

Trabajo Final de Graduación

El Fideicomiso Ordinario como alternativa contractual para el desarrollo de negocios inmobiliarios.

QUAGLIA, Marina Soledad
Carrera de Contador Público
Universidad Empresarial Siglo 21
2008

Índice

1. Introducción.....	4
2. Tema y Problema.....	5
3. Objetivo General y Objetivos Específicos.....	6
4. Marco Metodológico.....	7
5. Marco Teórico.....	8
5.1. Antecedentes Legales del Fideicomiso.....	9
5.2. Fideicomiso: Generalidades.....	11
5.2.1. Concepto y normas aplicables.....	11
5.2.2. Caracteres del contrato.....	12
5.2.3. Contenido del contrato de Fideicomiso.....	13
5.2.4. Partes de un Fideicomiso.....	14
5.2.5. Objeto y Efectos del Fideicomiso.....	19
5.2.6. Extinción del Fideicomiso.....	21
5.2.7. Tipos de Fideicomiso.....	22
5.3. El Crecimiento de la Construcción y el Fideicomiso Ordinario en Proyectos Inmobiliarios.....	26
5.3.1. La Construcción: Características.....	26
5.3.2. Contexto Económico.....	26
5.3.3. Sector Inmobiliario y de la Construcción.....	27
5.4. Formas Asociativas Utilizadas en la Construcción.....	29
5.5. La Sociedad Anónima.....	30
5.5.1. La Constitución.....	32
5.5.2. Responsabilidad patrimonial.....	33
5.5.3. Los socios y terceros.....	33
5.5.4. Disolución.....	33
5.5.5. Insolvencia.....	34
5.5.6. Aspecto Impositivo.....	34
5.6. Fideicomiso Ordinario Inmobiliario.....	39
5.6.1. Características propias del Fideicomiso para la Construcción.....	39

5.6.2. Conceptos Legales Básicos.....	41
5.6.2.1. Efectos.....	43
5.6.2.2. Partes del contrato.....	45
5.6.2.3. Bienes objeto del fideicomiso.....	45
5.6.3. Aspecto Fiscal.....	46
5.6.3.1. Consideraciones generales.....	46
5.6.3.2. Sujeto de la obligación tributaria.....	47
5.6.3.3. La transferencia de bienes al fideicomiso: Situación Fiscal para el Fiduciante.....	48
5.6.3.4. Situación Fiscal del Fideicomiso Ordinario.....	52
5.6.3.5. Actividad Fiscal Personal para el Fiduciario.....	59
5.6.4. Aspecto Contable.....	60
5.6.4.1. Aspectos Contables del Fideicomiso: necesidad de su presentación.....	60
5.6.4.2. Estados Contables Básicos a presentar e Información Complementaria.....	62
5.6.4.3. Objetivo de los Estados Contables.....	63
5.6.4.4. Tratamiento Cble. - informe nº 28 de la Comisión de estudios de contabilidad del C.P.C.E.C.A.B.A.....	64
5.6.4.5. Tratamiento en la contabilidad del fiduciario.....	65
5.6.4.6. Libros y Estados Contables del Fiduciario.....	66
5.6.4.7. Libros y Estados Contables del Fiduciante.....	66
5.7. Ventajas del Fideicomiso Ordinario (Inmobiliario).....	67
5.8. Fideicomiso Ordinario para la construcción de edificio o emprendimiento urbanístico “Al Costo”.....	69
5.8.1. El caso.....	69
5.8.2. Modelo de Contrato.....	69
6. Conclusión.....	73
7. Apéndice Legislativo.....	75
8. Bibliografía.....	82

Introducción

El presente Trabajo Final de Graduación desarrolla “El Fideicomiso Ordinario como alternativa contractual para el desarrollo de negocios inmobiliarios”, analizando aspectos legales, contables e impositivos del mismo.

La industria de la construcción ha adquirido en estos últimos años un nivel de desarrollo muy importante motivado por diferentes factores. El crecimiento sostenido de la actividad económica a partir del 2003, en particular la vinculada al sector agro exportador, de fuerte impacto en nuestra región, la existencia de un déficit habitacional estructural, sumado a la escasez de inversiones alternativas atractivas, configura un escenario propicio para el desarrollo de la actividad inmobiliaria.

Debido a la proliferación de emprendimientos y la incorporación de nuevos inversores no tradicionales del sector inmobiliario, trajo consigo una figura novedosa para el ordenamiento jurídico de los nuevos proyectos. Se trata del fideicomiso, en este caso aplicado a la construcción, por lo que se denomina Fideicomiso Inmobiliario.

Por medio del presente trabajo se intenta determinar si es este contrato una herramienta valiosa y ventajosa en relación a otras estructuras contractuales tradicionales utilizadas para canalizar el negocio de la construcción. Y a partir de allí lograr una clara y precisa determinación del fideicomiso y recomendar el uso de esta figura legal.

Tema

“El Fideicomiso Ordinario como alternativa contractual para el desarrollo de negocios inmobiliarios”.

Problema

¿Por qué utilizar el Fideicomiso Ordinario como alternativa contractual para el desarrollo de proyectos inmobiliarios?

Objetivo General

El objetivo general que se pretende alcanzar en este Trabajo Final de Graduación es:

- Determinar cuáles son las ventajas y beneficios de utilizar esta figura legal del fideicomiso para canalizar proyectos inmobiliarios respecto de otras estructuras contractuales tradicionales.

Objetivos Específicos

Teniendo en vista el objetivo general de este trabajo, será necesario establecer objetivos más específicos que permitan alcanzarlo.

Los objetivos específicos son:

- Investigar las características propias del fideicomiso en general.
- Investigar las particularidades de la modalidad fideicomiso inmobiliario; sus aspectos legales, contables e impositivos.
- Identificar otras estructuras contractuales tradicionales utilizadas para canalizar este tipo de negocios.
- Realizar un análisis comparativo del fideicomiso inmobiliario con otras estructuras contractuales.
- En función del análisis anterior, determinar por qué es el fideicomiso una herramienta valiosa y ventajosa para llevar a cabo proyectos inmobiliarios.

Marco Metodológico

La metodología¹, según Adrián Scribano, es el estudio y evaluación de las relaciones entre cuerpo teórico, fenómenos estudiados y las actividades que involucra el método. Los problemas metodológicos entonces son aquellos, a los cuales el investigador se enfrenta a la hora de relacionar lo que quiere estudiar, con las técnicas que dispone y sus opciones teóricas.

En este Trabajo Final de Graduación la metodología empleada es la **exploratoria**, se busca conocer las características del fideicomiso Ordinario Inmobiliario, su funcionamiento y aspectos específicos.

El estudio exploratorio abarca:

- **Estudio de documentación:** libros, leyes, material jurisprudencial, doctrina, periódicos y páginas Web.
- **Contactos directo:** preguntas directas a terceros que poseen dominio del tema, participación en cursos específicos de la materia.

¹ Adrián, Scribano. Introducción al Proceso de la Investigación en Ciencias Sociales. Editorial Copiar 2002.

Marco Teórico

A partir del análisis de diferente material bibliográfico se busca, a través de este trabajo poner de manifiesto todos los beneficios y las ventajas de emplear la figura del fideicomiso para llevar a cabo proyectos inmobiliarios respecto otras estructuras contractuales tradicionales. Se hará para ello, un profundo análisis de la Ley 24.441, también se emplearán y se examinarán las leyes impositivas: ganancias, ganancia mínima presunta, IVA, bienes personales, ingresos brutos.

Los principales autores utilizados para desarrollar el Trabajo Final de Graduación son: Pedro Mario Giraldi; Julián A. Martín, Mauricio G. Eidelstein y Juan Martín Alchouron. Estos últimos tres, autores de la misma obra, en la cual cada uno desarrolla uno de los tres aspectos: Jurídicos, Tributarios y Contables de manera específica; además considera al fideicomiso inmobiliario en particular.

El trabajo también se identifica con el Cr. Néstor Cáceres, de quien se ha utilizado material de Doctrina Tributaria y material brindado en curso de Fideicomiso: Aspectos Legales y Fiscales dictado por el mismo autor.

Antecedentes Legales del Fideicomiso

El Fideicomiso es una especie dentro del género de los negocios fiduciarios. Consiste en la afectación por parte de una persona de un bien o un conjunto de bienes a un fin determinado, para el beneficio de esa misma persona u otra, por un lapso subordinado a un plazo o a una condición.

Los negocios fiduciarios² son aquellos que tienen como base la confianza depositada en una de las partes. Así, son negocios de esta naturaleza el mandato, depósito y el fideicomiso. Se caracterizan por la excelencia del medio empleado respecto del fin perseguido. Concretamente, el depositante de la confianza (el depositante, el mandante, el fiduciante) da al depositario de la confianza (el depositario, el mandatario, el fiduciario) un amplio poder jurídico, y este último se compromete a ejercerlo en forma personal de acuerdo con los términos del encargo fiduciario del primero.

El fideicomiso reconoce sus orígenes en los negocios fiduciarios del Derecho Romano. En el Common Law, sistema legal propio de los países de cultura jurídica anglosajona, su aproximación es la figura del trust.

La legislación argentina no regulaba al fideicomiso como negocio jurídico típico. Luego el Código Civil reguló el dominio fiduciario en su artículo 2662. Posteriormente algunas leyes hicieron referencia al mismo, como en el caso del artículo 22 de la Ley 21.526 que consideraba permitida la actuación de ciertos tipos de entidades financieras como fideicomisarios; o la sección VIII de la Ley 19.550 que refería al fiduciario de los debenturistas, como la persona que representaría a los tenedores de debentures. Estos últimos son títulos de deuda que pueden emitir en serie las sociedades anónimas, pero por lo engorroso y costoso de su implementación no han sido utilizados.

El conocimiento de los funcionamientos del fideicomiso en países que lo tienen adoptado creó expectativas sobre las posibilidades de su aplicación en Argentina. Así, informados sectores económicos y jurídicos apoyaron su implementación en el país mediante el dictado de una ley específica que permitiera contar con un instituto de probadas ventajas. De esta manera, en el año 1995 se dictó la Ley

² Juan Martín Alchouron, Julián A Martín, Mauricio G. Eidelstein. Fideicomisos. Aspectos Jurídicos, Tributarios y Contables. Editorial Errepar 2006.



24.441 denominada Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción, la cual reguló al fideicomiso como contrato típico con el objetivo principal de aplicarlo al desarrollo del negocio de la construcción.

Fideicomiso: Generalidades

Concepto y normas aplicables

La Ley 24.441 denominada Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción, regula al fideicomiso como contrato típico con el objetivo principal de aplicarlo al desarrollo del negocio de la construcción.

El Código Civil en su artículo 1137 define a los contratos³ diciendo: hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

La ley describe al fideicomiso⁴ en su artículo 1, diciendo que *“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”*.

El contrato de fideicomiso debe, como requisito de validez, cumplir con las exigencias genéricas que manda la ley sobre capacidad, consentimiento, objeto lícito, etc. En nada se aparta de las reglas generales, ni tampoco en lo referente a las pautas de interpretación.

Serán parte necesaria en el contrato de fideicomiso la persona del fiduciante y la del fiduciario, y serán terceros beneficiarios de una estipulación a su favor los beneficiarios y/o el o los fideicomisarios. Los terceros con interés no son parte del negocio. Además, podrán o no existir fideicomisarios designados, conforme la voluntad de los contratantes. En consecuencia, su existencia en cada contrato no constituye un elemento esencial.

No es de más aclarar que las partes de un contrato, son aquellas que se han obligado a cumplir ciertas obligaciones y han adquirido ciertos derechos.

Por exclusión puede decirse, en un contrato amplio, que una persona es un tercero respecto un contrato, cuando no es parte del mismo.

³ Código Civil de la Republica Argentina. Editorial La ley 2004.

⁴ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 1.

Caracteres del contrato

El contrato de fideicomiso presenta los siguientes caracteres:

1. es **típico**, lo que implica que se encuentra tipificado por la ley exigiendo para su validez el cumplimiento de determinados requisitos. Desde la entrada en vigencia de la Ley 24.441 el contrato de fideicomiso adquiere tipicidad; sus cláusulas esenciales y elementos se adecuan a la previsión legal, independientemente de la nominación que le den las partes.
2. es **bilateral**, pues las partes se obligan recíprocamente la una a la otra. Las partes del negocio son el fiduciante (que se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria) y el fiduciario (que la recibe y debe ejercerla sujeta a plazo o condición resolutorios). Los terceros con interés no son parte del negocio.
3. es **formal**. De acuerdo al art. 973 del Cod. Civil, la forma es el conjunto de prescripciones necesarias al tiempo de la formación de los contratos. Del los artículos 2º a 4º, 7º y 8º de la Ley 24.441, se infiere que el contrato de fideicomiso debe ser celebrado en forma escrita resultando validamente concluido mediante instrumento privado. Si no fuera escrita, difícilmente podría acreditarse el cumplimiento de la ley. También debe celebrarse por escritura pública cuando su objeto recaiga sobre bienes cuya transmisión se requiera esa forma⁵.
4. es **consensual**, pues queda perfeccionado con el consentimiento de las partes, fiduciante y fiduciario, y no requiere para su existencia, la entrega de la cosa.
5. de **contenido patrimonial**, es causa fuente de obligaciones y título suficiente para la adquisición y transmisión de derechos reales. Esta propiedad fiduciaria tiene una potencialidad tal que será adquirida en modo imperfecto por el fiduciario pero como dominio o propiedad plena y perfecta en cabeza del fideicomisario, o destinatario final de los bienes.
6. **oneroso o gratuito, y neutro**⁶. El contrato de fideicomiso, conforme tenga o no prevista una retribución para el fiduciario, podrá ser calificado como oneroso o gratuito. En cambio, la transferencia de propiedad que hace el fiduciante al fiduciario siempre será neutra, o simplemente fiduciaria, ya que carece de contraprestación, aun cuando el contrato sea oneroso;

⁵ Código Civil de la Republica Argentina. Editorial La ley 2004. Art. 1184.

⁶ Eduardo G. Clusellas y Carolina Ormaechea. Contratos con garantía fiduciaria. Ábaco de Depalma, 1998.

pero la calificación de la transferencia de la propiedad fiduciaria al fideicomisario o a favor de quien esté designado en el contrato dependerá del negocio subyacente.

7. es **conmutativo**, ya que las prestaciones que se ponen a cargo de cada parte están expresamente determinada.
8. es **de ejecución inmediata, diferida y continuada**. El contrato de fideicomiso, entre fiduciante y fiduciario, de ejecución inmediata, y las obligaciones que de él surgen se hacen exigible a partir de su celebración. En tanto en la relación que involucra a beneficiario y fideicomisario el cumplimiento será diferido, media un plazo entre la celebración del negocio y el cumplimiento. También es un contrato de ejecución continuada, ya que para su cumplimiento y el desarrollo de la gestión patrimonial se requerirá el paso del tiempo.

Contenido del contrato de fideicomiso

Sentado el carácter formal del contrato, corresponde señalar las cláusulas que deben figurar en su texto para no ser pasible de la sanción inherente a los actos jurídicos que descuidan las formas prescritas (arts. 1044 y 1045, Cod. Civil). Es obvio que en el contrato deben figurar los *datos personales de los otorgantes, fiduciante y fiduciario*, y además tratándose de bienes gananciales, si el objeto de fideicomiso consiste en inmuebles, derechos o bienes muebles registrables, constar el consentimiento del cónyuge (art. 1277, Cod. Civil) cuando el acto de transferencia esté incluido en el documento.

