, el juez previamente debe decidir si ha mediado omisión incausada, es decir, sin motivo suficiente, para autorizar la sustitución. Su legitimación proviene de la misma ley.

Se trata en definitiva de una actuación que se le permite al beneficiario por vía supletoria, cuando el fiduciario no cumple con su obligación de proteger los bienes tanto jurídica como físicamente.

f) Solicitar rendición de cuentas al fiduciario

El beneficiario es el legitimado activo de esta obligación principal del fiduciario, legitimación que le confiere el art. 7º, LF.). Cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 7º, LF, se trata de un derecho que no podrá ser renunciado por el beneficiario anticipadamente y así también fija un tope a la periodicidad de las rendiciones no pudiendo ser superiores a un año (art.7 *in fine*, LF).

g) Transmitir su derecho, salvo pacto en contrario

El beneficiario podrá ceder su derecho por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo que se hubiera estipulado lo contrario en el acto constitutivo (art. 2º, párr. 4º, LF). La libre transmisibilidad de los derechos es regla en virtud de lo normado por el art. 1444, CCiv. En caso de que el derecho aún no haya sido aceptado, la decisión de cederlo implicará una aceptación tácita (arg. art. 504, CCiv.).

La posibilidad de pacto en contrario se justifica por el principio de autonomía de la voluntad que posibilita establecer el carácter *intuitu personae* del sujeto nominado como beneficiario. Por lo cual si el fiduciante quisiera prohibir al beneficiario la cesión de sus derechos, lo debe establecer de forma expresa en alguna de las cláusulas del contrato.

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

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

Estos actos son en general, los celebrados por el fiduciario contra las instrucciones expresas del fiduciante, contra los fines del fideicomiso o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados.

Habrá que estudiar, en cada caso, si el acto esta viciado de tal forma que se encuentre afectada su validez (supuestos de nulidad o anulabilidad) o si se trata de un acto válido, pero inoponible al beneficiario o al fiduciante (acción revocatoria pauliana, arts.961 y conos., C.Civ.)

Hay, además legislaciones que consagran la posibilidad del beneficiario de reivindicar los bienes que se encuentran en manos de terceros. Sin embargo, esto ha sido criticado, pues la acción reivindicatoria o acción de dominio es propia del dueño, y no siéndolo el beneficiario, sino un simple acreedor, es preferible prescindir de dicha facultad.

La facultad de reivindicación no ha sido contemplada en la ley 24.441, ratificando el criterio de que el beneficiario es solo un acreedor especial, sin ningún derecho real.

i) Obligaciones del beneficiario

La ley de fideicomiso no establece obligaciones expresas a su respecto, pero se puede pactar lo contrario, imponiéndosele cargas necesarias para la satisfacción adecuada de sus intereses, caso en el cual tendría que aceptar expresa o tácitamente la constitución del fideicomiso.

En tal dirección la ley hace referencia, en el art. 16, LF a la posibilidad de pactar el refuerzo de garantía en caso de insolvencia del patrimonio separado. Lógicamente, tales cargas nacerán una vez que se haya aceptado expresa o tácitamente el beneficio. Debe aquí tenerse en cuenta que el cumplimiento espontáneo de ellas implicará la aceptación tácita del beneficio estipulado en su favor.

8.4. DEL FIDEICOMISARIO

La ley tampoco los establece expresamente. Si bien prevé, como ya dijimos, la existencia de una cuarta posición jurídica que será a quien se destinen a la extinción del contrato los bienes (arts. 4º, inc. d, y 26, LF), parece luego olvidarla.

Tal falta de previsión debe ser llenada haciendo una aplicación analógica de los derechos y obligaciones del beneficiario, salvo que se trate de normas de excepción, v.gr., las restricciones a la libre disponibilidad de su derecho, a no ser que tal restricción se funde en el carácter *intuitu personae* concedido a su institución. Empero, ante la falta de previsión legal resulta conveniente pactar sus derechos, a excepción de la entrega de los bienes al finalizar el contrato (arts. 1º y 26,

LF), y establecer algunas obligaciones que se consideren procedentes para mejor proveer a la finalidad del fideicomiso.

9. Extinción del contrato y de la propiedad fiduciaria. Efectos.

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

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

A partir de ese instante nace la obligación en cabeza del fiduciario de darle al patrimonio fideicomitado el destino previsto en el acto constitutivo. El fiduciario, como ya lo hemos visto, es el encargado de concretar todos los actos necesarios para instrumentar la transferencia de la propiedad a quien corresponda, de acuerdo con la naturaleza aplicable de cada uno de los bienes. (conf. Arts. 1 y 26, ley 24.441, y 2662, C. Civ.)

9. 1. Extinción del Contrato

Conforme el art. 25 de la ley, el fideicomiso se extingue por diversas causas:

a) *El cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal.*

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

Esta norma prescribe como límite máximo para la duración de la propiedad fiduciaria el término de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera incapaz. Es este caso (incapacidad del beneficiario), el fideicomiso podrá durar hasta la muerte del incapaz o hasta el cese de esa incapacidad.

¿Cuáles serían las consecuencias de un contrato de fideicomiso cuyo plazo de duración fuera mayor de treinta años sin darse el supuesto de excepción previsto por el art. 4, inc. c)?. Esta disposición sería nula, de nulidad absoluta. Esta nulidad sería de carácter parcial y no perjudicaría a las otras disposiciones válidas del contrato, siempre que sean separables (arg. Art. 1039 C. Civ.). El contrato tendría plena vigencia, pero al vencimiento del plazo máximo legal se

produciría su extinción conforme lo establecido por el art. 4, inc. c), de la ley. La misma podría ser declarada por el juez de oficio.

Por otro lado el art. 25 establece que el cumplimiento de la condición resolutoria a que se hubiera subordinado el contrato produce su extinción. Es decir una vez que el fiduciario cumpla con su encargo, el contrato de fideicomiso se habrá extinguido.

Es dable señalar que la ley 24.441 no prevé qué ocurre en el supuesto en que la condición a que este subordinado el contrato fracasare y no se cumpla, por lo que será de gran importancia que al momento de constituirse el fideicomiso se contemple esa situación en su respectivo contrato. Creemos que otra de las lagunas existentes en la ley. Sin perjuicio de ello, parecería que la respuesta a tal hipótesis deviene de la aplicación del artículo 554 del Código Civil:

“No cumplida la condición resolutoria, o siendo cierto que no se cumplirá, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido como si nunca hubiese habido condición”.

Aplicando la letra de éste artículo el fiduciario adquiriría plenamente los bienes del fideicomiso, conclusión que no condice con lo expresado en el artículo 7° de la ley 24.441 (*...Prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados.*), por consiguiente no estaría admitida la aplicación de tal artículo al caso particular. Pensamos que la solución sería en tal caso, que los bienes fuesen devueltos al primitivo dueño, el fiduciante.

b) *La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad.*

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

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

c) *Cualquier otra causal inserta en el contrato.*

Además de las causales legales, las partes en virtud de la autonomía privada, podrán agregar o pactar otras. Merece destacar la atención el hecho de que la ley no haya incluido una causal bastante obvia: la imposibilidad de obtener el fin para el cual se ha constituido el fideicomiso.

d) *Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario.*

Si el fiduciante no se ha reservado la facultad de revocar y el beneficiario ha aceptado la constitución del fideicomiso a su favor, aquel no puede ponerle fin sin el acuerdo del beneficiario y respetando los derechos del fiduciario como el pago de la remuneración debida. Esta causal no está prevista en la ley pero de obvia aplicación.

e) *Causas que no extinguen el contrato de fideicomiso, salvo pacto expreso:*

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

2- *Falta del fiduciario:* No es causal de extinción, ya que el art. 10 prevé que a falta de fiduciario y si no hubiere sustituto, el juez designará a una de las entidades autorizadas conforme el art. 19 de la ley. Ahora bien, podría suceder que ninguna de las entidades del art. 19 acepten ser fiduciarios por no ser un fideicomiso que les resulte conveniente. En este caso se produciría la extinción del fideicomiso y los bienes deberán ser entregados a quien corresponda de acuerdo con los términos de la convención.

3- *Renuncia de los beneficiarios:* En Argentina, esta no es causal de extinción del fideicomiso, ya que el art. 2, Párr. 3, establece la cadena de suplencias en tal caso.

9.2. Extinción de la propiedad fiduciaria

La propiedad fiduciaria puede extinguirse por diversas causas:

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

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

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

procedimiento. Pero al igual que en caso anterior, si la indemnización expropiatoria percibida permite cumplir con la finalidad prevista en el acto constitutivo, el contrato de fideicomiso no se extinguirá, y el dinero proveniente de la indemnización se incorpora por subrogación real al patrimonio separado.

c) *Colocación de la cosa fuera del comercio*

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

e) *Prescripción adquisitiva*, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.

10. TIPOS o ESPECIES DE FIDEICOMISO.

El amplio margen de libre contratación (*numerus apertus*) que anima esta materia, hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida por las partes. Sin embargo, por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitidos y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, con las limitaciones que toda clasificación implica, podemos reunir las especies en cuatro grupos generales: los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de garantía, los de administración y los mixtos, estos últimos resultantes de la combinación de las anteriores categorías. Cabe advertir que tal agrupamiento obedece más a la necesidad del análisis didáctico que al reflejo de la realidad comercial que excede las categorías descriptas.

Centraremos ahora la atención en el objeto para el que se constituye, recordando que es un contrato indirecto que se formaliza para el logro de un objeto o fin determinado, pudiendo ser ese fin de la más variada naturaleza, sin más límite que la imaginación de empresarios y profesionales en la "ingeniería" de los mismos.

No obstante ello, recogemos una clasificación de los fideicomisos más usuales en Colombia y México, con el solo propósito de ampliar el horizonte de algunas de las especies posibles de utilización en nuestro medio:

- Fideicomiso de administración.
- Fideicomiso de inversión.
- Fideicomiso de garantía.
- Fideicomiso testamentario.
- Fideicomiso de seguros.
- Fideicomiso de desarrollo.

- Fideicomisos inmobiliarios.
- Fideicomisos prestacionales o de fondos de pensión.
- Fideicomisos del Estado o públicos.
- Fideicomisos de voto o sindicación de accionistas.
- Fideicomisos en favor de instituciones culturales, deportivas, sociales, artísticas, etc.

10.1. Fideicomiso de Inversión:

Se entiende por fideicomiso de inversión todo negocio, con transmisión en propiedad fiduciaria, que tenga como finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario, de recursos financieros con arreglo a las instrucciones o reglamento establecido por los constituyentes, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario).

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 resulta ser el propio fideicomitente. Un ejemplo de este tipo de fideicomisos lo encontramos en el caso de los de producción agrícola.

10.2. Fideicomiso de garantía:

Uno de los Fideicomisos más simples es el que se formaliza para constituir garantías; en ellos se transfieren bienes para afianzar el cumplimiento de compromisos del fiduciante o de terceros.

En este caso el fiduciario administra la propiedad de los bienes fideicomitados, preservándolos, para garantizar el cumplimiento de la obligación a la que fue subordinada.

Se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales. La diferencia sustancial, amén de la que radica en la transmisión de la propiedad que no se produce en estas últimas, estriba en que si bien se trata de la efectivización de la garantía, en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

Veamos un ejemplo de un Fideicomiso netamente de garantía que se constituye con la finalidad de afianzar el otorgamiento de un préstamo:

El deudor (o un tercero) entrega determinados bienes al fiduciario constituyendo un fideicomiso para garantizar el cumplimiento de la obligación.

Si al vencimiento el deudor no cumple con lo pactado, el fiduciario, siguiendo las pautas del contrato, entregará los bienes o parte de ellos en pago o los venderá para satisfacer la deuda o el saldo insoluto, reintegrando al fiduciante el eventual remanente. Si la obligación es satisfecha, el bien vuelve íntegramente al fiduciante.

La garantía constituida mediante un fideicomiso presenta importantes ventajas frente a otras alternativas (prenda, hipoteca) ya que si fuera necesario hacerla efectiva, en cumplimiento del contrato, entregará los bienes al beneficiario (acreedor) o los realizará para pagarle, no como resultado de una acción compulsiva sino como mera acción contractual.

El contrato deberá establecer, en beneficio de la transparencia del proceso y en protección de los derechos del deudor, las pautas para determinar cuándo se produce el incumplimiento que obligue al fiduciario a ejecutar la garantía y establecer, para ese caso, el procedimiento para la entrega del bien o de su venta para cancelar la obligación garantizada.

La garantía respecto a los partícipes de un fideicomiso se da en todos los casos; en los que se constituyen para afianzar el cumplimiento de obligaciones, la garantía es el objeto; en los demás, la garantía es un efecto.

10.3. Fideicomiso de administración.

Son aquellos fideicomisos en los cuales se trasfiere la propiedad de 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 (v.gr., que la fiduciaria celebre y administre contratos de locación y administre inmuebles proveyendo a su conservación).

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 aquélla puede ser tenue y en ciertos casos inexistente. Por ese motivo se ha propuesto una cuarta categoría, denominada *fideicomisos mixtos*, que participan de los caracteres de dos o más fideicomisos específicos. Aun cuando la comprensión del tema no presente mayores inconvenientes, algún ejemplo práctico permitirá visualizar mejor la interacción de las especies señaladas. Una persona es propietaria de dos

inmuebles contiguos de antigua construcción y tiene a su cargo personas de edad, o bien menores de edad, por ejemplo. Como estos bienes no producían suficientes rentas por su vetustez, el propietario entonces constituye un fideicomiso por el que trasmite los bienes a un fiduciario (v.gr., un banco o una empresa inmobiliaria), para los siguientes fines:

- 1) El fiduciario se encargará de vender uno de los inmuebles.
- 2) El fiduciario se encarga de la demolición y construcción de un edificio en el inmueble contiguo.
- 3) Si no alcanza el valor de la finca vendida para la construcción del edificio se obtendrá un crédito hipotecario sobre el edificio nuevo o sobre su terreno.
- 4) Una vez finalizado el edificio, el fiduciario lo rentará y el producido se destinará:
 - a) a cubrir las amortizaciones de la hipoteca;
 - b) a pagar los gastos de educación del menor de edad;
 - c) a pagar los gastos de administración del edificio;
 - d) el remanente se enviará periódicamente al fideicomitente o se invertirá en instrumentos financieros de renta fija o variable.

A la mayoría de edad del beneficiario -en el caso de los menores de edad- o a cierta edad, más allá de ese mínimo, se transmitirá el edificio a estos últimos, agotándose así el fideicomiso.

A modo de ejemplo desarrollaremos a continuación el fideicomiso inmobiliario encuadrándolo dentro de la categoría de tipos mixtos:

10.4. Fideicomiso de construcción o inmobiliario

Actualmente han tomando gran desarrollo los fideicomisos "inmobiliarios" o de "construcción", para los que la figura se adapta realmente como un "traje a medida" y en algunos, podemos decir, como un "guante" (urbanizaciones, construcción de edificios, barrios cerrados).

El desarrollo y ejecución de proyectos inmobiliarios, es un negocio complejo en el que confluyen intereses diversos en conexión recíproca y complementaria, como son los del desarrollador del proyecto, de los inversores, propietarios de terrenos, arquitectos, ingenieros, empresas constructores, financistas, escribanos, que encuentran en la estructuración de un fideicomiso el marco adecuado para el equilibrio de los intereses recíprocos, coordinados por el fiduciario y protegidos por la exclusividad de gestión y afectación patrimonial.

Veamos un ejemplo en que no se recurre a financiación externa:

Finalidad: Encarar la construcción de un edificio (podría ser un proyecto de urbanización o un barrio cerrado) en un marco de seguridad y riesgo acotado para los inversores y el desarrollador, obteniendo unidades funcionales al finalizar el fideicomiso.

Situación: Un inversor transfiere el terreno, otros inversores transfieren materiales de construcción y/o compromiso de locación de obra vinculados (empresa constructora, subgremios) y otros transfieren fondos, todos ellos como fiduciantes.

Funcionamiento: El propietario del terreno lo transfiere al fideicomiso, los propietarios de los materiales y locadores como los que comprometieron fondos los van transfiriendo según las necesidades de la obra y las pautas del contrato.

El fiduciario administra la ejecución de la obra, a través de operadores especializados, controlando el avance y corrigiendo los desvíos. El fiduciario será controlado por los beneficiarios y fiduciantes, según la previsión legal y contractual.

Terminado el proyecto se asignan las unidades a los beneficiarios, que en este ejemplo son los propios fiduciantes.

Ventajas: El fideicomiso, así concebido, ofrece transparencia, riesgo acotado, seguridad, ejecutividad ante necesarias acciones correctivas, frente a la operatoria convencional de construcción donde el proyecto no se encuentra aislado de los riesgos de otros negocios del desarrollador.

Además, al tratarse de transmisión de bienes por disolución del fideicomiso y no de transmisión a título oneroso, no se perfecciona hecho imponible alguno (o por lo menos, no debería perfeccionarse) y sus efectos se trasladan a los nuevos titulares con impacto presente y futuro según la condición impositiva de cada uno de ellos. Pueden estructurarse fideicomisos que construyan y vendan las unidades funcionales y distribuya el resultado de la gestión.

En estos casos el fideicomiso corre con riesgo empresario (el resultado de la construcción y venta podrá arrojar ganancia o pérdida). El resultado económico e impositivo se da en el ámbito del fideicomiso. En el ejemplo anterior no existe riesgo empresario y el resultado económico e impositivo se dará, posteriormente, en cabeza de cada fideicomisario (adjudicatario de las unidades).

CAPITULO TERCERO

11. ENCUADRE TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO

En principio la utilización del contrato fiduciario como sustento jurídico del negocio económico subyacente, no debe incidir en el tratamiento impositivo del mismo. La actividad alcanzada no dejará de estarlo ni la no alcanzada pasará a serlo, porque se la instrumente mediante un fideicomiso.

Veremos lo atinente al fideicomiso no financiero, común u ordinario desalentando desde el inicio, expectativas de importantes beneficios impositivos como el temor de agravantes. Sí, alertamos, habrá que ser cuidadoso en el tratamiento impositivo para evitar pagos indebidos y/o superposiciones innecesarias.

Debemos tener presente que al fideicomiso le alcanzan las exenciones sobre los resultados, ingresos y bienes de acuerdo con las disposiciones de cada gravamen aplicables al negocio subyacente.

El fideicomiso no es sociedad, no tiene personalidad jurídica, ni es sujeto de derecho. Es un contrato, una relación jurídico-obligacional entre el fiduciante y el fiduciario, por el cual se realizan transferencias fiduciarias de bienes (cosas y derechos) para la realización de negocios jurídicos y económicos bajo un esquema de máxima seguridad.

No obstante, basada en la autonomía del derecho tributario, la ley le asigna personalidad fiscal considerándolo sujeto impositivo y lo grava (o debiera gravarlo) según la realidad del negocio involucrado.

Al tratar el encuadre tributario del fideicomiso, es importante tener en cuenta que el fideicomiso es un contrato y no se constituye con él una persona jurídica como ocurre con las sociedades. Se debe analizar cual es la realidad económica del fideicomiso, es decir, cual es la actividad que realmente realiza, lo que surgirá de un cabal análisis del negocio. Es oportuno señalar que el tratamiento fiscal a aplicar al fideicomiso, va más allá de lo que se establece en el contrato y que podrá variar de un fideicomiso a otro, ello según la actividad que cada uno realice.

Hay cuatro aspectos importantes a tener en cuenta para analizar las cuestiones impositivas del fideicomiso, como son: 1) el dominio, 2) la onerosidad, 3) la transmisión del dominio, y 4) la confianza.

1- El dominio: en la transferencia de bienes al fiduciario, el Fisco ha sostenido en varias oportunidades que el dominio alcanzado por los efectos impositivos es solo el perfecto.

MARIANI de VIDAL, nos define al dominio como “el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, el derecho real que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre su objeto”.

El Código Civil define al dominio fiduciario: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en 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 transferencia de dominio fiduciario, aparta los bienes así transmitidos del patrimonio del fiduciante y tales bienes no ingresan al patrimonio del fiduciario en carácter de dominio pleno, sino de dominio fiduciario (imperfecto), por lo cual los riesgos patrimoniales de ambos sujetos no afectarían a los bienes incorporados al fideicomiso. Es decir, el efecto que esto trae aparejado es que tanto los acreedores del fiduciante como los del fiduciario, no tendrán poder de agresión sobre los bienes dados en fideicomiso.

El fisco se ha pronunciado en materia de fideicomiso, aceptando únicamente como transferencia onerosa a la correspondiente al dominio perfecto, teniendo esto como veremos, una importante incidencia en varios impuestos.

2- Onerosidad: en lo que respecta a la onerosidad de la transferencia fiduciaria, los antecedentes más cercanos, incluidos los del fisco no le asignan carácter oneroso a la misma.

El Código Civil en su art. 1139 nos dice: “...*que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle; son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte*”.

Debemos distinguir entre la onerosidad de la transferencia de la propiedad fiduciaria al fideicomiso y la onerosidad del contrato de fideicomiso. El contrato será oneroso cuando se pacte una retribución para el fiduciario por su actuación. El fiduciario recibe una retribución por su actuación como administrador de un patrimonio dado en fideicomiso, lo que hace al contrato oneroso, pero no por esto la transferencia de dominio fiduciario de los bienes es onerosa.

Como lo expresamos, los dictámenes del Fisco no le asignan el carácter de oneroso a tal transferencia. Asimismo CARREGAL, sostiene que la transferencia de la propiedad fiduciaria es a título de confianza, no pudiendo calificarse como un acto a título oneroso porque nada da el adquirente a cambio del bien, ni a título gratuito, pues la propiedad no se regala al fiduciario,

sino que la recibe como medio para ejecutar un encargo. Esta posición no deja de ser cuestionada por varios autores que sostienen la onerosidad de este tipo de transferencias.

Así CHALUPOWICZ, sostiene que siempre se conviene una prestación a favor del/os fiduciantes. Asimismo argumenta que en general, en los negocios actuales, las transmisiones fiduciarias no son gratuitas, ya que tienen valor por otorgarle a los fiduciantes, el “derecho a contraprestación”. Similar interpretación tuvo la AFIP mediante unos de sus dictámenes, al señalar que la transferencia de dominio realizada por el fiduciante es efectuada a título oneroso. Arriba a esta conclusión al analizar las características del negocio subyacente al contrato en cuestión, de las cuales surge que la transferencia de dominio realizada por el fiduciante, tiene como contrapartida una “contraprestación futura” a la que se encuentra obligado el fiduciario, la cual surge del contrato como es la de adjudicarle los bienes cuando termine la obra.

En nuestra opinión, el derecho a ser beneficiario no importaría una “retribución o contraprestación futura”, tengamos en cuenta que existe la posibilidad que el fideicomiso obtenga una pérdida con lo cual el beneficiario nada percibiría a cambio de su aporte. De esta manera, queda claro que este último, se realiza para llevar a cabo un fin determinado, en el caso que tratamos, la siembra mediante una modalidad contractual específica prevista en nuestra legislación. Es por ello que no creemos razonable considerar la transferencia de bienes al fideicomiso, como onerosa.

Sin perjuicio de lo expresado y siendo esta cuestión de vital importancia respecto a la gravabilidad o no en relación a los distintos impuestos, es que pensamos que el legislador debiera definir este tema en la ley. Con ello nos evitaríamos contradicciones e incertidumbre a la hora de aplicar los tributos.

3- Transmisión de dominio: Al analizar la transmisión de dominio de los bienes en relación a los distintos impuestos, debemos tener en cuenta lo siguiente:

En impuestos a las ganancias, se entenderá por enajenación, a todo acto de disposición por la que se transmita el dominio a “título oneroso”, tal como lo prescribe su art. 3°.

En el IVA, se considera compraventa, a toda transferencia a “título oneroso” entre personas de existencia física o ideal, o entidades de cualquier índole, que importen la transmisión de dominio de cosa mueble (art.2 inc. a, ley de IVA).

La naturaleza de la transmisión que se realice de los bienes y el carácter de gratuito u oneroso, puede arrojar implicancias fiscales según cada situación en particular.

La transferencia de bienes que realiza el fiduciante al fiduciario es definitiva, irrevocable (confirmado ello en dictamen de la AFIP, DAT 11/2002, y fallo Eurnekian). Dicha propiedad luego en cabeza del fiduciario está limitada en el tiempo y sujeta a los condicionamientos dispuestos en el contrato de fideicomiso.

En los fideicomiso de producción agrícola, como el que tratamos, es necesario a fin de determinar el tratamiento impositivo que se tenga en cuenta, principalmente, los sujetos que intervienen, la transferencia de dominio de bienes, si el dominio es perfecto o imperfecto y también si la transferencia es onerosa o gratuita.

4- **La confianza:** es una de las notas características para que se constituya el fideicomiso, es lo que induce a los fiduciantes a transmitir los bienes en fideicomiso a un fiduciario. Se considera en base a la historia y doctrina del fideicomiso que la transmisión del dominio fiduciario es no onerosa, y se basa en la “confianza” que el fiduciario despierta en el fiduciante. Es esta la interpretación que sostiene la A.F.I.P a través de numerosos dictámenes, entre ellos el dictamen 17/2002 y el 08/2004.

Cabe aclarar que para varios autores, como Chalupowicz Israel, la confianza no puede calificar exclusiva o prioritariamente a la transmisión de un bien dado en fideicomiso, debido a que en la actualidad a todo acto voluntario le es aplicable el concepto de confianza. Por ejemplo al constituir una sociedad se confía en quien la dirige o al depositar dinero en un banco es por que se confía en él. Por lo cual este autor no admite que “the confidence” (la confianza) determine la onerosidad o no de la transmisión fiduciaria.

11.1. Ámbito General. Impuestos Relacionados

El ordenamiento positivo actual vigente en la Republica Argentina, abarca determinados impuestos relacionados con la figura del fideicomiso, según se enuncian a continuación.

En el orden nacional:

- Impuesto a las Ganancias.
- Impuesto al Valor Agregado.
- Impuesto sobre la Ganancia Mínima Presunta.
- Impuesto sobre los Bienes Personales.
- Impuesto sobre los Intereses Pagados y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresario (Derogado a partir del 1/7/2002).

En el orden provincial o jurisdiccional, tendremos, en su caso:

- Impuesto de Sellos.
- Impuesto sobre los Ingresos Brutos, o denominaciones análogas, en función de la jurisdicción que se trate.

11.2. Análisis de la normativa en particular

11.2.1 Consideraciones previas

La utilización de la figura del fideicomiso, a través de los años transcurridos hasta el presente, ha sido objeto de considerables riesgos o contingencias de carácter fiscal, ya que, como también sucede en otros órdenes de las actividades económicas y principalmente en las de carácter financiero, la legislación y reglamentación se han ido adecuando al devenir de los nuevos instrumentos y negocios.

Tanto es así que en esta materia, al presente, nos encontramos con cuestiones sin resolver, que lesionan el principio de certeza en la tributación.

En la actualidad no hay en existencia un cuerpo normativo que reúna el tratamiento fiscal al que se encuentra sometido el fideicomiso, sino que las diversas normas se encuentran diseminadas en leyes especiales y decretos reglamentarios, asimismo la jurisprudencia administrativa viene instaurando parámetros interpretativos en esta materia.

11.2.2. Ley 24.441 (Del Financiamiento de la Vivienda y la Construcción)

Esta ley (BO, 16/1/1995), legisla sobre aspectos específicamente fiscales del fideicomiso en su Título XII, arts. 83 al 85, bajo el título "Modificaciones a las Normas Impositivas", y con relación al impuesto a las ganancias y sobre el valor agregado, se refiere en forma parcial al tratamiento fiscal de ciertas operaciones relacionadas con los fideicomisos:

11.2.2.1. Impuesto a las ganancias

Respecto de este gravamen, el art. 83, inc. b) de la ley 24.441, con vigencia a partir del 1 de marzo del año 1995, define el siguiente tratamiento fiscal, aplicable sólo a determinados fideicomisos de carácter financiero:

"Art. 83. Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulación de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

"a) *(relacionado con el impuesto al valor agregado)*

"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 (t.o. en 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 art. 21 y en el art. 104 de la ley 11.683 (t.o. en 1998) y sus modificaciones. El tratamiento impositivo

establecido en este artículo, será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública".

De lo expresado en esta norma podemos extraer lo siguiente:

1. "Aplicabilidad del mismo sólo respecto de fideicomisos financieros colocados por oferta pública.
2. "Eximición del impuesto a las ganancias aplicable a resultados provenientes de la compra venta, cambio, conversión, disposición, interés, ajustes y actualizaciones de certificados de participación y títulos de deuda, es decir las dos clases de valores mobiliarios con posibilidad de ser emitidos bajo esta figura.
3. "El condicionamiento de la exención a la emisión de los mismos por parte del fiduciario, a los efectos de titularizar activos.

Es de destacar, que procede la gravabilidad en ganancias para las operaciones realizadas por los entes comprendidos en el Título VI de la Ley del Impuesto, es decir aquellos a los que se refieren los incs. a), b) y c) del art. 49 de la Ley del Gravamen, comúnmente denominados fiscalmente "sujetos empresa", tales como las derivadas de sociedades constituidas en el país, regulares o irregulares, explotaciones unipersonales, etc.

Finalmente, la referencia a los beneficiarios del exterior, involucra la no aplicabilidad para este caso particular, del art. 21 de la Ley de Ganancias, es decir la no obligatoriedad de justificar por parte de los beneficiarios del exterior, la situación tributaria de exención para dichos resultados en sus países de origen.

11.2.2.2. Impuesto al valor agregado

El art. 83 de la ley 24.441, en su inc. a), como así también el art. 84, se refieren a las disposiciones de la misma relacionadas con este impuesto.

Se transcribe a continuación la parte pertinente de los mismos:

"Art. 83. Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titularización de activos (financieros), 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) (*relacionado con ganancias*) El tratamiento impositivo establecido en este artículo, será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública".

En este caso, a efectos de una mejor comprensión, resulta importante extractar de la citada norma lo referido a:

1. "Su aplicabilidad al caso de fideicomisos financieros cuyos títulos sean colocados bajo el régimen de la oferta pública.
2. "Exención impositiva en el IVA de las operaciones y prestaciones financieras relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses, cancelación y garantías, de títulos de deuda y certificados de participación, es decir los dos tipos de valores mobiliarios con posibilidad de ser emitidos bajo esta figura.
3. "El condicionamiento de la exención a la emisión de los mismos por parte del fiduciario, a los efectos de titularizar activos.

Por último, evocamos la única referencia legal efectuada por la ley 24.441, para otro tipo de fideicomisos que no sean los de carácter financiero, que surge de lo normado en el art. 84 de su plexo normativo, al disponer:

"Art. 84. A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitados 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".

Ponemos de resalto que este artículo resulta aplicable a todo tipo de fideicomisos, no sólo a los de carácter financiero, normados específicamente por la ley 24.441, estando referidos a:

- Lo dispuesto en el primer párrafo del art. 84, aunque el texto de la ley no es lo necesariamente claro que debiera, se refiere a las prestaciones involucradas y relacionadas con las transferencias de créditos entre el fiduciante (fideicomitente) y el fideicomiso, ya que la transferencia de un crédito en particular no resulta de por sí un hecho imponible en el IVA.

Es decir que la referencia legal está destinada a eximir a determinadas operaciones de descuento de documentos a fideicomitir o a operaciones originariamente gravadas por las diferencias entre valor nominal y actual de la cartera cedida, de así haberse pactado en alguna operación en particular.

Aunque la ley no lo haya aclarado, y siguiendo a KIPER destacaremos nuestra posición acerca de la no gravabilidad en el impuesto al valor agregado de las transferencias efectuadas a título de "confianza", como tal es el caso de la transmisión de bienes en fiducia, no reuniendo de por sí las mismas el carácter de onerosidad requerido a efectos de la configuración de su hecho imponible.

Es por ello que afirmamos que las transmisiones y prestaciones involucradas en las mismas, a favor de un fideicomiso en general, no se encuentran gravadas de tratarse de créditos, por así disponerlo la norma específica que comentamos.

- El segundo párrafo del art. 84, si bien legisla sobre el mismo gravamen (IVA), se refiere a otro hecho imponible distinto del enunciado en el primer párrafo. En este caso, no se define exención alguna, sino quién revestirá el carácter de sujeto pasivo por los intereses que pudiesen estar contenidos en la cartera a vencer, y que por aplicación de los criterios de atribución del hecho imponible a cada período fiscal mensual, el que para las prestaciones financieras se genera al producirse el vencimiento o pago de las mismas, lo que ocurra primero, podrá estar a cargo del fiduciante, del fideicomiso o incluso por quien el cesionario indique. Es decir que, según se haya pactado en cada caso particular, quien reciba el pago deberá asumir la calidad de sujeto pasivo del impuesto.

