

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**FIDEICOMISO CONTRACTUAL
ORDINARIO
ANÁLISIS JURÍDICO Y TRIBUTARIO**

UNA MODALIDAD: EL INMOBILIARIO

MARÍA VICTORIA PERETTI RICART

-2007-

NON NOVA, SED NOVE.

-ÍNDICE-

INTRODUCCIÓN.	10
---------------	----

CAPÍTULO I

-ANTECEDENTES HISTÓRICOS-

I. Antecedentes Históricos.	15
I.1. Antecedentes en el derecho romano.	16
I.1.a. <i>Fideicomisum</i> .	17
I.1.b. <i>Pactum fiduciae</i> .	18
I.2. Antecedentes en el derecho anglosajón.	20
I.3. Antecedentes en el derecho argentino.	23

CAPÍTULO II

-EL NEGOCIO FIDUCIARIO-

II. El negocio fiduciario.	30
II.1. Delimitación conceptual.	30
II.2. Distinción de otras figuras.	34
II.2.a. Con los negocios indirectos.	34
II.2.b. Con la simulación.	36
II.2.c. Con los encargos fiduciarios o de confianza.	39
II.3. Clasificación de los negocios fiduciarios.	39
II.3.a. Según su finalidad: negocios fiduciarios de administración o de garantía.	40
II.3.b. Según el interés a satisfacer: puros o impuros.	40
II.3.c. Según estén o no previstos en el ordenamiento legal:	41

nominados o innominados; típicos o atípicos.	
II.3.d. Según los bienes comprendidos en la transmisión: universales o particulares.	41
II.3.e. Según la forma de instrumentación: formales o no formales.	42
II.4. A propósito de la posibilidad de celebrar negocios fiduciarios en el marco del ordenamiento jurídico argentino.	42

CAPÍTULO III

-EL DOMINIO FIDUCIARIO-

III. El dominio fiduciario.	45
III.1. Dominio fiduciario y propiedad fiduciaria. Delimitación.	45
III.2. Dominio fiduciario. Discusión sobre su existencia y posibilidades de aplicación práctica.	48
III.2.a. Situación anterior a la sanción de la ley 24.441.	48
III.2.b. Situación actual.	49
III.3. Naturaleza jurídica del dominio fiduciario. Régimen jurídico aplicable al mismo.	50
III.3.a. Tesis que propugna la subsistencia del viejo dominio fiduciario junto al nuevo.	51
III.3.b. Razones para considerar que se ha producido la unificación del dominio fiduciario en un solo régimen.	51
III.4. El dominio fiduciario frente a los caracteres del dominio pleno.	53
III.4.a. Absolutez.	53
III.4.b. Exclusividad.	54
III.4.c. Perpetuidad.	55
III.5. Duración del derecho.	55

III.5.a. Condición.	56
III.5.b. Plazo.	57
III.5.c. Excepciones al plazo máximo.	58
III.6. Sujetos.	59
III.7. Objeto.	60
III.8. Modos de adquisición del dominio fiduciario.	62
III.8.a. Tradición.	62
III.8.b. Inscripción registral.	63
III.8.c. Prescripción breve.	63
III.8.d. Actos de última voluntad.	63
III.8.e. La ley.	64
III.9. Causas de extinción del dominio fiduciario.	65

CAPÍTULO IV

-ASPECTOS REGISTRALES QUE PLANTEA EL FIDEICOMISO EN MATERIA INMOBILIARIA-

IV. Aspectos registrales que plantea el fideicomiso en materia inmobiliaria.	69
IV.1. Introducción.	69
IV.2. Actos que deben inscribirse.	70
IV.2.a. Titularidad adquirida por el fiduciario.	70
IV.2.b. Sustitución del fiduciario.	71
IV.2.c. Plazo o condición a que se subordina el dominio fiduciario.	74
IV.2.d. Incorporación de otros bienes.	75
IV.2.e. Facultades del fiduciario.	75
IV.2.f. Medidas cautelares.	76
IV.2.g. Transmisión al extinguirse el fideicomiso.	77

IV.2.h. Posibilidad de toma de razón del beneficiario y del fideicomisario.	77
IV.3. Efectos de la registraci3n: oponibilidad a terceros.	78
IV.4. Inscripci3n de la causa.	79

CAPÍTULO V

-PATRIMONIO FIDUCIARIO. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN Y DE AGRESIÓN. ALTERNATIVAS FRENTE A SU INSUFICIENCIA-

V. Patrimonio fiduciario. Régimen de protección y de agresión. Alternativas frente a su insuficiencia.	83
V.1. Introducción.	83
V.2. Patrimonio fiduciario. Teorías a las que responde.	84
V.3. Protección y agresión del patrimonio fiduciario.	86
V.4. Liquidación del patrimonio fiduciario. A propósito de su imposibilidad de quebrar.	92
V.4.a. Impotencia patrimonial. Alcance del término.	93
V.4.b. Imposibilidad de quebrar.	94
V.4.c. Provisión de fondos.	96
V.4.d. Liquidación del patrimonio fideicomitado.	97

CAPÍTULO VI

-RÉGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO ORDINARIO-

VI. Régimen fiscal del fideicomiso ordinario.	102
VI.1. La personalidad tributaria del fideicomiso.	102
VI.2. El fideicomiso ordinario frente a impuestos nacionales.	104
VI.2.a. Impuesto a las Ganancias.	104

VI.2.b. Impuesto al Valor Agregado.	109
VI.2.c. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.	112
VI.2.d. Impuesto sobre los Bienes Personales.	114
VI.3. El fideicomiso ordinario frente a impuestos provinciales.	116
VI.3.a. Impuesto de Sellos.	116
VI.3.b. Impuesto sobre los Ingresos Brutos.	118

CAPÍTULO VII

- CONTRATO DE FIDEICOMISO-

VII. Contrato de fideicomiso.	121
VII.1. Concepto y caracteres.	121
VII.2. Elemento subjetivo.	123
VII.2.a. El fiduciante.	124
VII.2.b. El fiduciario.	127
VII.2.c. El beneficiario.	130
VII.2.d. El fideicomisario.	132
VII.2.e. Superposición de roles.	134
VII.3. Elemento objetivo.	139
VII.4. Forma.	141
VII.5. Causa.	143
VII.6. Contenido.	143
VII.7. Extinción.	146

CAPÍTULO VIII

-FIDEICOMISO INMOBILIARIO-

VIII. Fideicomiso inmobiliario.	148
---------------------------------	-----

VIII.1. Esquema de funcionamiento.	149
VIII.1.a. El fiduciante.	151
VIII.1.b. El fiduciario.	152
VIII.1.c. El beneficiario y el fideicomisario.	154
VIII.2. Contrato de fideicomiso inmobiliario.	156
VIII.3. Notas caracterizantes.	157
VIII.4. Ventajas del fideicomiso en el marco de los emprendimientos inmobiliarios.	158
VIII.5. Especial referencia a la faz impositiva.	162
VIII.5.a. Impuesto a las Ganancias.	163
VIII.5.b. Impuesto al Valor Agregado.	166
VIII.5.c. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.	170
VIII.5.d. Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.	171
<i>Transferencia del fiduciante al fideicomiso.</i>	171
<i>Transferencia del fiduciario al fideicomisario.</i>	175
REFLEXIONES FINALES.	176
APÉNDICE.	
Ley 24.441	181
BIBLIOGRAFÍA.	191

-INTRODUCCIÓN-

La regulación del fideicomiso en Argentina es de reciente evolución. Durante varios años, la figura adormiló, resguardada modestamente por una legislación exigua, poco prometedora a la hora de dar abrigo a los avatares del mundo jurídico y negocial. Ello porque si bien desde sus comienzos, el Código Civil atisbó algunas líneas referentes al dominio fiduciario, sólo lo trató como un apéndice del dominio imperfecto.

Fue 1994 el año en que verdaderamente tuvo cuna legislativa el fideicomiso en el ordenamiento jurídico nacional, con la sanción de la ley 24.441, la que, con el fin de paliar las necesidades imperantes en el mercado inmobiliario, dio a nuestro legislador un puntapié para la regulación de instrumentos aptos para brindar herramientas jurídicas y ventajas prácticas a los sectores involucrados en la industria de la construcción. Al amparo de esta coyuntura, se regularon una serie de instituciones, cuya mayor providencia fue el fideicomiso.

A partir de entonces, el flamante instituto se fue abriendo camino en la realidad, y fue localizando aquellos sectores de la misma en los cuales podía operar. Con el correr del tiempo, su utilización creció vertiginosamente, y su aplicación práctica encontró cabida en sectores tan diversos como pueda imaginar la mente del hombre. En la experiencia negocial, el manejo del fideicomiso ha denotado una atractiva versatilidad para adaptarse a situaciones de los más variados matices y tonalidades, pudiendo el instituto acomodarse a las diferentes demandas del tráfico comercial contemporáneo.

Y, en rigor de verdad, no reviste importancia menor el hecho de que la categoría jurídica “fideicomiso” haya tenido carta de presentación en nuestro ordenamiento, en el marco de una ley destinada a impulsar y fomentar el financiamiento de la vivienda y la construcción. Esta

motivación, sumada al hecho de que durante la recesión económica de finales del año 2001 los fondos obrantes en depósitos bancarios comenzaron a ser traspolados al sector de los bienes raíces, generó un escenario propicio para que, dentro de las múltiples finalidades que originaron la constitución de fideicomisos, captara una plaza considerable el manejo de la figura para encauzar emprendimientos inmobiliarios.

Ello condujo al avance agigantado de la experiencia negocial en esta área específica, seguida, muy por detrás, de un ávido tratamiento doctrinario y una naciente jurisprudencia que, si bien incipientes, fundaron una plataforma exegética sobre la cual se puede continuar avanzando.

Y tal es, justamente, aquello a lo que apunta el presente trabajo.

En esencia, se pretende realizar un abordaje del fideicomiso contractual ordinario en su perfil legal e impositivo, con una especial referencia a su faz inmobiliaria. Ello, al abrigo de una revisión documental crítica que aglutine los semblantes jurídicos principales de la figura, sumado a un abordaje tributario que atisbe su encuadre fiscal, mediante una estructura expositiva que facilite la comprensión de sus contenidos.

En aras de todo ello, se ofrecerá una recapitulación de los antecedentes del instituto en el derecho nacional y comparado; un análisis de los diferentes componentes del negocio y dominio fiduciarios, patrimonio fideicomitado, su insuficiencia y el contrato de fideicomiso; una referencia acerca las cuestiones registrales que plantea el dominio fiduciario; y una especial reseña acerca del tratamiento tributario que le cabe, ello con especial atención al fideicomiso inmobiliario, a modo de revelar las ventajas que implica encauzar un emprendimiento en el ámbito de la construcción y los negocios inmobiliarios mediante la utilización del fideicomiso como vehículo canalizador, por sobre los pros de acanalarlo, ora mediante formas societarias, ora mediante otros medios organizativos.

Ante la existencia de un cuerpo normativo coactivo que regula específicamente el instituto del fideicomiso en nuestro ordenamiento, habrá de estarse, en primer lugar, a lo que sus disposiciones reglamentan acerca de él. Asimismo y, porque a más de lo que pueda disponer la legislación es menester, para alcanzar un entendimiento más cabal de un instituto, acudir a las opiniones y postulados esgrimidos por especialistas en la materia, se acudirá a la consulta y cotejo de doctrina. Porque de todo ello podrá lograrse una comprensión más acabada del significado e interpretación que de corriente se asigna a la normativa existente, como así también podrá obtenerse información acerca de aquellas cuestiones obviadas por el legislador, pero que hacen a la esencia de la cuestión tratada. También, habrán de considerarse las líneas interpretativas perfiladas por la jurisprudencia administrativa, en especial referencia a cuestiones fiscales y tributarias. Finalmente, a través de la indagación directa sobre contratos estipulados a los fines de regular la utilización del fideicomiso como instrumento vehiculizador de emprendimientos inmobiliarios, podrán extraerse los principales lineamientos que permitan comprender cómo se estila y evoluciona el instituto en la práctica, específicamente, en aquella realidad concreta que en el presente trabajo se pretende analizar.

Teniendo en cuenta todo ello, se propone, entonces, un análisis exegético del fideicomiso contractual ordinario en el ordenamiento jurídico argentino, a la luz de la legislación que lo regula y doctrina que lo analiza; pero con la pretensión principal de indagar sobre el funcionamiento del instituto en la práctica, y de percibir cómo se hacen tangibles en una realidad concreta las categorías jurídicas reguladas en nuestro ordenamiento, para detenernos, dentro del gran espectro de posibilidades de utilización de la figura en estudio, en aquel uso tendiente a vehicular las operatorias de la industria de la construcción.

Porque es la realidad la que en definitiva ha de dar forma al Derecho. Y un ordenamiento jurídico que no brinda instrumentos convenientes para hacer frente a las necesidades imperantes en un determinado contexto económico-político, haciendo oídos sordos a su realidad, más que constituir una herramienta jurídica, deviene obsoleto. Ya lo dijo COUTURE: el derecho no es un fin, sino un medio. Y, tal como lo ilustran KIPER y LISOPRAWSKI, aunque se lo propusiera, el pensamiento jurídico no podría ser un puro pensamiento especulativo, indiferente a las realidades.

Por todo ello, con el sincero anhelo de conquistar alguna nueva traza del instituto, se aborda su análisis, al abrazo su breve pasado, este incipiente presente y un porvenir más que prometedor.

CAPÍTULO I

-ANTECEDENTES HISTÓRICOS-

CAPÍTULO I: Antecedentes históricos.

Resulta imperioso, para todo aquel que se decide a hacer el análisis de una figura jurídica, remontarse a los orígenes de la misma, pues de ello sobrevendrá en una comprensión más acabada de sus dimensiones. Por ello conviene recordar que la voz “fideicomiso”, viene de la palabra *fideicommissum*; del latín *fides*, que significa “fe” y *commissus* que significa “comisión”. Asimismo, el vocablo puede igualmente ser ligado al término latino *fiducia*, que traducido al idioma castellano significa “confianza”. El fideicomiso es, por tanto, una comisión, un encargo de fe o de confianza.

Si bien esta referencia nos da una idea vaga de los extremos implicados en la figura, para comenzar por entender -aunque más no sea de modo escueto- su funcionamiento, conviene citar a LORENZETTI¹, quien en su *Tratado de los Contratos* expresa lo siguiente: la atribución fiduciaria de la propiedad tiene su fuente en un contrato o en un testamento, del que surge la obligación del fiduciante de transmitir al fiduciario un bien afectado a una finalidad, cumplida la cual, el bien es nuevamente transmitido al fiduciante o a un tercero, denominado fideicomisario. El fiduciario se obliga a cumplir el encargo y a otorgar los beneficios que genere el bien fideicomitado al beneficiario designado.

A pesar de que actualmente el instituto tiene acogida en nuestro Ordenamiento Jurídico -encontrándose mencionado en escasos artículos del Código Civil, y siendo más minuciosamente regulado por una ley especial - que no ha llegado a cumplir los quince años de vigencia-, como tipo legal “de importación” que es, el fideicomiso es en principio extraño a nuestra tradición jurídica, y hunde sus raíces más remotas en el derecho

¹ Ricardo Luis LORENZETTI; *Tratado de los Contratos*; Rubinzal - Culzoni.; Buenos Aires; 1999; III; 293, 294.

comparado. Y, existiendo en el globo dos grandes órdenes jurídicos, el Derecho Continental y el Common Law, a ellos debemos la gentileza de haber desarrollado, decenas de años atrás, los caracteres de esta figura. Fueron pioneros, respectivamente, el Derecho Romano y el Derecho Anglosajón.

I.1. Antecedentes en el derecho romano.

Si nos remontamos a los antecedentes romanos, es menester recordar en primer término que, tal como ya fue expuesto, la voz “fideicomiso” proviene del vocablo latino *fideicommissum*, el cual se desdobra en los términos *fides*: fe y *commissus*: comisión.

Si bien sus orígenes no pueden precisarse con exactitud, como ocurre con tantas otras figuras jurídicas, en Roma surgió, desde antiguo, la relación fiduciaria. Pasó por la época republicana, donde se nutrió de los mayores contenidos éticos y morales, hasta su reconocimiento jurídico, con Augusto y Claudio².