Cláusulas del contrato:

- a. Individualización de beneficiario y fideicomisario: *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 la individualización futura*⁷. *Si ningún beneficiario acepta, o renuncian o no existen se entiende que es beneficiario el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante*⁸. Es la existencia del beneficiario un rasgo típico del fideicomiso ya que no se

⁷ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 2, primer párrafo.

⁸ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 2, tercer párrafo.

concibe al instituto sin alguien a cuyo favor ha de manejarse el patrimonio afectado, no obstante una misma persona puede ser simultáneamente fiduciante, beneficiario y fideicomisario. Esto demuestra la compatibilidad entre la exigencia legal de la presencia de un beneficiario con el silencio del contrato al respecto.

- b. Individualización de los bienes: de los bienes objeto del contrato y en caso de no resultar posible a la fecha de celebración del contrato, se detallara los requisitos y características que deberá reunir el bien.
- c. Incorporación de nuevos bienes: consiste en determinar el modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, ya que puede incrementar sus bienes originales, sea tanto como resultado de su actividad, sea por nuevo aporte del fiduciante, de un tercero, que luego adquirirá carácter de fiduciante. También puede incorporar bienes el beneficiario como refuerzo patrimonial ante el peligro de insolvencia.
- d. Duración del fideicomiso: en principio no ha de superar los treinta años, o cumplimientos de una condición resolutoria, salvo que el beneficiario sea un incapaz, caso en que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.
- e. Destino de los bienes: a la finalización del fideicomiso puede también ser dispuesto en el contrato.
- f. Otras menciones del contrato: los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare. Las partes pueden convenir estipulaciones adicionales, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, como pautas de administración del fideicomiso, sanciones por su incumplimiento, etc., en tanto no choquen con las normas imperativas fijadas por la ley.

Partes de un fideicomiso

El fiduciante

El fiduciante, también llamado como “fideicomitente” o “constituyente”, es *la persona propietario del bien o los bienes que se transmiten en fideicomiso y, generalmente, quien instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir respecto de los bienes fideicomitados para beneficio del beneficiario.* Alchouron,



Juan Martín dice que es así generalmente, puesto que en caso de fideicomisos financieros, no ocurre lo mismo, ya que los fiduciantes suscriptores de valores negociables emitidos por el fiduciario, se adhieren, no participan de la redacción del contrato⁹.

Podrá ser fiduciante cualquier persona física o jurídica capaz para contratar un fideicomiso y obligarse a transmitir los bienes objeto del mismo. Podrá haber más de un fiduciante, sea por así resultar del contrato, sea por la ampliación posterior del mismo y consiguiente ingreso de nuevos bienes, por haber cedido el fiduciante su derecho, o parte de él, o sucedido por herederos o legatarios.

El fiduciante, puede ser simultáneamente beneficiario o fideicomisario. No podría, en cambio, ser fiduciario ni aún en concurrencia con otro fiduciario pues, tal supuesto sería un contrato consigo mismo y además se desnaturalizaría totalmente el instituto.

La obligación principal del fiduciante es la transmisión de la propiedad fiduciaria de los bienes comprometida en el contrato de fideicomiso. Esta obligación de entregar los bienes comprende la de colaborar en todos los actos necesarios para que ello tenga lugar en forma efectiva: tradición, inscripciones registrales, etc.

Los derechos, surgen de la Ley 24.441 y son los siguientes:

- Remoción del Fiduciario: el fiduciario cesará por remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones. El fiduciante tiene derecho a ejercer esta acción, lo cual no extinguirá el fideicomiso sino reemplazará al fiduciario por su sustituto según el contrato o subsidiariamente según las previsiones establecidas en la ley.
- Sustitución del Fiduciario: en caso de omisión por el fiduciario de ejercicio de acciones de protección del patrimonio fiduciario, el fiduciante tendrá derecho a su ejercicio con autorización judicial.
- Revocación del Fideicomiso: el fiduciario tiene este derecho si así se hubiese reservado.
- Rendición de cuentas: no está expresamente previsto en la Ley 24.441, pero podrá el contrato prever el derecho del fiduciante a exigir al fiduciario la rendición de cuentas periódica en forma conjunta o separada a la que deba

⁹ Juan Martín Alchouron, Julián A Martín, Mauricio G. Eldelstein. Fideicomiso. Aspecto Jurídico, Tributario y Contable. Editorial Errepar 2006.

brindar al beneficiario. Este medio nos permitía llegado el caso, a justificar el pedido de su remoción.

Se debe tener en cuenta que el fiduciario no está sujeto a órdenes ni instrucciones de nadie; por lo que los derechos convencionales del fiduciante no pueden invadir el campo de las decisiones privativas del fiduciario, más allá de lo que la ley autoriza.

En caso de insolvencia del fiduciante, las transferencias fiduciarias de bienes que éste haya realizado con anterioridad a su presentación en concurso estarán subordinadas a que las mismas no fuesen llevadas a cabo en fraude a sus acreedores. Ello, porque los acreedores del fiduciante no pueden agredir el patrimonio fideicomitado, salvo fraude¹⁰. La ley concursal prevé dos especies de inoponibilidades: la primera se refiere a actos ineficaces de pleno derecho previstos en el artículo 118 de Ley 24.522, por tratarse de actos notoriamente sospechosos de tipo fraudulento. La otra es la que resulta del conocimiento del estado de cesación de pagos que habilita a la acción de inoponibilidad concursal del artículo 119 de LCQ.

El fiduciario

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

Podrá ser fiduciario cualquier persona física o jurídica. Podrá existir simultáneamente dos o más fiduciarios ya que la ley no lo prohíbe.

A diferencia de lo que ocurre con el fiduciante, el fiduciario no puede ser a la vez beneficiario ni fideicomisario, por oponerse a ello la esencia misma del instituto que requiere que el patrimonio afectado sea regido por un sujeto ajeno a los fines perseguidos.

El fiduciario tendrá sobre los bienes recibidos en fiducia los derechos propios del dueño de las mismas con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio, la resultante de encomienda recibida del

¹⁰ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 15.

constituyente, las derivadas de la naturaleza de los bienes fideicomitidos y de ciertas otras de origen legal. Podrá entonces, administrar dichos bienes y disponer, de forma tal que: “...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 beneficiario, a menos que se hubiera pactado lo contrario.*”¹¹

En síntesis: tanto los actos de disposición como los de administración que realice el fiduciario, así como planteos judiciales o administrativos que decida hacer, habrán de ajustarse a los términos del contrato y conformar los fines del fideicomiso.

Del análisis de la ley, surgen distintos “standards” de referencia para mensurar la diligencia puesta en la ejecución de la encomienda al fiduciario:

Debe actuar con la *prudencia y diligencia* del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. En la medida que obre de esta manera será aplicable la limitación de responsabilidad establecida por el artículo 16 de la Ley 24.441 que dispone que los bienes propios del fiduciario no responderán por las obligaciones del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

Otra limitación a la responsabilidad surge del artículo 14 de la Ley 24.441 y según esta norma, la responsabilidad objetiva del fiduciario emerge del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado. Entonces, si el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa, el fiduciario sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Distinto resulta que, con un actuar doloso, esto es, que el animus sea generar un beneficio para si o para un tercero y que la acción sea disponer, gravar o perjudicar los bienes fideicomitidos con el efecto de defraudar los derechos de los contratantes, quedará configurada la responsabilidad penal del fiduciario.

El fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, siendo prohibido dispensar al fiduciario del dolo o culpa en que pudieran incurrir este o sus dependientes, colaboración activa en el registro de los bienes que componen el

¹¹ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 17.

fideicomiso, cumplimiento de lo estipulado a favor del beneficiario entrega de los bienes a la extinción del fideicomiso y liquidación en caso de insolvencia.

El fiduciario también tiene derecho a reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, será fijada por el juez tomando en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

En caso de concurso del fiduciario los acreedores particulares de este no podrán agredir los bienes fideicomitados. La ley prevé la causal de cesación en los casos de quiebra o liquidación del fiduciario. Pero no parece coherente que quien no pudo administrar su propio patrimonio esté en condiciones de aplicar a los bienes fideicomitados la diligencia del buen hombre de negocios. De allí que resultan inaplicables las normas concursales sobre contratos en curso de ejecución, las de continuación de la explotación de la empresa del fiduciario fallido o la correspondiente a los contratos personales.

El fiduciario, también cesará como tal por: remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante, o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante; por muerte o incapacidad judicialmente declarada, si fuera una persona física; por disolución, si fuera una persona jurídica y por renuncia, si en el contrato se prevé esta causa.

El beneficiario

El beneficiario de un fideicomiso *es aquella persona en cuyo beneficio se constituyó el fideicomiso, consecuentemente, en cuyo beneficio el fiduciario detenta la propiedad fiduciaria.*

Podrá ser una persona física o jurídica, y también 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.

El fideicomisario

Se denomina fideicomisario *a aquella persona designada como tal por el fiduciante, a la cual el fiduciario debe transmitir los bienes fideicomitados que resulten remanentes una vez cumplido el encargo fiduciario, distinta del beneficiario.*

Objeto y efectos del fideicomiso

Objeto

El objeto de un contrato es "... la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre la que recae la obligación contraída..."¹²

Debe mantenerse con cuidado la distinción entre objeto o patrimonio y fin del fideicomiso, lo primero consiste en lo que es la materia del fideicomiso, en tanto el fin es el resultado que se persigue con su constitución.

Los bienes sobre los que puede recaer el fideicomiso son bienes determinados y determinables; ya que si bien el contrato debe contener la individualización de los bienes objeto del contrato, en caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del mismo, deberán hacerse constar requisitos y características que deban reunir los mismos, así como también "...la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al Fideicomiso..."¹³

Son bienes de acuerdo a nuestro Código Civil tanto los objetos materiales como los objetos inmateriales susceptibles de valor (artículo 3212 Código Civil), los objetos materiales de tener valor son las "cosas". Los derechos son los bienes en tanto sean susceptibles de tener valor.

Entonces el fideicomiso podrá recaer sobre cosas muebles o inmuebles, también sobre créditos, derechos intelectuales, patentes de invención, etc. El contrato, además, podrá referirse a bienes futuros y cosas ajenas.

Constitución de un patrimonio especial

La creación de un *patrimonio especial*, independiente de los patrimonios generales del fiduciante y del fiduciario es el primer y principal efecto del fideicomiso a punto que constituye un rasgo típico del instituto, esencial para su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines.

Esta característica constituye una excepción a los principios de unicidad y de universalidad, los que sostienen que el patrimonio de una persona constituye prenda común de sus acreedores.

¹² Borda, Guillermo A. Manual de Contratos, Abeledo-Perrot.

¹³ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 4.



La Ley 24.441 precisa la exclusión de los bienes fideicomitidos de los patrimonios de las partes intervinientes en el fideicomiso: *“Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio de fiduciario y del fiduciante”*¹⁴; *“Los bienes fideicomitidos quedaran 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”*¹⁵; *“Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”*¹⁶.

Entonces queda claro que el patrimonio del fideicomiso no se confunde con los patrimonios de quienes lo constituyen. Esto resulta importante, sobre todo para el fiduciario que es quien contrata con terceros. El fiduciario no participa de las utilidades por lo tanto, tampoco responde por las pérdidas. Él solo es administrador autónomo y sin representación, de un patrimonio ajeno.

La propiedad fiduciaria

Mediante el contrato de fideicomiso, el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes al fiduciario. Dicha propiedad fiduciaria *“...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 corresponde a la naturaleza de los bienes cuando estos no sean cosas...”*¹⁷. La propiedad fiduciaria de las cosas se rige por las normas anteriormente indicadas referidas a la regulación del dominio fiduciario. El dominio fiduciario se adquiere en razón de un fideicomiso y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, testamento o ley¹⁸.

La propiedad fiduciaria podrá recaer sobre bienes materiales e inmateriales susceptibles de tener valor y podrán ser tanto cosas como derechos.

La transferencia de la propiedad tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se hubiesen cumplido las formalidades que resulten necesarias

¹⁴ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 14.

¹⁵ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 15, primero y segundo párrafo.

¹⁶ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 16, primer párrafo.

¹⁷ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 11.

¹⁸ Código Civil de la Republica Argentina. Editorial La ley 2004. Artículo 2662.

para su perfeccionamiento; por ejemplo firma de escritura e inscripción registral en caso de transferencia de inmuebles, notificación al deudor cedido en caso de cesión de créditos, simple tradición en caso de transmisión de títulos al portador, desde la posesión en el caso de cosas muebles.

Limitación de la responsabilidad objetiva del fiduciario

Los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio separado del patrimonio de fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitada.

Intangibilidad de los derechos del beneficiario

El fideicomiso se constituye para enriquecimiento del beneficiario, pero el patrimonio es de otro. No tiene derecho actual sobre los bienes fideicomitados, podrá tenerlo en el futuro si ha sido designado para recibirlos tras la extinción del fideicomiso, pero en tanto ello no ocurra, su derecho se reduce a lo que aquellos produzcan.

De esta manera, los acreedores del beneficiario no pueden agredir los bienes fideicomitados. No obstante, ellos podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en su derecho.

Extinción del fideicomiso

El fideicomiso podrá concluir por las diversas causas:

1. Cumplimiento de la condición o del plazo resolutorio o expiración del término legal. El fideicomiso se extinguirá por cumplimiento del plazo o condición a la que se hubiese sometido o el plazo máximo legal.
2. Revocación del Fiduciante. Se posibilita la extinción del fideicomiso por la sola voluntad del fiduciante siempre que esta facultad sea prevista en el contrato. La revocación no tendrá efecto retroactivo.
3. Otras causas previstas en el contrato. Las partes quedan en libertad para determinar supuestos de extinción, con los límites que fijan los caracteres esenciales del instituto.
4. Insuficiencia patrimonial. La ley contempla la liquidación del patrimonio fideicomitado en caso de insuficiencia patrimonial. El fiduciario deberá

proceder a la liquidación de los bienes fideicomitidos por vía de su enajenación, y con tales fondos pagar a los acreedores del fideicomiso, siguiendo el orden previsto para la quiebra. *El concursamiento del fideicomiso queda vedado por el artículo 16 de la Ley 24.441.* Es decir que no existe un procedimiento formal previsto para este proceso liquidatorio; lo realizará el fiduciario y seguirá un esquema similar al procedimiento concursal de la ley de concursos y quiebras.

5. Consecución del fin para el cual fue constituido. Si se logra la finalidad buscada el fideicomiso se extingue por carecer de razón de ser.
6. Falta de fiduciario o de beneficiario. No puede haber fideicomiso sin la existencia de un patrimonio especial, de un fiduciario que lo maneje y de un beneficiario que perciba las utilidades. Lo que no impide que el fiduciante pueda ser simultáneamente beneficiario o fideicomisario, ni que estos tres papeles estén confundidos en uno.
7. Imposibilidad de realizar los fines para el que fue constituido. Esta causal de extinción es considerada por la doctrina, aplicable al régimen de la Ley 24.441. Imposibilidad material se refiere a la insuficiencia patrimonial, y la imposibilidad jurídica ocurrirá cuando una ley posterior a la creación del fideicomiso prohíba su finalidad.

Efecto de la extinción

Extinguido el fideicomiso, cesa la especialidad del patrimonio fideicomitado y los bienes ingresan en el general de quien los recibe. Los efectos de la extinción frente a terceros se producirán cuando se cumplan las formalidades exigibles para la transmisión de acuerdo con la naturaleza de los bienes que se trate.