Todo lo enunciado anteriormente en este título, constituye la única referencia específica a normas fiscales, relacionada con fideicomisos, efectuada por la ley 24.441 .

Obsérvese la gran cantidad de temas que, vinculados con la materia fiscal, han podido abordarse en este cuerpo legal. Tal es así que hubo que recurrir al dictado de normas reglamentarias, algunas más allá de los límites legales, tildadas por muchos de inconstitucionales, que analizaremos más adelante.

11.3. Decreto (PEN) 780/1995. Disposiciones de Carácter Registral e Impositivo

Esta norma reglamentaria, ha sido publicada en el Boletín Oficial del 27/11/1995, es decir varios meses después de la vigencia de la ley que pretende reglamentar, situación que, como ya dijimos, en sus aspectos fiscales se produjo a partir del 1/3/1995.

Específicamente su Título II, bajo la denominación de "Reglamentación de Aspectos Tributarios" se refiere sólo a dos gravámenes en particular:

- Impuesto a las Ganancias: Capítulo I - Arts. 10 al 12 .
- Impuesto sobre los Bienes Personales: Capítulo II - Arts. 13 al 15.

11.3.1. Impuesto a las ganancias

Para el impuesto a las ganancias, constituye este decreto la primera norma que otorga a los fideicomisos el carácter de sujeto tributario, atribuyéndoles personalidad fiscal, actitud que vulnera el mismo ordenamiento legal vigente a su fecha de entrada en vigencia. En otras palabras, el decreto de marras va más allá de la ley respecto de este tema.

Tal es así que considera comprendidos a los fiduciarios en el art. 16, inc. e) (hoy 6º) de la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal, asignándoles el carácter de administradores de patrimonios ajenos, debiendo responder en forma solidaria con sus bienes propios con los deudores del impuesto y -si los hubiere- con los responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas.

Se menciona además que los fiduciarios deben ingresar el impuesto devengado por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, aplicando la tasa del 33% (alícuota vigente en ese momento), -hoy 35%- como pago único y definitivo, sobre la ganancia neta de tercera categoría que se genere.

Deberá considerarse, según sus disposiciones, a efectos de la atribución del resultado al período fiscal, el año calendario, es decir el establecido por el primer párrafo del art. 18 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, que comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre de cada año.

En cuanto a la determinación de la ganancia neta, ésta deberá determinarse de acuerdo con las normas atinentes a las rentas de la tercera categoría, no constituyendo conceptos deducibles de la misma, las distribuciones de utilidades.

Respecto de aquellos fideicomisos en los cuales el fiduciante posea la calidad de beneficiario (excepto el caso de fideicomisos financieros o de fiduciarios-beneficiarios, que resulten titulares del exterior, es decir comprendidos en el Título V de la Ley del Impuesto a las Ganancias), deberá ser atribuido por parte del fiduciario el resultado de cada fideicomiso, según la proporción correspondiente a los mismos en el fideicomiso.

Tanto es así que, en estos casos, el fiduciante debe incorporar dicho resultado en su propia declaración jurada fiscal, tal como si se tratase, por ejemplo, de una sociedad de personas, computándose el impuesto ingresado por el fiduciario en carácter de pago a cuenta por parte de dicho fiduciante-beneficiario. Lo trataremos con mayor detenimiento mas adelante.

11.3.2. Impuesto sobre los bienes personales

En este gravamen, la supuesta reglamentación configura lisa y llanamente un avance total sobre las normas fiscales vigentes a dicha fecha, ya que, en otras palabras, se ha legislado en materia substancial por la vía reglamentaria.

Es de destacar por ello, la dudosa constitucionalidad de la normativa reglamentaria que abordamos a continuación y que a la fecha, en muchos de sus aspectos no ha sido convalidada por el cuerpo normativo de una ley emanada del Poder Legislativo Nacional.

Hecha esta introducción, abordaremos específicamente las disposiciones de este decreto, referidas al citado impuesto, el cual sorprendentemente no había sido considerado de manera alguna en la propia ley 24.441:

11.3.2.1. Fideicomisos no financieros

Para el caso de los que denominaremos, como fideicomisos "ordinarios, comunes o no financieros" (por contrario a los fideicomisos financieros según los arts. 19 y 20 de la ley 24.441), se dispone:

- Asignar a los fiduciarios el carácter de administradores de patrimonios ajenos, comprendidos en el art. 16, inc. e) (hoy 6°) de la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal.

- La obligatoriedad de ingresar por parte del fiduciario el impuesto determinado en función de la aplicación de la alícuota sobre el valor de los bienes que integran el fondo fiduciario, sin posibilidad de considerar el monto mínimo exento (a la fecha de esta obra asciende a la suma de \$ 102.300).

De tratarse de bienes entregados por fiduciantes que son sujetos pasivos del impuesto sobre los bienes personales, es decir personas físicas y sucesiones indivisas, no se deberán considerar los mismos en la determinación de la base imponible del impuesto efectuada por los propios fiduciantes. Esta norma estuvo destinada a evitar la doble imposición, ya que de no existir, debería tributar el fondo fiduciario, en función de la DDJJ efectuada por el fiduciario, y el propio fiduciante.

Asimismo, se dispone que, de tratarse de un fiduciante "sujeto empresa", los bienes entregados en fiducia no deberán considerarse a efectos de la valuación de la participación accionaria o social que deban informarse por aquéllos, a los sujetos pasivos de este gravamen -personas físicas y sucesiones indivisas-, a los fines de su inclusión en sus propias declaraciones juradas anuales.

11.3.2.2. Fideicomisos financieros

En lo que atañe a los fideicomisos financieros constituidos conforme lo dispuesto por los arts. 19 y 20 de la ley 24.441, las personas físicas y sucesiones indivisas que resulten titulares de certificados de participación y títulos de deuda, computarán los mismos en su propia declaración jurada de determinación del impuesto sobre los bienes personales.

Es decir que, en este caso específico, no rigen las normas enunciadas en el ítem anterior, debiendo abonar el impuesto, de así proceder, las propias personas físicas y sucesiones indivisas titulares de los certificados y/o títulos que posean al 31 de diciembre de cada año.

11.4. Ley 25.063, Tratamiento Impositivo actual

Han transcurrido largos años de indefinición fiscal sobre este tema, desde la fecha de publicación del decreto 780/1995, hasta la sanción y publicación de la ley que comentaremos en este ítem, basándonos incluso, en el citado período, en ciertos casos, en normas reglamentarias que han ido más allá de las propias leyes en vigor.

Este período de incertidumbre, ha sido morigerado en parte por la sanción de la ley 25.063, publicada en el Boletín Oficial de fecha 30/12/1998, denominada por algunos del tipo "ómnibus", ya que resultó creadora y modificatoria de una serie de gravámenes, tales como:

- Impuesto a las Ganancias
- Impuesto sobre la Ganancia Mínima Presunta (creación)
- Impuesto sobre los Bienes Personales
- Impuesto sobre los Intereses Pagados y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresarial (creación) (Nota: este gravamen tuvo vigencia hasta el 30/6/2002, inclusive)

Es así que pasaremos a abordar los aspectos específicos sobre los cuales se legisló, en cada uno de los mencionados gravámenes, con relación a la figura del fideicomiso. Asimismo trataremos los restantes impuestos que inciden sobre el fideicomiso tanto en el orden nacional como provincial.

11.4.1. Impuesto a las ganancias

Este gravamen constituye una imposición sobre los ingresos, lo cual equivale a decir que mide la capacidad contributiva en relación a las ganancias netas que obtengan los sujetos obligados durante un período fiscal.

11.4.1.1 Regulación del Fideicomiso no financiero

Cuando se sancionó la ley de fideicomiso a mediados de la década del '90 no se incluyeron normas respecto del tratamiento tributario del fideicomiso, salvo alguna norma perdida sobre finales de la 24.441 que apuntaba a algunos aspectos muy puntuales de la transmisión fiduciaria y sobre todo pensando en ciertos fideicomisos en los cuáles los bancos

fueran fiduciarios, los fideicomisos destinados a titulización. Pero en general el tratamiento tributario de fideicomiso no está previsto dentro de la ley de fideicomiso.

La solución que se le dio a esto fue el dictado de un decreto reglamentario que de reglamentario tenía poco y nada, porque estaba estableciendo el tratamiento tributario del fideicomiso. Era el decreto 780/1995 claramente inconstitucional, porque ninguna ley impositiva preveía la existencia del fideicomiso salvo de alguna forma algo elíptica y el decreto reglamentario creaba obligaciones tributarias en cabeza de determinados sujetos, con lo cuál se estaba violando lisa y llanamente el principio de legalidad en la tributación y en lo que eran las facultades que ya en ese momento le daban el Art.99 al Poder Ejecutivo Nacional. Se estaba dictando bajo la apariencia de un decreto reglamentario un decreto de necesidad y urgencia porque incursionaba claramente en el Poder Ejecutivo y además lo estaba haciendo en materia tributaria, que por el Art.99 es una de las pocas materias que le están vedadas al Poder Ejecutivo en materia de decretos de necesidad y urgencia. Es decir que por donde lo miráramos el decreto 780 era inconstitucional.

En el decreto 780 se dice que el fiduciario es responsable por deuda ajena, lo era en el impuesto a las ganancias, en el impuesto al patrimonio neto y no sabíamos o no resultaba de todo el decreto 780 quién era el tercero por el cuál estaba respondiendo el fiduciario.

En este desconcierto en materia tributaria, de alguna manera se soluciona con el paso del tiempo, con el dictado de algunas leyes.

Es así que, en tal sentido, se incorpora al art. 69, inc. a) de la Ley del Impuesto a las Ganancias (Sociedades de capital - Tasas - Otros sujetos comprendidos), el apartado 6) y dos párrafos adicionales que, por su importancia, a continuación transcribimos:

"Art. 69: Las sociedades de capital, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas: Al 35% (treinta y cinco por ciento): ...6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 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, (sujetos residentes en el exterior)...Los sujetos mencionados en los apartados precedentes quedan comprendidos en este inciso desde la fecha del acta fundacional o de celebración del respectivo contrato, según corresponda. A efectos de lo previsto en los apartados 6 y 7 de este inciso, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de los fondos comunes de inversión, respectivamente, quedan comprendidas en el inc. e) del art. 16 (*hoy 6°*) de la ley 11.683 (t.o. en 1978 -*hoy 1998*- y modif.)".

Se ha incorporado, además, dentro del art. 49 de la ley, un inciso a continuación del d), que enuncia:

"Art. 49: Constituyen ganancias de la tercera categoría: ... (*Inciso sin enumerar*) 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 (sujeto residente en el exterior)".

Sobre las modificaciones incorporadas por esta ley, podemos decir que se legalizó el exceso reglamentario anterior, emanado de la aplicación del decreto 780/1995.

Esta reforma de la ley del impuesto a las ganancias menciona al fideicomiso, tal como lo manifestamos anteriormente, en dos circunstancias: por un lado en el Art.49 de la ley del impuesto a las ganancias, que es el que regula el tratamiento de las ganancias o el comienzo del tratamiento de las ganancias de la tercera categoría: dice que las ganancias de los fideicomisos son ganancias de la tercera categoría.

Básicamente lo que se está diciendo es que el fideicomiso va a liquidar el impuesto a las ganancias de la misma manera que lo va a liquidar una sociedad anónima, en resumidas cuentas. Hasta aquí podríamos no tener mayores dificultades en cuanto a decir que si hay un fideicomiso determinamos las utilidades que este fideicomiso pudo haber tenido y de esa manera preparamos la liquidación y pagamos el impuesto.

Donde empiezan las graves contradicciones entre la legislación tributaria y la legislación civil y comercial del fideicomiso es cuando se modifica por ley 25.063 el Art.69 del impuesto a las ganancias y se incluyen a ciertos fideicomisos como sujetos de derecho, cuando la 24.441 nos dice claramente que el fideicomiso no es sujeto de derecho. En razón de que el patrimonio fideicomitado no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

Si recurrimos al Código Civil, en el art. 30 nos dice que "*son persona todo los entes susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones*" y la legislación tributaria establece que el fideicomiso bajo ciertas circunstancias es titular de obligaciones tributarias, entonces estamos diciendo lisa y llanamente que el fideicomiso es persona jurídica. Es una persona como cualquier sociedad, como cualquier persona jurídica, entonces nos estamos olvidando de que el fideicomiso no es persona. No será persona para las relaciones civiles, no será persona para las relaciones comerciales, pero si es persona para el derecho tributario. Contradicción grave pero que no es la única en el derecho tributario, también tenemos el caso en la ley de sociedades, las agrupaciones de colaboración o los contratos de colaboración empresaria que no son sujeto de derecho y sin embargo si son sujeto de derecho tributario, tienen derechos y tienen obligaciones,

porque como tengo obligación de pagar impuesto si pagué impuesto de mas tengo un crédito contra el fisco, es decir que también estoy adquiriendo derechos, no solo contrayendo obligaciones y tengo todos los atributos de la persona.

Entonces, el fideicomiso no es sociedad, no tiene personalidad jurídica, ni es sujeto de derecho. Es un contrato, una relación jurídico-obligacional entre el fiduciante y el fiduciario, por el cual se realizan transferencias fiduciarias de bienes (cosas y derechos) para la realización de negocios jurídicos y económicos bajo un esquema de máxima seguridad.

No obstante, basada en la autonomía del derecho tributario, la ley le asigna personalidad fiscal considerándolo sujeto impositivo y lo grava (o debiera gravarlo) según la realidad del negocio involucrado.

En derecho tributario es bastante común que entes que no son persona desde el punto del derecho privado si lo sean desde el punto de vista del derecho tributario, uno es el caso del fideicomiso, los consorcios de propiedad horizontal y otra serie de entes. En principio nos encontramos que en el impuesto a las ganancias bajo ciertas circunstancias el fideicomiso es sujeto de derecho, entonces ahora si se entiende lo que decía el decreto 780. El fiduciario es el responsable del cumplimiento de las obligaciones del fideicomiso, es decir que es el sujeto de las obligaciones fiduciarias. El fiduciario es responsable por las obligaciones que la persona jurídica fideicomiso asume.

Entonces cabe hacernos la siguiente pregunta, ¿En que casos el fideicomiso es sujeto de derecho tributario en el impuesto a las ganancias?

La ley de impuesto a las Ganancias distingue dos tipos de fideicomisos, a los que se le otorga un tratamiento diferenciado:

Para responder a este interrogante debemos distinguir dos situaciones diferentes:

a) Aquellos en los que el fiduciante posee la calidad de beneficiario, (excepto fideicomisos financieros o cuando el fiduciante – beneficiario sea un beneficiario del exterior), es decir, fideicomisos en los cuáles fiduciante y beneficiario coinciden;

b) Todos los restantes fideicomisos en los cuales no coinciden el fiduciante con la persona del beneficiario, incluyendo también los casos en que sí se da la mentada superposición, pero se trata de un fideicomiso financiero o el fiduciante – beneficiario, sea del exterior (éstos son los supuestos de excepción en el ítem anterior).

Los primeros (a), están regulados por el artículo 49inc d') de la ley del gravamen, la que les otorga un tratamiento transparente, el fideicomiso *no es sujeto del impuesto* sino que las rentas que en él se generen deben ser declaradas por los fiduciantes - beneficiarios como renta de tercera categoría. 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 Art. 50 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para las sociedades de hecho.

Entonces si *coinciden fiduciante y beneficiario* en el impuesto a las ganancias el fideicomiso no es sujeto del impuesto, es como si fuera una sociedad de hecho desde el punto de vista tributario. La sociedad de hecho tiene un balance comercial, tiene utilidades, termina sus actividades y atribuye las utilidades o las pérdidas a cada uno de sus socios.

El fideicomiso en el cuál coinciden fiduciante y beneficiario determina el impuesto, de acuerdo a las reglas de la tercera categoría (art. 49, ley 25.063), por eso se dice que su tratamiento es de manera similar al de una sociedad de hecho, es decir, una vez determinado el resultado se lo atribuye a los beneficiarios, a los fiduciantes - beneficiarios en proporción a sus respectivas tenencias dentro del fideicomiso.

¿Qué es lo que tiene que hacer el fiduciante – beneficiario? De igual modo que lo hace el socio de una SRL. o el socio de una sociedad civil, debe incorporar esas ganancias provenientes del fideicomiso a su propia declaración privada personal del impuesto a las ganancias y tributará, la escala progresiva correspondiente si ese fiduciante es una persona física o lo incorporará dentro de su declaración jurada si este fiduciante-beneficiario es una persona jurídica que a su vez sea sujeto del impuesto, por ejemplo una sociedad anónima. Podríamos llegar a tener el caso de una sociedad de hecho que sea fiduciante y beneficiario en cuyo caso el fideicomiso atribuirá el resultado a la sociedad de hecho fiduciante-beneficiario y esta sociedad de hecho acumulará esos beneficios del fideicomiso junto con el resto de los beneficios de su propia actividad y lo distribuirá a su vez a cada uno de sus socios o partícipes.

Los segundos (b) están regulados por el artículo 69 inc a) apartado 6) y les otorga el mismo tratamiento que a las sociedades de capital, de manera que todas las rentas que se obtengan están alcanzadas por el gravamen sin importar la habitualidad, y la alícuota aplicable es 35%. -

Entonces si *no coinciden fiduciante y beneficiario*, el fideicomiso se convierte en un sujeto de derecho, y siendo sujeto de derecho tributario y de obligaciones tributarias, la primera obligación que se deberá hacer es la de inscribir el fideicomiso y obtener el famoso número de CUIT. Lo que identifica la existencia de una persona con obligaciones tributarias es ese número de registro.

Para este supuesto es de aplicación el artículo 69 de la ley de impuestos a las ganancias, que lo explicaremos mas adelante.

Ahora conviene preguntarnos lo siguiente: ¿Quién se inscribe? ¿Cómo se inscribe un fideicomiso? ¿Quién debe cumplir estas obligaciones? La respuesta a estas preguntas las podemos tomar, del decreto 780, es decir, quién debe cumplir las obligaciones formales y

sustanciales del fideicomiso, como las inscripciones y la presentación de las declaraciones juradas y el pago del impuesto es la persona del fiduciario. El fiduciario debe inscribir el fideicomiso en el impuesto a las ganancias y para ello un detalle que no está en la ley de fideicomiso pero que es importante señalar, se le debe dar un nombre al fideicomiso, es decir, en la ley de fideicomiso en ningún lado aparece dentro de los requisitos del contrato de fideicomiso la existencia del nombre, sin embargo para inscribir el fideicomiso como para inscribir cualquier ente en la DGI ese ente tiene que tener un nombre y un domicilio. Entonces cuando realicemos un contrato de fideicomiso en el cuál no coinciden fiduciante y beneficiario debemos asignarle un nombre al fideicomiso debido a que en caso contrario no lo vamos a poder inscribir. La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) no nos va a tomar la inscripción de ese contrato de fideicomiso como sujeto del impuesto, con lo cuál debemos hacer una escritura complementaria o un acto complementario del de constitución del fideicomiso para asignarle un nombre.

Esto es lógico porque si pensamos que una determinada persona física o jurídica puede ser fiduciario a su vez de varios fideicomisos, entonces para poder distinguir respecto de que fideicomiso está cumpliendo las obligaciones tenemos que poder asignarle a cada uno un nombre determinado. El supuesto de fideicomiso que estamos tratando se encuentra incluido dentro del artículo 69 de la ley del impuesto a las ganancias, alcanzado por la tasa general del 35% como cualquier sociedad de capital y por lo tanto debe ser inscripto en la AFIP bajo la denominación que tuviere como “fideicomiso” y presentar declaraciones juradas como cualquier sociedad del rubro. La AFIP mediante Resolución 776/2000, se refiere a la inscripción de fideicomisos.

Una consecuencia a tener en consideración en materia tributaria, que daría por tierra lo que dice la ley 24.441, la misma expresa en su art. 16, que el fiduciario no responde con sus bienes propios por las obligaciones del fideicomiso, ello sería una fábula. Decimos esto ya que se le asigna al fiduciario el carácter de administrador de patrimonio ajeno, comprendido en el art. 16, inc. e) (hoy 6º) de la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal, por lo que si respondería con su patrimonio en su carácter de responsable por deuda ajena ya que es solidariamente responsable del pago de los impuestos.

Si el fiduciario de un fideicomiso sujeto del impuesto a las ganancias no paga el impuesto a las ganancias, el fiduciario con su patrimonio personal es responsable del pago del mismo y de las multas más allá del valor de los bienes fideicomitados, es decir, independientemente de los bienes fideicomitados. El fisco puede dirigirse directamente contra él, debido a que es sujeto solidario, en consecuencia obligado solidario. No necesariamente el fisco debe demandar al fideicomiso, puede demandar directamente a la persona del fiduciario.

Luego el fiduciario que se vio obligado a pagar, tendrá una acción contra el fideicomiso en tanto y en cuanto el incumplimiento no se haya debido a la propia negligencia del fiduciario.

Pero esa acción del fiduciario contra el fideicomiso contra el recupero de la suma que haya debido pagar de su propio patrimonio es una acción civil, por lo tanto no tiene los privilegios que goza el fisco. Cuando un tercero es el responsable del cumplimiento de obligaciones tributarias de otra persona, cuando paga estas obligaciones tributarias, no se subroga en los derechos del fisco, es decir que no tiene los privilegios del fisco para perseguir al real deudor de las obligaciones tributarias.

Entonces tenemos el caso del fideicomiso en el cual coinciden fiduciante y beneficiario -y no se dan los supuestos de excepción que mencionamos-, en el cual las ganancias se imputan por la tercera categoría, es decir, cada uno de los beneficiarios lo incorporaba a su propia declaración del impuesto a las ganancias, y tendrá que presentar la declaración jurada. El fideicomiso no es sujeto del impuesto.

En el fideicomiso en el cual no coinciden fiduciante y beneficiario, - o se da la superposición de roles, pero se trata de un fideicomiso financiero o el fiduciante – beneficiario, sea del exterior -, no sucede lo mismo, en este caso el fideicomiso es sujeto del impuesto (Art. 69, ley 25.063, Imp. a las Ganancias). El fideicomiso tributa el 35% exactamente como si fuera una sociedad anónima o una SRL. Las utilidades del fideicomiso en cabeza del fiduciante son utilidades no computables para el pago del impuesto, como si fueran dividendos de una sociedad anónima. Es decir, ya no se tributa en cabeza del accionista o en cabeza del beneficiario como en el supuesto anterior, esto debido a que ya pagó el impuesto la sociedad y lo pagó a la escala máxima. El máximo de impuesto es el 35%, por lo que si ya lo abonó el fideicomiso, si ya pagó la sociedad anónima no tendría ningún sentido que lo incorpore la persona física a su propia declaración jurada porque nunca su impuesto va a poder superar ese máximo porcentual (35%) además si ello fuere de este modo, se estaría tributando nuevamente el impuesto (doble imposición).

- Coincidencia en el mismo fideicomiso de fiduciantes-beneficiarios y fiduciantes no beneficiarios. -

Una hipótesis que merece especial atención es la siguiente: ¿Que pasa con los fideicomisos con varios fiduciantes algunos de los cuales resultan beneficiarios y otros no?

Ni la ley ni el decreto reglamentario abordan este punto, por lo tanto se interpretan dos posibilidades:

1) Que para encuadrar en los del ítem a) todos los fiduciantes deben ser beneficiarios y en consecuencia con que uno solo no lo sea el fideicomiso completo califica como los del ítem b), de modo que debería tributar el fideicomiso por el total de la renta obtenida.

2) Que puede existir un tratamiento dual en un solo fideicomiso, y en consecuencia la renta atribuible a los fiduciantes-beneficiarios se les atribuye a ellos y son ellos quienes tributan por la misma, mientras que la renta atribuible a los beneficiarios que no son fiduciantes tributa en cabeza del fideicomiso.

Las mismas posibilidades caben cuando se evalúa fideicomisos de tipo fiduciante-beneficiario que tienen fiduciantes locales y al menos uno beneficiario del exterior.

Con respecto a esto el Fisco no se ha expedido pero si nos atenemos a los aplicativos de Impuesto a las Ganancias vigentes, el tipo 2) no se puede llevar adelante.

Al respecto MARTÍN, sostiene lo siguiente: *“Cuando en un fideicomiso..., los beneficiarios son el propio fiduciante y terceros, no queda otra alternativa lógica que liquidar el impuesto en cabeza del fideicomiso en la parte de beneficiarios terceros, y atribuir el resultado en la parte que el fiduciante coincide con el beneficiario”*.

Coincidimos con esta última línea de pensamiento, en consecuencia resultaría aplicable el punto 2), ya que si bien en la ley no está previsto el tratamiento para estos casos, la intención del legislador ha sido alcanzar a cada uno de los partícipes según su condición en el negocio. Al coincidir el fiduciante y beneficiario, no existe en el fideicomiso un sujeto impositivo distinto de aquellos, a quienes, de una u otra manera les afectarán el patrimonio y sus rentas. Por tal motivo, y debido también a los beneficios que ello genera, y a la falta de jurisprudencia que determine lo contrario, nos resulta razonable proporcionar a cada sujeto su tratamiento correspondiente.

Existen otros temas que crean controversia, como por ejemplo el hecho de que pueden cederse los derechos de beneficiario. El hecho que se cedan no hace perder al fideicomiso la característica de ser de tipo fiduciante-beneficiario, pero la realidad es que el fiduciante originante ha dejado de ser beneficiario. ¿Podría entenderse que tal cesión saca al fideicomiso del tratamiento del artículo 49 inc. d), y lo lleva al artículo 69?

Creemos que debería definirse la naturaleza del sujeto en el caso de la coexistencia de fiduciantes-beneficiarios residentes y no residentes en el país así como en los demás casos que presentan similares dificultades. Sin perjuicio de ello y respondiendo al interrogante anterior, creemos que cuando el fiduciante-beneficiario cede su participación al cesionario, este adquirirá la misma calidad que poseía el cedente (fiduciante- beneficiario). Es decir, se produciría una especie de subrogación personal, en el cual el cedente le transmite todos los derechos tal cual él los tenía, al cesionario. Por lo que el fideicomiso seguiría tributando por el art. 49 de la ley del gravamen en cabeza de los beneficiarios.

Otro aspecto novedoso de la reforma instaurada por esta Ley al Impuesto a las Ganancias, aplicable a los entes comprendidos en el art. 69 incs. 1º, 2º, 3º, 6º y 7º de la ley (debemos recordar que determinados fideicomisos están incluidos en el inc. 6º), está referida a la retención del 35% en carácter de pago único y definitivo, incorporada en el artículo a continuación del art. 69 , dispuesta para en el caso de producirse el pago de dividendos o distribuciones de utilidades en dinero o en especie que excedan las ganancias determinadas en función de las normas de la ley, acumuladas al cierre del período fiscal anterior a la fecha de dicho pago.

En resumen, podemos decir que el fideicomiso es sujeto del impuesto a las ganancias cuando fiduciante y beneficiario no son la misma persona. La ley del gravamen lo asimila a las sociedades de capital, disponiendo expresamente que las ganancias netas imponibles de los fideicomisos constituidos en el país conforme a la ley 24.441 están gravadas al 35%, excepto en los que el fiduciante sea también beneficiario. En ese caso la renta será atribuida a él, quien las acumulará a sus demás ganancias como renta de tercera categoría y tributará por sí, según su condición ante el impuesto.

Esta excepción no es de aplicación para los casos en que el fiduciante-beneficiario sea un beneficiario del exterior, ni para los fideicomisos financieros.

Por último, el fideicomiso no es sujeto de impuestos en un único caso, que es el del impuesto a las ganancias cuando el fiduciante y el beneficiario son la misma persona, el fideicomiso es no financiero, y el beneficiario no es residente en el Exterior.

11.4.1.2 Fideicomiso financiero

Ciertos fideicomisos, como el caso de los fideicomisos financieros, en ciertas circunstancias tienen un tratamiento particular. Así se dispone que los fideicomisos financieros se asimilan a las sociedades de capital, que liquidan al 35%.

En este caso, *la base imponible es cero* sí reúnen los siguientes requisitos:

- Su único fin es titularizar activos, con oferta pública bajo las normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV);
- Que el fideicomiso no genere nuevos créditos una vez que disponga de los fondos de los deudores;
- El plazo de duración debe guardar relación con la cancelación definitiva de los activos fideicomitados;
- El beneficio bruto del fideicomiso se debe integrar sólo con rentas de los activos fideicomitados y las provenientes de su realización, y por colocaciones financieras.

Así, al deducir como gastos los intereses que se pagan por los títulos emitidos, el resultado final es nulo. Esto beneficia a los tenedores de certificados de participación.

La ley 24.441 en su artículo 83 inc. b) dispone, que los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión, y disposición, como así también los intereses, actualizaciones y ajustes de capital de los títulos de deuda y de los certificados de participación quedan exentos del impuesto a las ganancias. Es requisito para la aplicación de este artículo que los referidos títulos sean colocados por oferta pública. Nos remitimos a lo expuesto en el punto 11.2.2.1 de este capítulo.

11.4.2. Inscripción. Formalidades

Finalmente, destacamos que, en función de lo normado por el quinto artículo incorporado a continuación del art. 70 del decreto N° 1344/98, se enuncia que la Administración Federal de Ingresos Públicos debe establecer las normas reglamentarias pertinentes a los efectos de definir la forma, plazo y condiciones de inscripción, como asimismo la reglamentación del régimen de facturación y registración aplicable, la forma y plazo de ingreso de los impuestos respectivos y atribución de resultados.

Hasta el presente, hubo un período de indefinición por parte del citado organismo, del cual ha emanado, referida a este tema específico, la normativa que enunciamos a continuación:

Dictamen 85/1997 (DAL), de fecha 15/12/1997, en el cual se concluye que, tratándose de un fondo fiduciario, resulta posible asignar la clave única de identificación tributaria al administrador fiduciario siempre que se identifique adecuadamente el patrimonio fiduciario de que se trata, a fin de distinguirlo adecuadamente de otros patrimonios fiduciarios o de actividades ajenas protagonizadas por el mismo administrador fiduciario. En su Nota Externa AFIP 5 (BO, 19/5/1999), la que establece que tratándose de fideicomisos en los cuales el fiduciante asume la condición de beneficiario, la información de la participación respectiva en el resultado del fideicomiso, a efectos de que el fiduciante incorpore la misma en su respectiva declaración jurada, deberá encontrarse a su disposición en el domicilio del fiduciario, trasladándose el vencimiento de sus propias DDJJ al mes de mayo de cada año. Y, en su Resolución 776/2000, la AFIP trata sobre Inscripción de fideicomisos.

En resumen, podemos decir que los Fideicomisos se encontrarán obligados a inscribirse en el Impuesto a las Ganancias y/o el Impuesto al Valor Agregado, en la medida que tengan las características de unidades económicas susceptibles de generar hechos imposables.

La solicitud de inscripción se debe efectuar mediante el formulario F.460/J, el que para los Fideicomisos no financieros debe ser acompañado por:

1. Fotocopia del contrato de fideicomiso.
2. Según sea el fiduciario persona física o jurídica, deberá acompañarse también la documentación para justificar su identidad o facultad representativa, salvo que los tengan presentados con anterioridad.
3. Nota, en carácter de declaración jurada, en la cual el fiduciario identifique al fideicomiso.

11.4.3. Impuesto sobre la ganancia mínima presunta

Este gravamen calcula la capacidad contributiva no ya sobre las ganancias, sino sobre la base de activos de propiedad de los sujetos obligados, los cuales generan una presunción de una renta mínima, que fundará la obligación de tributar, independientemente de la generación efectiva de ganancias. La base de imposición de este impuesto se calcula, sobre los activos gravados, valuados conforme lo dispone la ley del impuesto y sus reglamentaciones, y sobre dichos activos se aplica una alícuota del 1%.

11.4.3.1 Regulación del Fideicomiso no financiero

El art. 2 de la ley 25.063, al enumerar los sujetos pasivos del impuesto, en su inciso f) nombra a los fideicomisos constituidos en el país, conforme a la ley 24.441, con excepción de los financieros, como sujetos pasivos del impuesto, tributando a la tasa general del 1% sobre los activos computables.

Por contrario a lo que se dispone en el impuesto a las ganancias, donde los fideicomisos en los cuales coinciden los sujetos fiduciantes-beneficiarios no son sujetos del tal impuesto, aquí la ley no hace tal distinción, por lo cual todos los fideicomisos son sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta, a excepción de los financieros expresamente exceptuados por el régimen legal.