El hombre romano de aquel entonces encontraba en el honor y la lealtad los ejes en torno a los cuales giraba la vida en comunidad. Todo vínculo social estaba cimentado en la confianza recíproca, la *fides*, que junto con la justicia eran para los romanos el fundamento de la vida en sociedad. El honor y el repudio colectivos regulaban la vida moral del romano, todo lo cual lleva a comprender por qué en aquella época no era absurdo confiar en alguien³.

Entendido entonces como negocio de confianza, el fideicomiso encontró en el derecho romano dos formas de ejecución: el *fideicomissum* y el *pactum fiduciæ*.

² Cfr. Julio César D. FERNÁNDEZ; “Antecedentes históricos del fideicomiso”; en en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 23-60; 32,38 y ss.

³ *Idem*; 38, 39.

I.1.a. *Fideicomissum*.

En la primera de sus variedades, correspondiente a los actos *mortis causa*, el *fideicomissum* se presentaba como una modalidad de las disposiciones testamentarias, aunque también se utilizaba, adoptando la forma de “ruego”, sin ser insertada en un testamento.

Se recurría a esta modalidad principalmente para salvar las incapacidades consagradas por el derecho romano para testar. En la práctica, una persona -el disponente- encargaba a otra -el fiduciario-, la transmisión, a su fallecimiento, de toda o parte de su herencia a una tercera persona -el fideicomisario-. Así vemos cómo el heredero instituido en primer término -el fiduciario-, debía transmitir los bienes heredados al fideicomisario, quien al momento de producirse el deceso habría de hallarse incapacitado para suceder al causante. De esta manera, el *fideicomissum* se configuraba, primordialmente, como un instituto utilizado para eludir las incapacidades consagradas en el derecho sucesorio romano, aunque también supo utilizarse, por la sutileza de sus formas, para suavizar el extremo rigorismo que debía acompañar a los legados, permitiendo por su gran versatilidad, una manifestación más libre de la voluntad.

Esta maña carecía de protección jurídica, por lo cual la única certeza de que se cumpliría el encargo, reposaba en la confianza depositada en aquel sujeto a quien se había efectuado la manda. Y, si bien más adelante surgieron el *recurso administrativo* y la *actio fiducia* como acciones para hacer cumplir el compromiso, la aptitud del *fideicomissum* para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley, contribuyó a su desprestigio. Nuestro Código Civil recepta actualmente esta situación, bajo

el rótulo de sustituciones fideicomisarias, en sus artículos 3723, 3730 y concs., prohibiendo su utilización⁴.

I.1.b. *Pactum fiduciæ*.

En la segunda de sus variedades, conocida en el derecho romano como *pactum fiduciæ*, podían desmembrarse a su vez dos modalidades: *fiducia cum creditore contracta* y *fiducia cum amico contracta*. Ambas, a diferencia de la anteriormente descrita, constituían actos *inter vivos*.

Por la *fiducia cum creditore contracta*, se garantizaban deudas preexistentes, sin las cuales no habría de nacer el negocio. En efecto, esta variante se erige como una de las primeras formas de garantía real de una deuda.

En virtud de esta modalidad, el deudor -o un tercero por él-, transmitía, por *mancipatio*⁵, el dominio de una o varias cosas al acreedor en garantía de su crédito. Una vez que la obligación base de la *fiducia* hubiese sido satisfecha, la cosa retornaba al dominio del deudor. En caso contrario, el acreedor se transformaba en propietario de la misma. Ambas consecuencias surgían del *mancipatio accipiens*, pacto que acompañaba a la transmisión.

Ilustra KIPER⁶, que bastaba con que el deudor entregase al acreedor la cosa en propiedad, formalmente, por medio de una venta ficticia, pero

⁴ Cfr. Silvio V. LISOPRAWski - Claudio M. KIPER; *Tratado de Fideicomiso*; LexisNexis-Depalma; s/l; 2003; en <http://www.lexisnexus.com.ar/Catalogo/Online.asp> (disponible el día 28-III-2007); Lexis N° 6000/000587.

⁵ En sus comienzos, la *mancipatio* fue un contrato de cambio, de cosa por dinero, con la formalidad estricta de esa época. Con el tiempo se transformó en un negocio formal de transmisión de la propiedad (FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 45).

⁶ Claudio Marcelo KIPER; *Régimen Jurídico del Dominio Fiduciario*; La Ley; s/l; s/f; 52; cit. por José María R. ORELLE; “Fideicomiso: contractual y financiero”, en José María R. ORELLE - Cristina N. ARMELLA - Jorge R. CAUSSE; *Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Ley 24.441*; Ad Hoc; Buenos Aires; 1995; 73-200; 73.

sólo fiduciariamente, pactándose que una vez saldada la deuda, la cosa sería reintegrada al deudor por una nueva transmisión. Así se garantizaban los derechos del acreedor.

La modalidad se utilizaba a los fines de proteger los intereses del acreedor, que se erigía como fiduciario en la relación. El fideicomitente era quien transmitía la cosa, pudiendo constituirse como tal, tanto el deudor de la acreencia como un tercero por él.

Cimentado en la confianza, el negocio carecía, en sus primeros tiempos, de acción que garantizase la observancia del mismo. Más adelante, surge la ya mentada *actio fiducia* para pedir judicialmente su cumplimiento. Sin embargo, la misma era sólo una acción personal contra el acreedor, quien luego del pacto devenía en propietario de la cosa, con todos los derechos que ello conlleva. Podía, como propietario que era, transmitir la propiedad de la cosa libremente, y en este caso el deudor sólo tenía una acción personal contra el acreedor fiduciario, no pudiendo reivindicar el bien. Así, el acreedor podía trastocar el pacto y, al fin y al cabo, el mismo seguía supeditado a su honradez y lealtad.

Por la segunda de las modalidades, la *fiducia cum amico contracta*, se erigía un encargo cuyo eje principal era la confianza, en virtud del cual se transmitía uno o más bienes determinados a una persona, con el fin de que ésta cumpliera con determinados objetivos, generalmente de administración, custodia o uso, y la restituyera al cumplimiento de un determinado plazo o condición.

Al igual que sucedió con la variante anterior, a la confianza inicial luego viene a agregarse la protección jurídica derivada de la aludida *actio fiducia*.

Pero, a diferencia de lo que ocurría en relación a la *fiducia cum creditore contracta*, por este negocio, el interés objeto de resguardo era el

del fiduciante, no el del fiduciario. Asimismo, se puede advertir que, así como el eje principal en torno al cual giraba la *fiducia cum creditore* era la garantía, la sola confianza era la piedra basal de la *fiducia cum amico*, que podía constituirse con finalidades específicas harto diversas. Así, antes de que sucediese el reconocimiento pretoriano del depósito, se recurría a la figura de la *fiducia cum amico* para realizar la entrega en confianza a una persona para que conservase ciertos bienes. Del mismo modo, antes de que el pretor reconociese el comodato, la *fiducia* seguramente tenía la función de préstamo de uso. Por su carácter mimético, la *fiducia* prácticamente desaparece, al ser superada por contratos tales como la prenda, la hipoteca, el comodato o el depósito⁷.

La vida pública del fideicomiso terminó con los compiladores de Justiniano, al acabar confundándose con otras formas contractuales o con los legados, o bien, se fue adoptando como medio indirecto para resolver otras situaciones jurídicas, quedando subsistente alguna de sus formas⁸.

1.2. Antecedentes en el derecho anglosajón.

La otra gran vertiente histórica a la que pueden remontarse los inicios del fideicomiso es el llamado *trust* anglosajón. A diferencia de lo que ocurre con la institución en el derecho romano, que, como ya hemos visto, se erige dentro del derecho de los contratos o de las sucesiones, según la modalidad en cuestión, el *trust* se inscribe dentro de los derechos reales, más precisamente, en el marco del derecho de propiedad⁹. En efecto, el mismo funciona como un título de propiedad que ostenta una persona, con la finalidad de administrarlo en beneficio de otra¹⁰.

⁷ FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 47.

⁸ *Idem*; 32.

⁹ Cfr. LORENZETTI; *op. cit.*; 297.

¹⁰ FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 51.

Su origen más remoto puede hallarse en el derecho inglés, en el que ya en la Edad Media se utilizaban los *uses* para eludir ciertas prohibiciones legales que recaían, muchas veces, sobre la libre disposición de bienes inmuebles, transfiriéndose el dominio de ellos a otra persona de confianza, con la finalidad de que sus prerrogativas se destinaran al mismo transmitente o, eventualmente, a un tercero.

En el marco de esta operativa, el *settlor*, propietario de ciertos bienes raíces, transmitía el dominio de los mismos al *feoffee to use*, con el encargo de que los gestionase en beneficio de una tercera persona, el *cestui que use*. El individuo designado para ser beneficiario, bien podía ser el mismo *settlor*.

Contrariamente a lo que ocurrió con la evolución del negocio fiduciario en el derecho romano, que quedó, como fue explicado, resumido en otras figuras jurídicas, en Inglaterra tomó tal auge que, junto con su sistema jurídico, fueron transmitidas estas formas de relaciones a todas sus colonias¹¹.

Y así es como, habiendo nacido la figura en el derecho inglés bajo los términos descritos, luego es heredada por los Estados Unidos, donde tuvo su más amplio desarrollo el *trust*.

En virtud del mismo, una persona, a quien se denomina *settlor*, confía a otra, llamada *trustee*, la propiedad de un bien para que lo administre en beneficio de una tercera persona, a quien se designa como *beneficiary*.

Quizá la característica más importante -y más significativa- del *trust* anglosajón, es que segrega el dominio pleno en dos clases de propiedad que han de recaer sobre los mismos bienes: la propiedad legal, ostentada por el *trustee*, que es de carácter formal y que goza de la protección del *Common*

¹¹ ORELLE; *op cit.*; 52.

Law; y la propiedad de equidad, que recae sobre el *beneficiary*, para su merced. De carácter meramente económico, esta última goza de la protección de la *Equity Law*.

En este orden de ideas, los bienes que han de constituir el fideicomiso están bajo el dominio del *trustee*, quien como propietario legal que es, puede ejercer con respecto a los mismos todos los actos jurídicos que derivan del derecho de señorío sobre las cosas, supeditado, sin embargo, a los derechos del propietario equitativo. Está sujeto, en todo lo que respecta a su derecho, a las disposiciones y tribunales del *Common Law*.

Por su parte, el *beneficiary* está amparado por la *Equity Law* y las Cortes de Equidad que la dirimen, que habrán de velar por los derechos que se han acordado a este propietario, permitiendo que pueda gozar de todas sus prerrogativas y beneficios.

Por otro lado, y al igual que en su antecesor, el derecho inglés, son tres las personas que han de participar necesariamente en el negocio, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, donde el beneficiario era un tercero en la relación, operando, en virtud del negocio fiduciario, tan sólo una estipulación a su favor.

El *beneficiary*, como ya fue explicado, se erige en propietario en equidad, y como parte necesaria de la relación, cuenta con el derecho de exigir al *trustee* el cumplimiento de las tareas encomendadas, y también la prerrogativa de perseguir los bienes sujetos a *trust* si el *trustee*, violentando los fines del negocio, los apartase del patrimonio. Tiene, por tanto, un derecho real de perseguir el bien en manos de quien se encuentre, a excepción de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Corroboramos, entonces, que el dominio legal se tiene supeditado al de equidad.

El *trustee*, quien ha de devenir en titular legal del bien, puede ser el mismo *settlor*, si éste se instituye a sí mismo como tal. En este caso, no operará un traspaso real de la propiedad, sino una mera separación bienes dentro del patrimonio personal del *settlor-trustee*, al crearse el patrimonio propio del trust¹².

Teniendo por efectuado este análisis sucinto de las dos vertientes históricas más importantes del fideicomiso, si nos proponemos a cotejar ambas estructuras, tradiciones y conceptos, podemos advertir, sin mayor dificultad, que aunque hemos heredado las bases en las cuales se cimienta el negocio fiduciario de los dos grandes exponentes del Derecho Continental Europeo y del Common Law, nuestro ordenamiento jurídico presenta características propias que exigen un rediseño de la figura. Tal como señala Lorenzetti¹³, nuestro sistema vigente no podría incorporar el *trust*, ya que no admite la doble propiedad, legal y de equidad; como así tampoco podría añadirse la figura al amparo de la *fiducia* romana, pues parece bastante riesgoso e improbable que alguien se base sólo en la confianza de otro. Es por ello que el sistema argentino se ha encargado de brindar soluciones que den respuesta efectiva a los problemas de su realidad particular.

I.3. Antecedentes en el derecho argentino.

Habiendo realizado ya un recorrido por la historia del derecho comparado, corresponde ahora referir a la existencia del fideicomiso en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

El Código Civil argentino admite una distinción en lo que respecta al derecho real de dominio, basada en la extensión y duración del señorío que

¹² KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587.

¹³ LORENZETTI; *op. cit*; 297.

otorga. Esta distinción surge de su artículo 2507 que dispone: “el dominio se llama pleno o perfecto cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición -dominio revocable o fiduciario- o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera -dominio desmembrado-”.

Las disposiciones de este artículo se complementan con lo dispuesto por los artículos 2661, 2662, y 2663 del mismo Código.

El artículo 2662 no siempre tuvo su redacción actual. Antes de la sanción de la ley 24.441, que lo reforma, Vélez lo había concebido en los siguientes términos: “dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

A la luz de este artículo, se alzaron las voces de diferentes vertientes doctrinarias tendientes a allanar el interrogante respecto al reconocimiento o no de la figura del fideicomiso en nuestro ordenamiento, como así también, a sus posibilidades prácticas concretas.

Hubo autores, como SALVAT, que negaron todo interés práctico y posible campo de aplicación a la figura del entonces artículo 2662 del Código Civil. En apoyo de esta tesitura, se sostuvo que la misma generaba un gran velo de inseguridad al no estar regulada expresamente; que su utilización no estaba verdaderamente justificada, ya que, si se pretendía adquirir por otro, la operación podía caer en la órbita del mandato y, si se pretendía maniobrar ocultamente, por interpósita persona, entraría al campo de juego la simulación. También se dijo que, si la finalidad era transmitir el dominio temporal, resultaba suficiente el derecho de

usufructo. Además, hubo quienes la negaron terminantemente, por su posible aplicación ilícita que devendría de la utilización de la figura para sustituciones prohibidas en materia de transmisiones *mortis causa* (arts. 3724, 3730 y 3731, Cód. Civ.)¹⁴.

Por su parte, algunos autores patrocinaron fervientemente la vigencia del precepto. Entre ellos, LAFAILLE hizo oír su defensa, admitiendo que si bien la figura no asumía un importante papel en la práctica, resultaba viable que el fiduciario adquiriese el dominio de la cosa para sí mismo, y no para su representado o un propietario recóndito, ya que aquél no es un mero agente o persona interpuesta, pues disfruta la cosa durante el lapso de tiempo preestablecido, o hasta cumplirse la condición¹⁵.

En la misma línea defensiva, se sitúan autoridades del tenor de BIBILONI, KIPER, LISOPRAWSKY, ALTERINI, CARREGAL Y ORCHANSKY, entre otros; y en el marco del innegable peso de las IX Jornadas de Derecho Civil, en Mar del Plata, se declaró, por mayoría, que “el dominio fiduciario no sólo está permitido y definido por el Código Civil argentino, sino que existen directivas legales suficientes para aplicarlo¹⁶”.

Pero la experiencia de la realidad había llevado a la práctica al instituto en muy contadas oportunidades. Una vez más la doctrina intervino en el asunto, y se encargó de ejemplificar situaciones en las que podía aplicarse la figura: CORREA LARGUÍA preconiza su aplicación para canalizar emprendimientos en el ámbito de la construcción de viviendas y de la prehorizontalidad; FERRARIO, por su parte, estimula la adopción del fideicomiso como instrumento para encauzar la privatización de las empresas del Estado; GARRIDO Y GARRIDO CORDOBERA ilustran cómo el negocio

¹⁴ Cfr. Alicia PUERTA DE CHACÓN; “El dominio fiduciario en la ley 24.441. ¿Nuevo derecho real?”; en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 83-121; 88.