Tipos de fideicomiso

Debido a la versatilidad de esta figura contractual y la normativa vigente, pueden identificarse diversas especies de fideicomiso. Se proponen los siguientes criterios para su clasificación:

- A. Según su objeto-fin:
 - a. Fideicomiso de Garantía

- b. Fideicomiso de Administración
 - c. Fideicomiso de Inversión
- B. Según su forma de otorgamiento o constitución:
- a. Contractuales
 - b. Testamentario
- C. Según se emitan valores negociables que tengan como respaldo los bienes fideicomitidos, o no,:
- a. Fideicomisos Financieros
 - b. Fideicomisos Ordinarios

Fideicomiso de Garantía

Mediante este contrato una persona puede garantizar el cumplimiento de una obligación afectando en fideicomiso un bien determinado o conjunto de bienes. La figura consiste básicamente en la entrega por parte de una persona (el fiduciante) de un bien o conjunto de bienes (bienes fideicomitidos en garantía) a otra (fiduciario) quien se adjudicará la propiedad fiduciaria de los mismos, con el encargo de llevar a cabo determinados actos relacionados con dichos bienes, en garantía del cumplimiento de una determinada obligación (la obligación garantizada).

El deudor de la obligación garantizada podrá ser el propio fiduciante o un tercero. El acreedor o un tercero, podrán designarse beneficiarios del fideicomiso.

Este tipo de fideicomiso es un sustituto del sistema tradicional de garantías reales. La diferencia con estas radica en que, en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

Es decir, se le transmiten al fiduciario los bienes puestos en garantía de la obligación contraída para que en caso de incumplimiento de dicha obligación proceda a su venta o entregue los bienes en propiedad al beneficiario o a un tercer acreedor, según se establezca.

Fideicomiso de Administración

Se lo denomina de gestión, ya que el fiduciario lleva a cabo actos de administración y/o disposición de los bienes fideicomitidos con el objetivo de producir un resultado positivo desde el punto de vista patrimonial en la gestión de dichos bienes.

Mediante el Fideicomiso de Administración, el fiduciario recibe determinados bienes del fiduciante para administrarlos en beneficio del beneficiario, suponiendo que esta administración por el fiduciario producirá una prestación periódica a favor del beneficiario, lo que presupone una renta resultante de la gestión de los bienes por el fiduciario.

Fideicomiso de Inversión

Mediante este fideicomiso, el fiduciario recibirá determinados fondos del fiduciante con el objeto de que los invierta de acuerdo con determinado menú de inversiones, o de acuerdo con el criterio profesional del fiduciario, para que periódicamente entregue una suma fija o variable al beneficiario designado en el contrato correspondiente y al vencimiento disponga de estos fondos conforme a lo previsto en dicho contrato.

Fideicomiso Contractual

La creación del fideicomiso por acto entre vivos se plasma en un contrato. Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos¹⁹.

El contrato de fideicomiso debe, como requisito de validez, cumplir con las exigencias genéricas que manda la ley sobre capacidad, consentimiento, objeto lícito, etc.

Fideicomiso Testamentario

El fideicomiso puede constituirse por testamento. El testamento es una disposición de última voluntad por medio de la cual una persona dispone el destino de sus bienes para después de operada su muerte.

El fideicomiso Testamentario es una disposición de última voluntad inserta en un testamento, por el cual el testador, como fiduciante, dispone la transmisión de la

¹⁹ Código Civil de la Republica Argentina. Editorial La ley 2004. Artículo 1137.

propiedad fiduciaria a una persona (fiduciario testamentario) para que esta la ejerza de acuerdo con determinadas instrucciones para el beneficio de otra persona designada como beneficiario y para que verificado el cumplimiento de cierta condición o cumplido el plazo, transmita tales bienes con mas sus acrecidos de corresponder, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario), resultando ser estos últimos herederos o legatarios. El límite de la utilización de esta facultad por el testador estará dado por las limitaciones que genera el instituto de la legítima. La legítima es aquella parte del patrimonio del causante de una sucesión de la cual ciertos parientes de éste no pueden ser privados sin justa causa de desheredación mediante actos a título gratuito.

Fideicomiso Financiero

De acuerdo con el artículo 19 de la Ley 24.441, es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas generales establecidas en dicha ley en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

Fideicomiso Ordinario

También llamado común o no financiero. Es aquel fideicomiso privado que no encuadra en la naturaleza del fideicomiso financiero.

Es un contrato en el cual se trasfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme lo establecido por el fiduciante destinando el producido, si lo hubiera, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

El Crecimiento de la Construcción y el Fideicomiso Ordinario en Proyectos Inmobiliarios

La construcción: características

Existen, en este sector, dos factores macroeconómicos fundamentales que influyen en el nivel de actividad: la tasa de interés y el ingreso disponible.

La tasa de interés influye tanto sobre la oferta como sobre la demanda de la construcción. Por un lado, parte de la construcción se financia, generalmente, con capital de terceros debido a la elevada inversión inicial que exigen las obras y a la considerable duración de las mismas, por lo cual el recupero es lento e incierto. Esto hace que el financiamiento sea relativamente más caro que el destinado a otros sectores.

Desde el punto de vista de la demanda; tanto las condiciones de financiamiento de la demanda de viviendas, como las repercusiones de las fluctuaciones en la tasa de interés son relevante para el mercado. Una reducción en la tasa de interés incrementa la demanda al reducir el costo de accesibilidad a la vivienda; el aumento en la demanda sólo se satisface con la disponibilidad de la oferta de viviendas, produciéndose un alza en el precio.

Así se trasladan las expectativas de los inversores al mercado de la construcción. También influye en el sector el volumen de crédito disponible y el nivel de ingreso disponible. Es decir, que un factor y quizás el más importante que influye sobre el crecimiento del sector es el estado de la economías del país. Este factor puede ser individualizado mediante el análisis de la influencia que ejerce un aumento en el PBI, como variable que representa al ingreso, sobre el sector de la construcción.

Contexto Económico

La Argentina está encaminada en un largo proceso de recuperación económica, luego de haber estado sumergida en una profunda crisis.

El país presenta una realidad favorable en términos económicos. Se encuentra frente a una situación fiscal excelente, producto del superávit en las cuentas fiscales, lo cual es una fortaleza para una economía como la de Argentina; también

los precios internacionales favorecen la comercialización de los productos exportables; lo que permite que hoy el saldo comercial sea favorable²⁰.

A simple vista, no hay señales evidentes de que esta situación vaya a derrumbarse en el próximo año, a pesar de las grietas que aparecen en el programa económico, sobre las cuales hay que estar atentos: excesiva emisión monetaria, inflación, conflictos sociales, desconfianza sobre las cifras del INDEC, presión tributaria etc.

Sector Inmobiliario y de la Construcción

El crecimiento de la construcción fue impulsado principalmente por el aumento en obras públicas, a partir de los planes destinados a mejoras y nuevas obras. Sin embargo, en Argentina esto se da con frecuencia en los tiempos previos a las elecciones.

A pesar de ello, la realidad del sector es buena, se encuentra en una situación ampliamente favorable, pero no hay que perder de vista ciertas debilidades, como lo son la reducción en los márgenes, una competencia mayor y probablemente un exceso de oferta en el futuro.

Se espera una fuerte competencia en el sector. En todo el país, se están desarrollando una gran cantidad de proyectos y emprendimientos que alientan la construcción.

La cantidad de proyectos en marcha es una muestra de la fuerte competencia que se está dando en la construcción, lo cual exige a las empresas del sector a diferenciarse, brindando un producto o servicio de excelente calidad, por lo que se debe agudizar el ingenio, actuar con prudencia, con capacidad y mucho cuidado, sin correr riesgos más allá de los necesarios.

A pesar del crecimiento que se está dando en la construcción, se espera una desaceleración del sector, con un ritmo que ya se viene marcando desde 2007. Esto se dará porque el sector atraviesa una transición desde una etapa de fuerte recuperación, que terminó a principios de 2006, a otra de pleno crecimiento. Es decir que “la construcción está normalizándose luego de haber crecido a índices muy altos y ahora llegó a su madurez”.

La actividad en la construcción se desacelera pero sigue creciendo más que la economía.

²⁰ www.palermo.edu/economicos. Informe mensual, Marzo 2008 de la Universidad de Palermo. Datos a Diciembre 2007 y Enero 2008.

Curiosamente, en muchas partes del mundo se puede observar esta realidad, tal como lo viven en Europa y Estados Unidos. El fenómeno inmobiliario comenzó.

La barrera es que en Argentina, lamentablemente el instrumento crédito presenta grandes debilidades que lo tornan prácticamente imposible para la mayoría de la población y las estructuras societarias utilizadas para el desarrollo de proyectos inmobiliarios son costosas y generan problemas de seguridad para el inversor.

Se observa:

- Poca credibilidad para invertir en el sistema bancario y escasez de inversiones alternativas atractivas.
- Conflicto elevado entre las partes para realizar proyectos simplemente en base a la confianza.
- Costosas formas asociativas para llevar a cabo un proyecto inmobiliario.
- Dificultades para acceder al crédito.

De esta manera, la industria de la construcción configura un escenario propicio para el desarrollo de la actividad inmobiliaria y surge como alternativa para llevar a cabo estos proyectos, la figura del fideicomiso ordinario, como contrato ventajoso en relación otras formas tradicionales.

Según cifras que se obtienen de Reporte Inmobiliario, el 85 % de los desarrollos en curso en el país, del primer semestre de 2007, se realizaron a través de fideicomiso inmobiliario²¹.

Es decir que la mayor parte de los emprendimientos se hacen con este instrumento y la tendencia es que vaya convirtiéndose en el único vehículo de la construcción, en reemplazo de la formación de sociedades anónimas.

Incorporar la figura del fideicomiso, da mucha mas transparencia y pone cláusulas mucho más estrictas del fin para el cual se está aportando el capital.

²¹ www.infobaeprofesional.com/notas/5478.

Formas asociativas utilizadas en la construcción

La industria de la construcción ha adquirido en estos últimos años un nivel de desarrollo muy importante. Existen en la Argentina muchos emprendimientos e inversores en el sector inmobiliario.

Algunas de las formas asociativas utilizadas en la construcción son:

- **Construcción por consorcio de copropietarios.** Las comunidades de copropietarios o condominios regidos por la Ley 19.537, son sujetos de derecho con personalidad jurídica propia, distinta a los miembros que la integran, que le permitan contraer obligaciones o adquirir derechos válidamente.

Mediante esta estructura contractual, los compradores adquieren partes indivisas del inmueble general, equivalentes al futuro porcentual a asignar a su unidad, con los problemas y conflictos que aparece someter una inversión colectiva a la buena o mala fortuna de sus integrantes, dejando el proyecto a merced de fallecimientos, divorcios, embargos y quiebras, entre otros avatares.

La figura del condominio, resulta muy frágil desde el punto de vista jurídico por cuanto el patrimonio responde ante la eventual insolvencia, muerte, divorcio, de cualquiera de los condóminos y no existen límites precisos que permitan separar e individualizar el patrimonio afectado al proyecto inmobiliario del resto de patrimonio de los condóminos.

- **Construcción sobre base de acuerdos informales (confianza).** Se basa en permutas de cosa (terreno) por cosa futura (unidad a construir).
- **Construcción bajo diferentes tipos societarios.** La Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 1 define: “habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”²². En estos contratos se reconoce, la existencia de un contrato con pluralidad de partes cuyos intereses no

²² Régimen de Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Editorial Astrea 2006. Artículo 1.

aparecen contrapuestos sino superpuestos o yuxtapuestos en aras de una finalidad común, el cual es el ejercicio de la empresa económica. A diferencia de los contratos de cambio, en los de organización el incumplimiento de algunas de las partes no extingue el contrato si los demás pueden cumplir el objeto social; del mismo modo el cumplimiento efectivo de las respectivas obligaciones tampoco concluye o extingue el negocio, sino que es el presupuesto necesario para la consecución de un fin social. La sociedad es sujeto de derecho, es decir posee personalidad jurídica.

- **Constitución de Fideicomisos Ordinarios.** La Ley 24.441, en su artículo 1 define: habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario²³. El fideicomiso no posee personalidad jurídica, es sólo un contrato que sirve como medio para cumplir con un fin determinado.

La Sociedad Anónima

La Sociedad es una de las formas tradicionales utilizadas para desarrollar proyectos inmobiliarios, donde la base de las mismas es la “affectio societatis”, es decir el “afecto” que los socios deberían sentir los unos para con los otros, configurando el rasgo típico que ofrece el contrato social, como criterio para distinguirlo de otras relaciones jurídicas con las que pudiera confundir. Es decir que este concepto, de carácter básicamente humano, es esencial para la constitución de una sociedad y sería la síntesis del procedimiento causal, que comprende los diversos aspectos de la voluntad dirigida a la concreción del fin social, que requiere de singulares modificaciones jurídicas, hasta llegar a su logro final.

²³ Ley 24441. Ley de Financiamiento para la Vivienda y la Construcción. Artículo 1.

No obstante ello la realidad muestra mayoritariamente que los integrantes de una sociedad no participan activamente de la administración y que ésta es llevada a cabo por los órganos administradores. Esto no implica ni garantiza que dichos órganos estén integrados por profesionales idóneas. Es decir se plantea una suerte de desnaturalización del aspecto esencial de la sociedad, cual es la colaboración activa en la gestión de la empresa común, al delegar en los administradores el destino social, que debería responder a una visión convocante para el conjunto de los interesados en la organización.

Otra característica que presentan estos vehículos jurídicos tradicionales a la hora de sustentar negocios, es que muchas veces desarrollan actividades con prescindencia de los intereses de los participantes minoritarios y aún de la comunidad toda, configurando una administración discrecional que distorsiona el denominado riesgo económico puro, con base en un objeto social generalmente múltiple y comprensivo de varias actividades deferentes llevadas a cabo simultáneamente o alternativamente. La administración discrecional, en ocasiones donde no existen controles efectivos y periódicos por parte de los socios como sindicaturas o consejos de vigilancia, se concentra en un manejo poco técnico y profesional de los negocios sociales, con el siguiente riesgo de quiebra económica del proyecto encarado, pese a los mejores esfuerzos y buena voluntad de los socios y administradores.

En una sociedad la participación de las utilidades se concreta a través de la distribución de los dividendos, derecho que solamente podrá ser ejercido sobre los realizados y líquidos, resultando de un balance regularmente confeccionado y aprobado por el órgano respectivo. Bajo un contrato de Fideicomiso Ordinario, también hay procedimientos que deben ser cumplidos pero son de mayor agilidad. El derecho a la participación en la administración y gobierno, el tener voz y voto en los órganos societarios, a la información y al eventual retiro o receso, son también inherentes a la condición de integrantes de una organización societaria.

Muchos emprendimientos inmobiliarios se realizan mediante la formación de Sociedades Anónimas.

Las sociedades anónimas tienen los siguientes rasgos tipificantes:

1. su capital social se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.

2. las acciones se representan en títulos libremente negociables.
3. sus órganos se encuentran totalmente diferenciados y reglamentados específicamente por la Ley 19.550. Su gobierno corresponde a la asamblea de accionistas; su administración al directorio y finalmente, la fiscalización es en principio otorgada a un órgano permanente y específico denominado sindicatura o consejo de vigilancia.

La constitución

La constitución de la SA es por instrumento público, por razones de seguridad jurídica deben ser constituidas necesariamente por Instrumento público, que es comúnmente la escritura pública, aunque la reforma de su estatuto no requiere idéntica formalidad, pudiendo ser modificado por la asamblea de accionistas, único órgano autorizado para llevar a cabo tales modificaciones, mediante el acta de asamblea extraordinaria que es un instrumento privado.