Mediante Dictamen 17/2004 (DAT) la AFIP se ha pronunciado al respecto, afirmando que los activos que forman parte de un patrimonio fiduciario, se encuentran alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta, recayendo la responsabilidad de la determinación e ingreso del gravamen en cabeza del administrador de los bienes fideicomitados, es decir el fiduciario, ello con independencia de la actividad económica que pueda realizar o no el fondo. Sin embargo hay autores que consideran que el pago del impuesto a la ganancia mínima presunta no debiera recaer sobre fideicomisos que se vean imposibilitados de obtener rentas, que al no

desarrollar actividad económica alguna, no deberían tributar conforme a este gravamen, tal lo que ocurre, por ejemplo con ciertos fideicomisos de garantía.

Ya el Tribunal Fiscal de la Nación afirmó que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta es un gravamen autónomo y consideró que el hecho imponible del impuesto es la existencia de activos, por lo que la efectiva generación de ganancias o la existencia de quebrantos resulta irrelevante, en la medida en que existen activos que pueden llegar a producir una ganancia.

Por lo tanto, el fiduciario deberá abonar el gravamen de referencia, teniendo en cuenta el derecho al cómputo de los respectivos pagos a cuenta recíprocos con el impuesto a las Ganancias en cabeza de los beneficiarios (contribuyentes del imp. a las Ganancias en virtud de los réditos generados por los bienes fideicomitidos).

Fue con la sanción de la ley 25.063, que se incluyen los fondos fiduciarios como sujetos pasivos de este gravamen.

El art. 2º, inc. f) del título correspondiente de la ley citada contempla la situación de estos entes. Asimismo, el fiduciario resulta comprendido en el art.6, inc. e) de la Ley de Procedimiento Fiscal 11.683, en su carácter de responsable por cumplimiento de deuda ajena.

La base de imposición de este gravamen, recordamos, está conformada sobre la base de los activos gravados, valuados de acuerdo con las disposiciones de su norma de creación y reglamentarias, sobre los cuales se aplica una alícuota del 1%.

En cuanto a las exenciones específicas relacionadas con la figura del fideicomiso, se evidencian las correspondientes a los bienes entregados por fiduciantes que sean sujetos pasivos de este impuesto y a aquellos fiduciarios de fideicomisos que revistan también la calidad de sujetos pasivos del gravamen.

En otro orden de ideas, tenemos que el impuesto a las ganancias determinado es pago a cuenta de este impuesto y si éste lo excediera podrá compensarlo con aquel dentro de los 10 años siguientes. Es decir, La ley de impuesto a la ganancia mínima presunta admite cancelar la obligación tributaria con el impuesto a las ganancias determinado por el mismo ejercicio. En caso de no ser ello factible porque no exista impuesto a las ganancias, se ingresará el impuesto a la ganancia mínima presunta que podría ser computado contra el impuesto a las ganancias durante los diez años siguientes.

Ha sido previsto entonces, el cómputo como pago a cuenta de este impuesto, el impuesto a las ganancias correspondiente al mismo ejercicio fiscal por el cual se liquide el gravamen.

De tratarse de fideicomisos que no resultan ser sujetos pasivos del impuesto a las ganancias, el cómputo del pago a cuenta resultará de aplicar la alícuota establecida en el art. 69, inc. a) de la Ley del Impuesto a las Ganancias (actualmente un 35%) sobre la utilidad impositiva

a atribuir a los partícipes del fideicomiso. Es decir, se debe aplicar la alícuota del 35% sobre la utilidad del fideicomiso y de esta manera se obtiene el impuesto a las ganancias. A este impuesto, se lo compara con el IGMP y la diferencia es lo que se puede tomar como pago a cuenta. Ese pago a cuenta calculado de esa forma se lo distribuye entre los fiduciarios beneficiarios según su porcentaje (%) de participación en el fideicomiso.

Queda por tratar cual es la base imponible a considerar, en el caso de los bienes fideicomitidos, teniendo en cuenta que la transmisión fiduciaria bajo análisis carece de un valor representativo de la misma.

Nos inclinamos por tomar como base imponible el valor de los costos de dichos bienes en cabeza de cada uno de los fiduciarios, previo a la transmisión de los mismos al fiduciario.

En resumen, la ley del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (IGMP) dispone, que todos los fideicomisos no financieros son responsables de dicho impuesto (alícuota del 1%), sin considerar si el fiduciario y beneficiario coinciden.

Asimismo, que el impuesto a las ganancias determinado para el mismo ejercicio fiscal por el cual se liquida el gravamen del IGMP, podrá computarse como pago a cuenta del IGMP. Y si correspondiere, se admitirá, siempre que se verifique en cualquiera de los 10 ejercicios inmediatos siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de éste gravamen, el IGMP efectivamente ingresado.

A los fines de un mayor entendimiento del pago a cuenta, es que presentamos los siguientes cuadros explicativos:

Período 2002					
I.G.M.P	13.500		Síntesis		
Menos: pago a cuenta I.G	<u>10.000</u>		Se ingresa al	I.G.	10.000
Saldo a favor de AFIP-DGI	3.500 (1)		Fisco:	I.G.M.P	3.500
(1) Crédito para ser utilizado en el I.G. – 10 ejercicios (según reforma L.25.360 con vigencia L.25.063)					

Período 2003					
I.G.M.P	13.200		Síntesis		
Menos: pago a cuenta I.G	<u>12.000</u>		Se ingresa al	I.G.	12.000
Saldo a favor de AFIP-DGI	1.200 (1)		Fisco:	I.G.M.P	1.200

(1) Credito para ser utilizado en el I.G. – 10 ejercicios (según reforma L.25.360 con vigencia L.25.063)

Período 2004					
Como el I.G. es mayor que el I.G.M.P. se puede absorber parte de los créditos generados en ejercicios 2002 y 2003. ¿Cuánto se puede absorber? El importe en el cual –en este ejercicio 2004- el I.G. supera al I.G.M.P					
Se comienza por el más antiguo:					
I.G. – I.G.M.P. = 15.000 – 13.000 = 2.000					
I.G.	15.000			Síntesis	
Menos: pago a cuenta I.G.M.P	<u>2.000</u>		Se ingresa al	I.G.	13.000
	13.000		Fisco:	I.G.M.P	0
<hr/>					
Excesos de I.G.M.P. para ser utilizados		<u>2002</u>	<u>2003</u>		
en el I.G.		3.500	1.200		
Utilizaciones		<u>(2.000)</u>			
Remanente		1.500	1.200		

Período 2005					
Como el I.G. es mayor que el I.G.M.P. se puede seguir absorbiendo parte de los créditos generados en ejercicios 2002 y 2003. ¿Cuánto se puede absorber? El importe en el cual –en este ejercicio 2005- el I.G. supera al I.G.M.P					
Se comienza por el más antiguo:					
I.G. – I.G.M.P. = 14.000 – 12.800 = 1.200					
I.G.	14.000			Síntesis	
Menos: pago a cuenta I.G.M.P	<u>1.200</u>		Se ingresa al	I.G.	12.800
	12.800		Fisco:	I.G.M.P	0
<hr/>					
Excesos de I.G.M.P. para ser utilizados		<u>2002</u>	<u>2003</u>		

en el I.G.	1.500	1.200
Utilizaciones	<u>(1.200)</u>	
Remanente	300	1.200

Período 2006			
Como el I.G. es mayor que el I.G.M.P. se puede seguir absorbiendo parte de los créditos generados en ejercicios 2002 y 2003. ¿Cuánto se puede absorber? El importe en el cual –en este ejercicio 2006- el I.G. supera al I.G.M.P, pero dado que los créditos fiscales acumulados son menores, solo se puede computar hasta su importe.			
Créditos fiscales acumulados: 1.500 (compuestos por 300 del 2002 y 1.200 del 2003)			
I.G. – I.G.M.P.= 15.500 – 12.500 = 3.000			
I.G.	15.500	Síntesis	
Menos: pago a cuenta I.G.M.P	<u>(1.500)</u>	Se ingresa al I.G.	14.000
	14.000	Fisco:	I.G.M.P 0
Excesos de I.G.M.P. para ser utilizados	<u>2002</u>	<u>2003</u>	<u>Total</u>
en el I.G.	300	1.200	1.500
Utilizaciones	<u>(300)</u>	<u>(1.200)</u>	<u>(1.500)</u>
Remanente	0	0	0

11.4.3.2 Fideicomisos Financieros

Se exceptúan de la aplicación del IGMP, a los fideicomisos financieros a los que hace referencia la ley 24.441, arts. 19 y 20. Por ello, económicamente, en este tipo de fideicomiso sólo se tributa si el titular de los títulos de deuda y certificados de participación resulta ser sujeto pasivo del gravamen. En este caso, el mismo incorporará en sus propias declaraciones juradas, las respectivas tenencias que posea al cierre de sus ejercicios fiscales.

Según lo dispone erróneamente el artículo incorporado por el decreto 1038/2000 a continuación del art. 11 del decreto reglamentario de la Ley del Gravamen, aquellos fideicomisos financieros (arts. 19 y 20, ley 24.441), cuyo objeto principal sea la celebración de contratos de *leasing* en los términos, condiciones, y requisitos establecidos por la ley 25.248, también

deberían considerar como base imponible de este impuesto, un veinte por ciento de sus activos alcanzados. Esta reglamentación va más allá de la ley, ya que como se expresara anteriormente, los fideicomisos financieros regidos por los citados arts. 19 y 20 no son sujetos pasivos de este gravamen.

De tratarse de fideicomisos financieros, también estarán exentos los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en la proporción atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de otras entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario.

A los fines de proceder a la valuación de las tenencias de certificados de participación y títulos de deuda, en el caso de fideicomisos financieros, se deberá proceder de la manera que a continuación se indica:

a) *Los que coticen en bolsas o mercados*: al último valor de cotización o al último valor de mercado a la fecha de cierre de ejercicio.

b) *Los que no coticen en bolsas o mercados*, se valorarán a su valor de costo, más los intereses devengados a la fecha de cierre de ejercicio indicada, o en su caso, en el importe de las utilidades provenientes del fondo fiduciario, devengadas a favor de sus titulares y pendientes de distribución, a la fecha de cierre del ejercicio por el cual se determina el impuesto.

11.4.4. **Impuesto sobre los bienes personales**

Este tributo calcula la carga contributiva en relación a la existencia de bienes personales, en cabeza de los sujetos obligados, al 31 de diciembre de cada año.

Con respecto a su regulación, la ley 24.441 no contiene ninguna referencia legal. Sin embargo, su decreto reglamentario 780/95 dedica su capítulo II al tributo, por lo cual la primera legislación sobre la cuestión se establece vía reglamentaria.

11.4.4.1 **Regulación de los fideicomisos no financieros**

El art. 13 del decreto 780, en lo atinente al fideicomiso ordinario, dispone lo siguiente: *“quienes con arreglo a la Ley N. 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, -hoy art. 6- inciso e) de la Ley N. 11.683 (t. o. en 1978 y sus modificaciones) por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bienes personales sobre el valor de los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a*

las disposiciones del Título VI de la Ley N. 23.966 y sus modificaciones, sin considerar el mínimo exento previsto en el artículo 24 de dicha normal legal. Los bienes entregados por los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, no integrarán la base que las mismas deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante fuera una empresa, dichos bienes no integrarán su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos”. Esta disposición se complementa con el art. 14 del decreto que establece que “el ingreso a que se refiere el mismo, tendrá el carácter de pago del impuesto que le hubiera correspondido abonar por cada período fiscal a los sujetos del impuesto que en definitiva incorporen los bienes a su patrimonio o, en su caso, a aquellos que sean titulares del capital de las empresas que efectúen esa incorporación”.

Entonces, en virtud del decreto, el fiduciario, en su carácter de administrador de patrimonio ajeno, se encontraría obligado a ingresar el impuesto sin que le sea posible considerar el monto mínimo exento.

No obstante ello, destacamos primeramente la opinión fiscal materializada en el Dictamen 59/1999, de la Dirección de Asesoría Técnica de la Administración Federal de Ingresos Públicos, en el sentido que, a partir de la vigencia del impuesto sobre la ganancia mínima presunta, no resulta aplicable el art. 13 del decreto 780/1995, en función del cual quienes resulten fiduciarios de fideicomisos no financieros debían tributar el gravamen sobre los bienes personales.

Es decir que a partir de dicha circunstancia, resulta de aplicación para los citados fondos fiduciarios únicamente el impuesto sobre la ganancia mínima presunta creado a partir de la promulgación de la aludida ley 25.063 .

Siguiendo esta línea, la AFIP ha interpretado que el decreto 780/95, que establecía que el fiduciario debía actuar como responsable sustituto del fideicomiso, ha quedado tácitamente derogado por reformas legales posteriores (ley 25.063) que incorporó a los fideicomisos “comunes o no financieros” como sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por lo cual, éstos, tributarán en función de sus activos al cierre del ejercicio, liberándoseles del pago relativo al impuesto sobre los bienes personales.

11.4.4.2 Fideicomisos Financieros

Con relación a los fideicomisos financieros, dicha ley no los consideró sujetos de ese gravamen (Art. 13, segundo párrafo, Dec. 780.) y alcanzó con el impuesto sobre los bienes personales a los tenedores de los valores fiduciarios que ellos emiten.

Es decir, la ley del gravamen no contempla tratamientos particulares para los derechos de los beneficiarios y fideicomisarios de fideicomisos “comunes” cuando sí lo establece para los de fideicomisos financieros.

De tratarse de fideicomisos financieros, las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en el país, tributan este impuesto por la tenencia al cierre del año fiscal de los citados valores mobiliarios.

Respecto de la valuación de las tenencias de certificados de participación y títulos de deuda de fideicomisos financieros, las personas físicas y sucesiones indivisas titulares de los mismos, deberán proceder a computar, a efectos de incorporarlos a su correspondiente declaración jurada anual:

-Los que coticen en bolsas o mercados: al último valor de cotización o al último valor de mercado al 31 de diciembre de cada año.

-Los que no coticen en bolsas o mercados, se valuarán a su valor de costo, más los intereses devengados a la fecha indicada, o en su caso, en el importe de las utilidades provenientes del fondo fiduciario, devengadas a favor de sus titulares y pendientes de distribución, al 31 de diciembre de cada año.

11.4.5. Impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresarial

Este gravamen se aplicó, hasta el 30/6/2002, sobre los intereses de deudas y el costo financiero de las empresas que resulten deducibles en el impuesto a las ganancias, originados en:

- a) Operaciones de crédito obtenidas en las entidades regidas por la ley 21.526.
- b) Obligaciones negociables emitidas conforme a las disposiciones de la ley 23.576, cuyos tenedores sean sujetos no comprendidos en el título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (sujetos no empresa) o beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de esta última ley.
- c) Préstamos otorgados a sujetos-empresa por personas físicas o sucesiones indivisas, domiciliadas o radicadas en el país.

11.4.6. Impuesto al valor agregado

Este gravamen es la principal imposición indirecta sobre el consumo, que se aplica en ciertas transferencias a título oneroso de bienes muebles y prestaciones de servicios. Entre las características principales de este impuesto, sobresalen: 1) su carácter *indirecto*, incide económicamente sobre el consumidor final, consiguientemente grava los consumos; 2) es *real*,

pues no tiene en cuenta las consideraciones personales del sujeto incidido por el impuesto; y 3) no tiene efecto *piramidal*, es *plurifásico* y *no acumulativo*, ya que incide una sola vez en el precio final del bien o del servicio prestado.

La aplicación del IVA se hace sobre ventas en general, locaciones y prestaciones e importaciones definitivas de cosas muebles. Debemos considerar que la configuración del hecho imponible de este impuesto requiere de tres elementos: el *territorial*, que limita la aplicación del gravamen dentro del marco territorial argentino; el *objetivo*, que define el campo jurídico de actuación del gravamen que, como señalamos, son las ventas, locaciones, prestaciones y las importaciones, y finalmente el elemento *subjetivo*, que visualiza determinadas características del sujeto pasivo.

11.4.6.1. Regulación del fideicomiso no financiero

La ley 23.349 que establece la regulación del IVA, menciona en su art. 4, quienes son los sujetos pasivos del impuesto, a saber:

- a) Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, quienes realicen actos de comercio accidentales y las que realicen los herederos respecto de los bienes del causante;
- b) Los que realicen ventas o compras en nombre propio, pero por cuenta de terceros;
- c) Las empresas constructoras que realicen obras directamente o a través de terceros sobre inmueble propio;
- d) Quienes presten servicios;
- e) Los locadores;
- f) El que importe definitivamente cosas muebles a su nombre, por su cuenta o por cuenta de terceros;
- g) Las uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, consorcios, asociaciones sin existencia legal como personas jurídicas, agrupamientos no societarios y cualquier otro ente individual o colectivo.

Asimismo la ley del gravamen presume que existe venta en (art.2, inc. a, Ley de IVA): 1) toda transferencia a título oneroso que represente la transmisión de dominio de cosas muebles (por ejemplo, permuta, dación en pago, adjudicación por disolución de sociedades, aporte, ventas y subastas judiciales y cualquier otro acto que conduzca al mismo fin, excepto la expropiación) realizada entre personas de existencia ideal o visible, sucesiones indivisas o entidades de cualquier índole; 2) la desafectación de cosas muebles de la actividad gravada con destino al uso o

consumo particular del o de los titulares de la misma, y 3) las operaciones de comisionistas, consignatarios u otros que vendan o compren en nombre propio, pero por cuenta de terceros.

De los incisos g) del art. 4, y del a) del art. 2, de la ley de IVA, (cualquier otro ente individual o colectivo- entidades de cualquier índole), vemos que se encuentran comprendidos los fideicomisos, debiendo tributar el IVA siempre que el mismo realice actividad gravada.

En consecuencia, el fideicomiso, representado por el fiduciario, será responsable del tributo en la medida que se le pueda atribuir la generación de hechos imponible. Este criterio ha sido sentado por el propio organismo fiscal, mediante el Dictamen 59/1999 (DAT). Por ello, resultará sujeto pasivo el fideicomiso, si como ente fiscal, realiza operaciones gravadas, como, por ejemplo, la realización de prestaciones financieras.

Como vimos, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 4° de la Ley del Gravamen, cualquier ente individual o colectivo que realice actividad gravada será considerado sujeto pasivo del IVA. En tal caso, el fideicomiso deberá inscribirse en el IVA, y tributar en función de los débitos fiscales que genere, pudiendo computar los créditos fiscales relacionados con su actividad gravada, como así también las retenciones y percepciones que se le practiquen.

En los fideicomisos agrícolas, donde el objeto es la siembra, cosecha, y venta, a los efectos de pagar el impuesto al IVA se analizará específicamente la actividad, y si ésta resulta gravada, se tributará el impuesto con su correspondiente alícuota cuando se produzca el hecho imponible. Al momento de la venta de la cosecha se determinará el debito fiscal, si el fideicomiso es el encargado de realizar la venta, será éste el obligado a facturar el impuesto. De lo contrario si la cosecha es distribuida a los fiduciantes-beneficiarios, serán éstos los obligados a facturar el impuesto al momento de realizar la venta.

Por su parte el art. 84 de la ley 24.441 establece, que en el caso de transmisión de créditos en fiducia, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituyen prestaciones o colocaciones financieras gravadas.

La doctrina sostiene que la referencia legal esta dirigida a eximir ciertas operaciones de descuento de documentos a fideicomitir, y que igualmente se encuentran exentas del impuesto, todas las transmisiones efectuadas a título de confianza, -tal es el caso de la transferencia de bienes en fiducia-, al no reunir de por sí el carácter de onerosidad requerido a los efectos de la configuración del hecho imponible.

Para el caso de la definición de la responsabilidad del ingreso de los intereses contenidos en las cuotas de los créditos fideicomitados, cuyos hechos imponible (vencimiento o pago) se produzcan a partir de la constitución del fideicomiso, en la misma ley 24.441 se dispone que el sujeto pasivo de la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente

(fiduciante), salvo que el pago deba efectuarse al cesionario (fideicomiso) o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo (Art. 84).

Cabe concluir entonces, debido a que ni el decreto 780/95 ni la ley 25.063 regulan cuestiones relativas al fideicomiso en el impuesto al valor agregado, y siguiendo los lineamientos de la legislación, doctrina y jurisprudencia, que el fideicomiso es sujeto obligado al pago del IVA, siempre que su actividad configure un hecho imponible y se trate de operaciones onerosas a los fines de la ley del gravamen.

Finalmente puntualizamos que, la remuneración del fiduciario por el desarrollo de su función como tal, se encuentra gravada por el impuesto.

11.4.6.2. Fideicomiso Financiero

Tal como lo establece el art. 83, inc. a) de la ley 24.441, los intereses y prestaciones financieras obtenidos por los inversores en títulos valores representativos de deuda y certificados de participación emitidos por fiduciarios por fideicomisos que se constituyan para titulación de activos, no tributan IVA en virtud de la exención que recae sobre las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses, cancelación y garantías. Nos remitimos sobre el particular a lo expuesto en el punto 11.2.2.2 de este capítulo.

Las transferencias de certificados de participación o títulos de deuda están comprendidas en la exención que establece el art. 7º, inc. b) de la ley del IVA.

11.4.7. Impuesto sobre los ingresos brutos

La principal característica del impuesto sobre los ingresos brutos radica en que grava el ejercicio habitual y a título oneroso del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locación de bienes, obras, servicios, o de cualquier actividad a título oneroso, sin importar el resultado obtenido. Es un gravamen de naturaleza local, es decir, cada Fisco somete a imposición los hechos o actividades gravadas de conformidad con su potestad jurisdiccional. El impuesto se aplica sobre el ingreso bruto –valor o monto total devengado en el ejercicio por la actividad gravada- permitiéndose muy pocas deducciones.

11.4.7.1 Regulación del fideicomiso no financiero

Corresponderá analizar la situación fiscal del fideicomiso, en caso de desarrollar el mismo, actividad alcanzada por el impuesto, todo ello en virtud de las normas locales en vigencia.

Cabe destacar que la mayoría de las normas provinciales vigentes no se han adecuado a la realidad de los nuevos negocios, contemplando específicamente -entre otras- estas nuevas figuras. Por ello, en cada caso se deberá analizar la gravabilidad en función de los criterios generales de aplicación del impuesto al sujeto pasivo, siendo definido éste en sentido general o particular.

Este impuesto a los ingresos brutos está reglado en la Provincia de Córdoba por el Código Tributario, el cual establece en su artículo 155 que los fideicomisos constituidos de acuerdo con lo dispuesto en la ley nacional 24.441, los ingresos brutos obtenidos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen.

Por ello, deberá materializarse por parte del fideicomiso el ejercicio habitual y a título oneroso, en la jurisdicción de que se trate, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios o de cualquier otra actividad a título oneroso, cualquiera sea el resultado obtenido, la naturaleza del sujeto que la preste, y el lugar donde se realiza (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares del dominio público y privado, y todo otro de similar naturaleza).

Es decir, para la determinación del hecho imponible, debe atenderse a la naturaleza específica de la *actividad* desarrollada, como así también el desarrollo de actividades expresamente exentas o no alcanzadas de acuerdo con la jurisdicción de que se trate.

El ejercicio habitual de la actividad gravada debe ser entendido como el desarrollo de hechos, actos u operaciones alcanzadas por el impuesto, con prescindencia de su cantidad o monto cuando las mismas se efectúan por quienes hacen profesión de tales actividades. El ejercicio en forma discontinua o variable de actividades gravadas, no hace perder al sujeto pasivo del gravamen su calidad de contribuyente.

Por otra parte y en lo que atañe a las deducciones, en Córdoba, la ley exime los ingresos atribuibles a los fiduciantes cuando posean la calidad de beneficiarios de fideicomisos constituidos de acuerdo con las disposiciones de la ley nacional 24.441, en relación, exclusivamente, a los derivados de los mencionados fideicomisos.

La remuneración del fiduciario, por el desarrollo de su función como tal, se encuentra gravada por el impuesto.

11.4.7.2 Fideicomiso financiero

Para el caso de los fideicomisos financieros, los inversionistas en títulos de deuda o certificados de participación, a modo de resumen, la gravabilidad o no, operará en función de las características de cada uno de ellos:

a) De tratarse de un inversor persona física del país se gravarán los intereses cobrados u otros resultados, en el caso que fuera habitualista en el desarrollo de la actividad.

b) Para un inversor persona jurídica del país dichos resultados se encontrarán gravados por el impuesto.

c) Un titular del exterior no resultará alcanzado.

11.4.8. **Impuesto de sellos**

Este impuesto se encuentra reglado en Córdoba, por la ley 6.006, t.o. por decreto 270/04 – Código Tributario de la Provincia- Título III, y grava todos los actos, contratos u operaciones de carácter oneroso instrumentados, - y por el solo hecho de su instrumentación- que se realicen en el territorio de la Provincia, o fuera de la misma, cuando deban cumplir efectos en ella.

En el artículo 195 del mencionado, se establece que son contribuyentes del impuesto de sellos quienes realicen dichos actos, contratos u operaciones, (los expresados en el párrafo anterior), y el art. 198 de dicho cuerpo, nos determina la base imponible, siendo ésta, el valor nominal expresado en los instrumentos gravados, salvo lo dispuesto para casos especiales.

Al tratarse de un impuesto de carácter jurisdiccional, los códigos fiscales y leyes análogas vigentes en cada jurisdicción deberán ser analizadas específicamente, a efectos de determinar la gravabilidad de los instrumentos que se emitan por cada operatoria en particular.

Esta definición resulta comprensiva de los mismos contratos de fideicomiso que se suscriban, como así también los instrumentos relacionados con cada operatoria.

Hay que resaltar que dentro de las exenciones objetivas enumeradas por el Código, se exime del impuesto a los contratos de fideicomiso constituidos de acuerdo a las disposiciones establecidas en la ley nacional 24.441, en relación exclusivamente a la transmisión de los bienes y/o deudas fideicomitidas (art. 221, inc. 47, ley 6.006).

Se ha dicho que una de las condiciones para que proceda la gravabilidad de un determinado acto, en el citado impuesto, es su *onerosidad*; “por ello, de tratarse de una transmisión del dominio fiduciario que no es realizada a título oneroso sino a título de confianza o

fiducia, no corresponde su gravabilidad, por ausencia de aquella condición, concluyéndose que un contrato de transmisión de dominio fiduciario no debe estar gravado por el impuesto de sellos, en la medida que instrumenta una transferencia a título no oneroso. Será la remuneración del fiduciario, en caso de existir, la que deberá analizarse a los fines de considerar oneroso el contrato de fideicomiso a los efectos del referido tributo. Corresponderá, en su caso, determinar la base imponible del mismo considerando básicamente tal retribución y aplicando las normas particulares de cada jurisdicción”.

Las mismas conclusiones caben respecto de la transmisión final de los bienes, ya que son entregados por el fiduciario al fideicomisario no a título oneroso sino en cumplimiento del mandato otorgado. Si nos quedamos con esto ninguna transferencia fiduciaria estaría gravada dado que no existe onerosidad.

Al respecto pensamos que donde sí puede haber onerosidad en relación entre el fiduciante y el fideicomisario es cuando los bienes que entrega el fiduciante serán luego recibidos por el fideicomisario pero para que ello suceda este último debe realizar cualquier tipo de contraprestación (ya sea que esta contraprestación sea recibida por el fiduciario quien luego se la entrega al fiduciante-beneficiario, ya sea que sea recibida por el fiduciante sin pasar por el fideicomiso), estamos frente a una realidad económica subyacente de manifiesta onerosidad. Es por ello que consideramos que al menos una de las transferencias (cuando entra al patrimonio fideicomitado o cuando sale de él) debería tributar el impuesto de sellos.

Es de destacar que todo lo expuesto respecto a la faz impositiva, resulta de aplicación al fideicomiso que proponemos, -el de producción agrícola- donde los fiduciantes asumen la calidad de beneficiarios.

A continuación comenzaremos con el estudio de una de las modalidades más fructíferas del fideicomiso y tema principal del presente trabajo, como es el fideicomiso agrícola.

CAPITULO CUARTO

12. El Fideicomiso de Producción Agrícola

12.1 Introducción

La situación económica por la que atraviesa la Argentina hace necesario el surgimiento de nuevas y más eficientes estructuras de financiamiento de negocios, principalmente para el sector agrario.

Como respuesta a este escenario, surge de este trabajo un análisis de una propuesta de crédito para el productor agrícola y se orienta a asegurar un sistema de crédito más accesible y barato que el bancario y adaptable a las características de la producción. *La figura del Fideicomiso es una alternativa atractiva para poder acceder a recursos provistos por fondos de inversión privada y/o de distintos sectores que actúan en el mercado de capitales.* La propuesta apunta a generar un vehículo financiero que ofrezca recursos para financiar a productores que tengan como actividad principal la cosecha y cultivo de granos en el caso particular –trigo, maíz y soja-. Es necesario crear un “Fondo de Inversión Agrícola” que absorba capitales de inversores interesados. El fideicomiso garantizará el medio para poder vincular a los productores con el dinero invertido en el fondo generando un “negocio de capitalización” que tendrá como fin el cultivo de granos (cosecha) por parte del productor y la retribución de una renta proporcional al capital invertido por parte de los inversionistas.

El agro es una de las actividades más importantes del país, sino la más importante, por la porción de ingresos que este genera al mismo. Esto se ve incrementado por el impacto que la caída de la convertibilidad causó en esta área. La Argentina presenta excelentes cualidades para la producción agropecuaria, esta representa el 32 % de PBI, el 60 % de las exportaciones y de ella proviene el 90% de los alimentos que se consumen en el país.

Proponemos el fideicomiso de producción agrícola, hoy una actividad en pleno auge debido a que desde el 2001 con el advenimiento de la convertibilidad, la siembra en la Argentina mantuvo sus ingresos dolarizados y por ello es una actividad en la que cada vez mas los

inversores de clase media y alta, deciden apostar, en lugar de confiar en otras formas de inversión como por ejemplo los depósitos bancarios (entre otras cosas por el recordado corralito).

Asimismo es una actividad que se presenta como base del ingreso en nuestro país y por varios años más, como consecuencia de que la demanda de alimentos crece en el mundo. La demanda de granos a nivel mundial creció un 11% anual en los últimos cinco años, y la de harina un 18 % anual. Los principales analistas del sector consideran que estamos atravesando un momento único, como pocas veces a lo largo de nuestra vida como país, principalmente por tres oportunidades que hoy se presentan:

- El crecimiento asiático
- El desarrollo de los bio-combustibles
- Baja de los subsidios agrícolas en países extranjeros

China, tiene el problema de alimentar al 23% de la población mundial con los escasos recursos que cuenta. En el año 2005 importó 25 millones de toneladas y para el año 2013 necesitaría 46 millones de toneladas de soja aún duplicando su producción actual, por lo que sin la producción argentina no podrá cubrir la demanda.

Por estos motivos es que proponemos una alternativa que nos permita aprovechar y mejorar el negocio de la siembra y para ello presentamos una figura que surge de la ley 24.441 como es el fideicomiso. Todo el tratamiento jurídico se desarrolló en los primeros capítulos de esta obra, de ahora en más, trataremos de aplicar a la siembra la investidura del fideicomiso no financiero, donde los fiduciantes son a su vez beneficiarios, ello por las ventajas impositivas que trae aparejado, sin descuidar las demás alternativas posibles que presentan los fideicomisos no financieros.

El fideicomiso por ser flexible, moderno y amparados por ley, tiene la particularidad de aplicarse a diversos tipos de negocios.

El fideicomiso de producción agrícola permite obtener un financiamiento a menor costo y además es mucho mas flexible, prácticamente acepta cualquier cláusula que el inversor quiera establecer de común acuerdo con el resto de los participantes.

Los inversores podrán encontrar en el fideicomiso una figura que no solo facilitaría su incursión en el ámbito del agro sino que le otorgaría una serie de ventajas con respecto a otras figuras, entre ellas el resguardo del riesgo que tiene toda actividad agraria, menores costos y ventajas impositivas.

Mediante este vehiculo financiero se puede reunir a diversos actores como pueden ser el productor agropecuario, el acopiador, un banco, empresas de agroquímicos y hasta inversionistas ajenos al agro, entre otros, que mediante un contrato aporten capitales (fondos fiduciarios) para el

desarrollo por parte del fiduciario (mediante un fideicomiso) de esta actividad y así obtener rentas que de otra manera difícilmente llegarían a alcanzar. Todo esto agregado a la seguridad jurídica que el fideicomiso le otorga al negocio al formarse un patrimonio separado del de los fiduciantes y fiduciarios.

Además este mecanismo puede constituirse en un sistema que capte financiamiento para el sector agrícola, en momentos donde la oferta de créditos sea escasa y de alto costo. La reducción del riesgo, debido a la separación de activos que un fideicomiso conlleva, se traduce en una reducción de costos de financiamiento.

Este medio trata de recuperar la capacidad de producción de las tierras improductivas y ofrecerle al productor agropecuario una alternativa de ingresos que le permita volver a insertarse en el circuito productivo.