¹⁵ Cfr. Claudio M. Kiper - Silvio V. Lisoprawski, Silvio V.; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*; 2ª ed.; Depalma; Buenos Aires; 1996; 156.

¹⁶ *Idem*; 157.

fiduciario puede combinarse con el leasing inmobiliario¹⁷, por poner algunos ejemplos.

En 1994, la ley 24.441 vino a poner punto final a este intenso debate, dedicándole por primera vez a la figura un capítulo aparte en la legislación.

Y así es que en el marco de una ley promulgada con el fin de dotar de adecuadas herramientas al financiamiento de la vivienda y la construcción, se define y regula el fideicomiso en su faz contractual y testamentaria, y se crea su modalidad financiera.

Esta nueva normativa, reglamentaria de la figura, fue resultado de la rica evolución histórica del instituto, cuya mayor providencia radica en la adopción de las características de cada tradición jurídica donde el Fideicomiso fue transitando, combinando, no sin dificultades, aspectos de la *fiducia* romana y del *trust* anglosajón, pero agregándole la ley, matices propios¹⁸.

Sin duda alguna, el mayor mérito de la ley 24.441 fue poner coto a una discusión tan arduamente establecida en nuestra comunidad jurídica, cual era la recepción o no del fideicomiso en nuestro derecho; pero al mismo tiempo abrió las puertas a un nuevo movimiento doctrinal tendiente a dilucidar si el dominio fiduciario por ella instaurado modificaba o no aquél creado por Vélez al redactar el Código Civil.

En una primera aproximación, el plano jurídico real del instituto, esto es, el dominio fiduciario, no parece haber sufrido una mutación de mayor importancia. Tan sólo se agrega un segundo párrafo al artículo 2670 del Código Civil, en consonancia con la nueva legislación, y se modifica la redacción del artículo 2662 del Código Civil cuyos nuevos términos rezan: “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso

¹⁷ *Idem*; 158, 159.

¹⁸ FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 32.

constituido por contrato o por testamento, y está destinado 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 “.

No obstante, si bien escasas, estas modificaciones a nuestro Código son de naturaleza substancial¹⁹. Así lo sostiene autorizada doctrina, cuya opinión se comparte, afirmando que el sistema creado por la flamante normativa constituye una clara innovación con respecto al régimen anterior. En este sentido se expide FERNÁNDEZ²⁰, en el extenso análisis que efectúa con relación a la temática, a cuyas consideraciones se remite. Lo confirma BONO²¹, con diferentes matizaciones, a cuyo tratamiento también se remite por la claridad de su exposición. Y, finalmente lo resumen claramente MALUMIÁN, DIPLOTTI y GUTIÉRREZ, cuando afirman que “el instituto del fideicomiso tal como lo conocemos hoy en día en Argentina, nació con la ley 24.441²²”.

El tiempo se encargó de corroborar lo anteriormente sostenido: más allá de las connotaciones vertidas, hoy en día es un extremo harto indiscutible que desde el mismo momento en que tuvo recepción legislativa en nuestro país, en la ya célebre ley 24.441, el fideicomiso abrió múltiples y novedosas posibilidades jurídico negociables, inimaginables otrora, en tiempos en que sólo existían las disposiciones del Código Civil. Gracias a sus reformas y reglamentaciones, el fideicomiso ha encontrado en Argentina un vasto campo de aplicación, cuya mayor providencia es su utilización como vehículo para canalizar emprendimientos ligados a la industria de la

¹⁹ Cfr. Gustavo Alejandro BONO; “Fideicomiso”; en *Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y la construcción*; Alveroni; Córdoba; 1995; 38

²⁰ FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 26 y ss; nota 2.

²¹ BONO; *op. cit.*; 38 y ss.

²² Nicolás MALUMIÁN - Adrián DIPLOTTI - Pablo GUTIÉRREZ; *Fideicomiso y Securitización. Análisis legal, fiscal y contable*; La Ley; Buenos Aires; 2001; 25.

vivienda y la construcción. Puede afirmarse que, finalmente, esta figura hace mérito al rótulo de la ley que por primera vez la define y regula.

CAPÍTULO II

-EL NEGOCIO FIDUCIARIO-

CAPÍTULO II: El negocio fiduciario.

II.1. Delimitación conceptual.

Se hace imperioso, al tratar el tema del Fideicomiso, realizar una distinción entre nociones que, si bien íntimamente conectadas, refieren a escenarios diferentes. Es menester por ello dedicar al negocio fiduciario, al dominio fiduciario, patrimonio fideicomitado y al contrato de fideicomiso apartados distintos, que permitan vislumbrar las notas caracterizantes de cada una de estas figuras, y así evitar imprecisiones que puedan derivar en una comprensión ambigua de la temática.

De esta manera, si pretendemos referirnos al negocio fiduciario, debemos recordar en primer lugar que, en la esfera jurídica, se caratula como negocio a todo acto cuya finalidad específica y directa sea crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado. Los negocios jurídicos son entonces un género, dentro de cuyas especies se inserta el contrato. Esta misma relación puede establecerse entre el negocio fiduciario y el contrato de fideicomiso, lo cual permite colegir, sin demasiado esfuerzo, que no existe ligadura analógica ni un vínculo de sinonimia entre ambos conceptos.

Habiendo efectuado esta aclaración preliminar, corresponde precisar qué se entiende por negocio fiduciario. En términos generales, existe acuerdo en afirmar que toda vez que se entable una relación jurídica cuya piedra basal sea la confianza, se habrá configurado un negocio fiduciario. En efecto, el calificativo “fiduciario”, que acompaña al sustantivo negocio, no es inocente: nos indica, como ya fue explicado al analizar el origen etimológico del vocablo, que la relación habrá de cimentarse en un deber de lealtad, fidelidad y honradez hacia la otra parte de dicha relación. Pero a poco que se razona, se puede advertir que, dentro de esta concepción, pueden englobarse figuras tales como el mandato, la comisión y la locación

de servicios; es decir, todos aquellos negocios que son considerados *intuitio personæ*, tienen en común el hecho de que se disponen ateniéndose al respeto y confianza especial que alguien merece.

Es por ello que la doctrina se encargó de buscar características específicas que permitiesen definir en sentido estricto qué debe entenderse por negocio fiduciario. Al amparo de esta coyuntura, fueron enumeradas ciertas particularidades que permitirían identificarlo: la relación de confianza subyacente entre las partes del negocio, con la correlativa posibilidad de abuso por parte de una de ellas y, en otro orden de ideas, la existencia de un doble juego de relaciones: real y obligacional, por un lado, y la interposición real de personas, por el otro. Serían estos los componentes fundamentales del negocio fiduciario, que permitirían identificarlo y diferenciarlo de otro tipo de relaciones que se generan en la praxis comercial diaria.

Pasando a describir cada uno de estos elementos, puede afirmarse que la doctrina es unánime en considerar a la confianza entre las partes, fiduciante y fiduciario, como la característica más básica y sustancial del negocio en cuestión. En efecto, para proceder a su configuración, el fiduciante toma en cuenta, como factor determinante, las cualidades y aptitudes del fiduciario, ya sean éstas morales, técnicas, patrimoniales o una combinación de todas ellas, a los fines de evaluar si es lo suficientemente idóneo para cumplir con el compromiso que ha de adquirir.

La contracara de esta confianza, tan básica, esencial y subyacente a todo negocio fiduciario, es el peligro de abuso que amenaza al fiduciante, quien, al otorgar una gama de poderes al fiduciario para que éste cumpla con su cometido, corre el riesgo de quedar a la merced de la utilización que su “hombre de confianza” haga de los mismos.

Por otro lado, fue mencionado el doble juego de relaciones que engendra el negocio analizado. La faz real consiste en la transmisión de la

propiedad que el fiduciante perpetra en favor del fiduciario, la cual implica, como no podría ser de otra manera, la transferencia de todas las facultades y obligaciones que la escoltan y, tratándose de cosas, que acompañan al derecho real de dominio. Como legítimo propietario, el fiduciario podría realizar con respecto a los bienes que le fueron transmitidos actos de los más variados matices y tonalidades. Es aquí, precisamente, donde entra a jugar sus cartas la faz obligacional, la cual, en un intento de establecer orden, pone freno a los poderes que recibe el fiduciario junto con la propiedad de los bienes fideicomitidos, limitando sus facultades de propietario e imponiéndole, además, deberes específicos. Entonces, el *pactum fiduciæ* funciona como “alianza”, como el compromiso que alberga los parámetros a que habrá de ajustar su conducta el fiduciario para el cumplimiento de su cometido.

No obstante, si bien en el pacto obligacional suelen limitarse y delimitarse las potestades de este sujeto, él posee una legitimación para realizar operaciones con respecto a los bienes fideicomitidos asimétricamente más amplia que la estrictamente requerida para dar cumplimiento a los fines del negocio: el fiduciario está legitimado para perpetrar, con relación al derecho que adquirió, todos los actos que impliquen su ejercicio, más allá de que con su proceder extralimite el *pactum fiduciæ*. En tal caso, el acto gozará de validez y al fiduciante tan sólo le quedará como remedio el apelar a las compensaciones oportunamente pactadas.

Por los efectos aludidos, es que se considera a la faz real como *externa*, en la cual el fiduciario se hace propietario; y a la obligacional como *interna*, que se canaliza a través del pacto de fiducia.

Entonces se reitera: de ahí la posibilidad de abuso. De ahí también la jerarquía que adquiere la confianza.

Por último, la interposición real de personas surge también como una de las notas caracterizantes del negocio fiduciario. Cuando se utiliza el calificativo *real*, se lo hace con el sentido de diferenciar a la interposición que opera en el negocio fiduciario de la llamada *ficticia*, propia de la simulación. Siguiendo en este punto a FARINA²³, se puede decir que la interposición real opera toda vez que alguien está legitimado para actuar en nombre propio, pero en ejercicio de un derecho ajeno que, para los terceros, aparece como propio. Cita como prototipos clásicos al mandato y a la comisión, para finalmente concluir afirmando que la figura de la interposición real opera como un género, dentro de cuyas especies puede ser ubicado el negocio fiduciario.

Al margen de estas líneas argumentales, podemos mencionar la existencia de autores que, a los fines de identificar al negocio fiduciario, apuntan a la supuesta excedencia del medio empleado frente al fin práctico que se pretende conseguir, como nota tipificante del instituto. Es decir, puntúan la presencia de un objetivo conscientemente perseguido por las partes, pero para cuya conquista se emplea un medio jurídico que produce efectos superlativos en comparación con los que serían estrictamente necesarios para cumplimentar la finalidad pretendida.

En contra de estas afirmaciones, KIPER²⁴ vierte argumentos con miras a explicar que, efectivamente, el negocio fiduciario no es un medio que excede el fin buscado por las partes, sino que “el negocio concebido de esa forma fue realmente querido por las mismas”. Lo que ocurre, sostiene, es que dentro de la amplia gama de posibilidades negociales con que cuentan los sujetos para alcanzar finalidades económicas determinadas, se halla el negocio fiduciario, el cual requiere de la transmisión del dominio de un

²³ Juan M. FARINA ; *Contratos comerciales modernos*; 2° ed.; Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires; 1997; III; 361.

²⁴ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587.

bien para que así se establezca una garantía, o se operacionalice su administración, o cualquier otro propósito que las partes se propongan. En palabras de KIPER, en un caso así, el fiduciante realmente ha querido cometer un negocio fiduciario, con todo lo que ello implica, y no una mera transmisión dominial, caratulada como tal, con finalidades menores. Es la libertad contractual la que permite optar entre las diversas posibilidades jurídico negociales que brinda nuestro ordenamiento, y está en la prudencia de los sujetos involucrados analizar la conveniencia de optar por un medio o por otro de acuerdo a los extremos implicados en cada figura. Es por ello que la desproporción entre el medio escogido y el fin buscado, no puede ser considerada como una nota fundante del negocio fiduciario.

La confianza como germen, la correlativa posibilidad de violentar el pacto, la dualidad institucional y la interposición real de personas se erigen, entonces, como los rasgos caracterizantes del negocio fiduciario. De dichas características se puede esbozar una definición de la figura, que podría quedar redactada de la siguiente manera: negocio fiduciario es todo aquel en que un sujeto, llamado fiduciario, transfiere a otro, denominado fiduciante, la propiedad de un bien que hasta ése momento él detentaba, con miras a la consecución de un fin específico; quien a su vez se compromete a utilizar su nueva posición jurídica dentro de la esfera de cumplimiento del aludido fin.

II.2. Distinción de otras figuras.

II.2.a. Con los negocios indirectos.

En primer lugar, debemos recordar que los negocios jurídicos indirectos son aquellos que se gestan con miras a alcanzar, mediante su utilización, fines prácticos diferentes de aquellos que fueron conjeturados

por el legislador al componer el tipo. KIPER²⁵ pone como ejemplo el caso de un deudor que, para pagar a sus acreedores, les da un mandato a los fines de que reciban pagos destinados a él. Y así explica que el negocio indirecto equivale a un negocio real y no a uno simulado, o aparente. En él, las partes, a conciencia, persiguen la consecución de una finalidad diferente a la típica del negocio escogido. Entonces, en su ejemplo, el deudor y sus acreedores voluntaria y conscientemente adoptan el mandato, en forma real, como medio para canalizar el pago de una deuda.

Esta caracterización podría llevar a un primer acercamiento del negocio fiduciario con el indirecto, máxime si se tiene en cuenta que en el primero de ellos se lleva a cabo un acto real, cual es la transmisión de la propiedad de un bien, pero con finalidades que no son propias de su ejercicio, sino que son las específicamente acordadas en el ya mentado pacto de fiducia. Es decir que, para lograr distintos objetivos -tales como la garantía de una deuda, la custodia de una cosa, o el encargo de su administración, por ejemplo- se utiliza un medio que no fue específicamente previsto para ello.

Y, luego de un primer análisis como el anterior, no parece irrazonable que haya quienes sostengan que el negocio fiduciario no es más que una especie del indirecto. Pero a poco que se continúa el examen, se pueden advertir algunas diferencias que hacen que la fiducia pueda ser apartada del género. Así, apunta FARINA²⁶, que la confianza motivadora de los negocios fiduciarios, no debe necesariamente estar presente en todos los indirectos. Agrega, que en los negocios fiduciarios existe siempre una traslación de dominio de un bien a favor de una de las partes, el fiduciante, con efectos *erga omnes*, traslación que puede faltar -y de hecho, la mayoría de las veces falta-, en los negocios indirectos. Y, como

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Cfr. FARINA; *op. cit.*; 256.

dato de color, añade que el primero puede ser abstracto o causado, mientras que el segundo encuentra siempre origen en una causa.

Por tanto, a pesar de sus similitudes, los negocios fiduciarios y los indirectos pueden ser considerados como figuras disímiles.

En otro orden de ideas, se reseña que, si mediante el negocio indirecto o el fiduciario lo que se pretende es obtener finalidades prohibidas por el ordenamiento, en cualquiera de ambos casos habremos de estar en presencia de un negocio fraudulento. Por dicha razón, tampoco cabría asimilar al negocio fiduciario a éste último, sino que el mismo podría devenir en una de sus posibles formas de realización²⁷.

II.2.b. Con la simulación.

Muy común resulta también en nuestra doctrina, el asimilar el negocio fiduciario con la simulación. No obstante, en este punto hay que ser cautelosos y no olvidar que la semejanza que se sugiere es con la simulación relativa, y nunca con la absoluta, de la cual el negocio fiduciario se puede distanciar en forma evidente, sin necesidad de realizar esfuerzos mayores.

Habiendo definido qué se entiende por negocio fiduciario, es menester precisar el concepto de simulación, para poder así realizar un desglose entre ambas figuras. Del latín *simul* y *actio*, la simulación involucra una alteración de la verdad; en derecho, implica falsear acerca de la verdadera realidad de un acto jurídico. En esencia, consiste en el carácter ficticio de la manifestación de la voluntad de las partes, las cuales no han querido constituir, mediante el acto que celebran, los derechos a que se refieren en su declaración. FERRARA define a la simulación como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de común acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la

²⁷ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587.

apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. A este tenor, debemos recordar que la ley civil argentina no reprueba la simulación cuando no perjudica a nadie contiene un fin ilícito²⁸.