El contrato constitutivo o modificatorio deberá contener los requisitos exigidos por la Ley 19.550 y ser inscripto en el Registro Público de Comercio del domicilio social. Si el contrato constitutivo previese un reglamento, este se inscribirá con idénticos recaudos. De esta manera la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio. También se remitirá un testimonio de los documentos con la constancia de la toma de razón al registro nacional de Sociedades por Acciones.

El artículo 10 de la Ley de Sociedades Comerciales determina que las sociedades por acciones deben cumplir con el requisito de publicidad en el diario de publicaciones legales correspondiente, en oportunidad de su constitución, modificación del contrato o disolución.

Plazos y trámites

El plazo para la inscripción ante el Registro Público de Comercio es de 15 días desde la fecha del otorgamiento del acto. No obstante, debe computarse un 1 día que lleva la publicación de los edictos en el diario de publicaciones legales

Tramites:

- Escritura Publica
- Tasa de Justicia

- Publicación de Edictos en el Boletín Oficial
- Legalizaciones
- Copias Simples y protocolares
- Formularios I.G.J
- Honorarios de gestión

Responsabilidad patrimonial

Este tipo de sociedad limita el riesgo patrimonial al aporte de sus socios. El artículo 163 de la Ley 19.550 determina que: el capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.

Los socios y los terceros

Siendo este tipo societario el que brinda la ventaja de limitar la responsabilidad al capital aportado, la constitución de la misma para llevar a cabo un negocio inmobiliario determinado no brinda suficiente seguridad jurídica. El artículo 57 segunda parte, de la Ley de Sociedades Comerciales, determina que los acreedores del socio pueden hacer vender las cuotas o acciones de propiedad del deudor. Es decir que un acreedor particular de uno de los socios puede embargar y ejecutar las acciones. El patrimonio no queda protegido de los acreedores particulares de los socios, pudiendo esto dificultar la consecución del fin propuesto.

Disolución

Aquellos que hayan constituido una SA para invertir en un proyecto determinado, una vez finalizado el mismo, el contrato social no se disuelve con el cumplimiento del objeto social por lo que estos deberán disolver y liquidar la sociedad. La disolución determina la extinción de la empresa societaria y de su instrumento (sociedad) como persona jurídica y como contrato, liquidándose el haber social para repartir el eventual remanente entre los socios y cancelar la inscripción. La ley de sociedades en el artículo 94 contempla las causas de disolución:

- 1- por decisión de los socios,
- 2- por expiración del termino por el termino por el cual se constituyó,
- 3- por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia,

- 4- por consecución del objeto para el cual formo, o por la imposibilidad sobreviviente de lograrlo,
- 5- por pérdida de capital social,
- 6- por reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de nueve meses,
- 7- por declaración en quiebra, quedando sin efecto la disolución si se celebra avenimiento o concordato resolutorio,
- 8- por fusión; por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones,
- 9- por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto.

Insolvencia

En caso de insolvencia de la sociedad, está sometida a la Ley de 24.522 de Concursos y Quiebras.

Dicha Ley en el artículo 2 define a los sujetos comprendidos: Pueden ser declarados en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos: el patrimonio de fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de los sucesores y los deudores domiciliados en el extranjero respecto de los bienes existentes en el país²⁴.

De esta manera la SA en caso de insolvencia debe responder a los procedimientos concursales de la Ley 24.522, es la misma la que organiza y regula los procedimientos judiciales de quiebra y concurso preventivo. El proceso concursal es predominantemente inquisitivo, ya que si bien las partes intervienen el rol del juez está notablemente acentuado, quedando notablemente disminuidos los poderes y cargas de los sujetos del proceso.

Aspectos Impositivos

Impositivamente la sociedad anónima es sujeto tributario.

²⁴ Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Editorial Astrea 2007. Artículo 2, primer y segundo párrafo.

La Ley 11.683 de Procedimiento Tributario en el artículo 5 define a los sujetos de los deberes impositivos y en el inciso b) hace referencia a las sociedades. Determina que están obligados a pagar el tributo al Fisco en la forma y oportunidad debida, personalmente o por medio de sus representantes legales, como responsables del cumplimiento de su deuda tributaria: los que sean contribuyentes según las leyes respectivas. Son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuye las respectivas leyes tributarias, en las medidas y condiciones que éstas prevén para que surja la obligación tributaria: las personas jurídicas del Código Civil y las sociedades, asociaciones y entidades a las que el derecho privado reconoce la calidad de sujetos de derecho²⁵. Vélez²⁶ ha determinado que todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas. Su ser no se confunde con el de las personas que la integran.

Impuesto a las Ganancias

La SA es sujeto del impuesto a las ganancias.

La Ley **20.628 del Impuesto a las Ganancias** define en su artículo 1 sujeto y objetos del impuesto: menciona que todas las ganancias obtenidas por personas de existencia visible o ideal quedan sujetas al gravamen de emergencia de esta ley.

El artículo 2 define el concepto de ganancias imponibles; sin perjuicio de lo dispuestos especialmente en cada categoría:

1. Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación.
2. Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior, obtenidos por los responsables incluidos en el artículo 69 y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribuyentes comprendidos en el 69, se desarrollaran actividades

²⁵ Ley 11.683. Procedimiento Tributario. Teresa Gómez y Carlos María Folco. Editorial La ley 2006. Artículo 5 inciso b

²⁶ Código Civil de la Republica Argentina. Editorial La ley 2004. Artículo 32.

indicadas en el inciso f) y g) del artículo 79 y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

3. los resultados obtenidos por la enajenación de bienes muebles amortizables, acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, cualquiera fuera el sujeto que las obtenga.

Surge de la ley que las sociedades anónimas son sujeto de dicho impuesto, en tanto se verifique el hecho imponible: rendimientos, rentas beneficios o enriquecimientos cumplan o no con la condición de periodicidad.

Las ganancias obtenidas por dichas sociedades constituyen ganancias de la tercera categoría.

Según el artículo 69 la SA, por sus ganancias netas imponibles, queda sujeta al treinta y cinco por ciento (35%).

Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

La SA es sujeto de Ganancia Mínima Presunta.

El artículo 2 incisos a) de la **Ley 25.063** la define como tal diciendo: son sujetos pasivos de dicho impuesto, las sociedades domiciliadas en el país, desde la fecha del acta fundacional o de celebración del respectivo contrato.

Dicho impuestos se determina sobre la base de los activos, valuados con las disposiciones de la Ley 25.063.

El impuesto surge de aplicar la alícuota del uno por ciento (1%) sobre la base imponible del gravamen determinado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley. El impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen, podrá computarse como pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta, una vez deducido de este el que sea atribuible a los bienes inmuebles inafectados. Si del cómputo surge un excedente no absorbido, el mismo no genera saldo a favor del contribuyente de este impuesto, ni ser susceptible de devolución o compensación alguna. Si por el contrario, como resultado insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del presente gravamen, procediera en un determinado ejercicio el ingreso del impuesto a la ganancia mínima presunta, se admitirá, siempre que se verifique en cualquiera de los diez ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a

cuenta de este ultimo gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta su concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente.

Impuesto sobre los Bienes Personales

La SA no es sujeto de dicho impuesto.

El artículo 17 de la **Ley 23.966** de bienes personales determina que son sujeto pasivo de este impuesto las personas físicas domiciliadas en el país y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país y en el exterior. También son sujetos las personas físicas domiciliadas en el exterior y las sucesiones radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país. Quedando excluidas de dicho artículo las sociedades.

Impuesto al valor Agregado

Será sujeto en tanto se le atribuya hechos imponible.

La **Ley 23.349** del Impuesto al Valor Agregado en el artículo 1 inciso b) determina que el impuesto se aplicará sobre las obras, locaciones y prestaciones de servicio, realizadas en el país.

El artículo 4 inciso d) establece que son sujetos pasivos del impuesto quienes sean empresas constructora que realicen obras directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse, incluidas las empresas unipersonales. A los fines de este inciso, se entiende que revisten carecer de empresas constructoras las que, directamente, o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble.

La alícuota del impuesto será, según el artículo 28 de la Ley de IVA, del diez y medio (10.5%) cuando la venta de obra esté destinada a vivienda, y del veintiuno (21%) cuando no esté destinada a la vivienda.

Impuesto sobre los Ingresos Brutos

Es sujeto del Impuestos sobre los Ingresos Brutos.



Las personas jurídicas son contribuyentes en tanto se verifique a su respecto el hecho generador de la obligación tributaria prevista en el Código Tributario Provincial.

El hecho imponible se configura con el ejercicio de una actividad lucrativa o no, cualquiera sea el sujeto, que la realice, en tanto sea: habitual, oneroso y en la jurisdicción de Córdoba.

La construcción está exenta cuando la venta corresponde a comercialización mayorista, y está gravada cuando es venta para el comercio minorista.

El Código Tributario establece en el artículo 158 que los contribuyentes que desarrollen actividades de ventas de bienes a consumidores finales, cualquiera fuese su actividad específica, tributarán el impuesto que para comercio minorista establezca la Ley. El mismo considera ventas a consumidores finales las operaciones hechas con sujetos no inscriptos en el impuesto, excepto que dicha falta de inscripción derive como consecuencia de exenciones en la jurisdicción correspondiente.

Fideicomiso Ordinario Inmobiliario

En la actividad de la construcción el Fideicomiso Ordinario es una alternativa ideal para realizar emprendimientos inmobiliarios.

El Fideicomiso Ordinario, también llamado común o no financiero, es aquel fideicomiso privado que no encuadra en la naturaleza del fideicomiso financiero.

Es un contrato en el cual se trasfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre conforme lo establecido por el fiduciante destinando el producido, si lo hubiera, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

El aspecto legal de la figura del fideicomiso ya fue desarrollado previamente, por lo que solamente se hará referencia a los aspectos claves para entender el correspondiente análisis fiscal y contable.

Características propias del Fideicomiso para la Construcción

El fideicomiso para la construcción o inmobiliario es aquel por el cual se celebra un contrato de fideicomiso para construir un inmueble (edificio de departamentos, casas, etc.). En el contrato se deben establecer todas y cada una de las condiciones relativas a la construcción, administración, forma en que participarán los inversores en el fideicomiso, derechos y obligaciones del fiduciario, destino de los bienes obtenidos una vez cumplido su objeto, plazos de ejecución, etc.

El fiduciario, en su rol de administrador, recibe del fiduciante un terreno para que se desarrolle en él un proyecto de construcción (por ej. edificio de departamentos).

El fiduciario comienza a ejercer un “dominio imperfecto” sobre el inmueble transmitido pues éste no se incorpora a su patrimonio sino que constituye un patrimonio autónomo pleno e independiente (Fondo fiduciario) diferente al patrimonio del fiduciante y fiduciario.

El fiduciario, en su rol de gerenciador o administrador, y en pos de cumplir el mandato encargado en el contrato de fideicomiso, tendrá facultades amplias para contratar constructores, arquitectos y demás sujetos que intervendrán en el desarrollo inmobiliario (prestadores de servicios, empleados, etc.), para adquirir materiales y en general llevar adelante todas las actividades propias de la construcción. Este rol es indelegable más allá de que a los efectos de cumplir con

el mandato deba indefectiblemente contratarse personas idóneas en la materia. También existe la figura de los inversores, quienes participan del negocio fiduciario de la construcción de inmuebles aportando fondos y como contrapartida pueden ser quienes resulten beneficiarios de la obra terminada, recibiendo unidades o bien participando de los resultados obtenidos por la venta a terceros de las mismas. La participación de los inversores permite obtener los recursos para financiar la obra y sus aportes dinerarios son el mecanismo por el cual se incorporan los inversores al proyecto. En el mismo contrato de fideicomiso se puede dejar establecido cómo será el mecanismo de incorporación de inversores. Participan en una situación similar a la de un accionista en una sociedad pero con la ventaja de que su riesgo empresario se limita al proyecto propiamente dicho dado que, como ya se ha mencionado, el mismo se ha aislado de los patrimonios individuales de los participantes.

Aparte de la financiación del proyecto mediante el aporte del fiduciante y de los inversores, también se puede obtener recursos financieros mediante la preventa de las unidades a clientes-compradores, quienes anticipan los fondos a cuenta del precio final de la unidad a adquirir.

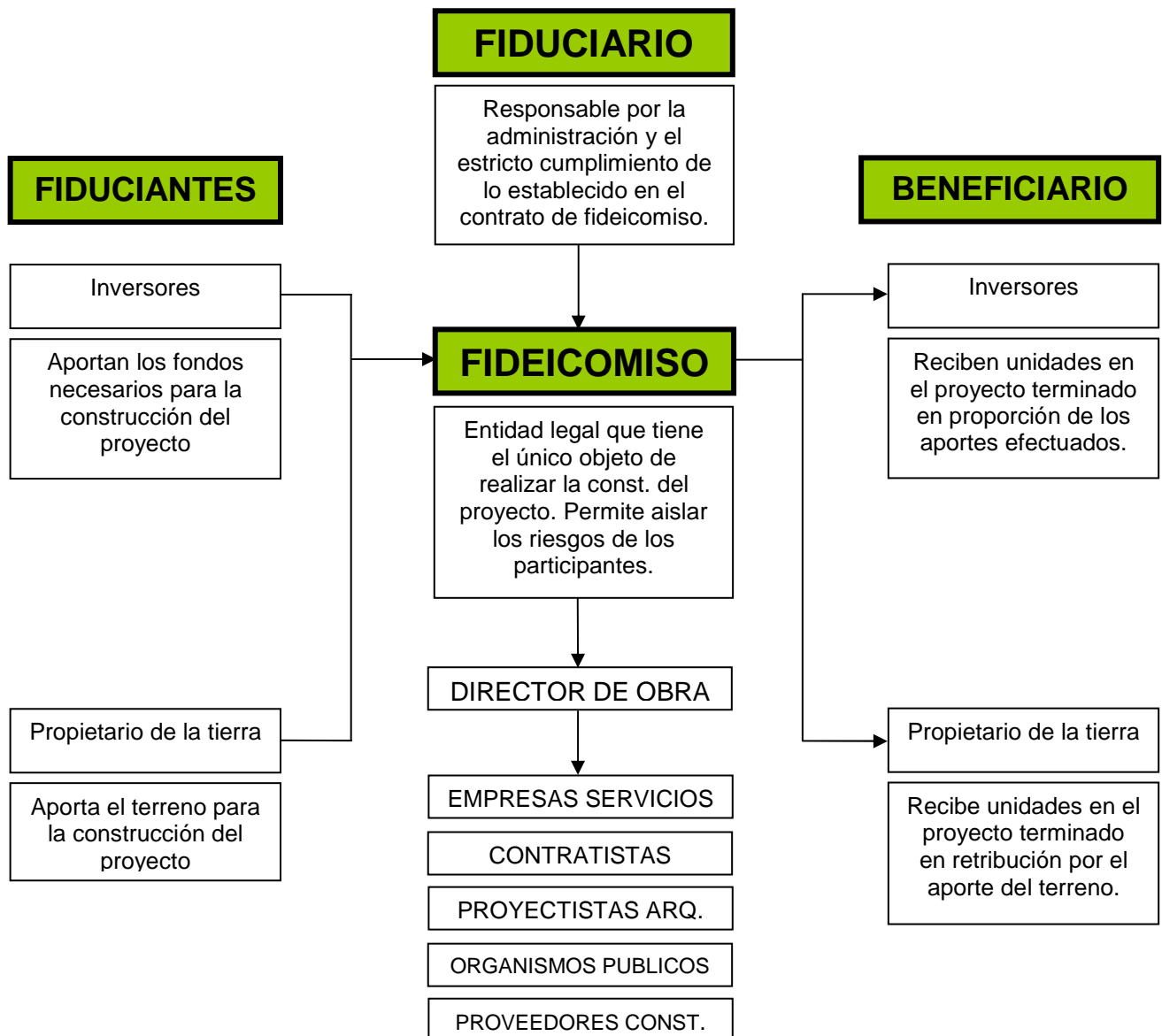
Una vez finalizada la obra, las unidades pueden ser entregadas al fiduciante y/o a los inversores, quienes la reciben en carácter de beneficiarios de las mismas, pudiendo luego darles cualquier destino posible (venta, alquiler u ocupación) o bien se les entrega a los clientes-compradores, quienes cancelan el saldo del precio convenido.