La crisis actual del sistema financiero en la Argentina inhabilita temporalmente la posibilidad de financiación del sector agrícola por parte de la banca comercial dado que la falta de confianza, “instrumento esencial que permite su normal actividad”, imposibilita la colocación de fondos de ahorristas en bancos privados y esto obstaculiza la financiación de los sectores productivos. Esta falta de credibilidad en el sistema expulsa la posibilidad de colocar fondos de los ahorristas en la banca privada generando así una masa de dinero para ser colocada que no encuentra posibilidades seguras ni rentables.

Actualmente, la oferta de créditos comerciales es a corto plazo y esto causa graves inconvenientes en el productor pequeño y mediano, porque lo obliga a vender apresuradamente el producto para cancelar el endeudamiento, con la consiguiente pérdida de oportunidades comerciales.

Las opciones de préstamo propuestas por los bancos no generan demasiadas expectativas entre los productores, por dos razones:

1. Elevadas tasas de interés, a las que deben sumarse gastos administrativos, comisiones, impuestos y retenciones fiscales.
2. Los créditos bancarios están destinados a quienes tiene sus impuestos al día y sus finanzas es un estado saludable, razón por la cual los productores endeudados o con juicios ante la AFIP, quedan al margen del sistema.

En este contexto, utilizar instrumentos alternativos de financiamiento que no requieran la intervención del sistema financiero tradicional permite alentar la producción agrícola de forma directa, se generan posibilidades para el ahorro de sectores que no estén directamente vinculados con el sector agrícola, se aumenta así, tanto la participación de diversos actores en actividades productivas como la existencia de opciones de crédito, a medida de su demandante. De esta

forma, la figura del “fideicomiso”, se presenta como diferencial sobre los actuales sistemas de crédito y asistencia gubernamental, en especial para productores medianos.

El empresario agrícola enfrenta dos situaciones distintas: por un lado la necesidad de recursos financieros externos para lograr un ritmo sostenido de crecimiento de su producción y por otro, la imposibilidad de acceso a financiamiento dado por las altas tasas de interés actuales.

Las nuevas reglas de juego en los mercados internacionales exigen una toma de conciencia por parte de las empresas agrarias respecto a que, la clave de la rentabilidad, ya no depende sólo de un buen rendimiento en términos de rendimiento por hectárea. Una completa comprensión del mercado; una correcta elección dentro de las alternativas disponibles en materia de comercialización de la producción, la utilización de nuevos modelos contractuales para financiar el capital necesario para hacer frente al giro del negocio y la modernización tecnológica, se convierten en herramientas básicas para lograr una evolución empresarial exitosa.

Vistos estos antecedentes, este trabajo partió de la afirmación de que “la figura del fideicomiso es una alternativa interesante de analizar, permite canalizar de forma viable los fondos de ahorro privados para satisfacer la demanda creciente de crédito de los productores agrícolas” y se propuso como *objetivos*: analizar la posibilidad de implementar esta alternativa de crédito no convencional (el fideicomiso) para la producción agrícola, demostrando las ventajas que presenta este sistema con respecto a otras formas de ahorro y financiación.

Cuando analizamos la posibilidad de invertir en un sector como el agropecuario, claramente debemos separar el análisis en dos fases. La primera, se encuentra relacionada a determinar si el proyecto que tenemos en mente es comercial, técnica y económicamente factible. La otra, posterior, el financiamiento.

Entonces, el primer análisis que realizamos es si el producto o servicio que brindaremos o produciríamos es comercializable. Hoy en día se piensa principalmente en mercados de exportación, y las inversiones en actividades no tradicionales como las agrícolas son un claro ejemplo. Una vez identificada la oportunidad comercial claramente nos preguntamos si técnica y productivamente es factible encarar dicha actividad. El siguiente paso consiste en estimar cuáles van a ser nuestros ingresos y egresos, y si los valores son acordes a nuestras preferencias, entonces seguimos adelante con el negocio. Se trata de la evaluación económico-financiera del proyecto.

Las tres etapas mencionadas, comercial, técnica y económico-financiera, son los pilares de cualquier proyecto o plan de negocios, y solo cuando estas etapas son superadas nos dedicamos a analizar la forma de financiarlo, no antes.

Hoy en día, existe disponibilidad de recursos prestables en los bancos pero existen requisitos que se transforman en restricciones de acceso al crédito, principalmente asociadas a

normativas impuestas por el BCRA (inspiradas en Basilea); incompatibilidades entre la oferta y las necesidades de la demanda de crédito; que se trate de una empresa nueva; el costo del crédito; los plazos incompatibles con los del proyecto; falta de garantías, etc.

Es por ello que, ya sea en países como Argentina como en la mayoría de los industrializados, luego de crisis semejantes a la nuestra, han tomado fuerza herramientas alternativas de financiamiento e inversión, un proceso que se ha denominado “Desintermediación Financiera”, es decir, una forma de canalizar recursos hacia actividades de la economía real, sin necesidad de utilizar el sistema bancario tradicional.

El fideicomiso es una de dichas herramientas alternativas, y puede ser utilizado tanto como mecanismo de financiamiento como de inversión.

Un negocio se puede estructurar bajo diversas figuras, pero el fideicomiso tiene características que lo distinguen del resto. El fideicomiso puede reglar el funcionamiento de un fondo específico y acotar los riesgos inherentes a él, pero lo que no puede hacer es abstraer el proyecto de la realidad del país. Es decir, los riesgos de una actividad en particular no son eliminados por la simple utilización de la figura del fideicomiso.

El fideicomiso es una figura jurídica que permite aislar bienes, flujos de fondos, negocios, derechos creditorios, etc. en un patrimonio independiente y separado con diferentes finalidades y que se perfecciona a través de un contrato, de ahí su gran flexibilidad.

Instrumentado bajo la finalidad agraria, tenemos que el fideicomiso sería aquel por el cual los fiduciantes (inversores iniciales) contratan con un fiduciario (administrador), quien será el encargado de administrar los bienes fideicomitados (insumos, maquinarias, fondos o tierras) en cumplimiento de la manda de explotación, debiendo repartir las utilidades a los beneficiarios, estableciéndose en el contrato en qué forma y porcentaje, y entregando, a quienes se instituyan fideicomisarios, los bienes de la propiedad fiduciaria una vez concluido el contrato.

La finalidad de un contrato de fideicomiso es la constitución de un patrimonio especial de afectación destinado concretamente a la consecución de un negocio determinado (como el cultivo de granos).

Este patrimonio, en consecuencia, será de titularidad del fiduciario, los bienes que lo integran responderán sólo por las obligaciones generadas en la ejecución del fideicomiso y estarán destinados al cumplimiento del encargo, en beneficio de quien o de quienes hayan sido designados.

Los bienes que lo componen se encontrarán dentro de una campana de cristal que los mantendrá incólumes frente a la acción de los acreedores de los fiduciantes, del fiduciario y de los acreedores del futuro o final destinatario de aquellos.

Entre los tipos de fideicomisos, la ley diferencia claramente el fideicomiso financiero del ordinario. El financiero tiene la capacidad de emitir títulos valores y su fiduciario debe ser una entidad financiera o persona jurídica autorizada por la Comisión Nacional de Valores. Los títulos valores que pueden emitir son: los títulos de deuda y los certificados de participación. El “ordinario o no financiero”, es un contrato que puede celebrarse entre particulares, sin necesidad de intervención o autorización de ningún tipo, como ya se ha visto anteriormente. Para nuestro caso proponemos la utilización del formato de fideicomiso ordinario, en donde el fiduciante es a la vez beneficiario.

Como veremos el fideicomiso posee numerosas ventajas con respecto a otras formas jurídicas, entre ellas las societarias como así también otros tipos de contratos como los pools de siembra, locación de obra rural, contrato de arrendamientos, etc.

Las ventajas como las analizaremos detalladamente a continuación, recaen principalmente en aspectos impositivos, como también en aspectos que tienen que ver con el riesgo asumido por las partes integrantes del fideicomiso, al aislar los activos involucrados (quiebras, concursos, etc), además de la flexibilidad que esta figura le otorga al negocio.

12.2. Los Riesgos en la Siembra

La mayoría de las inversiones se vieron gradualmente reducidas desde el año 2002 luego de la caída de la convertibilidad, por su menor oferta y la poca rentabilidad que otorgaban. Dado que la mayoría del comercio de granos y sus productos, se destinan a la exportación, ésta actividad mantiene sus ingresos prácticamente dolarizados, a diferencia de otros negocios dentro del sector agropecuario que apuestan más al mercado local. Es por ello que la inversión en la actividad agrícola permite estar al resguardo de la inflación y de la devaluación de la moneda, además genera una renta más que interesante para los inversores.

La agricultura es un negocio de alto riesgo pero de alta rentabilidad sobre el capital operativo. Esto implica que en este tipo de inversiones se puede perder dinero, pero al mismo tiempo aquellas otorgan una gran rentabilidad. Si se utilizan los medios y las herramientas adecuadas para cubrir estos riesgos y administrarlos eficientemente, es posible minimizarlos.

Los principales riesgos de la actividad agrícola son:

a) **Climáticos**: las variaciones del clima pueden afectar los cultivos. Se puede disminuir este riesgo diversificando la zona de siembra, utilizando diferentes épocas de siembra, contratando seguros, etc., algo que seguramente podrá lograrse si es manejado por personas capacitadas que posean los recursos suficientes.

b) La variación del precio: esta es una característica principal del mercado de granos (la volatilidad de los precios). La forma para disminuir los riesgos de mercado (caídas estacionales de los precios) es la profesionalización de la actividad, utilizando distintas herramientas de cobertura de precios como lo son las ventas anticipadas a precios predeterminados, las ventas en mercados del futuro asegurando un precio futuro, entre otros. Otra medida son los índices de variabilidad de los precios, con los que se pueden conocer los precios mínimos y máximos que se pueden alcanzar, y así tener una idea de cual puede ser nuestra rentabilidad mas baja. El fideicomiso brinda la posibilidad de mantener los productos de la cosecha hasta que el precio sea el adecuado y recién allí venderlos, esto debido a que al contar con los recursos necesarios no se necesitaría vender apresuradamente los productos. Cuando el mismo no cuente con los recursos necesarios, tendrá la posibilidad de obtener financiamiento más bajo ya sea de terceros o incorporando inversores.

Como se observa, si bien estos riesgos son muy importantes en la actividad, tomando los recaudos y utilizando las medidas necesarias podremos lograr que se convierta en una actividad sin riesgos elevados.

De este modo, la producción agrícola implica riesgos para quien la realiza, pero como cualquier actividad productiva convenientemente conducida, presenta expectativas de rentas muy alentadoras. La conjunción de capital, tecnología de avanzada, condiciones agro-ecológicas adecuadas de los predios utilizados y una administración eficiente, constituyen un conjunto de factores ofrecidos por un fideicomiso que permiten llegar a índices de rentabilidad de la inversión muy interesantes.

c) Riesgo con los Contratistas: Para la realización del negocio de siembra, -labores y cosecha- el fiduciario podrá celebrar contratos con terceros. Si bien queda plasmado, por lo general, en el acto constitutivo que el fiduciario exigirá que los contratistas cuenten con seguros adecuados y extremará la diligencia a fin de reducir las hipótesis de riesgo al mínimo, podrían existir supuestos no controlables por el fiduciario, tales como inexistencia de seguros al día, etc., que a pesar de la actuación diligente y prudente del mismo, generen alguna responsabilidad al fideicomiso en caso de ocurrir el siniestro.

12.3. Ventajas del Fideicomiso

Entre las *ventajas* que presenta esta figura respecto de otros mecanismos de organización y financiamiento, destacamos las siguientes:

12.3.1 **Ventajas impositivas**: Una de las ventajas más importantes y trascendentales por la cual es conveniente optar por la figura del fideicomiso para llevar adelante el negocio de la siembra, es sin lugar a dudas, la impositiva.

Los sujetos que deciden realizar una siembra tendrán que optar, entre otras opciones, por una sociedad (de persona o capital), por un pool de siembra o por un fideicomiso.

Los fideicomisos de siembras donde sus fiduciantes son a la vez beneficiarios (forma que recomendamos) tiene la particularidad frente al impuesto a las ganancias, que lo diferencia de una sociedad de capital (figura que asemejaría las ventajas jurídicas del fideicomiso) en que las ganancias del mismo se liquidan en las declaraciones juradas de cada fiduciante-beneficiario en la proporción convenida en el contrato y cada uno pagará el impuesto según la escala de alícuotas correspondientes, siendo esta progresiva (en caso de no ser el fiduciante-beneficiario una sociedad de capital). De esta forma el impuesto que corresponderá pagar es significativamente menor al que se debería pagar en una sociedad de capital, en la cual el impuesto surge de aplicar la alícuota del 35% sobre la ganancia de la sociedad.

Los fiduciantes-beneficiarios sumarán la proporción de ganancias provenientes del fideicomiso a las demás que pudiesen tener por otras actividades y liquidarán el impuesto en sus respectivas declaraciones juradas anuales, de acuerdo a la escala progresiva de alícuotas que establece la ley de ganancias. Pudiendo computar también las deducciones autorizadas, soportando de esta forma una carga menor que la que correspondería si fuesen miembros de una sociedad de capital, gozando de similar situación jurídica. Es importante aclarar que la aplicación de alícuotas progresivas corresponde cuando los fiduciantes-beneficiarios estén sujetas a estas. Por ejemplo, si estos últimos son sociedades de capital, si bien declaran las ganancias del fideicomiso en sus declaraciones juradas, le corresponde la tasa del 35%.

Para el caso de sociedades de hecho o pool de siembra, la situación impositiva es igual a la del fideicomiso de producción agrícola (se declara en la DDJJ de los participantes) pero no gozan de las ventajas jurídicas que un fideicomiso otorga.

A continuación y para mejor comprensión por parte del lector, analizaremos con un ejemplo la incidencia en impuestos a las ganancias para los integrantes de un fideicomiso de producción agrícola y para el mismo caso si se optarse por una sociedad anónima.

- En una Sociedad Anónima

Supongamos que cuatro sujetos, personas físicas, constituyen una sociedad anónima para realizar una siembra y luego la venta de los productos. La ganancia del ejercicio (sujeta a

impuesto) luego de deducciones es de \$1.000.000, teniendo cada participante la misma participación (25%). La sociedad liquidaría el impuesto de la siguiente manera:

Ganancia Año 2006	\$1.000.000
Alícuota 35%	<u>\$ 350.000</u>
A distribuir	\$ 650.000

Cada integrante de la sociedad recibirá \$162.500, o sea que soporto un impuesto de **\$87.500** ($350.000 / 4$).

- En un fideicomiso de producción agrícola

Si los mismos sujetos constituyen un fideicomiso y son fiduciantes-beneficiarios del mismo en igual proporción, suponiendo la misma ganancia para el ejercicio, vale decir \$1.000.000, y que cada fiduciante no tiene otra ganancia. El impuesto se liquidaría de la siguiente manera:

El fiduciario del fideicomiso distribuirá \$1.000.000 entre los cuatros fiduciantes-beneficiarios al finalizar el ejercicio, es decir \$250.000 a cada uno.

Los beneficiarios incluirán la ganancia en sus respectivas declaraciones juradas como ganancia de tercera categoría y calcularan el impuesto de la siguiente manera:

Ganancia de 3era categoría \$250.000

Las deducciones del art. 23 se reducen totalmente (por tener ganancia superior a \$221.000)

El impuesto a ingresar para el año 2006 surge de aplicar la alícuota correspondiente según la tabla del art. 90 de ganancias. Para el caso de \$250.000 el impuesto es de \$28.500 + el 35% (por entrar en el último tramo) del excedente de $\$120.000 = 250.000 - 120.000 = 130.000 \times 35\% = 45.500$.

El impuesto a ingresar por cada integrante es de $\$28.500 + \$45.500 = \mathbf{\$74.000}$

Cada integrante pagaría \$13.500 menos de impuesto a las ganancias ($\$87.500 - \74.000) al constituir un fideicomiso agrícola con respecto a una sociedad anónima. Se esta pagando una tasa del 29.6% contra el 35% de una sociedad anónima.

En el supuesto dado, donde los beneficiarios se encuentren en el último tramo de la escala de la alícuota, la diferencia en la incidencia del impuesto es importante pero se incrementará a menor ganancia para cada uno (por la progresividad de las alícuotas), ya que se encuadrarían en una menor escala.

Para comprender mejor esto ultimo, analizaremos el mismo ejemplo pero con diez integrantes, en vez de los cuatro anteriores.

La sociedad anónima calculara:

Ganancia Año 2006	\$ 1.000.000
Alícuota del 35%	<u>\$ 350.000</u>
A distribuir	\$ 650.000

Cada integrante recibe \$ 65.000 y soporta un impuesto de \$35.000

Para el caso del fideicomiso de producción agrícola

Cada integrante recibe \$ 100.000

Deduce de ganancia no imponible \$2.010 (\$4.020 se reducen a la mitad por el art. 23 agregado de ganancias) y queda una ganancia sujeta a impuesto de \$97.990

El impuesto es de \$ 19.200 + 31% del excedente de \$90.000 ($\$7.990 \times 31\% = \$ 2.476,90$) = **\$ 21.676,90**

El impuesto soportado es del 21.67% contra el 35% que corresponden para el caso de una sociedad anónima.

Para los demás impuestos no hay diferencias significativas cualquiera sea la forma elegida para realizar la actividad.

12.3.2 Ventajas con respecto a las formas de encuadrar el negocio

a) Con respecto a los pools de siembra u otros contratos rurales como las aparcerías, locación de obra agrícola, contratos accidentales de cosecha, etc.

Las ventajas que el fideicomiso tiene con respecto a los pool de siembra u otros contratos rurales, se basan principalmente en la seguridad jurídica que la separación patrimonial le otorga al negocio instrumentado bajo la forma que proponemos. Esta separación patrimonial no se consigue ni en la figura del pool de siembra ni en los contratos rurales como los nombrados anteriormente, que si bien son de fácil y económica constitución, se corre el riesgo, si se instrumenta el negocio bajo alguna de estas formas, que una posible falencia en alguno de los participantes pueda afectar los bienes aportados para la siembra y de la misma manera un mal negocio del grupo, puedo afectar el patrimonio individual de las partes, cosas que no ocurren con el fideicomiso.

En estos tipos de negocios la situación frente al impuesto a las ganancias es similar a la del fideicomiso donde los fiduciarios son a la vez beneficiarios, es decir, se ingresa el impuesto en cabeza de cada integrante según su participación en el fideicomiso y teniendo en cuenta las

escalas para determinar la alícuota. Lo que es una considerable ventaja impositiva pero como ya lo expresamos, no gozan de la importante separación patrimonial que se obtendría con el fideicomiso.

b) Sociedad de hecho

Las sociedades de hecho son una de las formas más elegidas por los inversores para incurrir en la siembra.

Si bien los efectos fiscales en las sociedades de hecho son similares a las de un fideicomiso donde los fiduciantes son beneficiarios, este último tiene la ventaja, al igual que con respecto a los contratos rurales, de otorgarle una mayor seguridad jurídica a los inversores, debido a la ya mencionada separación patrimonial. Además hay mayor control de las operaciones agrícolas, mayor transparencia en las operaciones y una óptima distribución de funciones, cosas que difícilmente ocurran en una sociedad de hecho.

En las sociedades de hecho los socios responden en forma ilimitada y solidaria, es decir con todo su patrimonio, por las operaciones de la sociedad, cosa que no acontece en el fideicomiso.

Otra ventaja en la utilización del fideicomiso frente a esta forma de organización (sociedad de hecho), es que en el fideicomiso, es más flexible la sustitución de algún inversor, algo que no ocurre en la sociedad de hecho donde en caso de retiro de algún socio, se disuelve la sociedad, salvo que los demás socios regularicen la misma en un plazo determinado, peligrando de esta manera la existencia del negocio.

En las sociedades de hecho cualquiera de los socios puede solicitar la disolución de la misma en cualquier momento, la que procederá si, al igual que en el retiro de socio alguno, los demás no regularizan la sociedad en plazo determinado. Esto es un flanco muy débil que no ocurre con la utilización del fideicomiso.

c) Sociedades de capital

Estas sociedades tienen la misma seguridad jurídica para los inversores que el fideicomiso, pero este último es menos costoso, más flexible y adaptable a la actividad de la siembra.

El fideicomiso tiene menos costos de constitución ya que se constituye con un simple contrato, no hay asambleas, directorio, etc. Y lo más importante por la incidencia que tiene, son los menores costos impositivos principalmente en impuestos a las ganancias por la particularidad de liquidarse en cabeza de cada fiduciante-beneficiario según las escalas para establecer la alícuota, frente a la elevada tasa del 35% que deben soportar estas sociedades como ya lo analizamos en el punto anterior.

12.3.3. Acelera los plazos de ejecución en caso de insuficiencia patrimonial

En el caso de que los bienes fideicomitidos no sean suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas por el fideicomiso agrícola en el desarrollo de la actividad, no se procederá a la declaración de la quiebra como ocurre en otras figuras, sino que se procederá a la liquidación de dichos bienes, proceso que llevara a cabo el fiduciario.

Los productores agropecuarios o las sociedades dedicadas a la siembra que encuentren a su patrimonio impotente para hacer frente a las obligaciones exigibles, con las características de permanencia y generalidad de tal impotencia, serán pasible de la declaración de su quiebra o concurso preventivo como procedimiento para liquidar su patrimonio y pagar a los acreedores en el primero de los casos o para reorganizar la actividad en el caso del concurso preventivo. Ambos procedimientos son largos y costosos.

En cambio en la figura del fideicomiso, no hay posibilidad de quiebra ni concurso preventivo. En el caso de que el patrimonio fideicomitado sea insuficiente para cubrir las obligaciones, el fiduciario procederá a la liquidación del mismo y pagará a los acreedores del fideicomiso según el orden de privilegios previsto para la quiebra, acelerando de esta manera, el proceso para el pago de las obligaciones. No requiere de un estado de cesación de pagos como en la quiebra, bastando solo con una simple insolvencia. Este estado del fideicomiso no afecta al patrimonio individual de los fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios, sino que las obligaciones serán cubiertas con el producido de los bienes fideicomitados.

Esta forma no judicial de liquidación es más rápida y económica que la quiebra, por lo que consideramos una ventaja a tener en cuenta.

4. Aísla los activos involucrados en un patrimonio independiente (embargos, concursos o quiebras no lo afectan, excepto acreedores del fideicomiso).

La separación patrimonial, es una de las ventajas principales del fideicomiso, muy considerado por consiguiente, a la hora de adoptar la forma que se le va a dar al negocio.

El hecho de que los bienes fideicomitados constituyan un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario, por lo que se denomina patrimonio autónomo, sumando a que los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiario no pueden ejercer acciones, ya sea individuales o colectivas, sobre dicho patrimonio, la figura del fideicomiso brinda una seguridad jurídica muy valorada al negocio.

De esta manera se salvaguarda el patrimonio individual de los fiduciantes, fiduciario y beneficiario ante un eventual y mal funcionamiento del negocio. Es decir, que estamos ante una responsabilidad limitada a los bienes fideicomitados.

Asimismo la quiebra del fiduciante, fiduciario o beneficiario no significa la quiebra del fideicomiso, debido a que los acreedores de estos no pueden ejercer sus derechos contra los bienes fideicomitados.

Esta seguridad jurídica se convierte, sin dudas, en un mecanismo que impulsa la constitución de un fideicomiso para incurrir en el negocio de la siembra. Dicha seguridad jurídica no se obtiene de otras figuras contractuales como los pool de siembra, aparcerías rurales, contratos accidentales de cosecha, sociedades de persona, etc.

Solamente con la constitución de una sociedad de capital los fiduciantes inversores gozarían de tal característica, pero si se tiene en cuenta el costo y la complejidad que requiere constituir y llevar adelante este tipo de sociedades, con la economía, simpleza y rapidez con que se constituye y se maneja un fideicomiso agrícola, no cabe duda que es mas conveniente optar por esta última figura.

La separación patrimonial además de ser una ventaja por si misma, es generadora de muchos otros beneficios como son la reducción del riesgo, el incremento de inversiones en el negocio, etc.

Debido a esta característica trascendental del fideicomiso, los inversores podrán a través de un simple contrato aportar bienes para llevar adelante la siembra con la seguridad de que dichos bienes estén al resguardo de cualquier contingencia ajena al negocio, como podría ser el reclamo de un acreedor de cualquier inversor, y así tener la certeza de que estos bienes van a ser utilizados en el negocio establecido en el contrato.

De esta manera, de una forma simple y poco costosa como es un contrato, los fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios gozaran de las ventajas jurídicas que, de otra forma, solo tendrían, constituyendo una sociedad de capital (Sociedad anónima o Sociedad de responsabilidad limitada).

5. Importante reducción de riesgos asociados a malas administraciones

El fideicomiso es una figura que minimiza el riesgo del negocio de la siembra gracias a su característica, quizás más importante, como lo es la separación patrimonial.

De esta forma, según hemos visto, con los bienes fideicomitados se constituye un patrimonio independiente del de los fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios. La quiebra o concursos de alguno de estos sujetos no acarrea la del fideicomiso y los acreedores de aquellos no podrán ejercer derecho alguno sobre los bienes en fideicomiso.

Se puede decir que el riesgo de las partes no afecta el emprendimiento y de esta manera el riesgo del negocio disminuye notablemente. La reducción del riesgo se traduce en una mejor calidad crediticia para el fideicomiso al disminuir el costo de endeudamiento, cuestión no menor para la envergadura de un negocio en donde generalmente se manejan importantes sumas de dinero.

Este bajo costo de endeudamiento no existiría si los inversores decidiesen utilizar otra figura en la siembra como los pool de siembra o sociedades de personas, en donde el riesgo es alto debido a que no existe separación patrimonial.

6. Flexibilidad

La figura del fideicomiso por su flexibilidad es adaptable de forma muy precisa al objetivo buscado, y de esta manera es muy importante para considerar su aplicación a la actividad de siembra.

El fideicomiso tiene la particularidad de poder ser adaptado a las necesidades de los inversores en el negocio de la siembra, particularidad esta, que no todas las figuras otorgan. Es así que dentro del fideicomiso agrícola existen un sin número de posibilidades y alternativas de participación de los distintos fiduciantes, así como también de formas de llevar a cabo el negocio.

Prácticamente el contrato acepta cualquiera de las cláusulas que las partes dispongan, siempre que no se encuentren prohibidas por la ley o lo sean con fines ilegales.

Podrán intervenir en el fideicomiso agrícola, fiduciantes que aporten dinero, con los que aporten insumos o mano de obra, los que aporten terrenos y hasta derechos sobre mercados extranjeros, entre tantos otros.

Se podrá convenir en el contrato, según los bienes que dispongan los fiduciantes, la alternativa más conveniente para cada negocio emprendido, asimismo se podrá establecer las formas que el fiduciario deberá respetar, para llevar a cabo la actividad.

Esta flexibilidad diferencia al fideicomiso frente a figuras societarias, las que son rígidas y poco flexibles, siendo esto un atenuante más a tener en cuenta al decidir la estructura a utilizar en el negocio.

Debemos resaltar, por su importancia, la flexibilidad del fideicomiso para convenir formas de sustitución e incorporación de fiduciantes, siendo muy importante en la siembra debido a que frente al retiro de alguno de estos sujetos, no peligraría la existencia del negocio como ocurre por ejemplo en una sociedad de hecho. Lo mismo transcurre ante una eventual falta de recursos que podría solucionarse con la incorporación de nuevos fiduciantes.

Entre otras de las ventajas que brinda esta figura podemos señalar también las siguientes:

- Esta claramente detallado donde se invierten los fondos.
- Existe un mandato predefinido.
- Los tomadores de financiamiento ni se enteran que se trata de un fideicomiso.
- Asegura que pase lo que pase, se logrará el fin buscado.
- Es adaptable al negocio específico que se pretende realizar.
- Brinda transparencia en el manejo de fondos.
- Fortalece acuerdos societarios.
- Conformar una excelente alternativa de crédito.
- Rentabilidades superiores a los mercados financieros, en compensación al riesgo asumido.

12.4. Desventajas que presenta el fideicomiso

Para poder comprender y definir la conveniencia o no de un instituto jurídico aplicable a los negocios como el que tratamos, es necesario también conocer sus desventajas o lados débiles:

12.4.1. Insuficiente, desordenada y opaca legislación impositiva

Como sabemos las cuestiones impositivas determinan importantes ventajas en la utilización de este instituto, especialmente en el impuesto a las ganancias, potenciando su utilización en el agro, pero la legislación impositiva vigente, en este tema no es clara ni suficiente y esta muy desordenada. Su diseminación en leyes, decretos reglamentarios, códigos y dictámenes, entorpece el correcto funcionamiento y aplicación de los impuestos, encontrándonos en la actualidad con contradicciones por parte del fisco a la hora de interpretar cuestiones controvertidas (como por ejemplo las relativas a la onerosidad o no de la transferencia fiduciaria).

En consecuencia, numerosas cuestiones de polémica, sujetas a diferentes interpretaciones, podrían sufrir en lo futuro cambios sustanciales que produzcan importantes efectos para los usuarios. De esta manera, determinadas cuestiones que hoy lucen como ventajosas podrían apagarse y perjudicar la utilización del fideicomiso agrícola.

12.4.2. Ausencia de una regulación legal clara

De manera similar a lo que existe en el ámbito impositivo, hay cuestiones poco claras y oscuras en lo que respecta a la regulación jurídica del fideicomiso, lo que genera dificultad en su utilización. La ley 24.441 es insuficiente en regular determinadas cuestiones controvertidas, a modo de ejemplo se han presentado distintas opiniones a cerca de si el fiduciario puede revestir la

calidad de beneficiario. En la mayoría de los casos estas cuestiones se resuelven mediante interpretaciones que hacen los usuarios del mismo, lo que pone en duda la utilización de tan importante herramienta jurídica.

Sería de vital importancia la creación de un ordenamiento más completo, que regulase de manera más precisa cuestiones poco claras, a fin de resolver los conflictos que se presentan a la hora de aplicar el fideicomiso.

12.5. Estructura de funcionamiento en la práctica _

El fideicomiso agrario surgió como una solución valedera, ya que vino a subsanar la falta de crédito desde la pasificación, situación que aun persiste en gran medida. Tuvo su principal expansión con los denominados “pool de siembra”, consorcios estos que por su funcionamiento y por los ciclos productivos encajan muy bien en el sistema. En varios de estos emprendimientos se integraron propietarios de campos e inclusive inquilinos, capitalizando el valor de la tierra u otros bienes.

En la práctica habitual de este tipo de vehículos financieros, los fiduciantes (inversores) acuerdan con el fiduciario (administrador del fondo), quien es el responsable de administrar los aportes que efectúen los primeros, la realización del negocio fiduciario (fideicomiso agrícola). La participación se realiza con distintos objetos; agroquímicos, semillas, fertilizantes, laboreo, tierra, maquinaria, etc., (los que reciben el nombre de “bienes fideicomitados”). El fiduciario debe cumplir con las instrucciones emanadas de los fiduciantes “manda fiduciaria”, atinente a la explotación de los fundos, correspondiendo distribuir las utilidades a los individuos consignados en el contrato (beneficiarios), conforme los porcentajes y modalidades establecidos en el mismo, además tiene que entregar a los “fideicomisarios” los bienes de la propiedad fiduciaria, una vez finalizado el contrato. Teniendo en cuenta el funcionamiento mencionado, la designación del fiduciario debe recaer en una persona idónea que concite la confianza de todos los actores intervinientes.

Para estructurar un fideicomiso debe necesariamente haber dos condiciones: reputación de quien lo organiza y un proyecto económicamente sólido.

¿Para que sirve la figura del fideicomiso en estos tipos de negocios?

La función principal de un fideicomiso es aislar un patrimonio, tal como lo hemos expuesto a lo largo de esta obra, de manera tal que el mismo se convierta en una *"caja fuerte"*

jurídica", que lo proteja de posibles acciones legales (embargos, etc.) que se efectivicen contra el fiduciante (inversor) o el fiduciario (administrador)". Ofrece una mayor garantía para los inversores y mayor transparencia de los gastos (solo los autorizados expresamente en el contrato). Permite hacer un adecuado planeamiento impositivo.

El fideicomiso permite la acumulación de esfuerzos que posibilitan el financiamiento de proyectos, que exceden la posibilidad individual de los inversores.

Actualmente hay gran cantidad de ejemplos que abarcan actividades tales como la inmobiliaria, agrícola, ganadera, de garantía, de exportación, etc.