Partiendo entonces de ambas conceptualizaciones, puede advertirse que entre uno y otro instituto existen diferencias que impiden una asimilación equivalente. Y, con los fines de acentuar los contrastes que surgen a primera vista, parte de la doctrina se encargó de elaborar un catálogo de elementos que permitan subrayar las divergencias evidentes.

En este orden de ideas, se menciona la inexistencia, en el negocio fiduciario, de desacuerdo entre la voluntad real de las partes y la declaración que de la misma efectúan, ya que la primera se plasma en el convenio de fiducia que sirve a su vez como el segundo de estos elementos; por tanto, voluntad real y declaración coinciden, cosa que no ocurre en la simulación, instituyéndose este hecho como un primer factor de diferenciación.

Asimismo, se recuerda que el *concilium fraudis* es uno de los elementos constitutivos de la simulación, en aras del cual se concierta la mentada divergencia intencional entre la voluntad real y su declaración. Y es que en nada puede asimilarse este *concilium* con el *pactum fiduciæ*, porque el último refleja un acuerdo real entre las partes y no una avenencia para fingir. Como señala KIPER²⁹, “los negocios fiduciarios son serios, concluidos realmente entre las partes para obtener un efecto jurídico práctico determinado; ellas quieren el negocio con todas sus consecuencias jurídicas”. Esta contingencia también aleja al negocio fiduciario de la simulación.

²⁸ Víctor DE SANTO (dir.); *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*; Universidad; Buenos Aires; 1999.

²⁹ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587.

Igualmente, se menciona el hecho de que el negocio fiduciario implica necesariamente un traspaso real de bienes, con oponibilidad *erga omnes*, algo que no ha de ocurrir forzosamente en una simulación. Asimismo, sigue señalando KIPER, en caso de que en un negocio simulado opere una efectiva transmisión de bienes, la misma habrá de derivar del lado oculto del acto, quedando disimulada para el público en general, razón por la cual “los terceros están obligados a respetar el negocio fiduciario, por la efectividad de la transferencia real que produce, y por la intangibilidad de las convenciones particulares lícitas, mientras que ellos pueden, con la acción de simulación, hacer cesar las apariencias del acto simulado y restablecer la realidad del acto oculto -ello último, para el caso de simulación relativa”³⁰. Efectos, todos ellos, diametralmente opuestos a los implicados en la oponibilidad *erga omnes* propia del traspaso acometido en virtud de un negocio fiduciario.

A este tenor, se menciona como cuarto criterio diferencial el hecho de que la interposición de personas ocurrida en el negocio fiduciario es *real*, tal como fue explicitado *supra*, mientras que la acaecida en ocasión de la simulación no es más que ficticia. En este sentido, fue expresado que “el intermediario real actúa como verdadero contratante en el negocio jurídico fiduciario y, por lo tanto, entre el interesado y la persona interpuesta no hay más que un vínculo obligatorio. El intermediario ficticio solo presta su nombre, una simple cooperación material y es preciso que el tercero haya consentido originariamente en tratar con aquél y conozca el disfraz que adopta. Por ello, la figura de la interposición real, propia del negocio fiduciario, es totalmente extraña a la simulación”³¹.

Amén de estas cuatro diferencias sustanciales, se puede agregar que, así como el instrumento mediante el cual se vehiculiza la constitución de un negocio fiduciario es el pacto de fiducia, cuyos alcances ya fueron

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

explicados, el negocio simulado requiere de dos documentos, uno de los cuales cobrará público conocimiento: la declaración; y otro que quedará reservado a las partes, que alberga los verdaderos alcances del negocio celebrado.

Se consigue entonces, a través del precedente proceso de revisión de las notas disímiles que presenta cada uno de los institutos comparados, confirmar que no existe entre los mismos un vínculo de tipo analógico.

II.2.c. Con los encargos fiduciarios o de confianza.

Finalmente KIPER³², nos advierte sobre un error común, cual es no diferenciar el negocio fiduciario del encargo que lleva su nombre. Y la correcta delineación del campo de acción de cada uno de ellos es sumamente trascendental, ya que en contraste con lo que ocurre en relación al primero, el encargo fiduciario no requiere la transferencia de la propiedad de los bienes para configurarse, sino que basta con efectuar la manda. Es por ello que la figura está más emparentada con el mandato y con la comisión, que con el negocio fiduciario mismo, el cual requiere ineludiblemente para su constitución, del traspaso de la propiedad de la cual puede estar carente un simple encargo de confianza.

II.3. Clasificación de los negocios fiduciarios.

Previo esbozar algún intento de clasificación, es conveniente advertir que, cualquier ensayo que se realice, no tiene otra función más que la de brindar un marco para un mejor entendimiento y correlación de las funciones y finalidades de los negocios fiduciarios; y no pretende, por el contrario, erigirse en la forma *correcta* de congregar las reglas que rigen su funcionamiento.

³² *Ibidem.*

Habiendo efectuado esta salvedad, se procederá a clasificar a los negocios fiduciarios según el criterio seguido por la mayoría de los autores³³, por su mayor claridad expositiva a la hora de agrupar las diferentes variantes.

Siguiendo entonces, este modelo, podría catalogarse a los negocios fiduciarios de la manera que a continuación se detalla:

II.3.a. Según su finalidad: negocios fiduciarios de administración o de garantía.

Esta clasificación presenta una analogía con la *fiducia cum amico* -o de administración- y la *fiducia cum creditore* -o de garantía, oriundas del derecho romano. En la primera de ellas, se transmite un bien a los fines de su gestión, por lo que la *fiducia* se constituye en interés exclusivo del transmitente. En la segunda, la transferencia se efectúa con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación de que es deudor el transmitente, el negocio, entonces, se realiza en interés del otro sujeto interviniente.

II.3.b. Según el interés a satisfacer: puros o impuros.

Desde esta perspectiva, se consideran puros los negocios fiduciarios que se constituyen con miras a satisfacer el interés exclusivo del fiduciante. Por su parte, los negocios fiduciarios impuros son aquellos que pretenden dar cabida a intereses tanto del fiduciante como del fiduciario. A los puros pueden anexarse los de administración, mientras que los impuros se corresponden con los de garantía.

³³ Entre ellos, KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587; y también FARINA; *op. cit.*; 364 y ss.

II.3.c. Según estén o no previstos en el ordenamiento legal: nominados o innominados; típicos o atípicos.

Los negocios fiduciarios serán nominados o innominados, típicos o atípicos, según estén mencionados en el ordenamiento jurídico, y reguladas sus pautas de funcionamiento, respectivamente. Dentro de esta órbita, si bien en nuestro plexo normativo no se alude al negocio mismo en forma específica, el dominio fiduciario se encuentra admitido en el Código Civil, en los artículos 2661 y 2662, 2670, 2841 y 3125, como así también algunas de sus formas de canalización. Así, el contrato de fideicomiso es mencionado en algunas leyes especiales, y su funcionamiento se encuentra reglamentado en forma detallada en la ley 24.441, con la cual adquiere tipicidad.

II.3.d. Según los bienes comprendidos en la transmisión: universales o particulares.

Desde este punto de vista, los negocios fiduciarios podrían ser universales o particulares, en función de la proporción de bienes que son transmitidos para celebrarlo. Universales serían aquellos en los cuales se comprometa la totalidad del patrimonio de una persona; y particulares aquellos negocios en los cuales la transferencia dominial comprenda uno o varios bienes determinados. Al respecto, no existe consenso en la doctrina sobre de la posibilidad de constitución de un fideicomiso universal³⁴. Pero, por otra lado, la modalidad singular es la única permitida para el caso de celebrar un fideicomiso mediante contrato, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 de la ley 24.441, que sólo consiente la transmisión de la propiedad fiduciaria de bienes *determinados*.

³⁴ Al respecto, véase Carlos MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*; Ábaco de Rodolfo Depalma; Buenos Aires; 2004; 42,99; y KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000587.

II.3.e. Según la forma de instrumentación: formales o no formales.

Teniendo en cuenta la forma de instrumentación requerida, los negocios fiduciarios serán formales o no formales, según la misma dependa de la libre voluntad de las partes o deba responder a criterios preestablecidos. A este tenor, conviene precisar que la ley 24.441 prescribe, para el caso de negocios fiduciarios celebrados por contrato, una serie de requisitos que el mismo ha de contener para su validez (art. 5). En relación al fideicomiso forjado por testamento, dicho plexo normativo exige las formalidades previstas en el Código Civil para la constitución de testamentos (art. 3). Lo que nos lleva a colegir que el negocio fiduciario es, en nuestro derecho, un negocio formal, máxime si se pretende su registración.

II.3.f. Asimismo, respondiendo a otros criterios, los negocios fiduciarios pueden ser onerosos o gratuitos, presumiéndose onerosos, salvo estipulación en contrario (art. 8, ley 24.441). Son, asimismo bilaterales.

Todo ello será analizado en mayor profundidad al tratar lo referente al contrato de fideicomiso.

II.4. A propósito de la posibilidad de celebrar negocios fiduciarios en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

La posibilidad de celebrar *cualquier* clase de negocio jurídico, surge de la norma contenida en el artículo 1197 de nuestro Código Civil, que consagra el principio de autonomía de la voluntad. Por tanto, erigiéndose la libertad dispositiva como piedra basal de nuestro ordenamiento jurídico

privado, queda un amplio margen para que los sujetos que han de celebrar un negocio lo hagan bajo la figura o modalidad que consideren más conveniente, inclusive mediante la celebración de pactos o compromisos no tipificados, aún innominados en nuestro derecho. El Código de Vélez, a su vez, al tratar lo relativo al dominio imperfecto, admite expresamente, en el artículo 2662, la posibilidad de constituir un dominio fiduciario sobre ciertos y determinados bienes. Entonces, conjugando ambas disposiciones, podemos fácilmente colegir que el negocio fiduciario existe en nuestro derecho y es pasible de ser utilizado por los sujetos en sus transacciones cotidianas.

Asimismo, fuera del Código, existen leyes especiales que se refieren a la posibilidad de encauzar negocios fiduciarios a través de formas contractuales. En este sentido se expide la ley de Sociedades Comerciales 19.550, cuando al tratar la emisión de debentures por parte de las sociedades que regula, prescribe, como requisito ineludible, la celebración de un contrato de fideicomiso con algún banco (arts. 338 y ss). Pero la regulación más paciente y detallada nos viene dada por la ley 24.441, que en 26 artículos regula la posibilidad de celebrar negocios fiduciarios bajo la forma contractual.

Toda esta coyuntura resulta suficiente para admitir la operabilidad del fideicomiso dentro del marco jurídico negocial que ofrece nuestro ordenamiento.

CAPÍTULO III

-EL DOMINIO FIDUCIARIO-

CAPÍTULO III: El dominio fiduciario.

III.1. Dominio fiduciario y propiedad fiduciaria. Delimitación.

Como ya fue adelantado, para la configuración de un negocio fiduciario, han de converger relaciones reales y obligacionales como partes integrantes de un acto único. En la órbita de las primeras se insertan la propiedad y el dominio fiduciarios, cuya transmisión se perpetra sobre la base de un pacto que fija ciertos parámetros a que habrá de ajustar su conducta el fiduciario para el cumplimiento de su cometido.

A su vez, el dominio fiduciario debe distinguirse de la propiedad fiduciaria.

Delimitando el ámbito de influencia del primero, se puede señalar que se trata, nada más ni nada menos, que del derecho real de dominio, definido por el Código Civil en su artículo 2506 y, en el 2507, clasificado como *pleno o perfecto* y como *menos pleno o imperfecto*. Teniendo en cuenta que el dominio se halla investido con los caracteres de absolutez, perpetuidad y exclusividad, la minoración de dichas propiedades tornará al derecho real en imperfecto. Así, conforme reza la segunda parte del artículo 2507, el dominio será imperfecto “cuando deba resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera”. Esta norma se complementa con la contenida en el artículo 2661, que establece: “Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”. Los supuestos a los que hace referencia la norma son, entonces, el dominio fiduciario, el revocable y el desmembrado, legislados a partir del artículo 2662 del mentado cuerpo normativo. Los dos primeros merman la perpetuidad propia del dominio, el

tercero, la absolutez³⁵. Concretamente, el dominio fiduciario lo hace al poder extinguirse al cumplimiento de un plazo determinado o al acaecimiento de alguna condición estipulada. A su vez, el dominio fiduciario halla articulación en el Código Civil, que en su artículo 2662 dispone lo siguiente: “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”.

Sintetizando, el dominio fiduciario es un derecho real, más precisamente una especie del género dominio imperfecto, por hallarse desprovisto de uno de los caracteres que hacen lo hacen pleno, cual es la perpetuidad.

Habiendo entonces definido al dominio fiduciario, corresponde hacer mención a la propiedad que reviste igual caracterización.

Si bien el ordenamiento civil utiliza frecuentemente en forma indistinta los vocablos “propiedad” y “dominio”, el alcance de ambos términos no es analógico, sino que, por el contrario, se vinculan en una inteligencia que va de género a especie. En este orden de ideas, propiedad es el término genérico, y dominio el específico y técnico. La propiedad se ejerce sobre los bienes en general, mientras que el dominio, al ser un derecho real, recae sobre las cosas en particular. La diferencia, entonces, estaría marcada por el objeto. El Código Civil esboza la definición legal de éste último, al disponer en el artículo 2506 que “el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”. La propiedad, en cambio, no es conceptualizada por ningún texto normativo. Está constituida por todos los bienes y

³⁵ Cfr. Marina MARIANI DE VIDAL; *Curso de derechos reales*; 6° ed.; Zavalía; Buenos Aires, 2000; I; 271 y ss.

derechos, materiales e inmateriales, susceptibles de apreciación económica que integran el patrimonio de una persona³⁶.

Tampoco existe en nuestro ordenamiento ningún giro legal que intente delimitar a la propiedad fiduciaria, tal como ocurre con el dominio fiduciario, en cuyo honor concurren artículos del Código, tales como el 2661 y 2662. Por ello, la doctrina, aunando sus características, ha dicho que la propiedad fiduciaria es “el derecho patrimonial temporal que adquiere el fiduciario sobre los bienes fideicomitidos por causa del fideicomiso”³⁷.

Pero si bien no es definida, la propiedad fiduciaria sí es referida por la ley 24.441. Así, en su artículo 1, al señalar cuándo habrá fideicomiso, habla de la transmisión de la *propiedad* fiduciaria de *bienes*, y no transferencia del dominio de cosas. Y, con igual inteligencia, procede el mentado plexo normativo en todos los artículos que hacen alusión a *bienes*³⁸, ya que éstos pueden ser objeto de la propiedad en sentido amplio, y sólo las cosas pueden integrar el derecho real de dominio.

Por ende, al referir la ley tanto a la propiedad fiduciaria como al dominio fiduciario³⁹, puede colegirse que el fideicomiso puede constituirse mediante la transmisión de bienes en general, no siendo menester que recaiga sobre cosas en sentido estricto. Pero, siendo este el caso, sobre ellas habrá de constituirse un dominio fiduciario, con todas las consecuencias que de ello se deriva, mientras que si el fideicomiso recae sobre bienes en general, los mismos estarán aunados bajo una propiedad fiduciaria. Así, por ejemplo es posible que, para configurar un fideicomiso de administración, se transfiera el dominio fiduciario del inmueble donde

³⁶ *Idem*; 266 y ss.

³⁷ PUERTA DE CHACÓN; *op. cit.*; 90.

³⁸ Así se expiden los artículos. 4 inc a), b) y d); 7; 10; 13; 14; 15; 16; 17 y 18 de la ley 24.441.

³⁹ A la primera, refiere en los artículos ya mencionados; al segundo, en el artículo 73, que reforma el artículo 2662 del Código Civil, como así también en los artículos 4 inciso c) y 12.

funciona un negocio, junto con la transferencia de la propiedad fiduciaria del fondo de comercio que lo integra⁴⁰.

Al respecto, resulta muy ilustrativa la norma contenida en el artículo 11 de la ley 24.441 que, al tratar los efectos del fideicomiso, dispone: “sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas”⁴¹.