Si las unidades se destinaran totalmente a la venta a terceros, el fiduciario a efectos de cumplir con el contrato de fideicomiso deberá distribuir el producido entre los fiduciantes / inversores de acuerdo a los porcentajes de participación de cada uno de ellos en el fideicomiso.

Concluida la obra y dado el destino correspondiente a las unidades construidas, el fideicomiso se disuelve por haberse cumplido el objeto del contrato.

Esquema del Fideicomiso para la Construcción²⁷

²⁷ www.aevivienda.org.ar/administer/archivos/59_actividad.pdf



Conceptos legales básicos

Previo a definir el fideicomiso debe destacarse el concepto de *dominio fiduciario*, incorporado dentro de la Ley de fideicomiso 24.441, bajo dicha expresión (artículos 4, 12, 19, 23) como también la expresión de *propiedad fiduciaria* (artículos 1, 11, 13). Tales expresiones no son semejantes, si bien se usan indistintamente en la ley, correspondiendo la expresión “*propiedad*” a bienes y “*dominio*” a cosas: destacándose que propiedad sería el género y dominio la especie.

El artículo 2662 del Código Civil, con las modificaciones efectuadas por la Ley 24.441, establece que “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 “.

Dicho dominio fiduciario que posee el fiduciario sobre los bienes no es perpetuo ni pleno (artículo 2661 Código Civil y siguientes), sino que su duración en el tiempo está sujeta a condición o plazo resolutorio, transmitiéndose al fiduciario junto con un encargo fundado en relación de confianza especificado en el contrato de fideicomiso.

También existen limitaciones atento a las facultades otorgadas al fiduciario, dado que el artículo 17 de la Ley 24.441 dispone que el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando los requieran los fines del fideicomiso.

Las características del dominio perfecto, a diferencia del imperfecto o menos pleno, son:

- Exclusividad: implica que dos personas no pueden tener cada una el dominio total de la cosa. Tampoco existe titularidad común, pues estaríamos frente a la figura de condominio.
- Perpetuidad: consiste en la subsistencia del dominio independiente de su ejercicio, salvo que otra persona lo adquiera prescripción.
- Absoluto: el titular podrá disponer, usar y gravar la cosa dentro de los límites legales.

Entonces el fiduciario adquiere el dominio de cosas muebles o inmuebles o la propiedad de bienes inmateriales incorporados susceptibles de tener valor (créditos, derechos en general, marcas, entre otros).

La Ley de fideicomiso en el artículo 1 establece que: *habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo (que no podrá exceder de 30 años) o condición (la prevista en el contrato) al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.*

De esta manera el fideicomiso es el medio jurídico a través del cual un sujeto recibe la propiedad de bienes a la cual le dará un destino determinado y dispondrá en beneficio de personas diferentes de aquellas que recibe la propiedad.

El fideicomiso no posee personalidad jurídica, es solo un contrato que sirve como medio para cumplir con determinados fines.

Efectos

La transferencia fiduciaria de la propiedad tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se hubiesen cumplido las formalidades que resulten necesarias par su perfeccionamiento (Ej.: firma de escritura e inscripción registral en caso de transferencia del inmueble, notificación del deudor cedido en caso de cesión de créditos).

El efecto que genera el fideicomiso es la constitución de la **propiedad fiduciaria** sobre los bienes fideicomitados, constituyendo los mismos un **patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante** (artículos 11 y 14 de la Ley 24.441), debiendo cumplirse los actos registrales que correspondan.

Por ello, que el fiduciario no puede incluir en su contabilidad los bienes fideicomitados ni considerarlos entre sus activos propios, sino que debe llevar una contabilidad separada por cada fideicomiso que se constituya.

El fideicomiso constituye un patrimonio autónomo distinto del correspondiente al fiduciario -patrimonio personal-, quien puede ser titular de varios fideicomisos.

Los efectos de esta figura producen que los bienes fideicomitados integrantes de este patrimonio separado quedan afectados al negocio fiduciario objeto del contrato de fideicomiso, y al margen de la agresión de los acreedores del fiduciante y del fiduciario, salvo fraude. Ello dota a este negocio de una gran fortaleza y credibilidad y de allí su creciente utilización.

Además, este patrimonio separado goza en principio de una entidad suprapersonal, puesto que en tanto la persona del fiduciario no sea considerada esencial para el negocio fiduciario este patrimonio sobrevive a la persona del fiduciario en caso de muerte, renuncia o reemplazo por aplicación de las normas previstas a este respecto reforzando la naturaleza de patrimonio de afectación de que goza.



El artículo 16 de la Ley 24.44, dispone que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

Asimismo, el artículo 6 dispone que el fiduciario deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la ley o convención con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la confianza depositada en él.

Esta disposición de “buen hombre de negocios” está también incluida en el artículo 59 de la Ley 19.550, estableciendo que los administradores y representantes deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

También el artículo 902 del Código Civil dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Lo expuesto permite concluir que en tanto el fiduciario pruebe que actuó diligentemente no asumirá responsabilidad personal y solidaria por las deudas fiscales del fideicomiso, caso contrario, la cobertura dispuesta en el artículo 16 no resultara aplicable. Dicho accionar de buen hombre de negocios la tenemos que visualizar en el comportamiento transparente del fiduciario tanto en la forma que desarrolla su actividad como en la forma de documentar la rendición de su gestión. La **inmunidad** que poseen los bienes fideicomitidos respecto de los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiarios convierte al fideicomiso en un instrumento excelente para realizar proyectos de inversión inmobiliarios.

Al mismo tiempo se lo considera como medio de planificación fiscal, lo cual es válido en tanto la sustancia coincida con la forma. Ello así, pues en la medida que se fueren figuras contractuales para darle forma al negocio a llevar a cabo cuando la intencionalidad es diferente, se cae ante las disposiciones del principio de realidad económica vigente en el sistema tributario argentino²⁸. El artículo 2 de la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario establece que para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los

²⁸ Ley 11.683. Procedimiento Tributario. Teresa Gómez y Carlos María Folco. Editorial La ley 2006. Artículo 2.

contribuyentes. Cuando estos sometan esos actos o relaciones a formas o estructuras que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas y se considerará la situación económica real como encuadradas en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las mas adecuadas a la intención real de los mismos²⁹. Asimismo, el artículo 19 de la Constitución Nacional dispone que ningún habitante pueda ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. El contribuyente puede elegir la forma de sus actos jurídicos que resulte más beneficiosa, lógicamente siempre que no altere las formas jurídicas, sino se cae frente a conductas antijurídicas.

Partes del contrato

Las partes del fideicomiso son las siguientes:

- a) El fiduciante o fideicomitente
- b) El fiduciario
- c) El o los beneficiarios o fideicomisarios

Bienes objeto del fideicomiso

Pueden ser objeto del contrato toda clase de bienes o derechos, excepto los personales del constituyente.

El contrato de fideicomiso debe individualizar los bienes fideicomitidos. En caso de que esto no resulte posible a la fecha de celebrarse el contrato, constara la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes fideicomitidos. Asimismo el contrato debe establecer el modo en que otros bienes pueden ser incorporados al fideicomiso.

Se produce entonces una transmisión de bienes al fiduciario, asumiendo este la obligación de afectar los mismos a un fin determinado.

²⁹ Ley 11.683. Procedimiento Tributario. Teresa Gómez y Carlos María Folco. Editorial La ley 2006. Artículo 2.

El patrimonio fiduciario constituido con los bienes fideicomitidos se integrara además con los frutos de los mismos o con los resultantes de actos de disposición de tales bienes que realice el fiduciario.

Se logra por esta vía aislar los bienes fideicomitidos, los que no quedan afectados por las contingencias del fiduciante ni del fiduciario como tampoco de los beneficiarios.

El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles del acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos. El acto de transmisión de los bienes no se diferencia por ser realizado a título fiduciario.

El fiduciario no adquiere para sí los bienes que se le transmiten, prohibidos por el artículo 7 de la Ley 24.441.

El fiduciario no es propietario en el sentido pleno de poder usar y disponer los bienes que le fueran confiados. Es así como se manifiesta que en una misma persona se reúnen ambas formas de propiedad, pues el fiduciario es dueño pleno de sus propios bienes y propietario fiduciario de los bienes que le transmitió el fiduciante. Por ello, su actuación respecto de estos últimos es con carácter de fiducia y no a título personal.

Aspecto fiscal

Consideraciones generales

La Ley 24.441 no contiene normas tributarias, a excepción de lo dispuesto por los arts. 83 y 84, Título XII (Modificaciones a las leyes impositivas), dirigidas al fideicomiso financiero.

A poco de encontrarse vigente la ley, y a falta de normas específicas, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 780/95, intentando regular la materia, y posteriormente, la ley 25.063 se abocó en particular al tratamiento tributario de fideicomisos, comunes y financieros, así como los fondos comunes de inversión frente al impuesto a las ganancias, ganancia mínima presunta y bienes personales.

Como primera mención de tipo general se debe recordar lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 24.441: *“Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio*

separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". Esta es una característica diferencial de la figura, que busca proteger a través de la separación de patrimonios al negocio que se instrumenta mediante esta herramienta contractual, alejándose de la concepción jurídica clásica de patrimonio. Surge entonces una excepción al principio consagrado en el artículo 2312 del Código Civil: *"los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio"*. El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de los derechos personales, bajo la relación de un patrimonio pecuniario. Existía entonces una unión prácticamente inescindible entre la persona y el patrimonio, ya que no se concebía un patrimonio sin una persona (física o jurídica) como titular.

Los negocios fiduciarios constituyen una nueva realidad. Para ubicar correctamente la relación tributaria principal, que es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco, como sujeto activo, que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo y un sujeto pasivo (contribuyente) que está obligado a la prestación³⁰. Este sujeto pasivo está constituido por un patrimonio de afectación y no por un contribuyente persona física o jurídica.

Asimismo, los sujetos serán pasibles de tributar de acuerdo con las actividades económicas que desarrollen, es decir, cuando configuran los llamados "hechos imponible".

Por otro lado el fideicomiso carece de personalidad jurídica propia, por consiguiente no es un sujeto de derecho; es solo una "relación jurídica obligacional que se caracteriza por la transferencia actual o futura, al fiduciario de bienes a título de confianza". El titular de ese patrimonio separado es el fiduciario, que debe contabilizarlo en sus balances, pero sin confundir las cuentas del patrimonio de afectación con las de su patrimonio personal, ni con la de otros fideicomisos de los que sea titular.

Tampoco la calificación tributaria ni la imposición que corresponda al fideicomiso se confundirá con la de su titular.

Sujeto de la obligación tributaria

³⁰ Villegas, Héctor B. Cursos de finanzas, derecho financiero y tributario. Depalma, 1999.



Dada la definición del negocio fiduciario, el beneficiario podrá o deberá recibir una renta; pero podrá ser el mismo fiduciante quien la reciba, o un tercero.

El decreto 780/95 en sus artículos 10 y 13 dispone que *“quienes con arreglo a la Ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 6, inciso e) de la Ley 11.683, por lo que en carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el impuesto”*.

Resulta del mencionado texto que los fiduciarios no son contribuyentes directos sino responsables por deuda ajena, supuesto reglado por el artículo 6 inciso e), de la ley 11.683 de procedimiento tributario. El artículo establece: *“Están obligados a pagar el tributo al fisco, con los recursos que administran, perciben o disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de bienes administrados (...) los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquellos y pagar el gravamen correspondiente”*.

Por su parte, la Ley 25.063 establece que si el beneficiario es el mismo fiduciante, será el quien deba integrar la ganancia en los resultados impositivos propios, como si fueran de tercera categoría. En este caso el verdadero sujeto pasivo es el fiduciante-beneficiario.

Cuando el beneficiario es un tercero, el sujeto pasivo de la relación tributaria es el propio fideicomiso que, a pesar de no ser un sujeto de derecho, se constituye en un sujeto tributario. En el inciso c) artículo 5 de la Ley 11.683 se encuentran como "Responsables por deuda propia", patrimonios destinados a un fin determinado, haciendo referencia a los fideicomisos.

Se observa que existe una aparente contradicción entre el régimen impositivo y la legislación de fondo, puesto que las normas tributarias consideran al fiduciario como administrador de bienes ajenos cuando, en realidad, el fiduciario es el titular de un auténtico derecho real de dominio imperfecto, o propietario según sea el caso, de los bienes objeto de afectación. Él administra bienes propios, pero sujeto a plazo o condición, y destinados a ser transferidos a un tercero al producirse tales hechos pero, de acuerdo con la legislación de fondo, los bienes son propios.

La transferencia de bienes al fideicomiso: Situación Fiscal para el Fiduciante

El fiduciante transfiere al fiduciario la propiedad fiduciaria. Extinguido el fideicomiso, se transfiere a los beneficiarios la propiedad plena.

La transferencia de bienes que realiza el fiduciante al fiduciario es definitiva, irrevocable. Dicha propiedad luego en cabeza del fiduciario está limitada en el tiempo y sujeta a los condicionamientos dispuestos en el contrato de fideicomiso.

El hecho de que los bienes objeto del fideicomiso no ingresan al patrimonio personal del fiduciario, como asimismo que tales bienes se ingresan al fideicomiso “a título de confianza” para cumplir la finalidad instruida por el fiduciante, no implica dejar de reconocer que para el fiduciante se ha producido un desapoderamiento y desprendimiento definitivo e irrevocable.

Se destaca que el artículo 25, inciso b) de la Ley 24.441 dispone que el fideicomiso se extinguirá por la revocación del fiduciante, si se hubiera reservado expresamente esa facultad. La revocación no tendrá efecto retroactivo. Si bien se prevé la posibilidad de que el fiduciante vuelva atrás su decisión y por ende, los bienes vuelvan a ser de su propiedad, ello es contrario a la esencia del fideicomiso, el cual es un acto que implícitamente asume que la decisión tomada por el fiduciante conlleva propósitos meditados de transferir de manera irrevocable los bienes. Para el caso de que existan razones válidas para volverse atrás, puede el fiduciante revocar el contrato de fideicomiso, no obstante, los actos realizados por el fiduciario hasta dicho momento quedan firmes.

La transferencia de propiedad que hace el fiduciante al fiduciario siempre será neutra, o simplemente fiduciaria, ya que carece de contraprestación; luego de la interpretación del dictamen **DAT 55/2005**: *“La transferencia de bienes del fiduciante al fideicomiso se considera onerosa”*.