12.6. El financiamiento en la producción agrícola

A causa de la situación económica existente en la Argentina se necesitan nuevas y eficientes herramientas de financiamiento principalmente para el sector agrario que tiene la posibilidad de poder aprovechar el camino de las exportaciones. El fideicomiso de producción agrícola ofrece entre otras, una propuesta de crédito para el sector agrario más accesible y de menor costo que el bancario y adaptable a las características de la producción. Se presenta como un medio para acceder a recursos provistos por inversionistas privados y otros sectores que actúan en el mercado de capitales. A través del fideicomiso se vincula a los productores con los inversionistas (pueden ser ajenos a la actividad) creando un negocio que tenga como objetivo la producción agrícola y la retribución proporcional al capital invertido.

En los tiempos que corren resulta prácticamente inviable la posibilidad de financiamiento a través de entidades bancarias por los altos costos que implican debido a la falta de confianza de los ahorristas, son escasos los fondos que se colocan en estas entidades, resultando así de costos muy altos.

De esta manera la oferta de crédito actual es a corto plazo causando inconvenientes para el pequeño y mediano productor, al tener que vender rápidamente los productos para cancelar los créditos y así desaprovechar oportunidades comerciales.

Las opciones de préstamos bancarios actuales, están sujetas a elevadas tasas de interés más gastos, impuestos, comisiones, retenciones, etc. Además están dirigidas principalmente a empresas que tienen una saludable situación financiera, excluyendo la gran parte de los pequeños y medianos productores.

Por todo lo expuesto anteriormente, la utilización de herramientas alternativas de financiación en las que no participen los sistemas tradicionales, alienta la producción agrícola.

Los fideicomisos de producción agrícola, por la rentabilidad que pueden dar y por la seguridad jurídica que tienen los inversores, atraen y captan inversiones de ahorristas ajenos a la actividad y de esta manera reemplazan a la intermediación que lleva a cabo un banco entre el ahorrista y el demandante de créditos.

Para el sector agrario, la rentabilidad no solo depende de un alto rendimiento de la producción sino de los manejos de mercados, bajos costos de financiación, tecnología moderna, etc. Todas estas características pueden ser brindadas por los fideicomisos en donde participen personas idóneas como inversores, productores, proveedores de insumos, acopiadores, ingenieros agrónomos y demás personas especializadas.

Un ejemplo de un tipo de fideicomiso podría ser el constituido por un grupo de inversores que transmitan bienes o capital a un administrador con el objeto de que dentro un plazo determinado, siembre, cultive, venda, y con el producido de la misma paguen los intereses de los inversores, los honorarios de los administradores fiduciarios y el remanente se le transfiera a los beneficiarios del proyecto.

Este es un caso de fideicomiso agrícola no financiero, que no es el único (fideicomisos financieros) pero que se ha transformado en una excelente alternativa para que los productores adquieran bienes de capital, capital de trabajo, nuevas tierras y puedan financiar las exportaciones. Permite obtener recursos que de otra manera difícilmente se podrían adquirir con la actual situación financiera del país. Por estas razones se presenta como una gran herramienta de financiamiento para pequeñas y medianas empresas.

12.7. **Sujetos del fideicomiso de producción agrícola**

Los sujetos de un fideicomiso agrícola pueden ser diversos actores. Cualquier persona de ser física o jurídica que tenga los medios y desee aplicarlos a la siembra, puede ingresar en este tipo de contratos y queda sujeto a la ley 24.441. A través de esta figura se acerca a la actividad de siembra aquellas personas que posean recursos ya sea en dinero u otros y de esta forma integrar un grupo sin llegar a tener que formar una sociedad. A continuación mencionaremos algunos de los posibles integrantes:

- Fiduciante -

Es la persona física o jurídica que trasmite (aporta los bienes al fideicomiso). Los fiduciantes mediante un contrato forman un fideicomiso donde designan uno o más fiduciarios. En este tipo de fideicomiso, generalmente, el fiduciante es el productor agropecuario quien es la persona que cede sus recursos ya sea tierras, semillas, maquinarias, etc. en propiedad fiduciaria al fiduciario. Además podrían convertirse en fiduciantes cualquier persona que posea recursos y

decida aplicarlos a la siembra, como pueden ser personas que aporten dinero, agroquímicos, mano de obra, combustibles, insumos, o cualquier otro recurso necesarios para llevar a cabo la actividad, así mismo los bancos que aporten financiamiento. Este tipo de fideicomisos se convierte en una alternativa para aquellos productores que posean escasos recursos o no cumplan los requisitos para obtener un crédito bancario. Éstos con la participación de los demás integrantes, obtendrían los recursos necesarios a un costo mas bajo.

- Fiduciario

Son las personas físicas o jurídicas a las que se les adjudica la propiedad fiduciaria. El dominio que tienen sobre los bienes que reciben no es pleno sino limitado. Gozan de todos los derechos del dominio pleno pero con la diferencia que no es perpetuo ni absoluto. Deben administrar los bienes conforme lo establecido en el contrato de fideicomiso rindiendo cuenta de su actuación a cambio de una retribución pactada y observando todos los derechos y obligaciones que se establezcan en la convención, como así también los que surjan de la ley y del código civil.

Generalmente en el fideicomiso de producción agrícola se nombra como fiduciario al acopiador, a los administradores de campos, ingenieros agrónomos o cooperativas que se encargan de vender los granos, descontar los gastos que se generaron y distribuir el remanente.

Una modalidad muy en uso en estos tiempos es que se nombre como fiduciario de un fideicomiso agrícola a un banco, pero esto ocurre en los fideicomisos financieros.

Cualquiera sea el fiduciario deberá cumplir con la tarea encomendada en el contrato y actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios de la misma manera que se le exige a los administradores de sociedades.

- Beneficiarios

Son las personas a favor de la cuales se constituye el fideicomiso, estas van a recibir los frutos que se distribuyen. Deben estar individualizadas en el contrato o deberán constar en el mismo los datos que permitan su individualización futura.

Son acreedores especiales del fideicomiso que podrán hacer efectivas sus acreencias sobre los bienes fideicomitados o los frutos que produzcan estos.

Recomendamos en este tipo de fideicomisos (agrícolas) que los beneficiarios sean aquellas personas que aportaron algún tipo de bienes al fideicomiso, o sea los fiduciantes, ello por las ventajas impositivas que trae aparejado.

- Fideicomisario

Son los destinatarios finales de los bienes dados en fideicomiso, estos reciben tales bienes al cumplirse el plazo o la condición a que estaba sujeto el mismo. Toman relevancia cuando el contrato dispone que todo o parte de los bienes deban ser transferidos a personas que no son ni el fiduciante ni el beneficiario.

12.8. **Forma de constitución- Registros**

La constitución de un fideicomiso agrícola no escapa de lo dispuesto respecto de todo tipo de fideicomiso. Recordemos una vez mas que la ley no establece una forma de contratación determinada (algunos tipos de fideicomisos pueden constituirse por testamento) pero dispone en el art. 12 de la 24.441, que el domino fiduciario tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles según la naturaleza de los bienes que quedan sujetos a tal dominio.

Asimismo la ley dispone que cuando intervengan bienes registrables, son los registros correspondientes los que tienen que tomar razón de la transferencia fiduciaria. Este ultimo sistema de registro es importante para aclarar cuales son los derechos y obligaciones de las partes, como así también para proteger los intereses de los herederos forzosos de los fiduciantes.

De esta forma al ingresar un inmueble, debe inscribirse en el Registro Nacional de la Propiedad del Inmueble y un rodado en el Registro del Automotor a nombre del fiduciario. Los fideicomisos agrícolas, debido a que generalmente los bienes que se le transmiten son inmuebles o rodados que necesitan inscripción, se constituirán mediante escritura pública y luego se inscribirán los bienes en los registros correspondientes para así tener efecto frente a terceros.

Cuando lo que se transmite al fondo fiduciario son bienes no registrables, no hay una forma establecida, pero por su importancia económica proponemos que sea escrito aun en un simple instrumento privado.

En ninguno de los casos es necesario cumplir con las formalidades exigibles para la constitución de una sociedad como por ejemplo la inscripción en el registro publico de comercio o en la inspección de personas jurídicas.

Tengamos en claro que no nace de este contrato de fideicomiso una persona jurídica como es el caso de una sociedad.

En este tipo de fideicomiso la constitución comienza por un contrato, en donde los participantes dejan en claro cual es el objeto del fideicomiso y redactan las cláusulas que en definitiva van a establecer los derechos y obligaciones de las partes.

El contrato de fideicomiso agrícola debe respetar los requisitos legales que establece la ley 24.441 en su art. 4:

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 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.

Además de estos requisitos, las partes pueden disponer otras cláusulas siempre que no estén prohibidas por la ley o sean contrarias a los usos y buenas costumbres. Existen prohibiciones a dispensar la rendición de cuentas del fiduciario, la culpa o el dolo, como así también la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados por parte del fiduciario.

Hay que tener en cuenta que el contrato es un medio muy importante a la hora de determinar los derechos y obligaciones del fiduciario en el caso de imputarle responsabilidad por ciertos actos, por lo que se recomienda que se confeccione de manera tal de que se deje en claro cual es la finalidad del fideicomiso y la actuación que debe tener el fiduciario.

12.9. **El Fideicomiso Agrícola y los Fondos de Inversión Directa**

El Fideicomiso, tal lo dicho, es un contrato incorporado a nuestra legislación positiva por en el Título I de la Ley 24.441. Sintéticamente, a través del mismo, una persona *transmite la propiedad que tiene* sobre ciertos bienes (cosas, dineros, créditos, etc.) a otra *para que ésta los destine a una finalidad determinada*, para el caso particular la producción de granos. El fideicomiso es una herramienta para cumplir un fin y no es un fin en sí mismo. Se trata de un vehículo especialmente apropiado para dar seguridad a un negocio jurídico determinado, siendo éste el motivo por el cual no hay un “fideicomiso tipo”, sino tantos fideicomisos y situaciones jurídicas que atender, como negocios puedan ocurrírsele a un emprendedor. Aún dos fideicomisos

dedicados a un mismo fin, probablemente se diferenciarán entre sí, dadas las particulares condiciones de quienes intervengan. Por ello es que, cada fideicomiso, constituye un verdadero “traje a medida” para cada proyecto que se encare.

Los Fondos de Inversión Directa (FID), por su parte, no son otra cosa que la consecuencia necesaria de un contrato de fideicomiso, celebrado con el objeto de realizar una actividad productiva determinada. Desde la función económica que están llamados a cumplir, pueden definirse como vehículos destinados a captar, concentrar y organizar recursos físicos, humanos, tecnológicos y dinerarios, provenientes (i) tanto de un grupo determinado y cerrado de ahorristas o participantes que han acordado constituirlos, como, (ii) en términos más amplios, como consecuencia de la oferta al público que se haga del proyecto productivo subyacente, en el mercado de capitales y también en el mercado de bienes y servicios en general. Los FID pueden ser utilizados para la organización de todo tipo de actividades, más allá de requerir ser aplicados a un “buen negocio” y contar con el respaldo de la dirección y el control de personas o entidades profesionales reconocidas que, en conjunto y como organización ad-hoc, ofrezcan la seguridad de la gestión de “un buen y diligente hombre de negocios”.

La crisis ya mencionada y en especial la situación que afecta al sistema financiero del país, requieren de alta capacidad de innovación para el desarrollo de proyectos productivos. Pensadores, como Paul Samuelson, entienden que el crecimiento económico debe necesariamente sustentarse, entre otras cosas, en alentar el desarrollo de la capacidad de innovación, la educación empresarial y la destreza gerencial. Asimismo, Joseph Stiglitz y Stéfano Zamagni, recomiendan a los argentinos volcar sus esfuerzos a revitalizar la economía real, en búsqueda de una mayor actividad económica, innovación, productividad y competitividad, apartándose de su clásica obsesión por lo meramente financiero.

Un claro ejemplo de ello lo constituye la creciente utilización del contrato de fideicomiso y de los Fondos de Inversión Directa, como instrumentos válidos para que, aguzando el ingenio, se puedan seducir al menos a los dineros atesorados por los propios argentinos. Esos instrumentos son excelentes exponentes de esa innovación creadora, y de particular interés para quienes en algún momento, han concebido en su imaginación empresas o negocios o han pensado en alcanzar objetivos concretos y que, sabiendo como hacerlos, no cuentan con todos los recursos necesarios para esos fines.

A diferencia de las sociedades comerciales, donde resulta imposible aislar un proyecto singular del resto de las actividades societarias, el fideicomiso permite garantizar ese aspecto a quienes se viesen motivados a invertir sus ahorros, por un lapso y riesgo acotado y previsible, en un proyecto de inversión singular. Es que figuras como los patrimonios de afectación o la propiedad fiduciaria, que ha adoptado nuestro país con la ley 24.441, a semejanza del "trust"

anglosajón, constituyen la única forma que la técnica jurídica ha puesto a disposición para independizar a los proyectos de inversión a que sirven, de los avatares y riesgos inherentes a las empresas que los desarrollen o administren. Para decirlo en términos simples, si el inversor invierte en la empresa "A" en función del proyecto "B", entonces la receptora de la inversión es la empresa más que el proyecto y el inversor queda así comprometido con el pasado, la totalidad de los pasivos y las demás actividades de la empresa, ajenas al proyecto. Salvo que se utilicen los instrumentos mencionados, no existen formas de invertir de modo que la inversión dependa exclusivamente de las bondades intrínsecas del proyecto y no de la suerte de la empresa ejecutora del mismo.

Desde el “nacimiento” del instrumento en nuestro país, los casos habidos de constitución de Fondos de Inversión Directa (es decir de organización de emprendimientos productivos con causa en un contrato de fideicomiso) han sido variados. Los más difundidos fueron los relativos (i) a desarrollos inmobiliarios y (ii) a la actividad agrícola para la producción de cereales en campos de terceros, arrendados al efecto.

Dentro de estos últimos, los más importantes por su giro se han estructurado con causa en fideicomisos que se denominan “de dinero”, porque se constituyen mediante el aporte dinerario que realizan los inversores. Los recursos obtenidos son aplicados por el fiduciario exclusivamente en el arriendo de campos y en el desarrollo de la actividad agrícola prevista en el Plan de Inversión, Producción y Estratégico (PIPE). Por su parte, la fuente para la devolución de los fondos captados, y de la renta esperada, es la producción lograda y su venta. En esos casos, los roles están perfectamente identificados y separados. Los inversores provienen del mercado de capitales, existe un tercero designado en carácter de fiduciario (el encargado de llevar adelante el negocio), un operador profesional (en general un estudio de profesionales agrónomos con experiencia suficiente) y una organización de control.

Sin perjuicio de ese tipo de estructura, la flexibilidad del instrumento permite también concretar, a través de un sistema diferente - más simple y “diseñado a medida”, para cada caso, la idea de asociatividad entre determinados productores, sobre cuyas bondades existe coincidencia en el sector agropecuario, en orden a generar economías de escala y con ello ganar en productividad y competitividad. Esto, ya sea desde el punto de vista del mejor aprovechamiento en conjunto de los diferentes recursos que pueda aportar cada uno, como de la posibilidad de aplicación de tecnologías y de la atomización de ese riesgo. Con ello es posible la obtención de una mayor fortaleza para la compra de insumos, la contratación de servicios y la venta de la producción misma.

Asimismo, las formas más adecuadas para disminuir el riesgo climático y darle al negocio mayor estabilidad consisten en la distribución de la actividad en diferentes zonas y dentro

de éstas en distintos campos y varios cultivos, si fuera posible con ciclos diferentes y la contratación de un seguro multiriesgo. A su vez, si bien los precios de venta dependen de diversos factores como la oferta y demanda mundiales, la situación del mercado local, el volumen de la cosecha, el almacenamiento de la producción en condiciones de mínimo riesgo comercial y su venta en el momento de menor oferta estacional, permite una mayor defensa frente a aquellos factores.

Todo ello requiere que el negocio tenga una escala adecuada. El contrato de fideicomiso agrícola y los fondos de inversión directa, que se estructuran con causa en el mismo, permiten salir de la idea genérica o de la abstracción sobre las bondades de la asociación de productores y avanzar hacia una forma concreta y específica para organizarla.

En la línea descripta (aunque no solamente para las actividades particularmente indicadas), los Fondos de Inversión Directa estructurados bajo el contrato de fideicomiso, frente a las tradicionales formas de canalización de capitales hacia fines determinados, como la sociedad anónima, las cooperativas, los pools y otras maneras posibles de uniones o alianzas de productores, aparecen como la estrategia y el instrumento más adecuado a tales fines, por la transparencia y seguridad que ofrecen.

13. Inversión en el Agro

Cada vez más los pequeños inversores (ahorristas) participan en la producción a través de instrumentos financieros. En la mayoría de los casos se trata de pequeños inversores que ven en el agro una opción de poner a trabajar sus ahorros, dinamizar la economía, y percibir una ganancia. Para tomar esta decisión tienen a disposición varios formatos: desde el pool de siembra, la alternativa de los fondos de inversión (bajo la figura de los fideicomisos ordinarios), hasta los fideicomisos financieros agrícolas con oferta pública.

13.1 Alternativa

Si bien su génesis se remonta a varias décadas atrás, los modelos de inversión en el sector agropecuario comenzaron a tomar forma a mediados de los años '90. La primera opción estuvo dada por el pool de siembra. Traducida al castellano, la palabra pool significa "polla" o "colecta" que, en este caso, se realiza para una inversión común: producir granos.

En otras palabras, se lleva adelante la siembra y cosecha de cultivos agrícolas, involucrando todos los factores productivos provistos por las partes, y una vez logrado el objetivo perseguido, el resultante de lo producido es distribuido entre aquellas, según la proporción de aportes de recursos necesarios para la producción, ya sean financieros o humanos.

Lo que en un comienzo se dio con una figura más restringida, de la que sólo participaban productores agropecuarios para ganar en escala (con el aporte en partes proporcionales de tierra, trabajo y capital), se transformó en una alternativa para inversores "extra campo".

Más allá de los riesgos que el clima y los precios le imponen a la inversión, la estructura del pool deja algunos flancos débiles. El principal es la inseguridad jurídica y patrimonial que plantean las sociedades de hecho. Bajo esa estructura todos los integrantes de esa sociedad –los inversores– son solidarios e ilimitadamente responsables ante cualquier inconveniente en la sociedad. En casos extremos, como puede ser el fracaso del emprendimiento o juicios, no sólo se compromete el capital del pool, sino también el patrimonio personal de cada uno de sus integrantes.

Es por ello que, como modelo mejorador aparecieron los fondos de inversiones bajo las figuras de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada. El objetivo era proteger a los inversores a partir del paraguas jurídico dado por la ley. Sus controles y la obligación de presentar balances brindan mayor seguridad al inversor ocasional.

Una versión más refinada para los ahorristas la aportaron los *fideicomisos*. Es la figura jurídica ideal para aislar el 'fondo común' de las contingencias patrimoniales de cada inversor.

Como ya lo hemos expresado anteriormente, "La función principal de un *fideicomiso* es aislar un patrimonio, de manera tal que se convierta en una '*caja fuerte jurídica*' que lo proteja de posibles acciones legales (por ejemplo embargos), que se efectivicen contra el fiduciante (inversor) o el fiduciario (administrador de la inversión)", según explicaron desde el fondo de inversión local Marca Líquida, que opera desde 1996.

En el caso de los modelos agropecuarios, el dinero aportado por el inversor a través de cuotas mínimas se destina a la producción a partir de un Plan de Inversión, de Producción y Estratégico (PIPE). En él están contemplados la elección de las zonas para la producción (sea granos o ganadería), el alquiler de los campos, la contratación de los servicios de siembra, protección y cosecha de los cultivos, la adquisición de los insumos y la comercialización de la producción.

Por lo general, la liquidación de los fideicomisos ordinarios (así llamados por la ley) se realiza al cierre de la campaña agrícola. En ese momento, el inversor puede retirar el capital más la renta, o en su defecto los quebrantos producidos. El fideicomiso financiero es otra alternativa de inversión, también contemplada por la legislación vigente y aún con mejores efectos

impositivos que el ordinario. Tienen como objetivo recaudar fondos de la misma manera para afectarlos a una actividad específica, en este caso la explotación agrícola, y pagan a sus inversores (los titulares de certificados de participación o títulos representativos de deuda) un interés fijo o variable.

En estos casos, en la relación entre el inversor y el administrador del fondo interviene la Comisión Nacional de Valores (CNV). Mientras en un fideicomiso ordinario, el administrador (fiduciario) puede ser cualquier persona física o jurídica, en los financieros el fiduciario es una entidad que tiene que estar autorizada para operar por la CNV.

La CNV, antes de emitir el título, exige que el administrador fiduciario, deba estar inscripto y cumplir con una serie de exigencias como, por ejemplo, rendir cuentas sobre el estado del fondo cada tres meses. Esto da un mayor margen de seguridad para el inversor.

Más allá de la opción de inversión que se elija, el sector agropecuario propone claras diferencias respecto de otros sectores en los cuales invertir los ahorros. Mientras, por ejemplo, en los fideicomisos inmobiliarios la renta que cobra el inversor sale de la propia economía interna (por los créditos que pagan los propietarios de los inmuebles), en el agrícola la ganancia que percibe el ahorrista la pagan finalmente los exportadores, quienes son los que compran los granos. “En uno (en el inmobiliario), es dinero que recircula dentro de la economía; en el otro (agrícola), es dinero que ingresa al circuito.

13.2. Opciones de figuras a adoptar

a) Pool de siembra: es un contrato asociativo en función de un proyecto de inversión, producción y comercialización agrícola. La palabra Pool traducida al castellano, significa "polla" o "colecta" que, en este caso, se realiza para una inversión común: producir granos, para el cual con los aportes materiales de los participantes, se constituye un “fondo” aplicado al desarrollo y ejecución de ese emprendimiento común.

El fondo puede ser desde su origen constituido solo con dinero que aportan los inversores para el arrendamiento de los campos, la compra de semillas y agroquímicos, el costo de las tareas de cultivo y recolección de las cosechas, honorarios del administrador y demás gastos del emprendimiento, o bien, con la participación conjunta de inversores de capital, proveedores de insumos, contratistas, dueños de la tierra o titulares de derechos de uso y goce de la misma, en la medida que puedan cederlos, y quien vaya a administrar el emprendimiento, cada uno con un derecho a una participación en los resultados del negocio proporcional al valor de su aporte.

Antes de la creciente difusión en el uso de los fideicomisos a partir de la crisis de año 2001, y en gran medida aun por los desconocimientos de las bondades de la figura, los pools se estructuraban bajo el esquema contractual de una sociedad de hecho, con el altísimo riesgo jurídico que implica, puesto que el patrimonio afectado al emprendimiento común, se encuentra expuesto a las contingencias patrimoniales de cada socio inversor, y, desde otro ángulo de análisis, los socios responden solidaria e ilimitadamente por las deudas de la sociedad de hecho.

Otra característica es su precariedad, dado que cualquier socio puede pedir la disolución de la sociedad de hecho en cualquier momento y cualquiera de ellos tiene facultad de representación de la sociedad de hecho comprometiendo al resto de los socios.

Es una opción para invertir en agricultura, y una vez logrado el objetivo (sembrar, cosechar y vender la producción), el resultado es distribuido entre los socios según la proporción de los aportes realizados.

Otra alternativa para constituir un *pool* de siembra está dada por la celebración de un contrato accidental por cosecha: se entiende como tal el contrato por el cual el propietario o tenedor del fundo cede el uso y goce de él a la otra parte para la realización de hasta dos cosechas como máximo, a cambio de una contraprestación en dinero. La contraprestación que recibe el dador puede consistir en un precio cierto en dinero o un tanto por ciento en los frutos, y también en cualquier otra modalidad.

El desenvolvimiento de esta relación contractual implica que el propietario o tenedor de la tierra cede el uso y goce de la misma a la otra parte, por lo que la tenencia del predio o fracción afectada a él pasa al contratista o chacarero, ya que así lo exige la índole propia de la labor agrícola, con la consiguiente instalación de casillas o equipos, fumigaciones, acceso de rodados y transportes propios de las necesidades de la agricultura.

b) Fideicomisos: Frente a la señalada inseguridad jurídica y patrimonial de las sociedades de hecho, el fideicomiso, es la figura jurídica ideal para aislar el “fondo común” de las contingencias patrimoniales de cada inversor y para limitar el riesgo de éstos al momento de su aporte al pool. La ley contempla dos tipos de fideicomisos: el ordinario y el financiero. Ambos casos ofrecen más seguridad para el inversor aunque suelen tener un costo mas elevado. Permiten aislar el flujo de fondos (los ahorros de los inversores) en un patrimonio separado o independiente, el cual no se verá afectado por la suerte que pudiera correr el administrador (fiduciario) o los inversores (fiduciantes). Los fideicomisos financieros agrícolas con oferta publica (los títulos que poseen los inversores cotizan en Bolsa) ofrecen ventajas impositivas respecto a otras alternativas financieras. Respecto a estas figuras ya hemos realizado nuestras apreciaciones a lo largo de esta obra.

14. Contratos implicados en el fideicomiso Agrícola

En el contrato de fideicomiso agrícola pueden resultar implicados los siguientes contratos, ello a los fines de realizar las actividades del negocio pactado, a saber:

a) Contrato de arrendamiento rural: la ley 13.246 y sus modificatorias, regulan este contrato y en su art. 2, prescribe: “Habrà arrendamiento rural cuando una de las partes se obligue a ceder el uso y goce de un predio, ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualquiera de sus especializaciones, y la otra a pagar por ese uso y goce un precio cierto en dinero”.

Dentro del universo de productores agropecuarios que participan en el mercado de granos, podemos diferenciar a los que son propietarios de los que son arrendatarios. Los propietarios son los productores que trabajan su propia tierra, mientras que los arrendatarios son los que trabajan tierras de terceros pagando por ello una retribución monetaria o bien una determinada cantidad física de mercadería en concepto de renta.

Es un contrato muy importante ya que permite la explotación agropecuaria sin necesidad de ser propietario. Es un acuerdo agrario, práctico para el uso de la tierra, en el cual sin ser dueño, se permite producir bienes agropecuarios. Se puede decir que aquí se otorga el uso temporal de la tierra por una suma determinada de dinero.

Generalmente, es la persona del fiduciario, el encargado de arrendar las tierras donde luego se va a realizar el objeto del negocio fiduciario, en el caso concreto, la siembra y cosecha.

Respecto a la aplicación, PIGRETT dice que “se recomienda este tipo de contrato cuando el titular quiere dar la tierra a un tercero para que la haga producir, sin preocuparse del resultado o los problemas de su explotación, y tener por ello una renta fija y permanente”.

Es un contrato de cambio, un clásico contrato conmutativo agrario, donde el propietario se asegura un ingreso por un tiempo determinado, sin asumir los riesgos que le corresponderán al arrendatario. Obtiene así una renta fija y permanente. El dueño del campo si bien se asegura dicho monto, deberá siempre priorizar el buen manejo de su principal factor de producción, “la tierra”, por lo que es fundamental la confección de un contrato que prevea las cláusulas necesarias para el logro de ese fin.

b) Contrato de Aparcería: el artículo 21 de la ley 13246 establece: “Habrà aparcería cuando una de las partes se obligue a entregar a la otra “animales” o un “predio rural” (con o sin plantaciones y sembrados o animales, enseres o elementos de trabajo), para la explotación agropecuaria (en cualquiera de sus especializaciones), con el objeto de repartirse los frutos”.

Generalmente, el dueño de la tierra la otorga a un chacarero para que éste efectúe varias cosechas de una o varias clases de cereales o oleaginosas y le dé en cambio un porcentaje de los

frutos que obtenga. Esta figura es utilizada para explotar un campo de neta producción agrícola, con cultivos rotativos y modernas prácticas de roturación y siembra.

Este contrato parecería guardar semejanzas con el arrendamiento rural, pero se advierte una sensible diferencia que se plasma en que en el contrato de arrendamiento rural, el arrendatario se obliga a pagar un precio cierto en dinero, y en cambio, en el contrato de aparcería, las partes se vinculan con la finalidad de distribuirse los frutos provenientes de la explotación.

Otra diferencia la percibimos respecto del sujeto, ya que en el contrato de arrendamiento rural, al ser un contrato conmutativo o de cambio el arrendador se encuentra totalmente desvinculado de la explotación, empero el contrato de aparcería es un contrato de colaboración y de tipo asociativo en el cual las dos partes, aparcerero dador y aparcerero colaboran en la empresa agraria, aportando, respectivamente el capital y el trabajo. Asimismo “el carácter asociativo propio de los contratos de aparcería se concreta especialmente en la participación de los productos, en las utilidades y en los riesgos, es decir, hay un cointerés en el resultado”.

Diferente es la situación del arrendamiento, ya que como principio general el arrendador aparece totalmente desvinculado y desinteresado del resultado de la cosecha, ya que si la misma es abundante no puede pretender una suma mayor, y si por el contrario es escasa no percibirá un precio inferior. En la aparcería no hay ni siquiera el pago de un precio propiamente dicho, sino que está acordado repartirse los frutos que se obtengan, sobre los cuales existe una verdadera copropiedad entre el dador y el aparcerero.

Los dos tipos de contratos descriptos son muy usados en la práctica al celebrar un negocio fiduciario. Esto debido a que muchas veces los sujetos que deciden emprender un negocio bajo la figura del fideicomiso agrícola, no son propietarios de las tierras y en consecuencia su proyecto de inversión devendría ilusorio. Frente a esto, y también por la gran rentabilidad que en tiempo actuales brinda el campo, se ve con buenos ojos el alquiler, bajo alguna de las modalidades expresadas, de tierras en lugares aptos para el cultivo, en orden a llevar adelante el negocio del fideicomiso de siembra.

c) Contrato de cosecha: “hay contrato de cosecha, o por una cosecha, cuando una de las partes se obliga a entregar a la otra un predio rural o una fracción de campo con el objeto de que efectúe allí un cultivo agrícola y le pague por el uso de dicho predio o fracción, una suma de dinero o le otorgue una participación en los frutos o utilidades al efectuar la correspondiente cosecha”.

Este contrato tiene alcances muy precisos y limitados, y solo puede ser otorgado por una sola cosecha entre los mismos contratantes y respecto de la misma fracción, especificando el cultivo de que se trata, los plazos de implantación, recolección y desocupación del predio y

cumpliendo además los requisitos de los contratos accidentales, ya que se trata de uno de ellos, excluido en principio de la aplicación de la Ley de Arrendamientos y Aparcerías Rurales 13.246, pero regulado intensamente por ésta en el art. 39 de dicha ley.

d) Contrato por dos cosechas: se define a este contrato como aquel por intermedio del cual “una de las partes se obligue a entregar a la otra un predio o una fracción de campo para que esta última efectúe en dicho campo dos cosechas, en uno o dos años, y le retribuya el uso del campo en dinero o frutos conforme a lo que entre sí convengan”.

Esta figura también posee carácter accidental y esta regulado en el art. 39 de la ley 13.246. En la practica se da el campo para que el chacarero efectúe dos cosechas, que pueden ser del mismo cultivo (ej. maíz-maíz) o de distintas especies vegetales (soja-trigo), pudiendo pagar la utilización del campo tanto en dinero como en especie, ya sea en frutos o utilidades, ya que, por su brevedad y accidentalidad, este contrato de corto plazo no configura ni un arrendamiento ni una aparcería.

Otros contratos conexos al del fideicomiso de siembra son:

-Contrato de laboreo: El concepto de laboreo de tierras se comprende todas las tareas que preceden a la siembra, incluyendo el laboreo y movimiento de tierras en la chacra. “El 47% de los productores contrata algún tipo de servicio terrestre”. Habitualmente, salvo en los productores de menor escala, el contrato no cubre la totalidad de la superficie del cultivo sino que se realizan para parte de la misma. Los servicios terrestres incluyen laboreo de tierras, siembra y cosecha.

-Contrato de fertilización: Es aquel por el cual se acuerda con una empresa de fertilizantes, la aplicación de los mismos al cultivo, a cambio de un precio en dinero. Debemos comprender que se entiende por fertilizante, siguiendo a MÜLLER, nos dice que “es toda sustancia o mezcal de sustancias que incorporada al suelo o aplicada sobre la parte aérea de los vegetales, suministra el o los elementos que éstos requieren para su nutrición estimulando su crecimiento y aumentando su producción”. El objetivo de una fertilización es satisfacer los requerimientos de nutrientes del cultivo en las situaciones en las cuales el suelo no puede proveerlos en su totalidad.

Los nutrientes presentes en el abono pueden ser denominados de distinta manera:

- Elementos primarios: Nitrógeno, Fósforo y Potasio
- Elementos secundarios: Calcio, Magnesio y Azufre.
- Elementos menores: Boro, Zinc, Cobre, Hierro, etc.

En cuanto a las formas de presentación de los distintos fertilizantes se destacan las tres siguientes: Sólidos (granulados); Líquidos (pueden ser aplicados al suelo y por vía foliar); Gaseosos (solo para ciertas especies).