Habiendo efectuado la distinción pertinente entre propiedad y dominio fiduciarios, se procederá, a continuación esbozar las notas caracterizantes de éste último.

III.2. Dominio fiduciario. Discusión sobre su existencia y posibilidades de aplicación práctica.

Para tratar este tema, se hará una breve reseña histórica que será de utilidad.

III.2.a. Situación anterior a la sanción de la ley 24.441.

Como ya fue mencionado, el Código Civil argentino alude al dominio fiduciario en el artículo 2662. Sin embargo, dicho giro legal no siempre tuvo su redacción actual. Antes de la reforma efectuada por el artículo 73 de la

⁴⁰ Cfr. el ejemplo dado por PUERTA DE CHACÓN; *op. cit.*; 99 y ss; para la constitución de un fideicomiso de administración sobre un hotel en funcionamiento.

⁴¹ En relación a ello, se ha dicho que “si a la ‘propiedad fiduciaria’ se le aplican las normas del ‘dominio fiduciario’, se la trata como si fuera este último, porque lo que interesa en el mundo de las instituciones jurídicas es, en definitiva, el régimen jurídico aplicable, y no el nombre que se le quiera dar a la figura de que se trata” (Alicia E. GOLDENBERG - Manuel C. GÓMEZ DE LA LASTRA; *Fondos de inversión directa y fideicomiso. Una vía productiva para el crecimiento*; La Ley; Buenos Aires; 2003; cit. Carlos MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 94).

ley 24.441, el mismo era concebido de la manera que sigue: “dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”.

Amén del mencionado artículo, las normas destinadas a dar un marco normativo al dominio fiduciario eran pobres y escasas, por lo que, al amparo de este entorno vago, se generó una discusión doctrinaria que giraba en torno a la efectiva existencia o no del dominio fiduciario en nuestro ordenamiento.

Prestigiosos juristas del peso de SALVAT, GATTI y CÁMARA se pronunciaron por la negativa, negando posibilidades de concreción práctica a la figura receptada en el entonces artículo 2662 del Código, en apoyo de lo cual esbozaron razones de los más variados tintes y tonalidades. No obstante, la mayoría de los civilistas aceptaban que, si bien escasa, existía una regulación del dominio fiduciario en el derecho privado, al amparo de la cual podía establecerse el entonces controvertido derecho real. En esta línea argumental se situaron LAFAILLE, BIBLIONI, GUSTAVINO, CARREGAL, ALTERINI, KIPER y LISOPRAWSKI, quienes a más de verter sus argumentos, ilustraron situaciones en las que efectivamente el dominio fiduciario podía constituirse en la práctica⁴².

III.2.b. Situación actual.

En 1994, la ley 24.441 vino a poner coto a este intenso debate, dedicándole por primera vez a la figura un capítulo aparte en la legislación nacional.

⁴² Un tratamiento más extenso de la temática es esbozado por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

Y así es que, en diferentes normas que integran su articulado, viene a ratificar la postura mayoritaria, que sustentaba la posibilidad de celebración de negocios fiduciarios en el ordenamiento privado argentino y, específicamente, con la reforma que su artículo 73 efectúa al artículo 2662 del Código Civil, zanja finalmente el dilema en torno a la existencia y posibilidad de constitución del dominio fiduciario.

Hoy, la originaria discusión se encuentra superada, y gracias al mérito atribuible a la ley 24.441 se reconoce la plena vigencia del dominio fiduciario.

III.3. Naturaleza jurídica del dominio fiduciario. Régimen jurídico aplicable al mismo.

Al respecto, corresponde afirmar que se trata de un *derecho real* sobre cosa propia; es, en definitiva, el derecho de dominio, en una de sus modalidades, cual es el dominio imperfecto, por ausencia de perpetuidad⁴³. En este orden de ideas, KIPER⁴⁴ asevera que “si el dominio es un derecho real, el dominio fiduciario, dominio al fin, también lo es” y “no se debe inferir que el dominio fiduciario sea un derecho real autónomo del dominio, sino que es una especie de este último”. Esta es la postura mayormente receptada en nuestra doctrina; no obstante, existen otras bibliotecas que le asignan, en forma aislada, diversas naturalezas⁴⁵.

Pese a la presencia de estos lineamientos argumentales minoritarios, podría expresarse que actualmente la discusión en torno a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario se encuentra zanjada. No obstante, el panorama no es del todo claro, ya que con el advenimiento de la ya célebre

⁴³ Así se expiden, entre otros KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846; MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 94; y PUERTA DE CHACÓN; *op. cit.*; 97.

⁴⁴ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

⁴⁵ Así, el dominio fiduciario fue investido con la naturaleza jurídica de “derecho real autónomo” (ORELLE; *op. cit.*; 144); de “cuasidominio menos que imperfecto” (BONO; *op. cit.*; 16) y de “dominio interio o precario” (FERNÁNDEZ; *op. cit.*; 28); todos ellos cit. por MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 95.

ley 24.441 se gestó nuevamente un debate entre nuestros juristas, relativo no ya a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario, sino al régimen normativo aplicable al mismo. Una vez más las aguas se dividieron:

III.3.a. Tesis que propugna la subsistencia del viejo dominio fiduciario junto al nuevo.

Esta postura entiende que, actualmente, con sanción de la ley especial, existen dos regímenes de dominio fiduciario: el “viejo”, proveniente del Código Civil, por un lado, y el “nuevo”, resultante de la legislación especial, por el otro. Los argumentos que esbozan para sostener tal afirmación se centran, fundamentalmente, en apuntar las diferencias entre ambos sistemas, las cuales justificarían la subsistencia de uno y otro⁴⁶. Si bien las diferencias existen, se considera acertado el razonamiento de KIPER, quien expresa que, por más amplios que sean los contrastes entre ambos sistemas, ello no autoriza a interpretar la subsistencia del anterior, máxime en lo que concierne a los derechos reales, en cuyo ámbito impera el orden público⁴⁷

La tesis es liderada por LÓPEZ DE ZAVALÍA⁴⁸, su expositor de mayor peso, aunque también cuenta con otros adeptos⁴⁹.

III.3.b. Razones para considerar que se ha producido la unificación del dominio fiduciario en un solo régimen.

⁴⁶ Las diferencias son extensamente apuntadas por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846; y MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 98 y ss; a cuya exposición se remite por razones de brevedad.

⁴⁷ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

⁴⁸ Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA; “Los dos dominios fiduciarios en nuestro sistema”; JA 1997-III-942, cit. por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

⁴⁹ Entre ellos, PUERTA DE CHACÓN; *op. cit.*; 97 y ss.; y G.A. VÁZQUEZ; en su ponencia en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, “Los dos dominios fiduciarios en nuestro sistema”; JA 1997-III-942; y en su artículo “Dominio fiduciario: ¿unidad o pluralidad de regímenes); JA 1998-III-843, cit. por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

Por otro lado, existen juristas que, con acierto, niegan la posibilidad de coexistencia de ambos regímenes y que, por el contrario, brindan sus razones para considerar que actualmente vive en nuestro ordenamiento un solo tipo de dominio fiduciario: el regulado por la ley 24.441.

Entre las razones esbozadas, se mencionan las siguientes⁵⁰: a) la *sustitución* operada en el artículo 2662 del Código Civil por obra de la ley especial, la cual reemplaza -y no completa, ni interpreta- la única norma que definía el dominio fiduciario en nuestro ordenamiento; por ello, no se puede alegar que perviven los lineamientos del dominio anterior, sustituidos y reemplazados; b) la ley 24.441 regula algunas situaciones en las que permite la convivencia del sistema anterior y del nuevo -tal es lo que ocurre en el sistema establecido para la ejecución de hipotecas-, por lo cual, si hubiese querido la misma alternativa para el dominio fiduciario, lo hubiera aclarado; c) las normas que rigen los derechos reales son de orden público; por otra parte, en materia de fideicomiso existen normas imperativas, no disponibles por los particulares; estos extremos concurren con mayor fuerza todavía en el dominio fiduciario, que es un derecho real resultante de tales actos; d) se argumenta que de no aceptarse el criterio de la subsistencia quedaría vacío el artículo 2841 de Código, que prohíbe al dueño fiduciario constituir usufructo; pero, si bien no se justifica coherentemente la disposición que establece que el fiduciario no pueda gravar con usufructo, bien puede convivir el artículo en cuestión tanto con el viejo sistema como con el nuevo, interpretándose que antes y después de la ley, el dueño fiduciario no podía y no puede constituir usufructo sobre la cosa dada en fideicomiso y; e) una de las misiones de la ciencia jurídica es ofrecer seguridad: con el nuevo régimen, los actos de disposición que realice el fiduciario con terceros, no estarán sujetos a ser resueltos en forma retroactiva al verificarse el evento resolutorio, ya que, el artículo 74, introdujo un agregado al artículo 2670 en virtud del cual “quedan a

⁵⁰ En este apartado se siguen los razonamientos de KIPER y LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis Nº 6000/000846; y de MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 100 y ss.

salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial”. Con ello se favorece la seguridad jurídica para terceros. Además, en caso de subsistencia de ambos sistemas, y en la hipótesis de silencio de las partes en establecer qué clase de dominio se constituye, si subsistiesen ambos regímenes no habría claridad respecto del régimen aplicable al caso. Como puede verse, la tesis de la existencia de dos regímenes con consecuencias opuestas, sólo puede generar mayor inseguridad en el tráfico jurídico, objetivo que debe ser descartado.

Por todos los lineamientos antes trazados, se piensa que la nueva normativa no ha querido mantener dos regímenes similares, pero diferentes, para reglar al dominio fiduciario. Por el contrario, fue su fin instituir un régimen único aplicable al mismo, que no es otro más que el sus artículos establecen.

III.4. El dominio fiduciario frente a los caracteres del dominio pleno.

Es bien sabido que en nuestro ordenamiento jurídico privado se erige el dominio como un derecho real que cuenta con los caracteres de absolutez, exclusividad y perpetuidad. Habrá de analizarse en este apartado la situación del dominio fiduciario -dominio al fin- frente a dichas notas.

III.4.a. Absolutez.

El derecho real de dominio es absoluto. Esto no significa que esté a la merced de la voluntad ilimitada de quien lo detenta, sino que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, las cuales se sintetizan en los tres *ius* que nos vienen del derecho romano: *ius utendi*, o facultad de uso; *ius fruendi*, o facultad de goce y *ius abutendi*, o

facultad de disponer física y jurídicamente de la cosa. Esta investidura se conserva al margen de la existencia de restricciones, que no alcanzan a borrar su carácter absoluto⁵¹.

Por ello, el hecho de que el dominio fiduciario esté confinado con una serie de limitaciones, no implica la merma de su absolutez, sino que el ordenamiento establece una serie de restricciones que conforman su contenido, y que lo regulan para que pueda avenirse con las finalidades propias del negocio de que forma parte.

Dentro de las limitaciones existentes⁵², puede mencionarse la prohibición de constituir usufructo, establecida en el artículo 2841 del Código Civil. Asimismo, la ley 24.441 instaura en su artículo 1 la obligación para el fiduciario de ejercer la propiedad “en beneficio de quien se designa en el contrato”; mientras que en su artículo 17 dispone que “el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario”.

Tales son las restricciones establecidas en relación al dominio fiduciario que, a pesar de limitar su ejercicio, no lo despojan de ninguno de los tres *ius* propios de la nota, los cuales se conservan en su esencia, aunque con ciertas salvedades. Por ello, no puede decirse que opere una desmembración del derecho. El dominio fiduciario es, entonces, restringido, pero absoluto.

III.4.b. Exclusividad.

El derecho real de dominio es, a más de absoluto, exclusivo. Ello implica, tal como surge del artículo 2508 del Código, que dos personas no

⁵¹ Cfr. MARIANI DE VIDAL; *op. cit.*; I; 292 y ss.

⁵² En este punto se sigue a KIPER y LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

pueden tener en el todo el dominio de una cosa. De lo contrario, no estaríamos frente al derecho real de dominio, sino ante un caso de condominio.

A diferencia de lo que ocurre en el derecho anglosajón, en que se admite la división de la propiedad en formal y material, las cuales son detentadas por el fiduciario y el beneficiario, respectivamente, nuestro sistema no consiente tal fraccionamiento. Por ende “como dos dominios no pueden coexistir porque el carácter exclusivo impone la incompatibilidad absoluta con la pertenencia a más de una persona, y como el titular fiduciario adquiere el dominio de la cosa transmitida”⁵³, éste último se erige como su dueño *exclusivo*.

III.4.c. Perpetuidad.

Por último, cabe analizar la nota de perpetuidad, propia del dominio. A diferencia de la característica anterior, fundamental al derecho, el carácter perpetuo no se erige como factor esencial. Por el contrario, puede faltar, sin que por ello desaparezca el dominio, el cual persistirá, aunque de modo imperfecto. Tal es lo que sucede con el dominio revocable y con el fiduciario.

El dominio fiduciario es, entonces, *temporario*, ya que no está sujeto a perpetuarse indefinidamente -como ocurre con el dominio pleno-, sino que su duración está subordinada al cumplimiento de la condición establecida o al vencimiento de un plazo resolutorio estipulado.

III.5. Duración del derecho.

Tal como fue explicitado en el apartado precedente, el dominio fiduciario es substancialmente temporario. Si bien esto surge de los

⁵³ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846, donde también puede consultarse sobre la posibilidad de constitución de un “condominio” fiduciario.

artículos 2507, 2662 y conchs. del Código Civil, el tema es regulado por la ley en cuestión, cuyo artículo 4 inciso c), es elocuente al establecer que: “el contrato deberá contener (...) el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en que podrá durar hasta su muerte o hasta el cese de su incapacidad”.

De la letra del artículo se desprende que el dominio fiduciario es esencialmente modal, ya que su duración puede estar subordinada tanto al advenimiento de un plazo como al acaecimiento de una condición. Asimismo, la evocación de la modalidad debe ser efectuada expresamente.

III.5.a. Condición.

Al respecto de la condición, dispone el artículo 528 del Código Civil que la misma entra en juego cuando en un acto se subordina a un acontecimiento incierto y futuro, que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de uno ya adquirido. En el primer supuesto, estaremos ante una condición suspensiva. En el segundo, frente a una resolutoria. La condición es, entonces, la cláusula inserta en un acto jurídico, de la que se hace depender la eficacia o la extinción de un derecho, en nuestro caso, del derecho real de dominio fiduciario. La estipulación de una condición genera un halo de incertidumbre, ya que el hecho condicionante, amén de futuro, debe ser incierto en cuanto a su existencia misma, extremo éste que marca el matiz diferencial más importante con el plazo⁵⁴.

La condición a que se sujeta la duración del dominio fiduciario, no es otra que la resolutoria, pues el derecho es eficaz desde el momento mismo en que es constituido, pero su detentación ha de cesar si se verifica el

⁵⁴ Todo ello cfr. Ramón D PIZARRO. - Carlos G VALLESPINOS; *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*; Hammurabi; Buenos Aires; 1999; I; 232 y ss.

hecho condicionante, momento en el cual el dominio debe ser transmitido al fideicomisario⁵⁵.

Pero al ser una condición, es de su esencia que pueda ocurrir o no; para el caso, la ley ha previsto un plazo máximo de espera de 30 años -con ciertas salvedades que serán luego analizadas-, transcurridos los cuales el dominio fiduciario ha de considerarse extinguido. Entonces: si la condición llega antes de transcurrido el período máximo legal, en ese momento operará la extinción del dominio fiduciario. Si pasados los treinta años todavía no se cumplió, será éste el momento de su finalización. Pero también puede ocurrir que la condición se frustre antes del plazo máximo legal, o que exista certeza de ya no podrá cumplirse. En tal caso, según las normas generales, habría de consolidarse el dominio pleno en cabeza del fiduciario. Pero atento a la prohibición establecida en el artículo 7 de la ley, según la cual el fiduciario se encuentra imposibilitado de adquirir para sí los bienes fideicomitados⁵⁶, habrá de esperarse la llegada del plazo máximo legal para que opere la extinción del derecho.

III.5.b. Plazo.