Impuesto a la transferencia de Inmuebles. Ley 23.905

Este impuesto grava las transferencias a título oneroso del dominio de inmuebles ubicados en el país, efectuadas por personas físicas, en la medida en que dichas transferencias no se encuentren alcanzadas por el impuesto a las ganancias (empresas unipersonales).

De acuerdo a la interpretación del Fisco surgida de los dictámenes (**DAT 103/2001**, (**DAL 8/2002** y (**DAT 17/2002**, la transmisión de dominio de inmuebles efectuada en relación con un contrato de fideicomiso, no constituye una transferencia onerosa, razón por la cual se encontraría fuera del ámbito de



imposición del gravamen la incorporación del terreno al fideicomiso. Este criterio del fisco ha sido coincidente con la doctrina en forma unánime.

No obstante la AFIP-DGI por medio del dictamen **(DAT) 55/2005**, ha efectuado una interpretación opuesta a la exteriorizada en los dictámenes citados anteriormente, al concluir que *“la transferencia de dominio realizada por el fiduciante –persona física o sucesión indivisa- al fiduciario, en el marco de un contrato de fideicomiso, efectuada a título oneroso, se encuentra alcanzada por el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas”*.

Los fundamentos de la conclusión a que arribó el Fisco, surgieron a partir de considerar la disposición contenida en el artículo 1139 del Código Civil, la cual establece que los contratos “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”, en tanto que “son a título gratuito cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independientemente de toda prestación por su parte”.

La interpretación del Fisco por medio del dictamen **(DAT) 55/2005** adquiere trascendencia, en razón de que si bien en este caso está referida al impuesto a la transferencia de inmuebles, la conclusión de que existiría onerosidad en la transferencia de bienes a un fideicomiso, podría ocasionar similar interpretación en los impuestos al valor agregado y a las ganancias.

La AFIP-DGI arribó a la conclusión de la existencia de onerosidad en la transferencia del terreno al fideicomiso, en función de la interpretación de la existencia de una contraprestación futura (departamentos).

De todos modos, a los fines de determinar la eventual onerosidad de la transferencia del respectivo bien, se deberá evaluar si la misma califica, o no, como venta³¹.

Es decir, en el caso de que se trate de una operación en que la transferencia de los bienes se realiza en base a un determinado precio, sin estar sujeta al cumplimiento del objeto del contrato de fideicomiso, determinándose la pérdida o la ganancia de la misma, sin posibilidad de readquirir los bienes transferidos se estará en presencia de una operación onerosa.

³¹ Cáceres, Néstor. Doctrina Tributaria. Errepar, Agosto 2006.

En cambio, si la transferencia del respectivo bien es efectuada en el marco del objeto del contrato de fideicomiso, si bien ha existido una transferencia de dominio, este es imperfecto y efectuado en el marco del “encargo fiduciario”.

Se interpreta entonces, que es erróneo pretender encuadrar la transferencia de bienes al fideicomiso como una simple venta por la circunstancia de que “exista una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario”. La transferencia del bien no es a perpetuidad y responde a una modalidad contractual específica prevista en nuestra legislación.

De esta manera se interpreta que el Fisco debería dejar sin efecto el criterio asumido mediante **dictamen 55/2005**, compartiéndose lo expuesto recientemente respecto de que “...se impone urgentemente la fijación de criterios ciertos (principio de tributación: principio de certeza), a través de la norma legal que sea idónea y aplicable a cualquiera de las situaciones analizadas”. Esto permitirá afianzar tanto “seguridad jurídica” en general como la “seguridad fiscal” en particular.

Resumidamente, en base al dictamen, si una persona física transfiere un terreno, debe tributar el impuesto sobre la transferencia de inmuebles (1.5%) y si lo hace una empresa, tributa el impuesto a las ganancias sobre el resultado de la citada transferencia.

Impuestos a las ganancias

Dicha transferencia está gravada si existe habitualidad. En tal caso frente al impuesto a las ganancias, se determinará el resultado por la diferencia entre precio de venta o en su defecto el valor de plaza menos el costo impositivo de los bienes, determinado según las normas del gravamen. La importancia de definir el precio de venta es relevante dado que para el fideicomiso representa el costo fiscal de incorporación. Tratándose de personas físicas, que transfieran inmuebles y no exista habitualidad, la implicancia debe analizarse a la luz del impuesto a la transferencia de inmueble.

Impuesto al valor agregado

La transferencia de bienes al fideicomiso está gravada, la transferencia del inmueble (terreno) está fuera del objeto del IVA.

Impuesto sobre los ingresos brutos

Estará gravada cuando la operación sea realizada en forma habitual. Asumiendo la gravabilidad corresponde evaluar si corresponde aplicar alguna exención, teniendo en cuenta la actividad que el mismo desarrolle.

Situación Fiscal del Fideicomiso Ordinario

Impuesto a las ganancias

Los fideicomisos ordinarios son sujetos de este impuesto.

Está regulado en el artículo 10 del decreto 780/95, que dispone que quienes asuman la calidad de fiduciarios en carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar, como pago único y definitivo del impuesto que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, el 35 % de la ganancia neta total obtenida en dicho ejercicio. Al fin indicado se considerará año fiscal el establecido en el primer párrafo del artículo 18 de la Ley 20.628: el cual comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre.

La base imponible surge de la utilidad neta total del fiduciario como consecuencia del cumplimiento del encargo encomendado y dentro del año fiscal a liquidar.

La Ley del Impuesto a las Ganancias incluye en el punto 6) del inciso a) del artículo 69 *a 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 no será de aplicación para fideicomisos no financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto del exterior.

A su vez, se incluye en el artículo 49 (rentas de tercera categoría) como párrafo a continuación del inciso d), lo siguiente: *“las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto del exterior”*.

Es decir, que cuando el **fiduciante no es beneficiario**: el resultado está sujeto a tributación en cabeza del fideicomiso bajo la tasa del treinta y cinco por ciento (35%). La posterior distribución de utilidades se asimilará a dividendo con las posibles implicancias del artículo 69 1) de la Ley del Impuesto.

El artículo 70 del DR de la Ley del Impuesto a las Ganancias dispone que las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios deberán ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue sobre las ganancias netas

imponibles obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, respecto de los fideicomisos comprendidos en el apartado 6 del artículo 69 de la Ley.

De igual forma, será sujeto pasivo el fideicomiso e ingresará el tributo el fiduciario si el **fiduciante- beneficiario es del exterior**.

Si el **fiduciante es beneficiario** y está domiciliado en el país: el fideicomiso no es sujeto de este impuesto. Los resultados obtenidos se consideran de la tercera categoría y corresponde atribuirlos al fiduciante.

En estos casos, de conformidad con lo previsto por el cuarto artículo incorporado a continuación del 70 del decreto reglamentario, el fiduciario deberá atribuir, en la proporción correspondiente, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal, con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

Tales resultados serán considerados de la tercera categoría, para la persona física o el sujeto-empresa que reúna la condición de fiduciante-beneficiario.

De esta forma, se le otorga un tratamiento similar al previsto por la ley respecto de las participaciones en sociedades de personas, en cuyo caso los socios deben imputar el resultado impositivo generado por la sociedad, aun cuando el mismo no hubiera sido efectivamente acreditado.

Por lo tanto, el fiduciante-beneficiario deberá incluir en su declaración jurada, el resultado impositivo determinado por el fideicomiso. Al respecto, no se advierten limitación normativa para que dicho resultado, de ser positivo, se compense con los eventuales quebrantos que posea el mencionado sujeto.

El problema que no está resuelto en la normativa es la situación de fideicomiso que reflejan situaciones combinadas, es decir algunos beneficiarios son fiduciantes y otros no. Una alternativa sería liquidar el impuesto en cabeza del fideicomiso en la parte de beneficiarios terceros y atribuir el resultado en la parte que el fiduciante coincida con el beneficiario. Una posición estrictamente literal, pero más simple a los efectos de la determinación del tributo, sería sostener que el fideicomiso tribute directamente el 35% de sus resultados.

Resultado del fideicomiso ordinario inmobiliario

- **Costo del edificio:** el fideicomiso, en todos los casos, determinará los costos para la obtención del resultado sujeto al impuesto a las ganancias, en base al costo del terreno para el fiduciante, más las respectivas inversiones efectuadas para construir el edificio.

- *Precio de venta de las unidades. Normas Legales:* es en base a las disposiciones de los artículos 28³² y 71³³, del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias y en el artículo 18, inciso b) de la Ley de Procedimiento Fiscal³⁴, las transferencias de los departamentos se deberán efectuar a precio de plaza o de mercado.

La transferencia de los inmuebles desde el fideicomiso hacia terceros (clientes, fiduciarios, beneficiarios, etc.) deberá efectuarse al valor de plaza.

No obstante lo expuesto, el **Grupo de Enlace AFIP – CPCECABA**- Acta de la reunión del 19/07/2006 determinó que, en caso de fideicomiso inmobiliario, la base imponible de la transferencia de los bienes del fideicomiso al fiduciante/beneficiario, tanto para el IVA como para el impuesto a las ganancias, se debe considerar "...por el valor de los aportes efectuados por el fiduciante...", sin considerar el valor de plaza.

Impuesto al valor agregado

En la medida en que los fideicomisos ejecuten algunos de los hechos imposables gravados, estarán alcanzados por el impuesto al valor agregado.

Este criterio ha sido establecido por el propio Organismo Recaudador, en el dictamen **(DAT) 59/1999**, *el cual estableció que el fiduciario será responsable del tributo en representación del respectivo fideicomiso, en la medida en que éste último desarrolle actividades gravadas, es decir que se le pueda atribuir la generación de hechos imposables.*

Por ello resultará sujeto pasivo el fideicomiso, si como ente fiscal, realiza operaciones gravadas tales como, por ejemplo, la construcción de obras sobre

³² Ley del impuesto a las ganancias. Art. 28 DR: "...cuando la transferencia de bienes se efectúe por un precio no determinado... se computara a los fines de la determinación de los resultados alcanzados por el impuesto, el valor de plaza de tales bienes a la fecha de enajenación."

³³ Ley del impuesto a las ganancias. Art. 71 DR: Los bienes que las sociedades comprendidas en los incisos b) y c), en el último párrafo del artículo 49 de la ley y las sociedades de responsabilidad limitada y en comandita simple y por acciones, adjudiquen a sus socios en caso de disolución retiro o reducción de capital, se consideraran realizados por la sociedad por un precio equivalente al valor de plaza de los bienes al momento de la adjudicación.

³⁴ Ley 11.683. Procedimiento Tributario. Teresa Gómez y Carlos María Folco. Editorial La ley 2006. Art. 18, inc. b): cuando los precios de los inmuebles que figuren en las escrituras sean notoriamente inferiores a los vigentes en plaza, y ello no sea explicado satisfactoriamente por los interesados, por las condiciones de pago, por características peculiares del inmueble o por otras circunstancias, la AFIP podrá impugnar dichos precios y fijar de oficio un precio razonable de mercado.

inmueble propio. De esta manera el fideicomiso de construcción obviamente será sujeto de IVA.

Si bien no existe una nominación explícita de los fideicomisos en la Ley de IVA, se los incluye como sujeto, en el artículo 4 segundo párrafo, el cual determina que: son sujetos pasivos del impuesto al valor agregado...*agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo.*

Se consideraran hechos impositivos, los previstos en la ley.

Adicionalmente, el artículo 4, inciso d) de la ley del gravamen, determina; será sujeto pasivo del impuesto quien sea una empresa constructora que realice obras directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse. El mencionado artículo establece que revisten el carácter de empresas constructoras aquellas que efectúen las referidas obras con propósito de obtener un lucro con su ejecución y posterior venta.

Asimismo, el decreto reglamentario, en su artículo 4 dispone que constituyen obras las construcciones de todo tipo, ampliación o refacción que de acuerdo a los códigos de edificación o disposiciones semejantes, deban ser denunciadas, autorizadas o aprobadas por la autoridad competente.

De esta manera se observa que jurídicamente el constructor es el fiduciario, lo que motiva atribuir el hecho imponible del artículo 3, inciso b) al fideicomiso.

En lo respecta a la incidencia impositiva de la transmisión de los bienes del fideicomiso al fiduciante/beneficiario, el fisco ha exteriorizado su opinión mediante los dictámenes **(DAT) 16 Y 18 del año 2006**. En ambos, interpretó que dicha transferencia se encontraba alcanzada por el IVA (onerosidad), y no resultaban aplicables las interpretaciones surgidas del dictamen n° **(DGI-DATJ) n° 47/83**, referido a los consorcio de construcción, en función de las cuales los créditos fiscales del IVA se podrían atribuir a los fiduciarios, sin que estuviera alcanzada por dicho impuesto la transferencia de los bienes al fiduciante.

De este modo, todas las transferencias de unidades que efectúe el fideicomiso resultan alcanzadas por el impuesto al valor agregado, en lo relativo al precio, se considera lo mismo que lo expuesto para el precio en el impuesto a las ganancias. En otros aspectos relativos a la aplicación del impuesto al valor agregado, en los casos en que se cedan los derechos de beneficiario, a través del dictamen **(DAL) 49/2003**, el Fisco interpretó que el convenio celebrado con un tercero por el fiduciante beneficiario, implica la cesión de una posición que no se encuentra

alcanzada por el impuesto al valor agregado. En este caso, si bien el que cede sus derechos y percibe la contraprestación es el fiduciante, quedará a cargo del fideicomiso el perfeccionamiento del hecho imponible en impuesto al valor agregado.

En resumen, todos los insumos y servicios gravados que adquiera el fideicomiso a lo largo del periodo que dura la construcción generará un crédito fiscal de IVA que se contrapondrá al debito fiscal que se origine o determine oportunamente al momento de la adjudicación del bien producto del fideicomiso a los beneficiarios, o al fiduciante o a terceras personas por medio de la venta, entrega o cualquier otro tipo de transmisión de la propiedad.

Impuesto a la ganancia mínima presunta

Los Fideicomiso Ordinario son sujeto pasivo de este impuesto. Se encuentran en el artículo 2 inciso f) de la Ley 25.063 de ganancia mínima presunta.

La ley determina que los fideicomisos no financieros son responsables de dicho impuesto, estarán sujetos a la alícuota del 1%, sin considerar si el fiduciante y beneficiario coinciden.

El impuesto a las ganancias determinado para el mismo ejercicio fiscal por el cual se liquida el impuesto a la ganancia mínima presunta, podrá computarse como pago a cuenta de este último.

En el caso de que aun así corresponda el ingreso del impuesto a la ganancia mínima presunta, se admitirá, siempre que se verifique en cualquiera de los diez ejercicios inmediatos siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este gravamen el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado.

En el caso particular de que el fiduciante coincida con el beneficiario y por ende deba tributar el impuesto a las ganancias el fiduciante, pero el impuesto a la ganancia mínima presunta lo tribute el fideicomiso, corresponderá asignar al fideicomiso como pago a cuenta el 35% de las utilidades del fideicomiso atribuidas al fiduciante-beneficiario.

Por otro lado el derecho expectativa que tiene el beneficiario sobre el fideicomiso ordinario, no representa un activo gravado para el.