-Momentos de aplicación:

Antes de la siembra: con una anticipación del orden de los tres meses. Solo se utiliza en el país con fertilizantes de baja solubilidad.

Durante la siembra: se aplica el fertilizante conjuntamente con la siembra o inmediatamente antes de la misma.

Sobre el cultivo implantado: se trata de suministrar el nutriente en el momento de mayor requerimiento del cultivo. Por ejemplo, nitrógeno en macollaje de trigo. Esta técnica no ha demostrado tener diferencias significativas con las aplicaciones a la siembra y presenta una serie de inconvenientes.

- Formas de aplicación:

Al Voleo: se aplica el fertilizante en toda la superficie del terreno a cultivar. En cultivos no implantados los mas común es que se lo incorpore (con arados o ratras de discos), y la tendencia es que la incorporación sea lo mas profunda posible.

En bandas: se aplica el fertilizante concentrado en una banda cercana a las semillas o raíces jóvenes de cultivos ya implantados. Esta banda puede ubicarse por encima o por debajo de la línea de siembra; al costado y debajo de la línea de siembra; o bien, al costados y arriba de la línea de siembra.

Ventajas: se obtienen plantas más vigorosas desde el primer momento, de manera tal que compiten mejor las malezas; manifiestan mayor resistencia a la sequía, etc. *Inconvenientes:* hace falta un manejo más cuidadoso; para la aplicación se requiere maquinaria mas sofisticada, de mayor precisión y, por ende, de mayor costo.

- Maquinaria

Fertilizantes sólidos: para la aplicación de estos fertilizantes al voleo, hay dos tipos de maquinarias que se diferencian por sus sistema de distribución: a) Centrifugas: constan de una tolva de capacidad variable con un sistema de distribución rotativo. La distribución no es uniforme siendo éste unos de sus mayores defectos. b) Por gravedad: pueden ser de fondo móvil o con distribuidor de cadenas. En ambos casos el fertilizante cae por acción de la gravedad. Su paliación es más uniforme que en las centrífugas.

Fertilizantes líquidos: pueden aplicarse con cualquier tipo de pulverizadora, incluso puede hacerse con avión. El único requisito por tener en cuenta es que las maquinas deben estar construidas con materiales resistentes a la corrosión.

Fertilizantes gaseosos: El único que se comercializa en el país es el amoniaco anhidro. Se trasporta y aplica como gas licuado a muy alta presión, por lo que son necesarias maquinarias especiales. Estos factores restringen su difusión.

Debemos tender a una gestión sustentable de fertilizantes, que permita obtener la productividad adecuada, con la mayor eficiencia en el uso de recursos. Esto debido a que el uso

de fertilizantes con el objetivo de devolver a la tierra sus nutrientes naturales o mejorar las condiciones del suelo, puede conllevar a una fertilización excesiva, produciendo impactos ambientales significativos en el medio.

15. Relato de un caso

Abordando este tema tan importante en los días que corren, he tenido la suerte de formar parte de un fideicomiso agrícola, por lo que vale la pena transmitir la experiencia vivida.

Primeramente vale la pena destacar que el presente caso de fideicomiso agrícola, trata de un grupo de empresarios e ingenieros que componen lo que se ha denominado el “CREA” (Consortio Regional de Experimentación Agrícola). Este consorcio tuvo su nacimiento en el año 1957, como consecuencia de la voluntad de un grupo de productores que unieron sus esfuerzos para intercambiar experiencia buscando nuevos caminos para solucionar los problemas de sus empresas y es así que desarrollaron una filosofía que vinculaba valores como la solidaridad, el respeto a lo local, el cuidado del suelo, y los recursos naturales en general.

El grupo CREA esta formado por productores de una misma región que comparten sus experiencias a fin de capitalizar las habilidades y conocimientos individuales, para encontrar mejores soluciones y tomar decisiones más acertadas con respecto a sus empresas agropecuarias.

Los diversos productores se asocian a los consorcios regionales de experimentación agrícola (CREA). A su vez, los CREA se organizan por regiones y éstas conforman la asociación argentina de consorcios de experimentación agrícola (AACREA). Hay aproximadamente 167 grupos CREA en todo el país, nucleados en 17 regiones.

Para el caso de Córdoba, hay doce grupos que conforman la región denominada “Región Córdoba Norte” la que se encuentra compuesta por 120 empresas agropecuarias ubicadas en el Centro Norte de la provincia mencionada, Sur y Este de Santiago del Estero y Sudeste de Catamarca.

Con el auge de esta nueva modalidad contractual (el fideicomiso), los productores del grupo CREA, encontraron en esta figura la base para diagramar un negocio que mejor llenara sus expectativas, es así, que por intermedio del fideicomiso apostaron al campo y decidieron invertir en él.

Como consecuencia de lo expresado es que los productores dieron iniciativa a su negocio y suscribieron el contrato madre de fideicomiso ordinario agrícola “Fideicomiso Agrícola Sierras Chicas”, el 7 de junio de 2006, detallando en el mismo los derechos y obligaciones que rigen a las partes (ver Anexo I).

El aludido contrato fue suscripto por siete empresas dedicadas al negocio agropecuario, “fiduciantes Originales”, pero también en el mismo se prevé la incorporación de fiduciantes adherentes, ello, por expresa recomendación de unos de los originales. Es por lo cual que podemos decir que se trata de un fideicomiso semiabierto, pues existe una condición de ingreso al negocio fiduciario, la recomendación por un fiduciante originario.

Sólo los fiduciantes originarios pueden presentar proyectos de inversión al fideicomiso. Tras una serie de condiciones previstas en la cláusula 12.1, del contrato madre, se procede a la votación del mismo, y si se reúne la cantidad requerida –mayoría simple- se le da la aprobación y su puesta en marcha.

Es así que los productores originarios comenzaron a elaborar proyectos de inversión, aprobándose en total, siete de los mismos. Debemos decir que de los siete proyectos ya han concluido tres, con sus respectivas liquidaciones y que actualmente se encuentran en vigencia los cuatro restantes, de los cuales solo voy a comentar unos de ellos, a saber: **El Proyecto “Chaco”**

15.1 El proyecto Chaco

Es en virtud de la cláusula 12.4 del contrato originario (recomendación de uno de los fiduciantes originarios) que empecé a formar parte del negocio fiduciario, suscribiendo el respectivo contrato de adhesión (ver Anexo II).

El proyecto “Chaco” trata de la explotación de cuatro fracciones de campo en la zona núcleo de producción del Chaco, los campos son arrendados a través de los contactos logrados en la zona por unos de los fiduciantes originarios, a saber: a) “Las Breñas”: Son 200 hectáreas útiles, que vienen de rastrojo de Sorgo, contrato a realizarse por tres años, pagando este año U\$S 140 por Hectárea; b) 500 hectáreas útiles en dirección NE de “Las Piedritas”, que vienen de Maíz / Sorgo, en donde el planteo se podría hacer Girasol / Soja, el contrato es por un año a 150 U\$S adelantado; c) 330 hectáreas en el campo “Pampa del Infierno”, que vienen de Soja, cuyo contrato es de dos años, a razón de U\$S 100 / hectárea de alquiler, abonando mitad adelantado y mitad vencido; d) 370 hectáreas en “Loro Blanco” contrato por tres años a 5 quintales de soja por hectárea adelantado; con lo cual la superficie total del proyecto asciende a 1.300 Hectáreas útiles., para la campaña 2007/2008.

El comienzo de la explotación fue de fecha 1 de julio del 2007, y se estima que se liquidará este fideicomiso el 30 de junio de 2008, es decir la inversión acarrearía el plazo de un año.

Todos los predios vienen de siembra directa, con una rotación de cultivos aceptable. Las labores y el seguimiento se encuentran a cargo del equipo dirigido por unos de los fiduciantes originarios.

Al elegirse distintos campos para efectuar los cultivos, se produce lo que se conoce como diversificación del riesgo ante una eventual mala cosecha. Asimismo al participar de los cuatro proyectos que se encuentran actualmente en marcha, se diversifica aún más el riesgo propio de la inversión, debido a que los restantes proyectos de siembra se encuentran en las provincias de : Córdoba (proyecto “El TATA” y proyecto “OLIVA”); y en La Pampa (proyecto “La Pampa”).

15.2. Rentabilidad del Negocio Esperada

El resultado del negocio, dependiendo de los distintos escenarios de rindes previstos en cada campo, sería para el caso del proyecto CHACO:

MARGENES BRUTOS	Totales	en pesos	en dolares
Escenario Historico		\$ 433.963,01	\$ 139.988,07
Escenario Pesimista		\$ 9.360,97	\$ 3.019,67
Escenario Optimista		\$ 986.500,19	\$ 318.225,87
	PROMEDIO	\$ 476.608,05	\$ 153.744,53

Tomando en cuenta todos los aportes de fiduciarios de fecha julio de 2007 como Inversión Original, esta ascendería a \$719.365,33 (Pesos Setecientos Diecinueve mil trescientos sesenta y cinco con treinta y tres centavos).

Rentabilidad:	$\frac{\text{Resultado}}{\text{Inversión}}$	\$ 476.608,05
		\$ 719.365,33
Rentabilidad:	66,25%	anual

Vemos que según los estudios realizados las posibilidades de invertir en este tipo de fideicomiso son muy alentadoras. Respecto de los restantes proyectos sus rentabilidades anuales

promedio son las siguientes: en proyecto El Tata el 84,7% anual; en Oliva el 90,7% anual y en La Pampa el 40,8% anual.

Aún en el peor de los casos (escenario pesimista) se recuperaría el capital invertido, con una mínima ganancia –ver cuadro de rentabilidad- y en los restantes escenarios (históricos y optimista) la ganancia sería de muy buen número. Es así que cobra mucha fuerza el instituto del fideicomiso agrícola a la hora de elegir entre las formas tradicionales de inversión y la que hemos tratado a lo largo de esta obra.

15.3. **Certificados de participación**

Por último queda por mencionar que a todos los fiduciantes que participan del negocio, se les extiende un certificado de participación, estos serán representativos del valor que cada beneficiario aporte al fondo e imputado a cada proyecto. Dicho certificado representará la participación del inversionista en el resultado final del proyecto.

El certificado deberá contener como mínimo los siguientes datos: *a)* Datos Generales y Particulares de la Explotación o Proyecto (Cantidad de hectáreas sujetas a explotación, Ubicación por zonas de los inmuebles a explotar, tecnología a adquirir, equipamiento necesario, entre otros); *b)* Identificación del beneficiario o Inversor; *c)* porcentaje de participación sobre el total de la explotación; *d)* importe aportado al fideicomiso; *e)* Fecha de inicio de explotación; *f)* Fecha estimativa de liquidación de la participación; *g)* Cantidad de copias del presente certificado.

A continuación y a modo de ejemplo transcribimos uno de los certificados de participación otorgados en el proyecto CHACO:

Certificados de Participación por Proyecto

Certificado N° 68

Descripción Global de la Explotación:

Se trata de la explotación de CUATRO fracciones de Campo en la zona núcleo de producción del Chaco, los campos son arrendados a través de los contactos logrados en la zona por Fulanito Lopez, a saber: *a)* Las Breñas: Son 200 Has. Útiles, que vienen de rastrojo de

Sorgo, contrato a realizarse por tres años, pagando este año U\$S 140 por Ha; b) 500 Has. Útiles en dirección NE de Las Piedritas, que vienen de Maíz / Sorgo, en donde el planteo se podría hacer Girasol / Soja, contrato por un año a 150 U\$S adelantado; c) 370 Has. en Loro Blanco contrato por tres años a 5 qq de soja por ha. adelantado d) 330 Has. en Pampa del Infierno, que vienen de Soja, cuyo contrato es de dos años, a razón de U\$S 100 / Ha de alquiler, mitad adelantado y mitad vencido; **con lo cual la superficie total del proyecto asciende a 1.300 Has. Útiles.**, para la campaña 2007/2008. Todos los predios vienen de siembra directa, con una rotación de cultivos aceptable. Las labores y el seguimiento serían encaradas por el equipo del Ing. xxxxx que estaría administrando 2500 Has. en total incluyendo las del Fideicomiso, apoyado y supervisado por una persona a designar por el Fideicomiso.

Identificación del beneficiario o Inversor:

Andreotti Octavio, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 29.427.587, de estado civil casado, y domiciliado en calle xxxx esq.xxx, Córdoba; **(50% de la inversión).**

Juan Pérez de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 30.721.403, de estado civil casado, y domiciliado en calle Cástulo Peña 74 – Jesús María; **(50% de la inversión).**

Porcentaje de Participación en el Proyecto:

SIETE PUNTO TREINTA Y NUEVE POR CIENTO (7.39%) sobre 1.300 Has.

Importe a aportar al fideicomiso

Participación	Julio	A cosecha	Total
7,39%	\$ 68.850,90	\$ 30.735,15	\$ 99.586,05

Fecha de inicio de explotación

1 DE JULIO DE 2007

Fecha estimativa de liquidación de la participación

30 DE JUNIO DE 2008

Se extiende el presente certificado en dos copias originales.

.....
Fiduciario

.....
Fiduciante Original / Inversionista

16. Reflexiones Finales

A lo largo del desarrollo de este trabajo, hemos analizado las características teóricas de los fideicomisos en general, centrándonos en el de producción agrícola en particular, bajo la

figura del fideicomiso no financiero; su marco legal y el contexto en el que nos encontramos en la actualidad.

A través del estudio del material y la aplicación de nuestro análisis, podemos afirmar que la utilización del fideicomiso, puede resolver en gran medida los problemas financieros de la actualidad, que se incrementaron a partir de la crisis Argentina de fines del año 2001.

El fideicomiso es una herramienta novedosa, -a pesar de que en el mundo se está desarrollando hace décadas, en los últimos años ha aumentado notoriamente su aplicación-, que permite la obtención de fondos líquidos, a bajo costo, para financiar proyectos de inversión (agrícolas), obras, exportaciones, entre otras aplicaciones de mediano y largo plazo.

El instituto que venimos desarrollando tiene la ventaja fundamental de aislar bienes, flujos de fondos o derechos, en un patrimonio independiente con distintas finalidades, por lo tanto:

- La quiebra del fiduciario (administrador) no implica la del fideicomiso.
- La quiebra del fiduciante (quien entrega el bien objeto del fideicomiso) no implica la del fideicomiso.

Estas y otras ventajas puntuales que han sido desarrolladas durante el trabajo, nos permiten deducir, que si se toma una conciencia estructural de los beneficios que esta figura mantiene, acompañados de una jurisprudencia que los fomente, hay amplias posibilidades de subsanar en gran medida la desnaturalización del sistema financiero argentino.

La figura del fideicomiso es una herramienta poderosa que permite diseñar estructuras de financiamiento a medida del proyecto a elaborar. La posibilidad de lograr un diseño instrumental a medida permite conciliar las expectativas de retorno ajustada por riesgos del inversor y requerimientos de los demandantes de financiamiento (condiciones de pago).

Con el financiamiento de proyectos particulares y con la formación de un club de compras, consorcios y la presencia de licitaciones internacionales, pueden exportarse productos e importarse insumos y equipamiento. Asimismo se logra un mayor rendimiento que en otros negocios financieros.

Estas figuras legales permiten generar instrumentos de inversión y financiamiento de elevada flexibilidad a través de esquemas innovativos en la administración de riesgos.

La versatilidad otorgada por la Ley 24.441 a la figura del fideicomiso en el derecho nacional ha permitido la utilización de este instrumento como herramienta jurídica, económica y financiera idónea para la realización de un sinnúmero de negocios.

Centrándonos en el fideicomiso de producción agrícola, podemos expresar lo siguiente:

Los bienes que integran el fideicomiso responderán sólo por las obligaciones generadas en la ejecución de éste, y se destinarán al cumplimiento del encargo, en beneficio de quienes hayan sido designados.

Comenzado el *boom* sojero, importantes grupos de operadores agropecuarios, basados en la confianza recíproca, afectaron tierras propias o arrendadas a una campaña o a dos y solventaron la inversión mediante aportes de cosas o de dinero en diferentes porcentajes y repartiendo utilidades en igual medida.

Esta modalidad contractual tiene por objeto la obtención de un beneficio económico a partir de la unión de los aportes y esfuerzos de los distintos actores que lo componen.

Actualmente, se hace imperiosa la regulación de estas figuras de contratación, que han sido consecuencia de la necesidad de aunar esfuerzos de particulares, con el objeto de potenciar los beneficios en la producción de granos.

Entre estas nuevas formas de contratación asociativa, los llamados *pools* de siembra eran los más generalizados; existe un vacío legal a los fines de su regulación y se cierne sobre ellos el peligro de que, ante la mínima contingencia entre partes, sean valorados como una sociedad de hecho.

El legislador no ha querido la existencia de estas sociedades y, en consecuencia, las ha castigado, no solamente con un sistema agravado de responsabilidad de los socios frente a terceros, sino que ha limitado a la mínima expresión las posibilidades de invocar recíprocamente sus acuerdos contractuales entre los integrantes.

Organizar un *pool* de siembra entre particulares, sean productores o no, bajo el ropaje de una sociedad comercial regularmente constituida, también tiene desventajas por no ajustarse a la dinámica de la operatoria contractual. Estas sociedades son excesivamente onerosas, de funcionamiento complejo para los emprendimientos de corta duración y su plazo de vida es mayor de lo que demanda el negocio en cuestión. Asimismo hemos visto que el fideicomiso presenta importantes ventajas a la hora de armar un negocio, por contraposición a estructurarlo bajo la forma de una sociedad anónima o de una sociedad de hecho, particularmente en lo atinente a cuestiones impositivas y costos de constitución respecto de las primeras y en lo atinente a la responsabilidad respecto de la segundas.

Otra de las alternativas mencionadas para constituir un *pool* de siembra está dada por la celebración de un contrato accidental por cosecha. Se entiende como tal el contrato por el cual el propietario o tenedor del fundo cede el uso y goce de él a la otra parte para la realización de hasta dos cosechas como máximo, a cambio de una contraprestación en dinero.

Es usual que a los *pools* los integre el propietario de la tierra, en cuyo caso en el contrato deberán establecerse el o los predios sobre los que se va a desarrollar la producción, los aportes

del resto de los integrantes y los porcentajes en que retirarán sus utilidades, ya sea en dinero o en granos. Este tipo de contratos, al no poder exceder el plazo máximo del necesario para las dos cosechas, no podrá ser reiterado ni entre las mismas partes ni sobre la misma tierra, ya que en ese caso caería bajo la tipología del contrato de arrendamiento o de aparcería.

Entonces, esta alternativa tampoco resuelve las posibles responsabilidades frente a los terceros ni entre los locadores entre sí. En consecuencia, luego de analizadas las posibilidades de instrumentación del *pool* bajo la forma societaria o del contrato accidental por cosecha, dentro del régimen vigente, podemos afirmar que la figura que más se adapta a su estructura es la del fideicomiso.

La aplicación de las principales características del fideicomiso a la actividad de siembra genera numerosos beneficios que permiten aprovechar eficientemente el auge que en los últimos años ha tenido dicha actividad en nuestra república.

Con la utilización de la figura del fideicomiso, los pequeños y medianos productores agrarios adquieren una seguridad jurídica muy importante para el negocio. Esto como derivación de que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, es decir, separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, por lo cual se limita la responsabilidad al capital aportado. Asimismo actúa como barrera, impidiendo que los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiario puedan ejercer acciones individuales o colectivas sobre dicho patrimonio fideicomitado. Así, el riesgo de las partes no afecta el emprendimiento.

Esta seguridad jurídica es a su vez, generadora de otros beneficios tales como la posibilidad de acceder a recursos provistos por inversionistas privados y otros sectores que actúan en el mercado de capitales obteniendo financiamiento más accesible y de menor costo que en el sistema bancario. Es así que los inversionistas ajenos al agro podrían ver con buenos ojos, la posibilidad de participar en una actividad de alta rentabilidad –tal como lo vimos en proyecto CHACO- cubierta por la seguridad jurídica del fideicomiso.

Todos los que intervienen en este vehículo financiero se aseguran que el manejo de la actividad, se administrará por personas (fiduciarios) que reúnan características determinadas, tales como, la exigencia de un conocimiento y aptitud acorde al encargo, como así también, la actuación con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios debiendo rendir cuentas de su gestión.

Otro aspecto a tener en consideración, es la flexibilidad de este instrumento para adaptarse al objetivo buscado y así, posibilitar la sustitución o incorporación de nuevos fiduciantes frente al retiro de alguno de ellos, para que de esta manera no se ponga en peligro la continuidad del negocio. Es dable destacar que las partes pueden incorporar cualquier cláusula al contrato, siempre y cuando la misma no sea contraria a la moral y las buenas costumbres.

Sumado a las anteriores particularidades, el fideicomiso puede constituirse de manera que permita reducir significativamente los costos impositivos, principalmente en el impuesto a las ganancias cuando coincide la calidad de fiduciante y beneficiario en una persona. De este modo las ganancias del fideicomiso se liquidan en las declaraciones juradas de cada fiduciante-beneficiario en la proporción convenida en el contrato y cada uno pagará el impuesto según la escala de alícuotas correspondientes, siendo esta progresiva. Así, el impuesto que corresponderá pagar es significativamente menor al que se debería pagar en una sociedad de capital por ejemplo, en la que la alícuota de aplicación es del 35% sobre la ganancia de dicha sociedad.

Es importante considerar que como desventajas de esta figura se encuentra la falta de una regulación clara, tanto jurídica como impositiva, lo que genera una gran cantidad de cuestiones contradictorias que dificultan su utilización y que son un factor de riesgo importante en vistas al futuro del fideicomiso. Sin embargo hoy en día y según hemos visto, las ventajas que presenta son innumerables, eso hace que se invite a su utilización.

Para finalizar decimos que la utilización del fideicomiso debe partir de un diagnóstico de situación y de un cuidadoso análisis de los mecanismos que se deseen incluir en el contrato. Los diseños encubren una equilibrada y precisa estructura de incentivos para todos los participantes. Deben ser consistentes con los antecedentes y la situación de cada uno de los participantes. Un buen diseño no implica éxito, pero ayuda a prevenir riesgos que de otra manera podrían resultar perjudiciales, con la consecuente frustración del negocio emprendido.

ANEXO I

CONTRATO DE FIDEICOMISO ORDINARIO AGRICOLA

INTRODUCCIÓN - PRÓLOGO

El presente Contrato de Fideicomiso se celebra entre:

- a) Por una parte, y en calidad de “FIDUCIANTES ORIGINALES”, los Señores “XXXXXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 30.891.985, de estado civil casado, y domiciliado en calle Maldonado Allende 1.774 - Córdoba;
- “XXXXXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 15.589.789, de estado civil soltero, y domiciliado en calle Ing. Olmos 237 – Villa María;
- “XXXXXXXXXX SH”, representada por ambos socios, “XXXXXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 18.000.403, de estado civil casado, y domiciliado en calle Cástulo Peña 74 – Villa María y “XXXXXXXXXX” de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 16.000.587, de estado civil casado, y domiciliado en calle Italia esq. Norteamérica – Villa María;
- “XXXXXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 25.588.458, de estado civil soltero, y domiciliado en calle Federico Garcia Lorca 1530 – Mucha Gracia;
- “XXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 17.666.333, de estado civil casado, y domiciliado en calle Calle 46 bis N° 3727 – Colonia Barata;
- “XXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 29.366.388, de estado civil soltero y domiciliado en calle Int. Gonzalez 251 – El Volcan – San Marcos;
- “XXXXXXX” S.A., CUIT: 33-72595889-8 con domicilio legal en Pinasia 651 – Villa María, representada por su Presidente “XXXXXXXXXX”, de nacionalidad argentina, mayor de edad,

Documento Nacional de Identidad número 18.333.888, de estado civil casado y domiciliado particular en calle Paraiso 632 – Villa María, según consta en Estatutos y Actas Societarias en tramite de inscripción Expte.: 47284/04;

b) Por la otra parte, en calidad de “FIDUCIARIO”, el Señor “XXXXXXXX”, de nacionalidad Argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 19.999.888, de estado civil casado y constituyendo domicilio especial a estos efectos en calle Paz y Amor 82, Ciudad de Villa María, Provincia de Córdoba.

CONSIDERANDO: A - Que las personas, fiduciantes originales son empresas dedicadas al negocio agropecuario, con reconocida trayectoria en el ramo y con vasta experiencia en la zona.- B – Que con el fin de expandir la actividad de sus propias empresas, les resulta importante combinar las habilidades individuales de las respectivas empresas, buscando además la diversificación del riesgo, posibilitando también el acceso a una fuente de financiación extra para dicha actividad.- C – Que, luego de evaluar distintas alternativas, han decidido la creación de un instrumento jurídico idóneo y eficaz.- D – Que se ha elegido la figura del fideicomiso ordinario (no financiero) – regulado por Ley 24441 – como la alternativa más eficaz para los fines antes mencionados.- E – Que los Fiduciantes desean contemplar en los términos del Contrato de Fideicomiso, la incorporación de Inversionistas como Adherentes / Beneficiarios otorgando tanto las garantías a los mismos como un debido régimen de información, la transparencia en la operatoria, respetando también el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas.-

EN CONSECUENCIA, en atención a estas consideraciones y con el objeto de garantizar a los FIDUCIANTES / INVERSIONISTAS o BENEFICIARIOS el pago íntegro y puntual de LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACION EMITIDOS Y COLOCADOS por el FIDUCIARIO; es que entre las personas nombradas ut-supra, HAN DECIDIDO CONSTITUIR el presente Fideicomiso Ordinario de Administración que se denominará “FIDEICOMISO AGRICOLA SIERRAS CHICA”, cuyo Contrato de Fideicomiso ordinario (en adelante, el “Contrato de Fideicomiso”) ,se regirá por las siguientes cláusulas:

TÍTULO I - CONSIDERACIONES PREVIAS

PRIMERA: Definiciones e interpretación:

a) Definiciones: A los efectos de una mejor interpretación y ejecución del presente contrato las partes establecen a continuación el significado preciso que debe darse a las siguientes expresiones o palabras utilizadas en este contrato:

Activos: Significa todos los bienes y derechos que conforman el Patrimonio del Fideicomiso.

Asamblea de Inversores: Es la reunión de Beneficiarios, Fiduciarios Originales o Adherentes, que posean certificados de participación para cada proyecto.

Balance Anual: Significa el conjunto de Estados Contables requeridos por la Normativa Aplicable que va desde el 1ro. De julio de cada año hasta el 30 de junio del año siguiente.

Beneficiarios: Significa las personas a favor de quienes es administrado el Patrimonio Fiduciario y que son identificados en la Cláusula CUARTA del presente Contrato de Fideicomiso.

Bienes Fideicomitados: Significa los bienes cedidos en propiedad fiduciaria por los Fiduciantes al Fiduciario en virtud de la Cláusula QUINTA.

Contrato de Fideicomiso: Significa el presente contrato y sus Anexos.-

Cuenta Recaudadora: Tiene el significado establecido en la Cláusula DÉCIMO PRIMERA.

Cuenta de Gastos: Tiene el significado establecido en la Cláusula DÉCIMO PRIMERA

Cuenta de Pago: Tiene el significado establecido en la Cláusula DÉCIMO PRIMERA.

Día Hábil: Significa cualquier día en que las entidades financieras atienden al público en la República Argentina.

Fideicomisario: Significa la persona que recibe los bienes al extinguirse el Fideicomiso y que se encuentra identificado en la Cláusula CUARTA del presente Contrato de Fideicomiso.

Fideicomiso: Significa el fideicomiso constituido bajo el presente Contrato de Fideicomiso.

Fiduciante: Significa quien cede determinados bienes en fideicomiso, y que se encuentra identificado en la cláusula CUARTA.

Fiduciante Original: Significa quien cede determinados bienes en fideicomiso, y que se encuentra identificado en la cláusula CUARTA.

Fiduciante Adherente: Significa quien cede determinados bienes en fideicomiso, y que se encuentra identificado en la cláusula CUARTA.

Fiduciario: Significa quien administra el Patrimonio Fiduciario, con los alcances contemplados en el presente Contrato de Fideicomiso y la Ley 24441, y que se encuentra identificado en la cláusula CUARTA.

Gastos del Fideicomiso: Tiene el significado establecido en la Cláusula VIGÉSIMO QUINTA.

Impuestos del Fideicomiso: Significa todo impuesto establecido por la Argentina o cualquier subdivisión política de la Argentina o Autoridad Gubernamental con facultades impositivas que resultare aplicable a un Fideicomiso y/o a sus respectivos activos de acuerdo con las leyes y reglamentaciones impositivas en vigencia durante la existencia del respectivo Fideicomiso.

Ley de Fideicomiso o Ley 24.441: Significa la Ley N° 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción y sus modificatorias.

Patrimonio Fiduciario: Significa la propiedad sobre los activos del Fiduciante, detallados de acuerdo a lo establecido en la Cláusula QUINTA, transferida al Fiduciario en los términos del art. 2662 del Código Civil y disposiciones de la Ley 24.441.

Peso o Ps: Significa la moneda de curso legal en la República Argentina.

Proyecto de Inversión Agropecuaria: Todo explotación del rubro agropecuario que proponga alguno de los Fiduciantes Originales para llevar a cabo en forma conjunta a través del Fideicomiso, según lo establece la cláusula tercera.

Registro de Certificados de Participación: Es el libro formal que deberá llevar el Fiduciario, con el registro de todos los fiduciantes originales o adherentes que han suscripto Certificados de Participación por cada proyecto.

Rendición de Cuentas: Significa la obligación del Fiduciario de brindar al Fiduciante y a Financiadores información periódica, completa y detallada de su gestión, de la forma y en los plazos establecidos en el presente Contrato de Fideicomiso.

b) *Interpretación:* En el presente Contrato de Fideicomiso: B.1) los encabezamientos y subrayados se incluyen sólo a modo de referencia y no afectarán la interpretación del presente Contrato de Fideicomiso; B.2) los términos en singular incluyen el plural y viceversa; B.3) Salvo aclaración en contrario, toda referencia a una sección, cláusula o anexo es una referencia a una sección, cláusula o anexo del presente Contrato de Fideicomiso; B.4) las referencias a cualquier ley o reglamentación serán a dicha ley o reglamentación con sus modificaciones hasta la fecha del presente e incluirán las modificaciones posteriores a la fecha del presente; B.5) las referencias a cualquier acuerdo, convenio o contrato serán a dicho acuerdo, convenio o contrato con sus modificaciones hasta la fecha del presente e incluirán las modificaciones posteriores a la fecha del presente realizadas de acuerdo con los términos de dicho acuerdo, convenio o contrato, y B.6) las referencias a cualquier persona incluirán a los sucesores y cesionarios permitidos de dicha persona.-----

SEGUNDA: Ley y jurisdicción aplicable: Toda cuestión relacionada con el presente Contrato de Fideicomiso se rige por las leyes aplicables de la Argentina, en particular la Ley de Fideicomiso.- Con relación a cualquier acción o procedimiento legal que surgiera con relación al Contrato de Fideicomiso, las Partes se someten al arbitraje previo del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Córdoba. En caso de fracasar esta instancia, las partes se someterán a los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Córdoba, renunciando a cualquier otro fuero – incluso el Federal – Que pudiera corresponder. El fideicomiso, en estos casos, será patrocinado por el Asesor Legal del Fiduciario.-----

TÍTULO II - CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO

TERCERA: Creación y Denominación. Finalidad del Fideicomiso.

Conforme a lo previsto en el Capítulo IV del Título I de la Ley N° 24.441 y la normativa aplicable, las partes crean un fideicomiso ordinario de administración con fiduciantes – beneficiarios, cuya denominación será “FIDEICOMISO AGROPECUARIO SIERRAS CHICAS”; estableciendo las normas contractuales relativas a su constitución, funcionamiento, disolución y extinción. La finalidad de este Fideicomiso es:

3.1) Realizar las explotaciones agropecuarias que se propongan por los FIDUCIANTES como “PROYECTOS DE INVERSION AGROPECUARIA”, a saber siembra en campos propios o de terceros, producción ganadera de cría reería y engorde bovina, avícola y porcina, producción y comercialización de los productos agrícolas adquiridos u obtenidos, incorporaciones y utilización de tecnología y maquinaria agrícola, acopio y acondicionamiento de cereales, entre otras actividades referida a explotaciones del rubro agropecuario, no definidas en forma taxativa. Los proyectos serán propuestos en forma individual por cualquiera de los fiduciantes debiendo contener la aprobación de la mayoría simple de los fiduciantes para ser considerado, como aceptable. Esa misma mayoría será requerida para el caso de realizar financiamiento por parte de ADHERENTES. Cada proyecto será considerado individualmente a los fines de requerir los recursos para financiarlo, la participación de los fiduciantes originales o adherentes será voluntad de los mismos debiendo ser comunicada al momento de suscribir los “CERTIFICADOS DE PARTICIPACION POR PROYECTO”, según la metodología expuesta por la cláusula décimo segunda.