En relación al plazo, nos enseña PIZARRO⁵⁷ que un acto jurídico se encuentra sujeto a esta modalidad cuando el comienzo o final de su existencia o exigibilidad se subordina a un acontecimiento futuro y cierto, que fatalmente habrá de ocurrir.

⁵⁵ El fideicomisario, como veremos, adquiere el dominio pleno.

⁵⁶ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis Nº 6000/000846. En contra, se expide LÓPEZ DE ZAVALÍA, para quien la prohibición juega mientras la condición se encuentra pendiente, pero una vez determinada la imposibilidad de su incumplimiento, no hay más escapatoria que consolidar el dominio en cabeza del fiduciario (Cfr. Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA; *Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Contratos de Consumición*; Zavallía; Buenos Aires; 1996; 91; cit. por PUERTA DE CHACÓN; *op. cit.*; 117).

⁵⁷Cfr. PIZARRO. - VALLESPINOS; *op. cit.*; I; 267 y ss.

Los plazos, al igual que las condiciones, se clasifican en suspensivos -o iniciales- y resolutorios -o finales-. En el caso que nos ocupa, la extinción del dominio fiduciario se subordina al acaecimiento de los segundos.

A diferencia de la condición, incierta y contingente, el plazo es de producción inexorable, por lo que no cabe hacer ningún reparo en este punto: cumplido el plazo, el dominio fiduciario expirará. Y para el caso de que las partes no lo fijen convencionalmente, existe el ya mentado plazo máximo legal de 30 años, al vencimiento del cual deberá entenderse extinguido el derecho real, tanto si no existe plazo establecido, como si el fijado por los sujetos negociales es mayor.

Con relación su inicio, se ha dicho que “el plazo de treinta años (o incluso el que convengan las partes) comienza su cómputo a partir de la constitución del fideicomiso, salvo que se establezca como condición suspensiva la transferencia misma de los bienes”⁵⁸.

III.5.c. Excepciones al plazo máximo.

Cuando la ley 24.441 establece el plazo máximo de 30 años para la duración del dominio fiduciario, deja a salvo el supuesto en que el beneficiario fuere incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

Para el comentario de esta norma, se seguirán los lineamientos dados por MOLINA SANDOVAL⁵⁹, quien interpreta que cuando la ley utiliza el vocablo “incapaz”, lo hace para referir a los incapaces de hecho, tanto absolutos como relativos, quedando excluidos de su inteligencia, por tanto, los incapaces de derecho y los inhabilitados. Tampoco se encuentra incluido dentro del ámbito de la excepción el supuesto en que el

⁵⁸ MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 109; véase también Carlos MOLINA SANDOVAL; *El plazo en el contrato de fideicomiso*; Rev. “Semanario Jurídico”; 88; 2003-B; 356 y ss.

⁵⁹ MOLINA SANDOVAL; *El fideicomiso...*; 109 y ss; a cuyo tratamiento se remite, por la extensión y completitud de su análisis.

fideicomisario -y no ya el beneficiario- fuese incapaz en los términos descritos, ya que ello implicaría una equiparación analógica no esbozada por la letra de la norma. Asimismo, para el caso en que hubiese varios beneficiarios y no todos fuesen incapaces o sólo uno lo fuera, el plazo podrá exceder de los treinta años, hasta que el último beneficiario alcance la plena capacidad, o la muerte.

En otro orden de ideas, el empleo de la locución “podrá” indica que la excepción no es de aplicación imperativa, sino que es una posibilidad que el fiduciante puede utilizar o no. Por ello, se trata de una excepción que requiere pacto expreso.

III.6. Sujetos.

“Derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”⁶⁰. La definición es elocuente por sí misma: en un derecho real -y el dominio fiduciario lo es- existen tan sólo dos elementos: el sujeto activo y la cosa. En los derechos reales no hay partes, por lo que en el dominio en cuestión el único sujeto posible es su titular: el dueño de la cosa transmitida en las condiciones del artículo 2662 del Código Civil. Partes en sentido técnico habrá, en todo caso, en el contrato que sirve de título al dominio fiduciario⁶¹.

El sujeto de este dominio es, entonces, el fiduciario⁶².

Él es quien recibe la titularidad del bien, de manos del fiduciante, a los fines de administrarlo de acuerdo a los objetivos apuntados y

⁶⁰ Tal es la ya célebre definición esbozada por DEMOLOMBE, cit. por VÉLEZ en la nota al título IV del libro III del Código Civil.

⁶¹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

⁶² Todo lo relativo a este sujeto será analizado en forma más precisa al tratar del contrato de fideicomiso, por lo que aquí sólo se esbozan las características relevantes al dominio fiduciario.

finalmente transmitirlo.

Al respecto, el artículo 5 de la ley 24.441 dispone que fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica, pero que sólo podrán ofrecerse al público para actuar como tales, las entidades financieras autorizadas y las personas jurídicas que consienta la Comisión Nacional de Valores.

Por otra parte, el sujeto del dominio en cuestión es sustituible. En este sentido se expide la ley, cuando en su artículo 4 dispone que el contrato debe designar el modo de sustitución; de lo contrario, o para el caso en que el designado no acepte, el artículo 10 prevé la intervención del juez, quien habrá de designar a alguna de las entidades autorizadas. “Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario”, dice la norma, quien se convertirá entonces, en sujeto del dominio fiduciario. El artículo 9, por su parte, enumera las causas de cese del fiduciario, antecedente de la mentada sustitución. Entre ellas, se encuentra la muerte si el sujeto es una persona física. Aquí se erige una excepción al régimen del Código Civil, según el cual el derecho de dominio habría de transmitirse a los sucesores universales del difunto. Por el contrario, el régimen especial en materia de dominio fiduciario indica que a la muerte del sujeto que lo detenta debe designarse un sustituto.

Asimismo, el fiduciario, como titular del dominio, cuenta con una serie de potestades en relación al mismo. Puede, como regla, disponer o gravar los bienes cuando lo requieran los fines del fideicomiso -salvo que se hubiere pactado lo contrario-, en cuyo caso la extinción del dominio fiduciario no revocará sus actos dispositivos. Igualmente, puede -y debe- ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos (arts. 17, 18 y 74, ley 24.441; art, 2670, Cód. Civ.)

III.7. Objeto.

Como ya fue expresado, en los derechos reales no concurren sino dos elementos: la persona que es el sujeto activo, y *la cosa que es el objeto*.

Entonces, el objeto del dominio fiduciario es la cosa en el sentido del artículo 2311 del Código Civil. Si el objeto fuera un bien, ya no estaríamos ante un supuesto de dominio, sino de propiedad fiduciaria. Deberá tratarse de cosas ciertas, muebles o inmuebles, determinadas o determinables (arts.1 y 4 inc. a), ley 24.441), y que estén en el comercio.

Para el caso en que se quisiera constituir dominio fiduciario sobre un crédito, el mismo deberá constar en un título por escrito, ya que dicho instrumento es considerado cosa mueble por su carácter representativo⁶³.

En relación a las cosas fungibles, existe discrepancia en torno a la posibilidad de transmitir su dominio fiduciario. Acertadamente, hay quienes sostienen que la ley 24.441 permite transmitir la propiedad fiduciaria de toda clase de bienes, entre los que se encuentran esta clase de cosas; y que, teniendo en cuenta que el fiduciario puede enajenar algún bien y recibir dinero, cabe aceptar la posibilidad de que las cosas fungibles sean objeto del contrato de fideicomiso y del dominio en cuestión⁶⁴.

Acerca de la posibilidad de constitución de dominio fiduciario sobre universalidades de cosas, el ordenamiento nada dice, pero de la exigencia proveniente de los artículos 1 y 4, inciso a) de la ley, de que el mismo recaiga sobre cosas determinadas o determinables, puede inferirse que una universalidad no puede ser objeto del derecho real en cuestión.

Finalmente, se sostiene que las cosas muebles que no tienen dueño o han sido abandonadas, susceptibles de ser adquiridas por apropiación, tampoco pueden ser objeto del dominio fiduciario, ya que al implicar éste un modo originario de adquisición, no puede darse la existencia de *pactum*

⁶³ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846; y ORELLE; *op. cit.*; 148.

⁶⁴ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846. En contra: LORENZETTI; *op. cit.*; 316.

fiduciæ. Se hace salvedad de los tesoros, y de todos aquellos casos en que el abandono sea traslativo⁶⁵.

III.8. Modos de adquisición del dominio fiduciario.

Con relación a este tópico, se debe recordar que el artículo 11 de la ley remite al régimen del Código Civil sobre el dominio imperfecto pero, según se interpreta, en realidad se debe acudir a todo el articulado del Código en materia de dominio⁶⁶. Así, tomando como base lo dispuesto por el artículo 2524 para la adquisición del dominio en general, la doctrina enumera una serie de situaciones que permitirían adquirir el fiduciario⁶⁷:

III.8.a. Tradición.

En materia de cosas muebles, no existen requisitos especiales más allá de los exigidos para adquirir el dominio ordinario: la realización de actos materiales, que quien transmite la cosa sea su propietario, y que el *tradens* y el *accipiens* gocen de capacidad.

Con relación a inmuebles, se requiere, además, la concurrencia de un “título suficiente”. El mismo debe contener el negocio fiduciario -las más de las veces formalizado mediante un contrato de fideicomiso- que sirve de causa a la transmisión del dominio, y ser idóneo para dicha transferencia, de manera que se debe insertar en él una condición o un plazo resolutorios. A su vez, la transmisión del dominio, como así también la existencia del *pactum fiduciæ* deberán ser inscriptos en el Registro para su oponibilidad frente a terceros (arts. 11, 12 y 13, ley 24.441). Es importante advertir cómo la publicidad registral comprende también el pacto fiduciario, cuya inscripción se interpreta obligatoria, al utilizar el

⁶⁵ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/000846.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ En este punto se seguirá la clasificación esbozada por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302, donde se detenta un tratamiento detallado del tópico.

artículo 13 de la ley la locución *deberán* cuando refiere al acceso al registro de dicho pacto.

Por su parte, las consideraciones vertidas precedentemente con relación a las cosas inmuebles resultan también aplicables a ciertas cosas muebles registrables, en las cuales la registración reviste carácter meramente declarativo. Tal es el caso, por ejemplo, de buques y aeronaves.

III.8.b. Inscripción registral.

En aquellos supuestos en los cuales la inscripción es necesaria, no ya a los efectos declarativos, sino *constitutivos* del derecho real, la adquisición del dominio fiduciario se producirá luego de la inscripción en el registro que corresponda. Los supuestos tradicionales son los automotores y los equinos pura sangre de carrera, respecto de los cuales la transmisión del dominio sólo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción de los actos respectivos en los registros pertinentes.

III.8.c. Prescripción breve.

El dominio fiduciario es susceptible de ser adquirido por la prescripción corta de diez años, mediando justo título y buena fe. Así, “si el fideicomiso se constituye por quien no es realmente el *dominus* o no estaba legitimado para transmitir, quien adquiere de buena fe en esas condiciones, y suma una posesión de diez años, creyéndose sin duda alguna dueño fiduciario, consolida su derecho por el transcurso del tiempo”⁶⁸.

III.8.d. Actos de última voluntad.

⁶⁸ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302.

En relación a la sucesión *ab intestato*, si bien el sistema general nos enseña que todos los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos en caso de muerte de su titular, la ley 24.441 hace una salvedad con relación al dominio fiduciario, exigiendo el nombramiento de un sustituto para reemplazar al muerto. Así, el artículo 10 requiere la designación del sustituto en el contrato, o al menos de un procedimiento para nombrarlo. Y, si no lo hubiere, o el escogido no aceptare el cargo, el juez⁶⁹ deberá designar a una de las entidades autorizadas. El dominio en cuestión, entonces, será transmitido al nuevo fiduciario.

Sin perjuicio de ello, podría ser designado sustituto un sucesor universal del fiduciario -siempre que no se incurra en una sustitución prohibida-, pero ello en obediencia a normas convencionales o disposiciones judiciales, y no como consecuencia de la sucesión misma.

El panorama cambia en la sucesión testamentaria. En referencia a ella, la ley prevé expresamente la posibilidad de constituir fideicomiso por testamento (arts. 3 y 73, ley 24.441); va de suyo, la transferencia del dominio fiduciario.

III.8.e. La ley.

Finalmente, se acepta la posibilidad de un dominio fiduciario de origen legal. Y de hecho, si bien la ley 24.441 prescribe que el fideicomiso se habría de constituir por contrato o por testamento; prevé soluciones subsidiarias para el caso en que los sujetos no ejecuten actos suficientes. Tal es el caso del dominio transferido al fiduciario designado por el juez,

⁶⁹ El tribunal competente para efectuar dicha designación, es el que posee competencia material en lo civil y comercial. Al no constituir, el fideicomiso, una nueva persona jurídica, no tiene razón de ser la intervención del juez con competencia especializada en sociedades y concursos, pese a que el fiduciario sea asimilable a un administrador societario, ya que el fideicomiso no es más que un contrato del cual se deriva la formación de un patrimonio de afectación.

previsto por la ley en defecto de la sustitución establecida convencionalmente (art. 10, ley 24.441).

Se advierte a esta altura que aquí se está refiriendo al *dominio* fiduciario, ergo, a las *cosas*, que pueden ser su objeto. Pero como ya fue explicado, el fideicomiso puede tener por objeto *bienes* en general, y en cada caso, según dispone el artículo 11 de la ley, habrá que cumplir con los requisitos previstos por las normas especiales pertinentes.

III.9. Causas de extinción del dominio fiduciario.

Resulta útil recordar que, según explica MARIANI DE VIDAL⁷⁰, existen causales absolutas y relativas de extinción del derecho real de dominio. Las primeras, implican la extinción no sólo para el propietario, sino para cualquier sujeto, porque hacen a la cosa objeto del derecho en sí. Las segundas, en cambio, hacen que el derecho se extinga sólo para el propietario, porque lo adquiere otra persona. Dentro de las absolutas, cabe mencionar la destrucción de la cosa, o su puesta fuera del comercio. La enajenación y la prescripción son, por su parte, causales relativas.

La clasificación anteriormente referida puede extenderse al dominio fiduciario, y así puede decirse que, con respecto a esta modalidad, son causales absolutas de extinción “aquellas que provocan la desaparición de este derecho tanto para el actual propietario como para cualquier otra persona; o las que tienen la virtualidad de transformar el dominio hasta entonces fiduciario en un dominio pleno o perfecto, en cabeza de otra persona designada en el contrato”⁷¹.

⁷⁰ Cfr. MARIANI DE VIDAL; *op. cit.*; II; 38 y ss.

⁷¹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001629, cuyo razonamiento se sigue a lo largo de todo este apartado.

Entre ellas, pueden mencionarse las siguientes: a) destrucción o consumo total de la cosa: lo que equivale a su pérdida física o material, pero sí subsistirá el dominio sobre los despojos de la cosa, si éstos existiesen (art. 2604, Cód. Civ.); b) Colocación de la cosa fuera del comercio: lo cual sucede, por ejemplo, cuando la misma pasa a ser de dominio público del Estado (art. 2604, Cód. Civ.); c) expropiación de la cosa por causa de utilidad pública: que junto con la causal anterior, implican su pérdida jurídica; caso en el cual el fiduciario recibirá la indemnización sustitutiva que pasará a integrar el patrimonio afectado al fideicomiso; d) transmisión del dominio a terceros: porque el fiduciario, al enajenar la cosa, transmitirá su dominio pleno, por lo que respecto de la cosa transmitida, ya no cabe hablar de dominio fiduciario (art. 2609, Cód. Civ.); e) abandono de la cosa: tratándose de bienes inmuebles, constituyen causales absoluta de extinción los abandonos abdicativos y los traslativos; mientras que en el caso de cosas muebles, sólo el abandono abdicativo tendrá tal carácter en todos los casos, ya que con respecto al traslativo cabe efectuar algunas salvedades; f) prescripción adquisitiva: en materia inmobiliaria, la prescripción adquisitiva operada a favor de un tercero provoca la extinción absoluta del dominio fiduciario, y éste se convierte en su dueño pleno o perfecto; en el caso de los bienes muebles, también constituye una causal absoluta, atento a la disposición general del artículo 2412 del Código Civil (art. 2606, Cód. Civ.); g) modificación del *pactum fiducia*: el cual podría ser alterado de común acuerdo por las partes, lo que en algunos casos podría implicar la extinción del dominio fiduciario y su conversión en un derecho pleno, como si las partes suprimieran las cláusulas resolutorias; h) revocación del fideicomiso: el fiduciario goza de la facultad de revocar el fideicomiso si se la hubiese reservado expresamente, en caso del ejercicio de tal opción, operará la extinción del dominio fiduciario (art. 25, inc. b), ley 24.441); i) confusión: cuando se reúne en cabeza de una misma persona las condiciones de fiduciario y de fideicomisario; tal lo que ocurre cuando el fiduciario hereda al

fideicomisario; pero la confusión no puede producirse en cabeza del fideicomisario, ya que si el fiduciario muere el dominio de la cosa pasa al sustituto; j) cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo y k) cualquier otra causal prevista en el contrato (art. 25, inc. c), ley 24.441).