El Fisco en el dictamen **DAT 74/04**, ha admitido que si se trata de una entidad sin fines de lucro, no corresponde el IGMP en el fideicomiso. Dicho dictamen

establece: *“Con respecto al IGMP, en principio, los fideicomisos de carácter no financieros constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del gravamen. No obstante ello, en el caso de fideicomisos cuyo fiduciante-beneficiario se encuentra subjetivamente exento en el impuesto a las ganancias, en la medida que la finalidad del fideicomiso responda al objeto social que justificó el tratamiento exentivo de aquel, el fondo fiduciario no revestirá el carácter de sujeto pasivo del impuesto a ganancia mínima presunta “.*

Impuesto sobre los bienes personales

La ley de este impuesto no contempla obligaciones en cabeza del fideicomiso. Si bien a través del decreto 780/1995, que aún no ha sido derogado formalmente, se contemplaba que el fiduciario debía actuar como responsable sustituto, por medio de los dictámenes **34/1996, 59/1999 y 8/2004**, el Organismo recaudador interpreto que los fideicomisos no resultan sujetos pasivos del impuesto sobre los bienes personales.

En lo respecta a los bienes transferidos por el fiduciante al fideicomiso y, en relación a su obligación ante el impuesto como persona física, el inciso i) del artículo 22 de la Ley de Impuesto sobre los Bienes Personales, establece que *“los certificados de participación... que no coticen en bolsa o mercado de valores se valuarán por su costo, incrementado de corresponder, con los intereses que se hubieran devengado... o en su caso, en el importe de las utilidades del fondo fiduciario que se hubieran devengado a favor de sus titulares y que no les hubieran sido distribuidas al 31 de diciembre del año por el que se determina el impuesto”*.

Impuesto a la transferencia de inmuebles. Ley 23.905

Del fideicomiso al beneficiario:

En base a los contratos que se ejecutaran, mencionados al comienzo del presente, en que la titularidad del inmueble construido será detentada por el fiduciario, al respecto la Ley 23.095 no ha previsto a los fideicomisos como sujetos pasibles de este impuesto, en función de lo cual la transferencia de cada unidad terminada a los beneficiarios, no se encuentra alcanzada por el impuesto a la transferencia de inmuebles.

Retención RG 3026 (impuesto a las ganancias)

Los fideicomisos no financieros donde el fiduciante reviste la calidad de beneficiario, no se encuentran entre los sujetos pasibles de retención de la Resolución general Nº 3.026 y sus modificaciones. Dicha interpretación surge en el **dictamen (DAT) 23/2001**.

Inscripción en AFIP

Tratándose de un fondo fiduciario resulta posible asignar la clave única de identificación tributaria al administrador fiduciario siempre que se identifique adecuadamente al patrimonio fiduciario de que se trata, a fin de distinguirlo adecuadamente de otros patrimonios fiduciarios o de actividades ajenas protagonizadas por el mismo administrador fiduciario.

Al momento de la constitución, se presentará un formulario de inscripción y se aportará una copia del contrato de fideicomiso y DNI del agente fiduciario si éste fuera una persona física o copia del estatuto o contrato social si se trata de una sociedad comercial. Es responsabilidad del fiduciario la inscripción.

Normas de facturación

Con relación a las normas de facturación, el Fideicomiso será sujeto obligado a emitir factura en caso de realizar actividades que estén alcanzadas por el IVA., siendo el agente fiduciario el responsable de la emisión de la factura.

Impuesto sobre los Ingresos Brutos

El fideicomiso será sujeto siempre que realice hechos imponible.

Se prevé expresamente la condición de contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho generador de la obligación tributaria, para los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a lo establecido por la Ley 24.441, (Código Tributario de la Provincia de Córdoba, artículo 22, apartado. 5)).

En el artículo 27, apartado 3) del Código Tributario se contempla la responsabilidad de los fiduciarios por el pago de la deuda tributaria de los fideicomisos.

Los ingresos brutos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen (Cod. Tribu. Artículo 155).

El inciso 23) del art. 179 exige a “La....construcción –con excepción, en todos los casos indicados, de las operaciones con consumidores finales, entendiéndose como tales a los sujetos no inscriptos en el impuesto,...”³⁵.

A su vez, el art. 158 establece que “.....se consideraran, sin admitir prueba en contrario, ventas a consumidores finales las operaciones hechas con sujetos no inscriptos en el impuesto,.....”

De ambas disposiciones, se interpreta que, al no referirse a ventas, las obras sobre inmuebles de terceros, siempre están exentas³⁶.

En cambio al tratarse de “ventas”, las obras sobre inmueble propio efectuadas a consumidores finales no están exentas, según lo previsto en el artículo 158, cuando el cliente es consumidor final.

En resumen:

- Obra s/ inmueble propio ----- a Responsable Inscripto en IIBB: exenta.
- Obra s/ inmueble propio ----- a Consumidor Final: gravada al 3%.
- Obra s/ inmueble de terceros -- a Responsable Inscripto en IIBB: exenta.
- Obra s/ inmueble de terceros – a Consumidor Final: exenta.

Están exentos los ingresos del fiduciante en los casos en que revista la condición de fiduciante/beneficiario, (Cod. Tribu.; artículo 179, apartado 25)). De cualquier modo no se produce habitualidad.

Actividad Fiscal Personal del Fiduciario

El fiduciario por la retribución que perciba por su actividad deberá tributar todos los impuestos que correspondan.

Si el fiduciario no se encuentra inscripto en ninguna actividad, deberá inscribirse personalmente en la AFIP, solicitar la asignación personal de un CUIT y tendrá tratamiento de cualquier persona física que inicia su actividad económica. Deberá determinarse, conforme los ingresos que reciba por su actividad de fiduciario, si le corresponde inscribirse como monotributista o bajo el régimen de autónomos, declarando como actividad la de administrador de bienes ajenos. Así deberá pagar impuestos los ingresos brutos, IVA si corresponde, sus aportes provisionales,

³⁵ Código Tributario, Impuesto sobre los Ingresos Brutos, Córdoba. Art. 179 apartado 23.

³⁶ Código Tributario, Impuesto sobre los Ingresos Brutos, Córdoba. Art. 158. Interpretación doctrinaria de Néstor Cáceres, Curso de Fideicomiso: Aspectos Legales y Fiscales.

presentar su declaración anual de impuesto a las ganancias y demás imposiciones que le correspondan como sujeto fiscal.

Aspecto Contable

En el transcurso de la ejecución del fideicomiso, el fiduciario deberá llevar una contabilidad ordenada que permita practicar rendiciones de cuenta periódicas al fiduciante y a los inversores y elaborar los estados contables del fideicomiso.

Si bien estamos en presencia de un contrato, no de una persona jurídica, desde un punto de vista conceptual, los aspectos contables se manejan de manera similar a una sociedad comercial. Es decir, el fiduciario llevará una contabilidad organizada del fideicomiso (bienes fideicomitados), el cual como se ha visto, constituye un patrimonio autónomo. Esta contabilidad es totalmente independiente.

El agente fiduciario es el responsable de valorar y exponer la situación patrimonial y los resultados del fideicomiso y efectuar la presentación de la información contable a través de un juego de estados contables independientes, que deberá llevar el correspondiente dictamen de auditor externo y que será preparado de acuerdo a las normas contables de exposición y valuación vigentes.

Estados Contables del Fideicomiso: necesidad de su presentación

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

Los artículos 6 y 7 de la Ley 24.441 disponen que:

- 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.
- El contrato de fideicomiso 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 fideicomitados.

- En todos los casos, los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor de un año.

Si bien los fideicomisos no se encuentran contenidos en la ley 19.550, ya que no poseen personería jurídica, el Informe 28 emitido por la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, considera necesario que, cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso, así como la gestión o administración involucrada en el contrato de creación lo justifiquen, el fideicomiso presente información periódica en forma de estados contables.

Las razones que fundamentan esta conclusión según el informe 28 son las siguientes:

- a) En aquellos casos en que la operatoria contractual del fideicomiso trascienda por su importancia, magnitud o significatividad de los intereses de las partes involucradas directamente en dicho fideicomiso, y se extiende a potenciales demandantes de esta información (Fisco, Inversores, etc.) es necesaria la emisión de estados contables, a efectos de informar a dichos usuarios.
- b) El considerando expuesto en la primera parte [inciso e)] de la resolución técnica 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas en cuanto a “que los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica y financiera sobre la situación y gestión de entes públicos y privados”.
- c) Los artículos 6 y 7 de la Ley 24.441 expuestos en los primeros párrafos de esta sección con respecto a los requisitos de información, se interpreta que son de aplicación, por extensión, los Artículos 68 y 74 de Código de Comercio. Según el artículo 68 del Código de Comercio, “toda cuenta debe ser conforme a los asientos de los libros de quien la rinde y debe ser acompañada de los respectivos comprobantes”.
- d) Lo establecido en el decreto 780/95, reglamentario de la Ley 24.441 que si bien en su artículo 1 no impone la obligatoriedad de emitir estados



contables, sí establece indirectamente la necesidad de presentación de estos, al indicar que “en los balances relativos a bienes fideicomitidos deberá constar la condición de propiedad fiduciaria”.

Los libros rubricados que debe llevar el fiduciario por el fideicomiso son el “el diario” y el “inventario y balance”.

Estados Contables Básicos a presentar e Información Complementaria

De acuerdo con lo establecido por el informe 28 de la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los estados contables básicos que deberán presentar los fiduciarios por los fideicomisos son: *el estado de situación patrimonial fiduciario y los estados de resultados fiduciarios, de evolución del patrimonio neto fiduciario, y de origen y aplicación de fondos fiduciarios (actualmente, este último, de acuerdo con la resolución técnica 9 de la F.A.C.P.C.E., de flujo de efectivo)* y deberán seguir los lineamientos de las normas contables profesionales vigentes, en cuanto a contenido y exposición de la información de los estados contables.

Este criterio resulta coincidente con los requerimientos de exposición incluidos en la resolución técnica 8; “Normas generales de exposición contable”, cuyo objetivo es: “la presentación de estados contables para todos tipos de entes, sirviendo de marco de referencia para la elaboración de normas particulares, para las actividades especiales que los requieran”.

La resolución técnica 8 incluye requisitos de presentación de información complementaria, la cual es definida como aquella que debe exponerse pero no está incluida en el cuerpo de los estados básicos y forma parte de estos. Puede presentarse en notas o en cuadros anexos.

A la información que habitualmente se presenta en notas y anexos prevista en las normas contables vigentes, el informe 28 establece que se deberá agregar aquella que explique los aspectos relevantes y las características del contrato de fideicomiso, como por ejemplo, la identificación del fiduciante y del fiduciario, el objeto del fideicomiso, el objetivo de la gestión del fiduciario y el plazo de duración del contrato y/o su condición resolutoria.

Objetivo de los Estados Contables

La resolución técnica 16 de la F.A.C.P.C.E. estableció el “Marco conceptual de las normas contables profesionales” que constituye la base de las resoluciones técnicas sobre normas contables profesionales que se dicten a partir de dicha resolución.

Según dicha resolución, el objetivo de los estados contables es proveer información sobre el patrimonio del ente emisor a una fecha y su evolución económica y financiera en el periodo que abarcan para facilitar la toma de decisiones económicas.

La situación y evolución patrimonial de un ente interesa a diversas personas que tienen necesidades de información no totalmente coincidentes entre ellas: los inversores actuales y potenciales, los empleados, los acreedores actuales y potenciales, los clientes y el Estado.

Siendo imposible que los estados contables satisfagan cada uno de los requerimientos informativos de todos sus posibles usuarios, se consideran como usuarios tipo cualquiera que fuere el ente emisor, a sus inversores y acreedores, incluyendo tanto a los actuales como a los potenciales.

La información a ser brindada en los estados contables debe referirse como mínimo a los siguientes aspectos del ente emisor: su situación patrimonial a las fecha de dichos estados contables, la evolución de su patrimonio durante el periodo, incluyendo un resumen de las causas del resultado asignable a se lapso, la evolución de su situación financiera por el mismo periodo y otro hechos que ayuden a evaluar los montos, momentos e incertidumbres de los flujos futuros de fondos que los inversores y acreedores recibirán el ente por distintos conceptos.

Los emisores de los estados contables deberían incluir explicaciones e interpretaciones que colaboren para comprender mejor la información que incluyen.

Dicha información tiene que reunir ciertos requisitos generales, los que, con criterio profesional, deben ser considerados en su conjunto, buscando un equilibrio entre ellos.

También deberá poseer los siguientes atributos para ser útil a sus usuarios: pertinencia, confiabilidad, aproximación a la realidad, esencialidad, neutralidad, integridad, verificabilidad, sistematicidad, comparabilidad, claridad. Oportunidad y equilibrio entre costo y beneficio.

Son admisibles las desviaciones a lo prescripto por las normas contables profesionales que no afecten significativamente la información contenida en los estados contables.

Tratamiento Contable - informe nº 28 de la Comisión de estudios de contabilidad del CPCECABA

Tratamiento Contable

El propósito del Informe 28 es brindar las pautas mínimas de exposición y valuación para que pueda deducirse a partir de ella el tratamiento contable más adecuado para el contrato de fideicomiso.

Uno de los hechos esenciales de la creación de un patrimonio fiduciario es la cesión de bienes.

1-Transmisión fiduciaria con contraprestación asimilable a una operación de venta.

Según el informe 28, la transmisión fiduciaria por la que el fiduciante recibe una contraprestación (por ejemplo dinero) se registrara como una operación de venta en los libros del fiduciante, cuando este, al transferir la propiedad fiduciaria, transfiera efectivamente el control de los bienes fideicomitidos.

De no darse esta circunstancia los mencionados bienes permanecerán en el activo con una adecuada explicación de la situación contractual que los afecta o los pueda afectar.

El fiduciante deberá registrar en su contabilidad la transmisión fiduciaria de los activos involucrados en el contrato de fideicomiso, dándolos de baja y registrando como contrapartida el o los activos recibidos como contraprestación (por ejemplo, dinero en efectivo).

Cuando la transacción se efectuó por un valor diferente al valor de libros de los activos involucrados debiera registrarse dicha diferencia como resultado.

Los bienes fideicomitidos se incorporaran en la contabilidad del fideicomiso a los valores previstos en el contrato o en su defecto según los criterios previstos en las normas contables profesionales vigentes. La contrapartida de dicha registración será la que refleje más adecuadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso, como resultado de la gestión del fiduciario, deberán registrarse en la gestión del fideicomiso.

2-Transmisión fiduciaria con contraprestación no asimilable a una venta

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

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de vida del fideicomiso serán registradas en los libros del fiduciante sobre la base de la información recibida del fiduciario. Como por ejemplo, los ingresos correspondientes a los bienes fideicomitados netos de los gastos conexos, los pagos del pasivo fiduciario o de los certificados de participación.

Dado que los bienes fideicomitados como las contraprestaciones son registradas en los libros del fiduciante, en dicho momento del fideicomiso no deberá hacer ninguna registración.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso como resultado de la gestión del fiduciario (tales como cobrazas de cuotas de hipotecas o prendas o alquileres, pago de intereses, impuestos y gastos) deberían registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

3-Transmisión fiduciaria sin contraprestación

Según el Informe 28, cuando el fiduciante no recibe ninguna contraprestación por la transmisión fiduciaria y además existe una probabilidad remota de que el fiduciante readquiera los bienes fideicomitados, dichos bienes deberán ser dados de baja del activo del fiduciante y deberá reconocerse la pérdida correspondiente.

La contabilización en los libros del fideicomiso es similar la descrita en 1-.

Tratamiento en la contabilidad del fiduciario

El patrimonio fiduciario, cuya titularidad corresponde al fiduciario, se encuentra separado el patrimonio general de este. La responsabilidad como administrador fiduciario da lugar a un reconocimiento contable particular.