3.2) Garantizar el pago íntegro y puntual del capital, intereses, montos adicionales referido a los beneficios por participación en el proyecto (si los hubiera); y cualquier otro monto adeudado a los FIDUCIANTES, a los ADHERENTES, INVERSIONISTAS y/o BENEFICIARIOS, en los cuales el FIDUCIARIO teniendo en cuenta el PRESUPUESTO DE CADA NEGOCIO, haya formalmente solicitado financiamiento de los fiduciantes originales / adherentes.-

3.3) Garantizar a todas las partes, el cumplimiento de todos los pagos pactados que surjan como consecuencia del presente Contrato de Fideicomiso.-

3.4) Realizar las compras de bienes de uso, contrataciones de labores, compra de insumos y cualquier otra operación necesaria para el logro de los objetivos del FIDEICOMISO, dando prioridad a los recursos ofrecidos por los FIDUCIANTES, a igual precio / calidad que se encuentre disponible en el mercado.

CUARTA: Partes intervinientes: Son partes de este Contrato de Fideicomiso las siguientes:

4.1) FIDUCIANTES ORIGINALES: Son las siete empresas nombradas: 1- xxxxxx1, 2- XXXXX2, 3- xxxx3, 4- XXXXX4, 5- XXXXX5, 6- XXXXXX, 7- XXXXXXXX7,

4.2) FIDUCIARIO: “xxxxxxxxx”

4.3) FIDUCIANTES ADHERENTES: Toda persona física o jurídica que suscriba en calidad de tal, el contrato de fideicomiso, los certificados de participación u otro anexo que reemplace estos documentos.

4.4) BENEFICIARIOS INVERSORES: Los titulares de CERTIFICADOS DE PARTICIPACION POR PROYECTO o INVERSIONISTAS DE CADA PROYECTO. Pueden revestir la calidad de Fiduciantes Originales o Adherentes.-

4.5) FIDEICOMISARIOS: 1- XXXXX1, 2- XXXXX2, 3- XXXXX3, 4- XXXXX, 5- XXXXX, 6- XXXXXX6, 7- XXXX.

QUINTA: Patrimonio Fideicomitado: A los fines del presente, y de lo exigido por el art. 4º inc. a) de la Ley 24.441, se entenderá por “Bienes Fideicomitados” y que conforman el “Patrimonio Fiduciario”, los siguientes activos:

5.1) Los Recursos integrados por los Inversores, Fiduciantes Originales o Adherentes;

5.2) Los Derechos, cosas y otros bienes que eventualmente los Inversores transmitan al Fiduciario para el cumplimiento del Objeto del Fideicomiso;

5.3) Los bienes producidos como consecuencia de la explotación o cosecha, como también los demás bienes, derechos y obligaciones que se incorporen al Fideicomiso como consecuencia del desarrollo de la actividad productiva que es su objeto.

Por el presente los “fiduciantes” transfieren y ceden fiduciariamente al Fiduciario, en beneficio de los beneficiarios, en los términos de los art.1434 y 2662 del Código Civil y las disposiciones de la ley 24441 en forma irrevocable e incondicional, las disponibilidades y/o bienes de cambio del apartado 5.1. y el producido de la explotación, mencionado en el apartado 5.3.

SEXTA: Transferencia de los Bienes Fideicomitados: 6.1) La transmisión fiduciaria de los bienes aludidas en la cláusula anterior, es válida entre las Partes a partir de la firma del presente Contrato de Fideicomiso y será oponible frente a terceros mediante su notificación.-

SÉPTIMA: Costos de Transferencia: Todos los costos, gastos, impuestos, tasas, contribuciones y honorarios que de acuerdo con la legislación y/o regulaciones vigentes, o de acuerdo con el presente Contrato de Fideicomiso, resulte necesario abonar a efectos de llevar a cabo la toma de posesión, seguridad, archivo, transferencia o perfeccionamiento de la transferencia de los Bienes Fideicomitados, estarán a cargo de los Fiduciantes.-

OCTAVA: Declaraciones, Garantías y Obligaciones de los Fiduciantes: Los fiduciantes, por el presente declaran y garantizan al Fiduciario y a los Beneficiarios que, a la fecha de este Contrato de Fideicomiso:

8.1) La transmisión de la propiedad fiduciaria aquí prevista, la celebración, cumplimiento y ejecución del presente Contrato de Fideicomiso y la realización de las demás operaciones aquí contempladas se ajustan a las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias, de orden

nacional o provincial y convencionales en vigencia y que no existe impedimento material alguno que implique restricción, prohibición o limitación de ninguna naturaleza respecto de todas o alguna de sus disposiciones;

8.2) No existe ningún contrato o convenio del cual los “fiduciantes” sean parte, cuyos términos estén en colisión con lo pactado en este Contrato de Fideicomiso;

8.3) Ningún FIDUCIANTE tiene conocimiento de la existencia de acciones, demandas judiciales o procedimientos entablados contra ellos, pendientes o inminentes, por parte de cualquier particular, empresa, gobierno o poder institucional, que afecte o pueda afectar adversamente de manera significativa las obligaciones del MISMO previstas en este Contrato de Fideicomiso o la capacidad de cumplimiento del mismo por parte de los fiduciantes. No pesan sobre ellos embargos, trabas o cualquier otro derecho, gravamen o limitación de cualquier naturaleza que obstaculice o restrinja de cualquier modo su libre disponibilidad, que afecte su validez o la propiedad fiduciaria que le corresponde al Fiduciario en beneficio de los Beneficiarios por la transmisión prevista en este Contrato de Fideicomiso, o que pueda obstaculizarla o restringirla en el futuro;

8.4) Los fiduciantes no se encuentran en estado de cesación de pagos, ni tienen conocimiento de causal alguna que pudiera derivar en dificultades económicas financieras que volvieran inviable la vigencia del presente fideicomiso.-

NOVENA: Vigencia: El presente Fideicomiso subsistirá hasta la cancelación total de las Participaciones Garantizadas en TODOS los “Proyectos de Inversión Agropecuaria aceptados”, siempre que dicho plazo no exceda el máximo estipulado en el artículo 4º inc. c) de la Ley 24.441. El presente Fideicomiso tendrá plena vigencia y efecto aún en el caso de un cambio en las condiciones, modo, lugar de pago de todas o cualquier otro término y condición de las Participaciones Garantizadas. La total cancelación de las Participaciones Garantizadas deberá ser comunicada al Fiduciario por los Beneficiarios a fin de que el Fiduciario pueda ejecutar los actos enunciados en la Cláusula DÉCIMA.-

DÉCIMA: Reintegro de los fondos: Una vez que el fideicomiso, haya cancelado totalmente los CERTIFICADOS DE PARTICIPACION POR PROYECTO, el Fiduciario inmediatamente deberá :

10.1) Notificar a los fiduciantes, el cumplimiento cabal de todas obligaciones asumidas;

10.2) disponer la transferencia de los saldos (si los hubiera) del Producido de los mismos, a los fiduciantes, previa deducción de los gastos del fideicomiso, dentro de los siguientes diez días hábiles a la fecha en que los Beneficiarios hayan sido notificados por el Fiduciario acerca de la cancelación de las referidas Obligaciones.-

TÍTULO III – ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

DÉCIMO PRIMERA: Cuentas. El Fiduciario administrará fiduciariamente los montos que se acrediten en virtud de este Contrato de Fideicomiso, en las cuentas que a continuación se indican:

11.1) Cuenta Recaudadora. Es la cuenta que el Fiduciario habilitará para que en la misma, se registren los valores aportados por los inversionistas como contraprestación por la emisión de un certificado de participación. Todos los proyectos serán tomados como Subcuentas de la cuenta principal.- 11.2) Cuenta de Gastos. Es la cuenta fiduciaria en Pesos que abrirá el Fiduciario a nombre del Fideicomiso y a la orden del Fiduciario, para que en dicha cuenta se acumulen y se acrediten los montos necesarios para el desarrollo de la operatoria por parte del fideicomiso. Todos los proyectos serán tomados como Subcuentas de la cuenta principal.- 11.3) Cuenta de Pago a beneficiarios / inversionistas. Es la cuenta en la cual se acumularán los montos para abonar los certificados de participación, a sus tenedores. Todos los proyectos serán tomados como Subcuentas de la cuenta principal.-

La presente enunciación es meramente enunciativa – no taxativa – marcando un procedimiento a seguir para registrar el origen y aplicación de los fondos, pudiendo el fiduciario, al momento de pedir la habilitación de las cuentas bancarias, proceder a la unificación de alguna de las cuentas mencionadas o a habilitar otras en su lugar.-

DÉCIMO SEGUNDA: DEFINICION DE PROYECTOS DE INVERSION – ASAMBLEAS

12.1) *PROPUESTA DE PROYECTO. Emisión de Informes Iniciales.* Todos los Fiduciantes Originales podrán proponer proyectos de Inversión al Fideicomiso. Al momento de presentarlos, se obligan a entregar al fiduciario documentos que contengan: *a) Descripción Global de la Explotación:* Descripción de los *Inmuebles Rurales* objeto de la explotación, contratos de arrendamiento, vinculación con la fuente principal de explotación; *b) Descripción de Recursos a afectar:* por ejemplo, cantidad de *Hectáreas* sujetas a cada cultivo o explotación; *c) Presupuesto de erogaciones,* detallando fecha, rubro e importe a erogar, en forma ejemplificativa para el caso de “siembra de campos” deberá contener los siguientes rubros: C1- Arrendamiento o alquiler pactado (campo propio o de terceros), C2- Gastos de Implantación: Semillas - Labores contratistas – Labores propias – Inoculantes – Herbicidas – Insecticidas, C3- Gastos de Cosecha; C4: Gastos de Comercialización: Comisión – Fletes – Descuentos. C5- Gastos de Estructura: Honorarios Agrónomos – Administración – Impuestos – Seguros. *d) Porcentaje de financiamiento,* detallar en monto y como porcentaje del presupuesto el importe de dinero que el fiduciario deberá recaudar, determinando fechas iniciales y finales para el ingreso de los fondos; *e) Rentabilidad del Negocio Esperada:* Estimar mediante el método Flujo de Fondos esperado, cual sería la Tasa de Retorno de la Inversión, el Valor Actual Neto de la inversión y otros indicadores que permitan la comparación económica de la Inversión.

12.2) ACEPTACION DEL PROYECTO. Los Fiduciantes Originales contando con la información detallada anteriormente, tendrán 10 días hábiles para votar en forma individual en forma favorable o desfavorable a la aceptación del proyecto. El proyecto será aceptado si y solo si, la mayoría simple de fiduciantes originales vota positivamente. Es decir cada proyecto deberá ser apoyado por lo menos con 7 de los 12 votos totales.

12.3) PARTICIPACION ORIGINAL EN EL PROYECTO. Los Fiduciantes Originales que hayan votado favorablemente al proyecto, contarán como mínimo con una participación de una doceava parte (1/12) del proyecto, pudiendo acrecentar su participación por el porcentual que haya quedado vacante proveniente de los votos negativos.

12.4) PARTICIPACION de FIDUCIANTES ADHERENTES. Sobre la participación que no haya sido integrada por los Fiduciantes Originales, se abrirá la participación a Adherentes convocados por el Fiduciante Original que haya propuesto el Proyecto. Estos adherentes deberán ser aceptados por la totalidad de los fiduciantes originales que hayan votado positivamente en el proyecto.

12.5) ASAMBLEAS DE INVERSORES. Las Asambleas de Inversores, Fiduciantes Originales o Adherentes con participación en cada proyecto serán convocadas por el Fiduciario, mediante notificación a los mismos con 5 (cinco) días hábiles de antelación. Las decisiones serán tomadas por Mayoría Simple de votos presentes, teniendo en cuenta las participaciones individuales de cada Inversor. Será facultad de Asamblea de Inversores aprobar la liquidación final de las participaciones en cada proyecto, aprobando o no la gestión del Fiduciario y sus colaboradores.

DÉCIMO TERCERA: Emisión de Certificados de Participación por Proyecto. El Fiduciario, de acuerdo a la información mencionada en la cláusula anterior emitirá los certificados correspondientes por duplicado, serán representativos del valor que cada beneficiario aporte al fondo e imputado a cada proyecto. Dicha participación representará la participación del inversionista en el resultado final del proyecto. El certificado deberá contener como mínimo los siguientes datos: *a) Datos Generales y Particulares de la Explotación o Proyecto* (Cantidad de hectáreas sujetas a explotación, Ubicación por zonas de los inmuebles a explotar, tecnología a adquirir, equipamiento necesario, entre otros); *b) Identificación del beneficiario o Inversor;* *c) porcentaje de participación sobre el total de la explotación;* *d) importe aportado al fideicomiso;* *e) Fecha de inicio de explotación;* *f) Fecha estimativa de liquidación de la participación;* *g) Cantidad de copias del presente certificado.*

DÉCIMO CUARTA: Características de los Certificados. Los títulos representativos de la participación, deberán ser nominados, permitiendo su traspaso mediante contrato de cesión formal, sujeto a lo mencionado por la legislación vigente. Su transmisibilidad deberá ser

aprobada por el Fiduciario y unánimemente por los Fiduciantes Originales que participen del proyecto, en forma previa y expresa, respetando también la legislación vigente en la materia.

DÉCIMO QUINTA: Registro de los Certificados Emitidos. Es obligación del FIDUCIARIO mantener un registro de todos y cada uno de los certificados emitidos por proyecto, será obligación del mismo garantizar la seguridad de los duplicados de los mismos, debiendo depositarlos en caja de seguridad, escribanías, u otros lugares con similares características. Este registro deberá contener asimismo la transferencia de los títulos nominativos, junto a la autorización expresa para esta operación.-

DÉCIMO SEXTA: Régimen de Información – Liquidación de Participaciones. En cumplimiento de la obligación de rendir cuentas que le impone el Artículo 7 de la Ley de Fideicomiso, el Fiduciario dentro de los diez días de cerrado cada trimestre, pondrá a disposición de los Fiduciantes y/o de los INVERSIONISTAS, en el domicilio que el fiduciario constituya a tal efecto y comunique a las Partes: 16.a.1) Informe de gestión trimestral de los fondos recibidos (cuadro de origen y aplicación de fondos) y de la evolución de los diferentes proyectos, distribuidos por periodos de evolución del negocio; (por ejemplo para el caso de cultivo en campo de terceros: presiembra – siembra – estadíos de los cultivares – precosecha – cosecha); 16.a.2) La rentabilidad esperada y la evolución de sus determinantes, por ejemplo la evolución de precios de los cereales – rindes esperados – proyección de gastos de campaña; 16.a.3) Los riesgos coyunturales a que está expuesta la explotación agrícola.

En forma anual o al momento de finalizar cada proyecto de inversión, se deberá presentar: 16.b.1) Un Balance Anual que contenga todas las participaciones del Fideicomiso en los distintos proyectos, cuyo cierre de ejercicio será el día 30 de junio de cada año; Este documento deberá ser aprobado por Asamblea de Fiduciantes Originales antes del 30 de octubre de cada año. 16.b.2) Informe Final de Proyecto y Liquidación de Participaciones: Se informará la ejecución completa del proyecto, la utilidad generada y la liquidación de la participación de cada inversor. Estos documentos deberán ser sometidos a Asamblea de Inversores y ser aprobados por Mayoria Simple de Participaciones, dentro de los sesenta días de finalizado el proyecto.

La presente enumeración refleja los datos mínimos a proporcionar a las Partes, pudiendo incorporar el Fiduciario otro tipo de información que estime de interés. -

DÉCIMO SEPTIMA: Margen de Endeudamiento. El fiduciario, al margen de la emisión de los certificados de participación mencionados en cláusula decimotercera, en base a la información técnica de la que disponga respecto al flujo estimado de fondos de los bienes que integran el Patrimonio Fiduciario, será quien en definitiva decida respecto a otras operaciones de endeudamiento financieras, comerciales o de garantía. Como pauta restrictiva, el fiduciario no podrá financiarse por un valor que exceda el 50% de la valuación de mercado de los bienes

enumerados en la cláusula 5.1 y 5.2 (Disponibilidades, Bienes de Cambio y Bs. de Uso cedidos fiduciariamente). Asimismo tampoco se tomarían operaciones que excedan del 50% sobre el presupuesto de cada proyecto aceptado por los fiduciantes.-

TÍTULO IV - DE LOS DERECHOS Y/O DEBERES DE LAS PARTES

DÉCIMO OCTAVA: Deberes y Derechos del Fiduciario. Sin perjuicio de los deberes y facultades a que está sujeto el Fiduciario en virtud de la Ley 24.441 y las demás partes del presente Contrato de Fideicomiso, el Fiduciario se obliga, en particular, a: 18.A.1) Emplear en la administración de los Bienes Fideicomitados la prudencia y diligencia que emplea un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, cumpliendo acabadamente con los compromisos que asume en virtud del presente Contrato de Fideicomiso y tomando las medidas necesarias para conservar, perfeccionar y proteger los Bienes Fideicomitados y sus derechos como Fiduciario de los mismos; 18.A.2) Nombrar “Coordinador/es remunerados” que se responsabilicen en cada etapa de la explotación o proyecto, en forma ejemplificativa se podrá nombrar: ADMINISTRADOR GENERAL - COORDINADOR TECNICO – COORDINADOR EQUIPO DE SIEMBRA – RESPONSABLE ADMINISTRATIVO – COORDINADOR DE SANIDAD – RESPONSABLE DE COSECHA Y COMERCIALIZACION. Las funciones, responsabilidades y atribuciones de cada puesto para cada proyecto serán definidas en un “Contrato de Locación de Obra”, suscripto entre el Fideicomiso y el Coordinador. Cada uno de ellos responderá frente al fiduciario y frente a los Fiduciantes y/o Beneficiarios. Estos cargos serán remunerados a valores de mercado, otorgándose prioridad en la contratación a los “fiduciantes originales”, pudiendo conservar uno o mas áreas el propio fiduciario; 18.A.3) Nombrar un “Auditor Empresario” para cada uno de los Proyectos aceptados, quien se encargará de controlar el cumplimiento del Plan de Negocio establecido por los Fiduciantes, este cargo no es obligatorio para todos los proyectos, siendo el mismo remunerado. 18.A.4) Cumplir con las disposiciones de la Ley de Fideicomiso y del presente Contrato de Fideicomiso, tomar las medidas y suscribir los documentos e instrumentos que sean necesarios o aconsejables a fin de llevar a cabo los fines del Fideicomiso; 18.A.5) No disponer de los Bienes Fideicomitados salvo de conformidad con lo establecido en el presente Contrato de Fideicomiso, ni constituir o, en la medida de sus posibilidades, permitir la constitución de gravámenes sobre dichos Bienes Fideicomitados; 18.A.6) Detentar el dominio fiduciario de los Bienes Fideicomitados; 18.A.7) Cumplir toda función que a su cargo se establece en el presente Contrato de Fideicomiso; 18.A.8) En caso de corresponder, pagar todos los Impuestos del Fideicomiso- 18.A.9) Comunicar a la Asamblea de Fiduciantes o Beneficiarios todo supuesto de Incumplimiento.-

El Fiduciario tendrá, entre otras las siguientes facultades: 18.B.1) Percibir la retribución pactada en la Cláusula VIGÉSIMO QUINTA. 18. B.2) Renunciar al desempeño como Fiduciario en la forma referida en la Cláusula VIGÉSIMO SEGUNDA. 18. B.3) Solicitar a los Fiduciantes, todas las aclaraciones y apoyatura que estime pertinente, para su correcta labor como Fiduciario y para la concreción del objeto del presente Fideicomiso.-

El Fiduciario tendrá facultades y atribuciones plenas e irrevocables para que, a su criterio, tome todas y cualesquiera acciones apropiadas (incluyendo, sin carácter taxativo, las expresamente previstos en el presente) y otorgue todos y cualesquiera actos y documentos que considere necesarios o convenientes para la protección y exigibilidad de sus derechos bajo este Contrato de Fideicomiso, así como para preservar los Bienes Fideicomitidos y proteger el interés de los inversionistas.- No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el Fiduciario solamente será responsable por los actos realizados por cualesquiera de los funcionarios expresamente autorizados por él, quedando expresamente aclarado que el Fiduciario será el único responsable por los actos realizados por dichos funcionarios por él designados a la fecha del presente. Asimismo, y sin perjuicio de las facultades mencionadas precedentemente, el Fiduciario se obliga a llevar a cabo las funciones que se estipulan en este Contrato de Fideicomiso, y solamente dichas funciones y no será responsable sino por el cumplimiento de dichas funciones. El Fiduciario no será responsable por la pérdida o reducción en el valor de los Bienes Fideicomitidos mientras un tribunal competente no determine, por sentencia firme y definitiva, que la pérdida o reducción se produjo por motivos imputables al Fiduciario, y en la medida y con el alcance que el tribunal resuelva. El Fiduciario, únicamente será responsable por la administración que realice de los fondos fiduciarios que efectivamente ingresen en la Cuenta Recaudadora, no estando a su cargo ninguna gestión de cobranza por los fondos que no ingresen en la mencionada cuenta como así tampoco será responsable por su falta de ingreso en debido tiempo y forma por la causa que fuere.

DÉCIMO NOVENA: Derechos de los Fiduciantes - Fideicomisarios. Los Fiduciantes Originales y Adherentes tienen los siguientes derechos: 19.1) Recibir una rendición de cuentas, sobre la gestión llevada a cabo por el Fiduciario, en cumplimiento de la Cláusula DÉCIMO SEXTA del presente Contrato de Fideicomiso. 19.2) Recibir los Bienes Fideicomitidos remanentes al extinguirse el presente Fideicomiso. 19.3) Participar en las Reuniones de Fiduciantes o Asambleas de Beneficiarios, si correspondiera; con distintas participaciones y/o votos. 19.4) Percibir las sumas correspondientes al pago de los CERTIFICADOS DE PARTICIPACION POR PROYECTO en los plazos y formas que se especifiquen en los respectivos instrumentos representativos de las deudas garantizadas por el presente fideicomiso

VIGÉSIMA: Derechos de los Fiduciantes Adherentes o INVERSIONISTAS. Los Fiduciantes Adherentes o Inversionistas tiene los siguientes derechos: 20.1) Solicitar una rendición de cuentas trimestral, sobre la gestión llevada a cabo por el Fiduciario, en cumplimiento del presente Fideicomiso, imputado a la participación que posean en un proyecto de inversión particular. 20.2) Percibir las sumas correspondientes al pago de los CERTIFICADOS DE PARTICIPACION POR PROYECTO en los plazos y formas que se especifiquen en los respectivos instrumentos representativos de las deudas garantizadas por el presente fideicomiso.-

VIGÉSIMO PRIMERA: Obligaciones de los Fiduciantes Originales o Adherentes. Los Fiduciantes tendrán las siguientes obligaciones: 21.1) Transferir al Fiduciario los recursos (dinero o bienes) descritos en la Cláusula QUINTA en calidad de Patrimonio Fiduciario.- 21.2) Instruir al Fiduciario respecto de las situaciones no previstas en el presente Contrato de Fideicomiso, y que éste ponga a su consideración. A tal fin, deberá brindar en tiempo y forma, todas las aclaraciones y apoyatura que le sean requeridas por el Fiduciario, para que pueda llevar a cabo su labor fiduciaria y para la concreción del objeto del presente Fideicomiso.-

TÍTULO V - OTROS ASPECTOS QUE HACEN AL FIDUCIARIO

VIGÉSIMO SEGUNDA: Renuncia, remoción o cese del Fiduciario-----

22.A) Renuncia. El Fiduciario podrá, en cualquier momento, mediante notificación al Fiduciante, con una anticipación de treinta (30) días, renunciar y quedar liberado de las responsabilidades asumidas por el presente Contrato de Fideicomiso. La renuncia producirá efectos luego de la transferencia de los Bienes Fideicomitados al fiduciario sucesor elegido en la forma prevista más adelante. El Fiduciario hará sus mejores esfuerzos para que los gastos relacionados con el nombramiento del fiduciario sucesor, se reduzcan al mínimo posible, atendiendo a los valores de mercado vigentes en ese momento. Los gastos que sean necesarios a este efecto serán soportados por el Fiduciante.

22.B) Remoción. El Fiduciario podrá ser removido por justa causa por el Fiduciante en consulta con LOS INVERSIONISTAS. Se entenderá que existe “justa causa” de remoción cuando el Fiduciario hubiera incurrido en incumplimiento de las obligaciones a su cargo y este incumplimiento haya sido calificado como tal por una sentencia judicial firme y definitiva dictada por los tribunales competentes. Dicha remoción producirá efectos luego de la designación de un fiduciario sucesor en la forma prevista más adelante y la aceptación de dicha designación por el fiduciario sucesor bajo los términos del presente. El Fiduciario no podrá ser removido sin justa causa.

22.C) Mora del Fiduciario.- La mora en el cumplimiento de las obligaciones del Fiduciario no se producirá automáticamente. En caso de ocurrencia de algún incumplimiento, el Fiduciante

deberá intimar al Fiduciario a subsanarlo dentro del plazo de 5 Días Hábiles. Vencido este último término sin que se hubiera subsanado el incumplimiento, se producirá la mora del Fiduciario y dará derecho al Fiduciante, a solicitar judicialmente su remoción con justa causa. Además de las previstas en los párrafos precedentes, el fiduciario cesará en sus funciones en los casos contemplados en el art. 9º de la Ley 24.441.

VIGÉSIMO TERCERA: Sustitución del Fiduciario.-----

23.A) Designación del Fiduciario sucesor. En caso de renuncia del Fiduciario, o remoción, o cualquier otro supuesto de vacancia en el cargo de fiduciario, el Fiduciante deberá designar un fiduciario sucesor y cancelar las facultades y atribuciones del fiduciario predecesor, sin necesidad de formalidad alguna (excepto lo que requieran las leyes aplicables).- La designación de un fiduciario sucesor requerirá: 23.A.1) la comunicación fehaciente de la remoción al Fiduciario, predecesor, salvo en caso de renuncia; 23.A.2) la aceptación del fiduciario sucesor; 23.A.3) la notificación a las Empresas Acopiadores del Anexo I y de las que puedan estar incorporadas al momento de la sustitución y 23.A.4) la notificación a los Beneficiarios.- En caso de no designarse ningún fiduciario sucesor, el Fiduciario solicitará, y/o cualquiera de los Beneficiarios podrá solicitar a juez competente, la designación de un fiduciario sucesor para que se desempeñe hasta que otro sea designado por el Fiduciante. Cualquier fiduciario sucesor designado en tal forma por el tribunal será reemplazado en forma inmediata, y sin que medie ningún acto adicional, por el fiduciario sucesor designado por el Fiduciante.-

23.B) Asunción del cargo por el fiduciario sucesor. El documento escrito que evidencia la designación y aceptación del cargo por el fiduciario sucesor será suficiente para atribuirle todos los deberes, facultades y derechos inherentes al cargo, incluida la transferencia de la propiedad fiduciaria de los Bienes Fideicomitidos. De ser requerido cualquier documento complementario, podrá ser otorgado por el fiduciario sucesor. En el caso que el fiduciario sucesor no pudiera obtener del fiduciario anterior la transferencia de los Bienes Fideicomitidos, podrá solicitar al juez que supla la inacción de aquél otorgando todos los actos que fueran necesarios a ese fin.-

VIGÉSIMO CUARTA: Retribución del Fiduciario. El Fiduciario percibirá por su tarea como única retribución, y a cargo del Fideicomiso – siendo considerado un Gasto del Fideicomiso -, un importe mensual de pesos cuatrocientos (\$ 400,=), al que deberá incorporarse el IVA – de corresponder - que se devengará con la firma del presente Contrato de Fideicomiso.- Si se ejecutare algún servicio adicional a los previstos en el presente Contrato de Fideicomiso, serán estos facturados por el Fiduciario atendiendo valores de mercado.-

VIGÉSIMO QUINTA: Reembolso de Gastos al Fiduciario. Serán a cargo del Fideicomiso todos los gastos ordinarios o extraordinarios en los que deba incurrir el Fiduciario a los efectos del cumplimiento del presente Contrato de Fideicomiso. A título enunciativo, comprenderá los

siguientes gastos (en adelante los “Gastos del Fideicomiso”): 25.1) los Impuestos del Fideicomiso, 25.2) la retribución del fiduciario.- 25.3) los gastos razonables y documentados de notificaciones (carta documento), actuaciones notariales, traslados, viáticos, etc; en los que incurriera el Fiduciario o su asesor legal para el desenvolvimiento de su función; 25.4) los honorarios del asesor legal y/o de los profesionales que asistan al fiduciario; 25.5) las costas documentadas generadas como consecuencia de procedimientos judiciales o extrajudiciales que hagan a la preservación de los bienes fideicomitidos; 25.6) los gastos que se generen por la renuncia o remoción del Fiduciario, y la designación del sucesor 25.7) todo otro gasto razonable por la administración de los bienes fideicomitidos y para que el fiduciario pueda cumplir el objeto del presente fideicomiso.-

En ningún caso el Fiduciario deberá efectuar desembolsos de sus propios fondos a favor del Fideicomiso. En caso de que, por su propia voluntad, decidiera desembolsar fondos propios, el Fiduciario tendrá un derecho de garantía (y preferencia) sobre los Bienes Fideicomitidos y podrá cobrarse directamente de los mismos. Sin perjuicio de ello, los Fiduciantes abonarán al Fiduciario todos los costos y gastos devengados dentro del plazo de cuarenta y ocho horas de notificado de no haber fondos necesarios en el Fideicomiso para su pago.-

VIGÉSIMO SEXTA: Prohibiciones al Fiduciario. El Fiduciario no podrá: 26.1) Liberarse de su obligación de rendir cuentas.- 26.2) Liberarse de responsabilidad por actos culposos o dolosos realizados por él o por sus dependientes. 26.3) Adquirir los Bienes Fideicomitidos o quedarse para sí el remanente de los mismos una vez terminado este Fideicomiso. 26.4) Gravar los Bienes Fideicomitidos, o disponer de los mismos en actos que excedan el objeto del presente contrato.-

VIGÉSIMO SÉPTIMA: Declaraciones y Garantías del Fiduciario. El Fiduciario declara y garantiza a los Fiduciantes lo siguiente: 27.1) El Fiduciario no posee ninguna limitación o condición, para actuar como fiduciario del presente Fideicomiso, según lo dispuesto en la Ley de Fideicomiso y demás normas aplicables; 27.2) el Fiduciario goza de todas las facultades necesarias para suscribir este Contrato de Fideicomiso y asumir y cumplir válidamente las obligaciones a su cargo previstas en el mismo; 27.3) este Contrato de Fideicomiso contiene disposiciones legales, válidas y vinculantes para el Fiduciario, exigibles a éste de conformidad con las disposiciones de este Contrato de Fideicomiso; 27.4) la celebración y cumplimiento de este Contrato de Fideicomiso no viola las disposiciones de ningún acuerdo, contrato o convenio que el Fiduciario haya celebrado con anterioridad; 27.5) La falsedad o el incumplimiento futuro de las mencionadas declaraciones garantías constituirá una causal de remoción con causa del Fiduciario.-

TÍTULO VI - EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

VIGÉSIMO OCTAVA: Liquidación y extinción del Fideicomiso. A) El Fideicomiso se liquidará ante la ocurrencia de cualquiera de los siguientes supuestos: 28.A.1) El pago total de los Certificados de Participación por Proyecto y sus Obligaciones Garantizadas; y/o 28.A.2) el transcurso del plazo máximo a que hace referencia el artículo 4º inciso c) de la Ley 24441.-
28.B) El Fideicomiso se extinguirá una vez concluida su liquidación.-

TÍTULO VII – INDEMNIDAD

VIGÉSIMO NOVENA: Responsabilidad e Indemnidad.-

29.A) Responsabilidad.- El Fiduciario será responsable actuando en esta calidad sólo en los casos previstos en los Artículos 6 y 7 de la Ley de Fideicomiso. Salvo en dichos casos, los Fiduciantes o terceros acreedores no tendrá acción o derecho alguno contra el Fiduciario en caso de falta de pago de las Obligaciones Garantizadas originadas en la insuficiencia de los Bienes Fideicomitados. - El Fiduciario no será responsable en forma alguna por la exactitud de los considerandos, declaraciones, manifestaciones o garantías del Fiduciante incluidas en el presente Contrato de Fideicomiso.- Todas las obligaciones asumidas por el Fiduciario en virtud del presente Contrato de Fideicomiso serán satisfechas exclusivamente con los Bienes Fideicomitados, conforme lo dispone el Artículo 16 de la Ley de Fideicomiso.-

29.B) Disposiciones liberatorias. El Fiduciario sólo será responsable por la inexactitud de los considerandos, declaraciones, manifestaciones o garantías incluidas en el presente, cuando los mismos fueran formulados por el Fiduciario, y en tanto tal inexactitud se deba a su exclusivo dolo o a culpa.- El Fiduciario no efectúa declaración alguna acerca del valor o condición de todo o parte de los Bienes Fideicomitados. El Fiduciario no incurrirá en costo ni será responsable por el pago de Impuestos del Fideicomiso, cargas, imposiciones o gravámenes sobre los Bienes Fideicomitados o por el mantenimiento de éstos.- Con el alcance permitido por las leyes aplicables, el Fiduciario no tendrá obligación alguna, en lo que respecta a los Bienes Fideicomitados que estén en su poder, o bajo su control, salvo por los deberes de custodia, el deber de rendir cuentas y las demás obligaciones expresamente previstas en el presente.