Con relación a las causales de extinción relativas del dominio fiduciario, que permiten la continuación del derecho en cabeza del sustituto, no son otras más que las enumeradas en el artículo 9 de la ley: a) remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones; b) muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuere una persona física; c) disolución si fuere una persona jurídica, d) quiebra o liquidación y e) renuncia si en el contrato se hubiere autorizado expresamente esta causa.

CAPÍTULO IV

-ASPECTOS REGISTRALES QUE PLANTEA EL FIDEICOMISO EN MATERIA INMOBILIARIA-

CAPÍTULO IV: Aspectos registrales que plantea el fideicomiso en materia inmobiliaria.

IV.1. Introducción.

Antes de la sanción de la ley 24.441, no existía un panorama claro acerca de las cuestiones registrales que planteaban el dominio fiduciario y el fideicomiso en general. Con respecto a los bienes inmuebles, concurrían algunas disposiciones generales en el Código Civil y en la ley 17.801, del Registro de la Propiedad Inmueble, que requerían la inscripción del título en que constara la transmisión del derecho real a los fines de la oponibilidad de la transferencia frente a terceros. Sin embargo, nada se disponía para el supuesto de que la transmisión fuera no ya del dominio pleno, sino del fiduciario. Había quienes pensaban que el registro debía tomar nota de esta modalidad, mientras otros consideraban que la imperfección a que está sometido este tipo de dominio, constituía un tema extraño al sistema registral.

La ley especial viene a zanjar finalmente este dilema, poniendo fin a la discusión en forma definitiva, al disponer que “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. 12, ley 24.441)” y que “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. 13, ley 24.441)”.

Asimismo, luego de haber entrado en vigencia la ley, surgieron disposiciones que, marcando una misma tendencia, vinieron a completar dicha normativa. Tal es el caso del decreto 780/95, reglamentario de la ley 17.801; la disposición técnico registral 4/95, emanada del Registro de la Propiedad Inmueble; y también del decreto 2080/80 (T.O. por decreto 466/99), que reglamentan la aplicación de la ley aludida para Capital Federal.

De la conjunción de todas las directrices que establecen los cuerpos normativos anteriormente mencionados, pueden inferirse los diferentes actos que han de ser objeto de inscripción registral.

IV.2. Actos que deben inscribirse.

Siguiendo la clasificación esbozada por KIPER⁷², pueden establecerse los siguientes actos fiduciarios como sujetos a inscripción:

IV.2.a. Titularidad adquirida por el fiduciario.

La adquisición del dominio por el fiduciario, con la indicación de su carácter, es lo primero que debe inscribirse. Al respecto, dispone el artículo 13 de la ley 24.441 que “cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”.

La norma es comprensiva de cualquier tipo de bienes registrables, ya sean muebles, inmuebles, u otros, pero, como advierte la doctrina, no contempla la registración del contrato de fideicomiso en sí, lo que sería ventajoso cuando fueran objeto de transmisión bienes no registrables⁷³.

⁷² Cfr. los lineamientos trazados sobre este punto por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302.

⁷³ Tal es lo que advierte ORELLE, haciendo incapié en casos más que frecuentes, tales como la transmisión de dinero (Cfr. ORELLE; *op. cit.*; 135,136; cit. por KIPER - LISOPRAWSKI;

Al margen de esta situación, “en todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación ‘en fideicomiso’ (art. 1, dcrt. 780/95)”. Asimismo, el dominio transmitido fiduciariamente originará el asiento respectivo, el cual se confeccionará consignando en el rubro al inicio “Dominio fiduciario”, y a continuación los datos de identidad del titular fiduciario (art. 2, disposición técnico registral 4/95; y art. 92, dcrt. 466/99).

Cabe señalar que la transmisión al fiduciario está sujeta a la potestad calificadora del registro, en virtud de la cual, en materia inmobiliaria, se habrán de verificar los extremos exigidos por los artículos 15 y 16 de la ley 17.801 en relación a la continuidad del tracto. En el mismo sentido, “la sección II, artículo 5, del Digesto del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor establece que se inscribirá el dominio fiduciario ‘...siempre que las partes y el objeto del contrato concuerden con los firmantes de la solicitud Tipo 08 y con el automotor en ella individualizado...’”⁷⁴. Asimismo, en relación a otros bienes registrables, habrá de estarse a las disposiciones especiales que existan sobre el particular en cada materia.

IV.2.b. Sustitución del fiduciario.

Tratado...; Lexis N° 6000/001302). Sobre la conveniencia de que en los Registros deban archivarse, en un protocolo especial, los contratos de fideicomiso, también se expide Luis MOISSET DE ESPANÉS; “Aspectos Registrales del Fideicomiso (Ley 24.441)”; JA 1995-III-725; véase también Francisco JUNYENT BAS - Carlos MOLINA SANDOVAL; “Bases para una reforma del régimen de fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”; LL; ejemplar del 25 de Abril de 2007; 1-5. Al respecto, existe un proyecto de creación de un Registro Público de Fideicomisos Ordinarios para la provincia de Córdoba, donde sería factible asentar *documentos* relativos a actos fiduciarios en general, muy conveniente en lo que respecta a situaciones como la presente (Francisco JUNYENT BAS - Carlos MOLINA SANDOVAL; “Las ventajas de la inscripción voluntaria de los fideicomisos”; FACTOR 142 (2007) 8-12).

⁷⁴ Beatriz MAURY DE GONZÁLEZ; “Aspectos Registrales del Fideicomiso”; en Beatriz MAURY DE GONZÁLEZ (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2° ed; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 123-140; 126.

Puede suceder que por el acaecimiento de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 9 de la ley 24.441, el fiduciario cese en sus funciones y haya de ser reemplazado por un sustituto. En tal caso, según surge del artículo 10, los bienes fideicomitidos deberán ser transmitidos al nuevo fiduciario; y el cambio de titularidad debe proyectarse registralmente.

En tal sentido, los artículos 6 de la disposición técnico registral 4/95, y 92 del dcrt. 466/99 disponen que “los supuestos de cesación del fiduciario regulados en los artículos 9 y 10 de la ley 24.441, darán lugar a la apertura de un nuevo asiento en el rubro titularidad a nombre del fiduciario sustituto...”.

La doctrina, por su parte, se encargó de desglosar los mecanismos idóneos, según cada caso, para obtener la apertura del nuevo asiento.

Así, para los supuestos de *remoción judicial* del fiduciario, de *incapacidad judicialmente declarada*, y de *quiebra*, se considera que el oficio registral, en el que se transcribiese la pertinente resolución por la cual se removió al fiduciario, o se lo declaró incapaz, o se decretó su quiebra, y consiguientemente se lo sustituyó por otro -a lo cual ha de sumarse la tradición en caso de inmuebles-, es el instrumento apto para provocar la mutación registral⁷⁵.

En caso de *muerte*, el cambio registral podrá operar acreditando la defunción con la partida correspondiente, pudiendo prescindirse del juicio sucesorio⁷⁶.

⁷⁵ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS; *op. cit.*. En igual sentido, se expiden KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302; y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.*; 126. En contra, VACARELLI afirma que no basta con el documento judicial, sino que pretende la formalización del título mediante escritura pública, a los fines de ser registrado (Horacio VACARELLI “Aspectos registrales. Contrato de fideicomiso”, en *Revista del Notariado*; n° extraordinario; 1995; 99; cit por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302).

⁷⁶ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS; *op. cit.*; KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302; y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.*; 127.

Al respecto, es dable remarcar que los bienes fideicomitidos no integran, desde ningún punto de vista, el acervo hereditario ni el sucesorio del fiduciario. Por ello, no es necesario que se realice un juicio sucesorio a los fines de que los bienes sean transferidos al sustituto, sino que a éste le basta formular una petición en el Registro, acompañando la partida de defunción del fiduciario y la documentación que acredita sus derechos⁷⁷, operándose a partir de entonces la mutación registral del dominio.

En caso de que el traspaso deba ser de bienes no registrables, la petición podrá ser formulada al juez de la sucesión, sin tener que esperarse la declaratoria ni el desenvolvimiento del juicio.

En cuanto a *disolución* y consiguiente liquidación de la persona jurídica, se ha dicho que durante dicho proceso subsiste la personalidad de la sociedad, por lo que ésta, o más precisamente el liquidador, tendrá legitimación para transferir la propiedad al fiduciario sustituto, y el acto formalizado en escritura pública será el que tenga vocación registral si el objeto de que se trate es un inmueble. Caso contrario, bastará con la presentación del instrumento donde conste la transferencia⁷⁸.

Finalmente, para el caso de *renuncia* del fiduciario, en los casos en que la misma proceda, pueden darse dos supuestos. Si hubiera sustituto designado en el acto constitutivo, entran en juego las consideraciones vertidas en el apartado anterior. Si no lo hubiere, o si el designado no aceptare, procederá la intervención judicial prevista en el artículo 10 de la ley, en cuyo caso la decisión judicial será suficiente para la transmisión del dominio y posterior inscripción en el registro⁷⁹.

En todos los casos, sería admisible la inscripción a pedido de “quienes tuvieren interés en asegurar el derecho que se ha de registrar (art. 6, inc. b), ley 17.801 y art. 81, ley 24.441)”. Entonces, se encuentran

⁷⁷ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS; *op. cit.*

⁷⁸ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS; *op. cit.*; KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302; y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.*; 127.

⁷⁹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302.

legitimados para solicitar el cambio registral, el fiduciario sustituto, el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario. En caso de quiebra, es dable agregar al síndico. Los interesados, amén de documentos que correspondan según cada caso, deberán acompañar un instrumento en que conste la aceptación del sustituto⁸⁰.

IV.2.c. Plazo o condición a que se subordina el dominio fiduciario.

La necesidad de asentar el plazo o condición a que se encuentra sometido el derecho, reposa en la posibilidad de que haya terceros interesados en conocer las modalidades estipuladas.

Al respecto, los artículos 2 de la disposición técnico registral 4/95, y 92 del decreto 2080/80 establecen que en el asiento en que consta la titularidad fiduciaria, debe consignarse el plazo o la condición a que se sujeta el dominio, pero en el caso de esta última, debe expresarse solamente “sujeto a condición”, sin que sea menester transcribir toda la cláusula íntegramente. En léxico registral, es lo que se denomina “publicidad por relación”, y hace que quien esté interesado en conocer el contenido textual de las cláusulas, deba efectuar el correspondiente estudio de títulos. En este sentido, se ha dicho que “el carácter temporario del dominio fiduciario debe ser conocido por los terceros interesados aún cuando nada informe el registro, ya que dicho carácter es de la esencia de esta clase de dominio imperfecto, y el error de derecho no es excusable. Lo que podrá facilitar el registro es la publicidad de la existencia de un plazo o de una condición, el tiempo fijado, y la existencia o no de beneficiarios incapaces, ya que en este último supuesto la duración del fideicomiso puede ser superior al plazo máximo legal de treinta años”⁸¹.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

Por su parte, según lo instituye el artículo 91 del decreto 2080/80, el cumplimiento de tales cláusulas, plazos y condiciones, solamente tendrá efecto registral a partir de la anotación que los interesados peticionen al respecto, debiendo tal anotación hacerse por documento de la misma naturaleza que el que originó el asiento de dominio, y con la comparencia de todos sus otorgantes o sus sucesores⁸².

IV.2.d. Incorporación de otros bienes.

A este tenor, debe recordarse que el artículo 13 de la ley 24.441 prescribe que, cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que obtenga 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*. Y, según surge del artículo 3 de la disposición técnico registral 4/95, cuando se incorporen inmuebles según el procedimiento descrito, habrá de confeccionárseles un asiento -por cada uno- con las características señaladas.

IV.2.e. Facultades del fiduciario.

El artículo 17 de la ley 24.441 faculta al fiduciario a 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.

Con relación a los inmuebles, esta limitación a las facultades de disponer o gravar, *puede* constar en el asiento registral, si la misma

⁸² Se critica la exigencia de la comparencia de todos los otorgantes del documento, ya que esto puede suscitar problemas en tanto haya intereses opuestos y alguno de los otorgantes no quiera suscribirlo (KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis Nº 6000/001302).

existiere y así se solicitare. En este sentido se expide el artículo 2 de la ya aludida disposición técnico registral.

En igual orden de ideas, el artículo 5 de dicho cuerpo normativo establece que, en los documentos por los cuales el fiduciario transmita o grave el dominio, se calificará, además de los aspectos usuales, la existencia del consentimiento a que refiere el artículo 17 de la ley, por lo que el registrador deberá constatar que el mismo haya sido otorgado -si es requerido- a los fines de proceder a la inscripción. Caso contrario, la misma operará en forma provisional⁸³.

En cuanto a las cosas muebles, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en la normativa especial que rige cada uno de los supuestos. Para el caso de los automotores, por ejemplo, el artículo 6 de la Sección II de Transferencias de dominio fiduciario en los términos de la ley 24.441 dispone que “...si en el contrato se hubiere establecido que la transferencia del dominio o la prenda del bien debe ser autorizada por el fiduciante, el beneficiario o un tercero, se requerirá el consentimiento de dicha persona expresado en hoja simple con una firma certificada”⁸⁴.

IV.2.f. Medidas cautelares.

Al respecto de las mismas, el artículo 4 de la disposición 4/95, prescribe que cuando se tome razón de medidas cautelares, se advertirá en la nota de inscripción del documento respectivo, que se trata de dominio fiduciario. Sin perjuicio de ello, y si del documento resultara ostensiblemente no haberse reparado en tal calidad del dominio, se procederá a efectuar una inscripción provisional, en los términos del artículo 9 inciso b) de la ley 17.801.

⁸³ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302. Al respecto, véase Marta LINARES DE URRUTIGOITY - Irene PUJOL DE ZIZZIAS; “Dominio fiduciario sobre inmuebles (Calificación Registral de los actos de enajenación del fiduciario)”;*JA* 1996-II-748; y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.*; 132 y ss.

⁸⁴ Cfr. MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.*; 134.

IV.2.g. Transmisión al extinguirse el fideicomiso.

Una vez extinguido el fideicomiso -sea por el cumplimiento del plazo o de la condición a que se hubiere sometido, o por el vencimiento del plazo máximo legal; sea por la revocación del fiduciante; o por cualquier otra causal prevista en el contrato- dispone el artículo 26 de la ley 24.441, que el fiduciario estará obligado a entregar los bienes al fideicomisario o a sus sucesores, *otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.*

Entonces, en lo que respecta a bienes inmuebles, el fiduciario deberá formalizar la transmisión mediante escritura pública, la que habrá de ser inscripta en el Registro, y en caso de que se niegue a colaborar, podrá ser demandado judicialmente para que proceda según los deberes que le asisten. Por su parte, quien resulte destinatario de los bienes según el acto constitutivo, recibirá el dominio pleno, por lo que debe tomarse razón del derecho como tal.

El artículo 26 de la ley se completa con la norma contenida en el artículo 91 del decreto 2080/80, la cual establece que el cumplimiento de las cláusulas, plazos y condiciones a que estaba sometido el dominio fiduciario sólo tendrá efecto registral a partir de la anotación que los interesados peticionen al respecto, debiendo tal anotación hacerse por documento de la misma naturaleza que el que originó el asiento del derecho, y con la comparencia de todos sus otorgantes o sucesores.