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

Libros y Estados Contables del fiduciario

Los estados contables básicos del fiduciario deberán integrar a su información contable:

- El resultado de su gestión
- Cuentas de orden para reflejar la responsabilidad asumida a partir de cada uno de los contratos en los que actúe como fiduciario
- Nota o anexo con ingresos y gastos de su gestión
- Nota resumen de cada contrato de fideicomiso
- Nota sobre clase de bienes fideicomitidos por cada fideicomiso
- Nota resumen de Activo, Pasivo, Patrimonio Neto y Resultados de cada fideicomiso

Libros y Estados Contables del fiduciante

Los estados contables básicos del fiduciante deberán integrar a la información que habitualmente los acompaña:

- Identificación del fideicomiso
- Identificación del fiduciario
- Objeto del fideicomiso
- Objetivo de la gestión del fiduciario
- Derechos y obligaciones de las partes
- Plazo de duración del contrato y/o condición resolutoria
- Condiciones de subordinación a la que deben ajustarse las emisiones de los títulos

Ventajas del Fideicomiso Ordinario (Inmobiliario)

El fideicomiso ordinario, es un contrato beneficioso en relación a otras estructuras contractuales tradicionales utilizadas para llevar a cabo negocios inmobiliarios. Aquí se desarrollan algunas de sus ventajas:

- Se trata de una forma de **vinculación contractual entre partes**. No hay vinculación societaria.
- Se **reduce de manera significativa el riesgo del inversor** en cuanto a cambios potenciales y grado de cumplimiento de lo proyectado. Ello, por cuanto en el contrato se dejan establecidas, entre otras cosas:
 - La individualización del inmueble a adquirir.
 - Las condiciones en que se va a adquirir.
 - Las características del emprendimiento a desarrollar sobre el inmueble.
 - Los plazos en que se estiman se deben ejecutar las obras.
 - Los costos estimados en que se va a incurrir.
 - Los derechos y obligaciones de todas las partes intervinientes.
 - El destino que se debe darse al fondo fiduciario (aporte de los inversores).
 - La forma en que debe administrarse el patrimonio fiduciario.
 - Los bienes fideicomitidos están absolutamente separados del patrimonio del fiduciario y de los fiduciantes constituyendo, por lo tanto, un **patrimonio autónomo pleno**. Esto posibilita que los acreedores del fiduciario y del fiduciante, cualquiera sea la naturaleza y privilegio, se vean absolutamente impedidos de satisfacer su acreencia, con los bienes que integra el fideicomiso.
 - Posibilidad de los fiduciantes/ beneficiarios de ceder a terceros sus derechos como beneficiarios del fideicomiso; otorgando a los inversores una posible salida anticipada sin necesidad de esperar a la conclusión final de la construcción del edificio.
- **Brinda transparencia** en el manejo de los fondos a través del fiduciario como tercero confiable.

- Evita la creación de una sociedad con el objeto específico. **Mayor flexibilidad.**
- **Mejora la calidad crediticia** al constituir un patrimonio independiente con los bienes fideicomitidos.
- En caso de incumplimiento, **acelera los plazos de ejecución**; minimiza la necesidad de procesos judiciales.
- Cuando **fiduciante reúne calidad de fiduciario tributa en Impuesto a Las Ganancias alícuota reducida** para personas físicas.

Esquema de las principales diferencias entre la Sociedad Anónima y el Fideicomiso Ordinario³⁷

SA	FIDEICOMISO
Inspección General de Justicia Creación e inscripción Modificaciones Disolución y liquidación	Contrato Privado Conf. Ley 24.441 Creación Modificación Liquidación
Mayor Inseguridad Jurídica	Aislamiento patrimonial= Seguridad Jurídica
Riesgo derivado de otras actividades (Si no fue creada con objeto específico)	Actividad exclusiva
Impuesto a las Ganancias: 35%	Fiduciante=Beneficiario: Alícuota del mismo.
Insolvencia: Ley Conc. Y Quiebras	Insolvencia: fiduciario se encarga de la liquidación

³⁷ Elaboración propia.

Contrato de Fideicomiso Ordinario para la construcción de edificio o emprendimiento urbanístico “Al Costo”

El Fideicomiso Ordinario, es aplicable tanto para la construcción de un edificio destinado a ser sometido al Régimen de Propiedad Horizontal de la ley 13.512 como para el desarrollo de otros emprendimientos urbanísticos, barrios cerrados o clubes de campo, y gira sobre la llamada “construcción al costo”.

Este tipo de trabajos, antes de la posibilidad de los contratos de fideicomiso, se realizaban mediante la utilización de sociedades anónimas, o mediante la formación de consorcios o preconsorcios.

El caso

Un sujeto (fiduciante) aporta el terreno para construir el proyecto, otros inversores (fiduciantes) aportan los fondos necesarios para la construcción del proyecto y los transfieren al fiduciario.

El fiduciario es responsable por la administración y el estricto cumplimiento de lo establecido en el contrato de fideicomiso. Cobrará un porcentaje del valor de la obra como honorario, o podrá realizar su labor sin contraprestación, cuando lo haga con el fin de contribuir a título de liberalidad para con los fiduciantes, que lo han designado por razones de confianza.

Cada aportante, entonces, adquiere el carácter de fiduciante y, a su vez, se constituye en beneficiario del fideicomiso.

El fiduciante se encarga de la contratación de empresa constructora, proyectistas, proveedores, etc.

Modelo de contrato

Fideicomiso “Edificio XX”

Encabezamiento.

- Se ha adoptado la forma de escritura pública, pero reiteramos el concepto de que el contrato puede celebrarse bajo la forma de instrumento privado, al que se recomienda certificar las firmas. Es necesaria la escrituración de la transferencia del dominio fiduciario del inmueble.

- Lugar y fecha de otorgamiento del documento y, de tratarse de una escritura, la identificación del registro notarial y el autorizante.
- Partes y datos personales

Objeto

- Celebrar el contrato de fideicomiso inmobiliario para la construcción de inmuebles, conforme lo normado en la Ley 24.441....

Identificación de los sujetos del negocio

- Identificar quien será en adelante el fiduciante y quien el fiduciario.

Incorporación de futuros fiduciantes

- Serán también fiduciantes todas aquellas personas físicas o jurídicas que se adhieran al contrato.

Beneficiarios

- Los beneficiarios son los mismos fiduciantes. Podrá agregarse la designación de beneficiarios que sean compradores de unidades funcionales.

Fideicomisario

- Cuando la constructora no aporta la realización de la obra, no existirá fideicomisario, sujeto que no resulta indispensables para el fideicomiso, es una opción.

Objeto del negocio. Operación jurídicamente considerada

- Descripción e identificación del inmueble general. Autoridad de aplicación que deberá aprobar el proyecto.

Plazo. Condición

- Resultara del cronograma constructivo, nunca superior a treinta años.

Obligación del aporte de los fiduciantes iniciales

- Designación del inmueble y su descripción de acuerdo con las constancias de su título de antecedente.
- Si existen otros fiduciantes originarios que aporten dinero, tecnologías, etc. Deben incorporarse aquí.

Rendición de cuentas

Disponibilidad jurídica del inmueble general. Cargas.

Facultades jurídicas del fiduciario. Prohibiciones

- Hacer planos de afectación al régimen de división del suelo que admita cada jurisdicción para barrios cerrados.
- En principio, se establece la prohibición de hipotecar, dada la característica del proyecto de financiarse con el aporte de los fiduciantes, se puede prever un mecanismo de excepción con autorización de los beneficiarios.

Selección del fiduciario. Facultades.

Contratos de adhesión con fiduciantes por adhesión.

Prohibición legal

Gastos y cargas del fideicomiso.

Retribución de la actividad del fiduciario

- Las partes pueden pactar libremente la retribución del fiduciario en el contrato.

Cesión de carácter de beneficiario

- Siempre es conveniente prever las cesiones de derechos de los beneficiarios. No pueden prohibirse, por lo tanto es mejor regular su forma y oponibilidad.

Responsabilidad general del fiduciario

- Se pueden prever mecanismos de responsabilidad, pero debe respetarse el límite de la responsabilidad objetiva previsto por la Ley 24.441. puede agravarse el régimen de responsabilidad.

Prohibición de transferencia a título gratuito

- Deberán preverse las limitaciones que se impongan al fiduciario con relación a las facultades materiales y jurídicas en el ejercicio de la propiedad fiduciaria. Si nada se establece, el fiduciario está facultado a ejercerla libremente, ya que es titular de derecho real de dominio; por eso, resulta importa establecer claramente las limitaciones de este tipo que puedan convenirse contractualmente.

Patrimonio fiduciario

- Descripción de la composición del patrimonio fiduciario.

Responsabilidad patrimonial

Extinción del fideicomiso

- causas.

Liquidación

Jurisdicción y domicilio

- Designación de la jurisdicción convenida.
- Constitución de los domicilios especiales de la partes de las presente contrato.

Cláusula adicional

- Proyectos, planos y demás especificaciones técnicas de la obra que las partes manifiesten haber otorgado en actos separado que formen partes del contrato.

Constancias fiscales

Conclusión

Un importante factor de desarrollo del fideicomiso es que cuenta con “un marco jurídico realmente adecuado”, con base en la Ley 24.441 de 1995, cuyo punto saliente es que crea al fideicomiso como patrimonio separado del fiduciante, del fiduciario y de los beneficiarios.

Esto es lo que otorga a esta figura **“una protección legal”** que constituye el principal motor de crecimiento del desarrollo del contrato fiduciario en Argentina.

El aislamiento e independencia del patrimonio fideicomitado es la principal característica que lo aventaja de otras figuras utilizadas comúnmente en los proyectos de construcción.

La figura del fideicomiso ordinario, es un contrato beneficioso en relación a otras formas tradicionales para llevar a cabo negocios inmobiliarios.

En la actualidad la mayor parte de los emprendimientos se hacen con este instrumento y la tendencia es que vaya convirtiéndose en el único vehículo de la construcción, en reemplazo de la formación de sociedades anónimas.

Incorporar la figura del fideicomiso, da mucha más transparencia y pone cláusulas mucho más estrictas del fin para el cual se está aportando el capital.

De esta manera, “la actividad inmobiliaria encontró en el fideicomiso un vehículo apto para la canalización de inversiones que permite desde el punto de vista legal *definir claramente cómo es el negocio*, las obligaciones de todos los sujetos que intervienen, bajo distintas estructuras fiduciarias -incluso donde fiduciante-beneficiario son coincidentes”.

Al mismo tiempo la figura no sólo permite aislar los activos transferidos a un patrimonio independiente (inembargabilidad); también mejora el costo del endeudamientos en la medida que mejora el riesgo (mejor calidad crediticia), implica ventajas impositivas siempre que los fiduciantes reúnan calidad de beneficiarios, ante incumplimiento actúa sin recurrir a la justicia (no está sujeto a la ley de Concursos y Quiebras) y brinda transparencia a través del control fiduciario. Se llega a la conclusión de que el Fideicomiso Ordinario es un contrato elástico y flexible. Posibilita la concreción de negocios inmobiliarios a menor costo y riesgo que otras figuras convencionales.



Sobre la base de una correcta estructuración contractual, diseñada a la medida del negocio, permite una buena administración del mismo, seguridad jurídica, transparencia y ahorros significativos para todas las partes.

De esta manera hoy la mayoría de los desarrollos inmobiliarios del país se realiza a través de fideicomisos; el instrumento que vino a responder a las necesidades de **mayor necesidad jurídica, mejores vías de fondeo para sus emprendimientos, y ventajas impositivas.**

Apéndice Legislativo

Ley 24.441

Financiamiento de la Vivienda y la Construcción

TITULO I³⁸

DEL FIDEICOMISO

CAPITULO I

Art. 1.- Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Art. 2.- 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, lo que salvo disposición en contrario se beneficiaran 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. 3.- El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enumeraciones requeridas por el art. 4.

En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare, se aplicará lo dispuesto en el art. 10 de la presente ley.

³⁸ Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Se expone el Título I ya que este es el que se refiere a Fideicomiso.

CAPITULO II

EL FIDUCIARIO

Art. 4.- El contrato también deberá contener:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constara la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.
- b) La determinación del modo e 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 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz caso en el que podrá el 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 que autorice la Comisión Nacional de Valores.

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 pudieran incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

En todos los casos, los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año.

Art. 8.- Salvo estipulaciones en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiera 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 fuera 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 el. 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.

CAPITULO III

EFFECTOS 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 la correspondieran a la naturaleza de los bienes, cuando estos 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 artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa

fideicomitida cuyo riesgo o vicio fuese 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 previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero registrarán, en lo pertinente, las normas del artículo 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 hubiese 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 este no lo hiciere sin motivo suficiente.

CAPITULO IV

DEL FIDEICOMISO FINANCIERO

Art. 19.- Fideicomiso Financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a 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. 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

CAPITULO V

DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TITULOS 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 escritúrales conforme el art. 8 y concordantes de la Ley 23.576 (con las modificaciones de la ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de 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.

CAPITULO VI

DE LA INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO 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 de 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 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 quórum 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; esta 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.

CAPITULO VII

DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Art. 25.- El fideicomiso se extinguirá por:

- a) el cumplimiento del plazo o la condición a la que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- b) la revocación del fiduciante, si se hiriere 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 fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

Bibliografía

BONO Gustavo Alejandro. Fideicomiso, Algunos Aspectos de la Ley 24.441. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1997.

BORDA Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Contratos. Perrot.

CÁCERES Néstor. Fideicomisos Inmobiliarios. Encuadre Tributario. Doctrina Tributaria N° 317. Errepar, Agosto 2006.

CLUSELLAS Eduardo G. y ORMAECHEA Carolina. Contrato con Garantía Fiduciaria. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

GIRALDI Pedro Mario. Fideicomiso. Ley 24.441. Depalma, 1998.

GOMEZ Teresa y FOLCO Carlos Maria. Procedimiento Tributario. Ley 11.683 – Decreto 618/97. La Ley 2006.

MARTÍN Julián, EIDELSTEIN Mauricio y ALCHOURON Juan Martín. Fideicomisos, Aspectos jurídicos, tributarios y contables. Errepar, 2006.

NISSEN Ricardo A. Curso de Derecho societario. Ad-Hoc, 2006.

ROUVILLON Adolfo. Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Astrea, 2007.

ZUNINO Jorge Osvaldo. Régimen de Sociedades Comerciales. Ley 19550. Astrea, 2006.

Ley de Impuesto a Las Ganancias. La Ley. 2007.

Ley de Impuesto a La Ganancia Mínima Presunta. La Ley. 2007.

Ley de Impuesto a los Bienes Personales. La Ley. 2007.

Ley de Impuesto al Valor Agregado. La Ley. 2007.

Código Tributario Provincial. Impuestos sobre los Ingresos Brutos.

Código Civil de la Republica Argentina. La Ley, 2004.

Marketing Aplicado a la Industria de la Construcción. 2000.

Dictamen de Asesoría Técnica 55/2005. AFIP-DGI .26 de Septiembre de 2005.

Dictamen de Asesoría Técnica 18/2006. AFIP-DGI.

Dictamen de Asesoría Técnica 16/2006. AFIP-DGI. 16 de Marzo de 2006.

Paginas Web: www.elinmobiliario.com -

www.infobaeprofesional.com -

www.palermo.edu/economicos - Informe Mensual Marzo 2008.

www.actualidadinmobiliaria.com -

www.reporteinmobiliario.com -

www.aevivienda.org.ar/administer/59_actividad.pdf -

Noticias del Sector Inmobiliario, Sector inmobiliario en Argentina, Información de Interés Inmobiliario en Argentina