29.C) Indemnidad. - Los Fiduciantes Originales y Adherentes renuncian mediante el presente en forma total y definitiva a reclamar al Fiduciario indemnización y/o compensación alguna como consecuencia de cualquier pérdida, daño y/o reclamo relacionado con el ejercicio, por parte del Fiduciario, de sus derechos, funciones y tareas bajo el presente Contrato de Fideicomiso y/o con los actos, procedimientos y/u operaciones contemplados y/o relacionados con los mismos, salvo culpa o dolo de su parte calificada como tal por una sentencia judicial firme y definitiva dictada por los tribunales competentes.-

29. D) *Vigencia.* - Las obligaciones emergentes de este Título permanecerán vigentes aún después de liquidado y/o extinguido el Fideicomiso, por cualquier causa que sea.-

TÍTULO VIII - MODIFICACIONES AL CONTRATO

TRIGÉSIMA – Modificaciones al Contrato. - Salvo subsanaciones o agregados de índole operativa que pudieran introducirse a fin de eficientizar los procedimientos especificados en el presente contrato de fideicomiso, el presente Contrato de Fideicomiso sólo podrá ser modificado por escrito, mediante documento firmado por los Fiduciantes y el Fiduciario, con la conformidad expresa de todos los beneficiarios.-

TÍTULO IX - OTRAS CONSIDERACIONES

TRIGÉSIMO PRIMERA: Notificaciones y comunicaciones.- Toda notificación u otra comunicación en relación con este Contrato de Fideicomiso se efectuará por medio de carta documento o carta certificada con aviso de retorno, a los domicilios especificados en el encabezado del presente Contrato de Fideicomiso.- Las direcciones antedichas sólo podrán modificarse mediante previo aviso por escrito dado a la otra Parte en la forma de notificación establecida en el presente Artículo informando la nueva dirección.-

TRIGÉSIMO SEGUNDA: Cláusulas generales. Complementariamente a las cláusulas referidas, regirán también las siguientes cláusulas generales: 32.A) El presente contrato se rige por las disposiciones de la ley 24.441 y sus modificatorias. 32.B) 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 cada Fiduciante quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores de los Beneficiarios podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los Bienes Fideicomitados y subrogarse en sus derechos. 32.C) Si cualquiera de las cláusulas del presente contrato fuera contraria a la ley o a las reglamentaciones vigentes o futuras o pudiera resultar nula o anulable, dicha invalidez no afectará a las demás cláusulas de este contrato, salvo que la invalidez comprendiera un elemento esencial en el objeto del mismo o a las partes contratantes. 32.D) El alcance, sentido e interpretación de este Contrato de Fideicomiso deberá realizarse teniendo en cuenta la finalidad del mismo.- 32.E) Cualquier demora u omisión por parte de cualquiera de las Partes en ejercitar cualquier derecho establecido en este Contrato de Fideicomiso que le corresponda no será interpretado como renuncia al mismo.-

Previa Lectura y ratificación, las partes suscriben el presente acuerdo en tres ejemplares de igual tenor y efecto en la Ciudad de Jesús María, a los siete días del mes de junio de 2006.

ANEXO II

CONTRATO DE ADHESIÓN AL FIDEICOMISO AGROPECUARIO SIERRAS CHICAS

En la ciudad de Jesús María, a los veintinueve días del mes de Agosto de 2007; entre por una parte, y en calidad de “FIDUCIANTES ADHERENTES”, el Señor Octavio Marcelo Andreotti, de nacionalidad argentina, mayor de edad, Documento de Identidad Nro. 29.427.587, y domiciliado en calle xxxxx – Ciudad de Córdoba, y por la otra parte, en calidad de “FIDUCIARIO”, el Señor XXXXXX, de nacionalidad Argentina, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número 28.788.077, de estado civil casado y constituyendo domicilio especial a estos efectos en calle XXXXX, Ciudad de Jesús María, Provincia de Córdoba.

CONSIDERANDO: A - Que las personas, fiduciantes adherentes han sido presentados por alguno de los Fiduciarios Originales. B – Que han decidido su participación en el presente Fideicomiso Agropecuario, evaluando su intención de invertir una suma de dinero en Actividades Agropecuarias que implican un Riesgo Empresario. C – Que conocen y aceptan la figura del fideicomiso ordinario (no financiero) – regulado por Ley 24441 – como la alternativa más eficaz para los fines antes mencionados; siendo suficientes para el otorgamiento de las garantías, aceptando su régimen de información, la transparencia en la operatoria, como medio para respetar también el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones asumidas.-

EN CONSECUENCIA, en atención a estas consideraciones y con el objeto de participar en los “Proyectos propuestos por el Fideicomiso”, HAN DECIDIDO ADHERIR al presente Fideicomiso Ordinario de Administración denominado “FIDEICOMISO AGROPECUARIO SIERRAS CHICAS”, aceptando como propias todas y cada una de las cláusulas del Contrato Original, cuya copia se adjunta al presente (ver Anexo I).

ANEXO III

LEY 24.441

TÍTULO I

Del fideicomiso

CAPÍTULO I

Art. 1º. Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otro (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.

Art. 2º. 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.

Art. 3º. 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 art. 4º. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el art. 10 de la presente ley.

CAPÍTULO II

El fiduciario

Art. 4º. 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 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.

Art. 5°. 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.

Art. 6°. El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Art. 7°. 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 de un año.

Art. 8°. Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

Art. 9°. El fiduciario cesará como tal por:

- a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;
- b) por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;
- c) por disolución si fuere una persona jurídica;
- d) por quiebra o liquidación;
- e) 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.

Art. 10. Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.

CAPÍTULO III

Efectos del fideicomiso

Art. 11. Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

Art. 12. El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.

Art. 13. Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.

Art. 14. Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 1113 del CCiv. se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

Art. 15. Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos 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 fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

Art. 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. 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 previsiones 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 previsto para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del art. 24.

Art. 17. 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.

Art. 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 hiciera sin motivo suficiente.

CAPÍTULO IV

Del fideicomiso financiero

Art. 19. Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y 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.

Art. 20. El contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del art. 4º y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

CAPÍTULO V

De los certificados de participación y títulos de deuda

Art. 21. Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados 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 art. 8º y concs. 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.

Art. 22. Pueden emitirse diversas clases de certificados de participación con derechos diferentes. Dentro de cada clase se otorgarán los mismos derechos. La emisión puede dividirse en series.

CAPÍTULO VI

De la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero

Art. 23. En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que 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.

Art. 24. Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:

- 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 asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inc. b) en que la mayoría será de dos terceras partes de los títulos emitidos y en circulación.

Si no hubiese quorum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a lo menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

CAPÍTULO VII

De la extinción del fideicomiso

Art. 25. El fideicomiso se extinguirá por:

- a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) la revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo;
- c) cualquier otra causal prevista en el contrato.

Art. 26. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

TÍTULO II

Contrato de “Leasing” (título derogado por Ley 25.248)

(Del artículo 27 al 34 derogados por Ley 25.248/00)

TÍTULO III

De las letras hipotecarias

Art. 35. Las letras hipotecarias son títulos-valores con garantía hipotecaria.

Art. 36. La emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca.

Art. 37. La emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

Art. 38. La emisión de letras hipotecarias no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario tendrá los derechos y obligaciones del tercer poseedor de cosa hipotecada. La locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre las letras o sus cupones. El deudor o el tercero poseedor tienen la obligación de mantener la cosa asegurada contra incendio en las condiciones usuales de plaza; el incumplimiento causa la caducidad de los plazos previstos en la letra.

Art. 39. Las letras hipotecarias son emitidas por el deudor, e intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del Registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Las letras hipotecarias deberán contener las siguientes enunciaciones:

- a) nombre del deudor y, en su caso, del propietario del inmueble hipotecado;
- b) nombre del acreedor;
- c) monto de la obligación incorporada a la letra, expresado en una cantidad determinada en moneda nacional o extranjera;
- d) plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los respectivos cupones, salvo lo previsto en el art. 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables;
- e) el lugar en el cual debe hacerse el pago;
- f) tasa de interés compensatorio y punitivo;
- g) ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales;
- h) deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales;

i) la indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos;

j) los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

También se dejará constancia en las letras de las modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés, etc., las letras hipotecarias también podrán ser escriturales.

Art. 40. Las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosatarios o portadores del título, salvo lo dispuesto en el art. 42, *in fine*. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante.

Art. 41. Las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra, sin perjuicio de lo cual serán oponibles aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscripto de esta manera.

Art. 42. El pago se hará en el lugar indicado en la letra. El lugar de pago podrá ser cambiado dentro de la misma ciudad, y sólo tendrá efecto a partir de su notificación al deudor.

Art. 43. Verificados los recaudos previstos en el artículo precedente, la mora se producirá en forma automática al solo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

Art. 44. El derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca.

Art. 45. El portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de esta ley cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca. De ello deberá dejarse constancia en la letra y en los cupones.

Art. 46. Al título-valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto-ley 5965/1963 para la letra de cambio.

Art. 47. Las acciones emanadas de las letras hipotecarias prescriben a los tres años contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés.

Art. 48. La cancelación de la inscripción de la emisión de las letras, y por ende de la hipoteca, se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de las letras y cupones en su caso con

constancia de haberse efectuado todos los pagos de capital e intereses. El certificado extendido por el juez tendrá el mismo valor que las letras y/o cupones a los efectos de su presentación para la cancelación de la hipoteca.

Art. 49. Las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellos, conforme las disposiciones reglamentarias que se dicten.

TÍTULO IV

De los créditos hipotecarios para la vivienda

Art. 50. En los créditos hipotecarios para la vivienda otorgados de conformidad con las disposiciones de esta ley, los gastos de escrituración por la traslación de dominio e hipoteca a cargo del cliente por todo concepto, excluidos los impuestos, e incluido el honorario profesional, no podrán superar el dos por ciento del precio de venta o la valuación del inmueble; cuando debe otorgarse hipoteca, el honorario podrá convenirse libremente. Los aportes a los regímenes de previsión para profesionales -si correspondiere- y otras contribuciones, exceptuadas las tasas retributivas de servicio de naturaleza local, serán proporcionales a los honorarios efectivamente percibidos por los profesionales intervinientes.

Art. 51. En los créditos hipotecarios para la vivienda el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, salvo estipulación en contrario. Es inderogable por pacto en contrario la facultad del deudor de cancelar el crédito antes de su vencimiento cuando el pago fuere de la totalidad del capital adeudado, el contrato podrá prever una compensación razonable para el acreedor cuando la cancelación anticipada se hiciera antes de que hubiere cumplido la cuarta parte del plazo total estipulado.

TÍTULO V

Régimen especial de ejecución de hipotecas

Art. 52. Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el art. 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes.

Art. 53. En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.

Art. 54. Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el art. 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el art. 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el art. 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará *in audita parte*, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma.

Art. 55. El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

Art. 56. Asimismo el acreedor podrá:

- a) solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado;
- b) requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

Art. 57. Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta.

Art. 58. La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán -como mínimo- informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta.

Art. 59. El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta.

Art. 60. Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente.

Art. 61. Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento. Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito.

Art. 62. Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados.

Art. 63. La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito.

El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro.

Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida.

Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el art. 54. La protocolización de las

actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de:

- a) la intimación al deudor en los términos del art. 53;
- b) la notificación del art. 59;
- c) la publicidad efectuada;
- d) el acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo.

Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción.

Art. 64. El ejecutado no podrá interponer defensa, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el art. 54 ni la subasta, salvo que acredite verosímelmente alguno de los siguientes supuestos:

- a) que no está en mora;
- b) que no ha sido intimado de pago;
- c) que no se hubiera pactado la vía elegida;
- d) que existieran vicios graves en la publicidad.

En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta. Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones, salvo en el caso del inc. b), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta.

Art. 65. Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) la no concurrencia de los hechos que habilitan la venta;
- b) la liquidación practicada por el acreedor;
- c) el incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que seriere pasible.

Art. 66. Dentro de los treinta días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento previsto en el art. 60.

Art. 67. Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el

deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble.

TÍTULO VI

Reformas del Código Civil

Art. 68. Incorporase como párrafo final del art. 980 del CCiv. el siguiente:

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado.

Art. 69. Incorporase como párrafo final del art. 997 del CCiv. el siguiente:

Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no podrán imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente.

Art. 70. Se aplicarán las normas de este artículo y las de los arts. 71 y 72, cuando se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos, para:

- a) garantizar la emisión de títulos-valores mediante oferta pública;
- b) constituir el activo de una sociedad, con el objeto de que ésta emita títulos-valores ofertables públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo;
- c) constituir el patrimonio de un fondo común de créditos.

Art. 71. La cesión prevista en el artículo anterior podrá efectuarse por un único acto, individualizándose cada crédito con expresión de su monto, plazos, intereses y garantías. En su caso, se inscribirá en los registros pertinentes.

Los documentos probatorios del derecho cedido se entregarán al cesionario o fiduciario o, en su caso, a un depositario o al depositario del fondo común de créditos.

Art. 72. En los casos previstos por el art. 70:

- a) no es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en el sentido. La cesión será válida desde su fecha.
- b) sólo subsistirán contra el cesionario la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado anterior a la fecha de cesión;
- c) cuando se trate de una entidad financiera que emita títulos garantizados por una cartera de valores mobiliarios que permanezcan depositados en ella, la entidad será el propietario fiduciario de los activos. Sin embargo, los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio.

Art. 73. Sustitúyese el art. 2662 del CCiv. por el siguiente:

Art. 2662. 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.

Art. 74. Agrégase, como segundo párrafo del art. 2670 del CCiv., el siguiente:

Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial.

Art. 75. Agrégase como segundo párrafo del art. 3936 del CCiv. el siguiente:

Las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria, conforme a las siguientes pautas:

- a) El procedimiento será el del juicio ejecutivo.
- b) El trámite informativo sobre las condiciones de dominio y sobre impuestos, tasas, contribuciones y expensas podrá tramitarse de manera extrajudicial, y el estado de ocupación podrá constatarse por acta notarial.
- c) No procederá la compra en comisión.
- d) En ningún caso podrá declararse la indisponibilidad de los fondos producidos en el remate, si bien el juez podrá exigir caución suficiente al acreedor.
- e) Si fuera solicitado por el acreedor, el juez decretará el desalojo del inmueble antes del remate.

Art. 76. Agrégase como último párrafo del art. 3876 del CCiv. el siguiente:

Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor.

TÍTULO VII

Modificaciones al régimen de corretaje

Art. 77. Para la matriculación y el desempeño del corredor no será exigible el hallarse domiciliado en el lugar donde se pretende ejercer.

En los casos de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente. En las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder el 1 1/2 del valor de compra.

TÍTULO VIII

Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión

Art. 78. Modifícase la ley 24083, de la siguiente forma:

a) Incorpórase dos párrafos finales al art. 1º, el que queda redactado de la siguiente forma:

Art. 1º. Se considera fondo común de inversión al patrimonio integrado por valores mobiliarios con oferta pública, metales preciosos, divisas, derechos y obligaciones derivados de operaciones de futuro y opciones, instrumentos emitidos por entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, y dinero, perteneciente a diversas personas a las cuales se les

reconocen derechos de copropiedad representados por cuotas partes cartulares o escriturales. Estos fondos no constituyen sociedades y carecen de personería jurídica.

Los fondos comunes que se constituyan con una cantidad máxima de cuotas partes de acuerdo con el art. 21 de esta ley, podrán tener objetos especiales de inversión e integrar su patrimonio con conjuntos homogéneos o análogos de bienes, reales o personales, o derechos creditorios con garantías reales o sin ellas de acuerdo con lo que disponga la reglamentación del órgano de fiscalización previsto en el art. 32 de esta ley.

Los fondos comunes de inversión podrán emitir distintas clases de cuotas partes con diferentes derechos. Las cuotas partes podrán dar derechos de copropiedad de acuerdo con lo previsto en el primer párrafo de este artículo y también podrán emitirse cuotas partes de renta con valor nominal determinado y una renta calculada sobre dicho valor cuyo pago estará sujeto al rendimiento de los bienes que integren el haber del fondo.

b) Sustitúyase el art. 2º por el siguiente:

Art. 2º. La denominación fondo común de inversión, así como las análogas que determine la reglamentación, podrán utilizarse únicamente para los que se organicen conforme a las prescripciones de la presente ley, debiendo agregar la designación que les permita diferenciarse entre sí. La denominación fondo común de inversión inmobiliario, así como las análogas que determine la reglamentación, sólo podrá ser utilizada por aquellos fondos comunes de inversión con una cantidad máxima de cuotas partes cuyo patrimonio se hallare integrado, además de por los bienes previstos en el párrafo primero del art. 1º de esta ley, por derechos sobre inmuebles, créditos hipotecarios en primero o ulterior grado y derechos de anticresis constituidos sobre inmuebles en las proporciones que establece en la reglamentación.

c) Modifícase el inc. a) del art. 13, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 13. El Reglamento de Gestión debe especificar:

a) planes que se adoptan para la inversión del patrimonio del fondo, especificando los objetivos a alcanzar, las limitaciones a las inversiones por tipo de activo y, de incluir créditos, la naturaleza de los mismos y la existencia o no de coberturas contra el riesgo de incumplimiento.

d) Modifícase el inc. c) del art. 14, el que quedará redactado de la siguiente forma:

c) La guarda y el depósito de valores y demás instrumentos representativos de las inversiones, pago y cobro de los beneficios devengados, así como el producto de la compraventa de valores y cualquiera otra operación inherente a estas actividades. Los valores podrán ser depositados en una caja constituida según lo dispone la ley 20643.

e) Incorpórase como inc. e) del art. 14 el siguiente:

e) En los casos de fondos comunes de inversión inmobiliaria:

I) actuar como fiduciario, en los términos del art. 2662 del CCiv. respecto de los inmuebles, derechos de anticresis y créditos hipotecarios, en beneficio de los cuotapartistas y conforme a las instrucciones de la sociedad gerente. Esta última deberá prestar su asentimiento expreso en todo acto de adquisición o disposición de los bienes antes indicados.

II) realizar respecto de los bienes inmuebles todos los actos de administración que sean necesarios para su conservación, venta, hipoteca o constitución de otros derechos reales, arrendamiento o *leasing* conforme a las instrucciones que imparta la sociedad gerente. El reglamento de gestión podrá asignar esas tareas directamente a la sociedad gerente, sin necesidad de ningún otro instrumento.

III) custodiar los demás bienes que integran el fondo común;

IV) llevar por sí o a través de una caja constituida según la ley 20643, el registro de cuotapartes escriturales o nominativas y expedir las constancias que soliciten los cuotapartistas.

f) Sustitúyase el art. 17, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 17. El dinero en efectivo no invertido perteneciente al fondo, debe depositarse en entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, o para el caso de los depósitos y otras transacciones en moneda extranjera que fueren necesarias para las operaciones de los fondos comunes en mercados del exterior en las entidades financieras internacionales que reúnan las condiciones que determine la reglamentación.

g) Incorpórase un párrafo final al art. 18, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 18. Las cuotapartes emitidas por el fondo común de inversiones estarán representadas por certificados de copropiedad nominativos o al portador, en los cuales se dejará constancia de los derechos del titular de la copropiedad y deberán ser firmados por los representantes de ambos órganos del fondo. Las firmas podrán ser estampadas por medios mecánicos copiadore. Podrán emitirse cuotapartes escriturales, estando a cargo de la depositaria el registro de cuotapartistas. Un mismo certificado podrá representar una o más cuotapartes. La emisión de cuotapartes debe expedirse contra el pago total del precio de suscripción, no admitiéndose pagos parciales.

Los fondos cerrados podrán emitir certificados globales para su depósito en regímenes de depósito colectivo.

h) Agrégase como último párrafo del art. 21 los siguientes:

El reglamento de gestión puede prever que al menos un año antes de la expiración del plazo por el que se constituyó el fondo, una asamblea de cuotapartistas resuelva su prórroga. Los cuotapartistas disconformes con lo resuelto por la asamblea, podrán solicitar el rescate de sus cuotapartes, a las que se les reintegrará el valor de su participación en el término máximo de un año.

A la asamblea de cuotapartistas se aplicarán las disposiciones de la ley 19550, de sociedades comerciales, relativas a la asamblea extraordinaria.

i) Agrégase como segundo, tercero y cuarto párrafos del art. 25 de la ley 24083, los siguientes:

Las cuotapartes y cuotapartes de renta de los fondos comunes de inversión, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las prestaciones financieras que puedan resultar involucradas en su emisión, suscripción, colocación, transferencia y renta.

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, así como también sus rentas, 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 en 1986 y sus modificaciones). Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título y de ocupación, designando a tal fin el expuesto en su art. 21 y en el art. 104 de la ley 11683 (texto ordenado en 1978 y sus modificaciones).

El tratamiento impositivo establecido en el párrafo anterior será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.

Asimismo, a los efectos del impuesto al valor agregado, las incorporaciones de créditos a un fondo común de inversión, no constituirán prestaciones o colocaciones financieras agravadas. Cuando el crédito incorporado incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el cedente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quienes indique, en cuyo caso ser quien lo reciba el que asumir la calidad de sujeto pasivo.

TÍTULO IX

Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Art. 79. Modifícase el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la siguiente forma:

Art. 598. Dictada la sentencia de trance y remate se procederá de la siguiente forma:

1. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la aprobación del remate, con la intervención del notario al que se refiere el párrafo anterior. A estos fines, el escribano actuante puede requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor.

2. El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

3. Asimismo, el acreedor puede requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto en este inciso no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

4. La venta quedará perfeccionada una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y realizada la tradición a favor del comprador. El pago se podrá realizar directamente al acreedor, quien deberá depositar el remanente dentro del quinto día de verificado el cobro. Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión como lo prevé el inc. 1º deberá ser entregado con intervención del juez. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el comprador, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado.

5. El deudor ni el tercero, poseedor del inmueble hipotecado, pueden interponer incidente ni recurso alguno, salvo las defensas del art. 64 en la oportunidad del art. 54, sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio sumarísimo posterior, los derechos que tenga que reclamar al acreedor. Si existiera peligro de desprotección de alguno de los interesados, se notificará al defensor oficial para que asuma el control del proceso de ejecución de la garantía.

6. Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial:

a) la liquidación practicada por el acreedor; y

b) el incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente artículo por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas de que se hiciera pasible.

7. En los casos previstos en el presente artículo, no procederá la compra en comisión ni la indisponibilidad de los fondos de la subasta. No obstante, el juez podrá pedir caución suficiente al acreedor.

TÍTULO X

Modificaciones al régimen registral

Art. 80. Cuando la ley lo autorice pueden ser inscriptos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público.

Art. 81. La situación registral sólo variará a petición de:

- a) el autorizante del documento que se pretende inscribir, o su reemplazante legal;
- b) quien tuviere interés para asegurar el derecho que se ha de registrar.

TÍTULO XI

Modificaciones al Código Penal

Art. 82. Agrégase al art. 173 del CPen. los siguientes incisos:

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de *leasing*, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes.

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial.

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos.

TÍTULO XII

Modificaciones a las leyes impositivas

Art. 83. Los títulos-valores representativos de deuda, 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 art. 21 y en el art. 104 de la ley 11683 (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.

Art. 84. A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitados 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

debe efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumir la calidad de sujeto pasivo.

Art. 85. Las disposiciones del presente capítulo entrarán en vigencia el primer día del mes subsiguiente al de la publicación de la presente ley.

TÍTULO XIII

Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal

Art. 86. Agrégase al art. 2.1.3.7 del Código de la Edificación (ordenanza 33387 oficializada por ordenanza 33515 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) el siguiente párrafo:

Ante la presentación de la documentación exigida para la ejecución de obras que requieran permiso, se expedirán inmediatamente y en un mismo acto, el número de expediente y la registración, postergando cualquier análisis sobre aquella documentación para la etapa siguiente de fiscalización, basada en la responsabilidad profesional.

Art. 87. Agrégase al inc. a) del art. 2.1.2.2 del Código de la Edificación (ordenanza 33387 oficializada por la 33515 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires), como último párrafo el siguiente:

Cuando la entrega de los certificados exigidos para el permiso de obra demorase más de cuarenta y ocho horas, el interesado quedará autorizado para suplirlos con la presentación de la solicitud correspondiente en la que constará el incumplimiento del plazo antes mencionado.

Art. 88. Derógase la exigencia del registro de gestores, prevista por el art. 2.5.9.6 del Código de Edificación (ordenanza 33387 oficializada por ordenanza 33515).

Art. 89. Redúcese el costo del derecho de ocupación y uso de la vía pública con obradores de empresas privadas por cuenta de terceros, previsto por el art. 26 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47548), a la suma de cinco centavos.

Art. 90. Redúcese la contribución por publicidad prevista por el art. 65 de la Ordenanza Tarifaria para el año 1994 (47548), al cinco por ciento del valor anual de la mayor tarifa para un aviso frontal simple conforme el art. 13.4.14 del Código de la Publicidad (ordenanza 41115), con un importe único para toda la Capital.

Art. 91. Derógase el art. 21 y la obligación de percibir honorarios por etapas prevista en los capítulos II, III y IV del arancel aprobado por decreto-ley 7887/1955.

Art. 92. Derógase el art. 2.1.1.4 del libro segundo del Código de Ética para la Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, aprobado por decreto 1099/1984.

Art. 93. Derógase la intervención del Consejo Profesional respectivo en la extensión del certificado de encomienda de tareas profesionales, previsto en el apartado 4§, inc. a), del art. 2.1.2.2 del Código de la Edificación (ordenanza 33387, oficializada por ordenanza 33515).

Art. 94. Prohíbese a los colegios profesionales de agrimensura, arquitectura e ingeniería exigir a sus matriculados, en forma previa a la realización de actividades en que éstos asuman responsabilidad profesional, cualquier clase de certificado de habilitación y registro de encomienda.

Art. 95. Suprímese el Registro Municipal de Profesionales al que se refiere el art. 2.5.9.1 y concs. del Código de la Edificación (ordenanza 33387 , oficializada por ordenanza 33515) y créase, en su reemplazo, un Registro de Profesionales Sancionados, donde figurarán exclusivamente aquellos profesionales que hayan sido suspendidos o inhabilitados para ejercer en el ámbito municipal.

Podrán ejercer libremente su profesión en el ámbito de la Capital Federal, de conformidad con lo establecido por el decreto 2293 del 2 de diciembre de 1992, quienes no se encuentren incluidos en el Registro de Profesionales Sancionados mencionado en el párrafo anterior.

Art. 96. Derógase el visado del consejo profesional respectivo del letrado reglamentario de obra, previsto en el apartado 5, inc. a), del art. 2.1.2.2 del Código de la Edificación (ordenanza 33387, oficializada por ordenanza 33515).

Art. 97. Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley.

Art. 98. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

BIBLIOGRAFIA

1. Código Civil Argentino.
2. Ley 24.441: Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción.
3. Ley de Impuesto a las Ganancias.
4. Ley de Impuesto al Valor Agregado.
5. Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.
6. Ley de Impuesto a los Bienes Personales.
7. ALCHOURON, Juan M., EIDELSTEIN, Mauricio G., MARTÍN, Julián A., Fideicomisos, Aspectos jurídicos, tributarios y contables, Errepar, Buenos Aires, 2006.
8. AMEAL, Oscar J. (dir.) - TANZI, Silvia Y. (coord.), Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, Abeledo Perrot, 2001.
9. ARMELLA – ORELLE - CAUSEE, Financiamiento de la vivienda y la construcción. Ley 24441, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
10. BETTINA V. FREIRE, El Fideicomiso sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
11. BONO, Gustavo A., “fideicomiso”, Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y la construcción, Alveroni, Córdoba, 1995.
12. BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil, Buenos Aires, 1990.
13. BOUSIGUEZ, Hugo., consultor agropecuario., Revista Tiempo Agropecuario, junio 2004.
14. BREBBIA, Fernando P. “Contratos Agrarios” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1971.
15. CACERES NESTOR, Encuadre tributario de los fideicomisos inmobiliarios, Errepar, DTE N° 317, 2006, T.XXVII.
16. CARREGAL Mario, El Fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas, Universidad Buenos Aires, 1982.
17. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, T. 2, Madrid, 1983.
18. CATUOGNO, Juan L., nota sobre fideicomisos y fondos de inversión directa., eDial.com DC470.
19. CHALUPOWICZ Israel, “Fideicomisos. Un análisis de su tratamiento fiscal” Errepar, Doctrina tributaria, 2006 N° 312.
20. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.

21. FERNANDEZ Julio Cesar D., Antecedentes Históricos del Fideicomiso, Tratado teórico practico del fideicomiso, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
22. FERNANDEZ, Raymundo L. – GOMEZ LEO, Osvaldo R., Tratado Teórico Practico de Derecho Comercial, Depalma, 2004.
23. FORMENTO, Susana., Revista Facultad de Agronomía, junio 2004.
24. GAMES, L.M- ESPARZA, G.A., Fideicomiso y concurso, introducción a un tema complejo y problemático, Buenos Aires, 1997.
25. GIRALDI, Pedro M., Fideicomiso (ley 24.441), Depalma, Buenos Aires, 1998.
26. HIGHTON - MOSSET ITURRASPE – PAOLANTONIO – RIVERA, Reformas al derecho privado. Ley 24.441, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
27. KIPER Claudio M., Régimen Jurídico del dominio fiduciario, La Ley, Buenos Aires 1990.
28. LAMBERGHINI, Mario., Comentario sobre “fideicomisos Agrícolas” en el diario LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba, del 4 de mayo de 2007.
29. LISOPRAWSKI, Silvio V.- KIPER, Claudio M., Tratado de Fideicomiso, Depalma, Buenos Aires, 2003.
30. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Parte especial (4), Zavallía, Buenos Aires, 1995.
31. LORENZETTI, Ricardo L, Tratado de los Contratos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2003.
32. M. de SANTIS., Revista Facultad de Agronomía, junio 2004.
33. MARIANI de VIDAL, Marina., Curso de derechos reales, T.1, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1991.
34. MARTIN, J.A., Securitización, Fideicomiso. Fondos de Inversión. Leasing. Tratamiento impositivo, Buenos Aires, 1996.
35. MARTÍN, Julián A., “fideicomiso. Situación actual a la luz de la jurisprudencia” Errepar 2006, Doctrina Tributaria N° 285.
36. MARTORELL, Ernesto E.- LISOPRAWSKI, Silvio (colab)-, Tratado de los contratos de empresas, Depalma, 2000.
37. MESSINEO, Francesco., Manual de derecho civil y comercial, Bs As., 1953.
38. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., El fideicomiso en la dinámica mercantil, Ábaco, Buenos Aires, 2004.
39. MÜLLER, Héctor V. “Guía del productor agropecuario” Ed. Hemisferio Sur, Buenos Aires, 1995.

40. ORELLE José M.R., Financiamiento de la vivienda y la construcción, La Ley 24.441, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.
41. PIGRETTI, Eduardo A. y Otros, "Contratos Agrarios", Depalma, Buenos Aires, 1995.
42. PIZARRO, Ramón. D., - VALLESPINOS, Carlos G., Instituciones del derecho privado. Obligaciones; Hammurabi; Buenos Aires, 1999.
43. PUERTA DE CHANCON, Alicia, El dominio fiduciario en la ley 24.441, tratado teórico practico del fideicomiso, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
44. REZZÓNICO, J. C., "Rasgos esenciales de la estipulación a favor de tercero", LL, 1979-D-731.
45. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos Bancarios, Felabán, Bogotá, 1977.
46. TAIANA DE BRANDI, N. A. - LLORENS, L. R., "El fideicomiso y la relación jurídica subyacente", LL, 26/2/1996.
47. URRETS ZAVALIA, Pedro., Nota sobre los "fideicomisos agrícolas", Diario La Voz del Interior, Córdoba, 4 de mayo del 2007.
48. www.marcaliquida.com.ar