Por su parte, los requisitos registrales y de transmisión habrán de variar tratándose de otra clase de bienes, por lo que habrá que estarse a lo que cada plexo normativo disponga acerca del particular.

IV.2.h. Posibilidad de toma de razón del beneficiario y del fideicomisario.

La anotación registral de la persona del beneficiario, a los solos efectos de de su individualización, no ha de proceder. Ello se debe a que nuestro Registro es de naturaleza real, por lo que no toma razón de derechos personales que, por otra parte, son los únicos que asisten al beneficiario. Asimismo, la ley 24.411 exige la inscripción registral de la transferencia de bienes registrables únicamente, por lo que tal posibilidad tampoco surge de su normativa. Sin embargo, el artículo 4 inciso c) de la misma, establece que el dominio fiduciario nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad. Entonces, para el supuesto en que concurra el hecho previsto por la norma, y se hubiese optado por extender la duración derecho hasta el advenimiento de alguno de los dos supuestos estipulados -deceso o adquisición o recupero de la capacidad-, deberá tomarse razón del beneficiario y de su calidad de incapaz. Pero sólo en cuanto a la duración máxima del dominio fiduciario, por ser una modalidad que lo afecta.

Con respecto a la posibilidad de anotación registral de la persona del fideicomisario, caben las mismas consideraciones que fueron expuestas al evaluar la eventual toma de razón del beneficiario. De él sólo quedará constancia registral cuando corresponda la transmisión de los bienes por extinción del fideicomiso, mas su adquisición no será ya del dominio fiduciario, sino del pleno⁸⁵.

IV.3. Efectos de la registración: oponibilidad a terceros.

⁸⁵ En relación a la posibilidad de toma de razón del beneficiario, se expiden en el sentido apuntado MOISSET DE ESPANÉS, KIPER - LISOPRAWSKI y MAURY DE GONZÁLEZ . En cuanto a la inscripción registral de la persona del fideicomisario, los dos últimos autores, esgrimiendo sus motivos, estilan una respuesta negativa, mientras que MOISSET DE ESPANÉS encuentra conveniente su toma de razón, con el fin de que él sea quien reciba los bienes a la extinción del fideicomiso, y por la trascendencia que revestiría para sus acreedores el hecho de conocer el posible acrecentamiento del patrimonio de su deudor (MOISSET DE ESPANÉS; *op. cit.*; KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302 y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.* 128).

Según surge de los principios generales de derecho privado, entre partes, la propiedad se adquiere mediante título suficiente y modo en el caso de inmuebles. Pero para tener efectos frente a terceros, es menester la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios pertinentes. Mientras no estén registradas, las transmisiones y correlativas adquisiciones no serán oponibles a terceros. Así surge del artículo 2505 del Código Civil.

En relación al dominio fiduciario, la ley 24.441 atribuye idéntico efecto a la toma de razón. Así surge del artículo 11, y del artículo 12 de la ley establece que “el carácter fiduciario del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos” y el artículo 13 dispone que “cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario”.

IV.4. Inscripción de la causa.

El pacto fiduciario, exteriorizado mediante un contrato o mediante un testamento, funciona como título suficiente, es decir, como causa de la transmisión fiduciaria del dominio o de la propiedad.

La ley 24.441 expresa la necesidad de toma de razón de dicha transferencia cuando se trate de bienes registrables, por lo que hay quienes infieren que el negocio que le sirve de causa debe tener acceso al Registro en lo que hace a su contenido.

En cuanto a los inmuebles, se señala que nuestro sistema registral es de títulos y no de derechos: no se independiza el derecho real del principio causal que lo origina, por lo que habrían de inscribirse los actos y contratos que sirven de causa a la adquisición, modificación, transmisión y extinción de derechos reales. Pero a más de esta consideración, se argumenta, la ley

17.801, en su artículo 2 inciso a), establece que deben inscribirse todos aquellos documentos que “constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles”, lo que incluye el contrato de fideicomiso -o testamento que lo instituye-, que causa y motiva la constitución de la propiedad o dominio fiduciarios. En base a estas consideraciones, se concluye que la publicidad registral no se limita al dominio, sino que comprende la existencia del pacto de fiducia⁸⁶.

Si bien las necesidades de seguridad justifican estas reflexiones, lo cierto es que la ley no impone en forma expresa la obligación de registrar los contratos de fideicomiso, de modo que los terceros puedan conocer las cláusulas limitativas del dominio y los extremos del pacto de fiducia.

Con miras a suplir estas falacias, actualmente existe un proyecto de creación del “Registro Público de Fideicomisos Ordinarios para la provincia de Córdoba”⁸⁷, que habría de funcionar en el marco de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas.

El objetivo del mismo sería la toma de razón de documentación referida a la constitución, modificación, alteración, reglamento y liquidación de los contratos de fideicomiso; designación y cese del fiduciario; constitución, modificación, cesión y cancelación de derechos de los beneficiarios, así como medidas cautelares que recaigan sobre los mismos, sus modificaciones o levantamientos; las medidas cautelares que afecten a fideicomisos y a sus actos registrables; las asambleas que realicen los participantes del fideicomiso; y otros documentos que decidiesen presentarse, inscripciones todas que se efectuarán en forma facultativa por los interesados.

⁸⁶ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001302 y MAURY DE GONZÁLEZ; *op. cit.* 134.

⁸⁷ Junyent Bas - Molina Sandoval; “Las ventajas...”.

Por su parte, en los considerandos del proyecto, se enumeran una serie de ventajas que reportaría el establecimiento del Registro sugerido, a saber: brindar un esquema de oponibilidad más adecuado para los fideicomisos en orden a la protección de los terceros de buena fe (art. 1198, Cód. Civ.) y a la publicidad registral (arg. art. 2505, Cód. Civ. y ley 17.801); permitir la asignación de fecha cierta a los instrumentos privados (art. 1035, inc. 3), Cód. Civ.); brindar un esquema legal adecuado para hacer “operativa” la disposición del artículo 17, ley 24.441, no sólo para inmuebles sino para todo tipo de bienes, en el sentido de que podrá pactarse que para disponer o gravar los bienes fideicomitados será necesario el consentimiento del fiduciante o beneficiario; garantizar la publicidad de la modificación del contrato de fideicomiso, fundamentalmente en orden al cambio de la finalidad fiduciaria o de las facultades del fiduciario; prever la inscripción de ciertas resoluciones colectivas de los participantes del contrato (vgr., beneficiarios); dar publicidad de la designación del fiduciario, como así también de quienes son los beneficiarios del contrato de fideicomiso, como así también brindar un marco profesional para el contralor de los contratos de fideicomiso.

Por todo ello, se espera el pronto establecimiento del Registro, a los fines de que todas las ventajas transcritas, que se aúnan en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las actividades canalizadas mediante fideicomisos, alcance su máxima concreción en la realidad.

CAPÍTULO V

-PATRIMONIO FIDUCIARIO. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN Y DE AGRESIÓN. ALTERNATIVAS FRENTE A SU INSUFICIENCIA-

CAPÍTULO V: Patrimonio fiduciario. Régimen de protección y de agresión. Alternativas frente a su insuficiencia.

V.1. Introducción.

“Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”, reza la primera parte del artículo 14 de la ley, consagrando, de esta forma, la pieza clave del sistema patrimonial del fideicomiso.

En efecto, la mayor providencia de la ley 24.441, en relación a la figura, fue el establecimiento de un patrimonio separado que, para mayor seguridad y resguardo de los bienes fideicomitidos, los aislase de los que fueran de propiedad plena del fiduciario, amparándolos frente a los riesgos económicos y negociales a que está sujeta la propiedad frente a la acción de los acreedores.

Si se tiene en cuenta que el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación económica, y que los patrimonios fiduciarios son “conjuntos patrimoniales que, en interés de un determinado fin y especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas, son tratados en ciertos aspectos como un todo distinto del resto del patrimonio”⁸⁸, se puede colegir que no sólo son objeto de aislamiento los bienes y derechos que integran el activo fiduciario, sino que también las deudas originadas en razón de su funcionamiento habrán de integrar este régimen particular.

⁸⁸ Ludwig ENNERCERUS; *Derecho Civil (Parte General)*; 13ª revisión por Hans Carl Nipperdy, trad. de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer; Bosch; 1.934; I; 614; cit. por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 240.

Entonces, el patrimonio fiduciario, integrado por activo y pasivo, detentado por el fiduciario, integra un conjunto distinto, separado del resto de sus bienes de propiedad no fiduciaria, y de aquellos bienes fideicomitidos que le son transmitidos en razón de otro fideicomiso, como así también de las deudas y derechos que se originan a raíz del desenvolvimiento negocial de éstos últimos.

El concepto de patrimonio separado, un tanto novedoso en nuestra cultura legislativa, se erige entonces como una de las máximas innovaciones del instituto, permitiendo la impermeabilización de los bienes que lo integran frente a cualquier acción ajena a la praxis del negocio.

V.2. Patrimonio fiduciario. Teorías a las que responde.

Al respecto de la relación existente entre los bienes fideicomitidos y el patrimonio entendido como conjunto de derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de apreciación pecuniaria, existen diferentes teorías, las cuales centran su análisis en la naturaleza que se le asigna al patrimonio y en si los bienes aludidos conforman o no una especie diferenciada, dentro o fuera de él⁸⁹.

Por un lado, se erige la teoría *clásica* del patrimonio, cuyos ensayos tiñen los lineamientos del Código Civil. La misma concibe al patrimonio como un atributo inseparable de la personalidad, constituido por bienes y obligaciones que conforman una universalidad de derecho, una unidad abstracta distinta de los elementos que la componen.

Como es dable observar, el patrimonio separado consagrado por la ley 24.441 se aparta del régimen clásico seguido por el Código.

⁸⁹ Al respecto, véase KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001766; y ORELLE; *op. cit*; 152 y ss.; cuyos lineamientos son seguidos en este apartado, y donde además puede accederse al comentario de un número más cuantioso de teorías ensayadas en torno al tópico.

Encabezando una crítica a la teoría anterior, BRINZ explica que pueden darse supuestos en los que una persona detente la titularidad de más de un patrimonio, y en base a este razonamiento expone que a más del patrimonio general, pueden establecerse patrimonios especiales segregando bienes para afectarlos a una finalidad determinada. Entonces, según esta teoría, una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos.

Por su parte, FERRARA recoge la teoría de BRINZ sobre la división del patrimonio en dos categorías y la posibilidad de las personas de ser titulares de más de una masa patrimonial, y en base a ello esboza su teoría del *patrimonio autónomo*, por la cual el mismo se erige como un patrimonio de destino, una universalidad jurídica afecta a una finalidad.

Estas últimas corrientes, en especial la desarrollada por FERRARA, son las que matizan la norma contenida en el artículo 14 de la ley, cuando establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

En efecto, tal como lo señala dicho autor, los bienes y derechos transmitidos al fiduciario no ingresan en su patrimonio “personal”, sino que se crea un patrimonio autónomo, distinto del anterior, con un tratamiento y finalidad jurídica diferenciada, con capacidad para establecer relaciones y deudas propias, y con aptitud para ser completamente ajeno a las vicisitudes que gravan al patrimonio personal del fiduciario. Según los lineamientos que brinda la teoría del patrimonio autónomo, el mismo sería gobernado por normas que derogan la garantía ilimitada y genérica del patrimonio frente a los acreedores, como así también por normas que

derogan el principio de libre utilización por parte de su titular, ya que la finalidad constituye la base, la medida y el límite de la separación⁹⁰.

Adviértase que FERRARA denomina “autónomo” al patrimonio que analiza, mientras que la ley habla de constituir un patrimonio “separado”. En este orden de ideas, hay quienes sostienen que, si bien ambos rótulos son utilizados equitativamente, no existe identidad entre los vocablos: mientras el primero acentúa la independencia del patrimonio, el segundo denota la puesta aparte de un determinado núcleo de bienes de un patrimonio originario, al cual continuarían perteneciendo⁹¹.

Sin embargo, las consecuencias ensayadas por la teoría del patrimonio autónomo y las reguladas por nuestra ley para el separado son las mismas, ya que en ambos casos, los efectos a los que se pretende arribar son, en esencia, análogos y, en definitiva, lo que interesa a la orbe de las instituciones jurídicas es el régimen aplicable, y no las denominaciones con que quiera rotularse a la institución de que se trata. Asimismo, el patrimonio en cuestión es igualmente identificado con los apelativos “de destino” y “de afectación”, respecto de lo cual cabe verter las mismas consideraciones.

V.3. Protección y agresión del patrimonio fiduciario.

Al respecto de la sistema de protección y agresión del patrimonio fiduciario, concebido en los términos descritos, los lineamientos principales son brindados por la ley 24.441, pero además debe acudirse otras normas contenidas en leyes especiales y conjugarse con principios generales del derecho privado, y de todo ello extraer las reglas de funcionamiento del sistema.

⁹⁰ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001766.

⁹¹ Cfr. GRISOLI, *Las sociedades con un solo socio*; Revista de Derecho Privado; Madrid; 1976; 42 y 43; cit. por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/001766

Pero primero lo primero. El artículo 15 de la ley 24.441 habla de la situación de los bienes fideicomitidos en relación a los acreedores de los sujetos involucrados en el fideicomiso. Así nos dice que “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”. Como puede verse, la norma guarda silencio en relación a los acreedores del fideicomisario.

Por su parte, el artículo 16 de la ley, reafirmando la separación patrimonial que consagra en su artículo 14, dispone en su primera parte que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”.

Estos dos artículos de la ley son los que sientan las bases del sistema de protección y agresión del patrimonio fiduciario, pero, como ya se adelantó, deben ser interpretados a la luz de otras normas especiales y principios de derecho privado. Por ello, desglosando el articulado transcrito precedentemente, podemos arribar a los siguientes desenlaces:

V.3.a. Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

En lo que a la acción singular se refiere, la norma es elocuente por sí misma. Una vez operada la transmisión de los bienes al fiduciario, éstos pasan a integrar un patrimonio separado, autónomo, que habrá de responder por las deudas originadas como consecuencia de su desenvolvimiento únicamente, y no por aquellas de que sea deudor el fiduciario a título personal. Correlativamente, los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del

fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos (art. 16 ley 24.441). Tal es el sentido de la separación patrimonial.

En relación a la acción colectiva a que refiere el artículo 15, cabe efectuar algunas consideraciones. Si bien la ley 24.522 prevé como acciones colectivas tanto al concurso preventivo como a la quiebra, sea ésta directa -voluntaria o necesaria- o indirecta, lo cierto es que la acción colectiva a que apunta el artículo 15 comprende sólo la quiebra directa necesaria, es decir, aquella pedida por el acreedor, puesto que los demás supuestos no son accionados por un acreedor del fiduciario, sino que requieren ser instados a pedido del propio deudor⁹². Entonces, operada la quiebra apuntada, y no obstante el desapoderamiento que la misma habría de acarrear, existen bienes, enumerados en el artículo 108 de la ley 24.522, que se encuentran al margen de esta situación: los bienes fideicomitidos de que el deudor es titular se encuentran entre excepciones enumeradas (art. 108 inc. 7), ley 24.522, que remite al art. 15, ley 24.441)⁹³.

Teniendo en cuenta todo ello, una vez declarada la quiebra del fiduciario, operará de pleno derecho el desapoderamiento de sus bienes, a excepción de los fideicomitidos. Sin embargo, el fiduciario no continuará detentando la administración y gestión de los mismos, ya que según dispone el artículo 9 inc. d) de la ley 24.441, la quiebra es una causal de cese del fiduciario en sus funciones. Los bienes fideicomitidos deberán ser transmitidos, entonces, al sustituto (art. 10 ley 24.441).

Así, si algún acreedor personal del fiduciario intentase ejecutar algún bien fideicomitado, éste deberá instar las acciones defensivas

⁹² Cfr. MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 240, a quien se sigue en todo este apartado.

⁹³ Cfr. Adolfo A. N. ROULLION; *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*; 14^a ed.; Astrea; Buenos Aires; 2005; 56 y 195.

correspondientes, por ejemplo, el levantamiento del embargo sin tercería o la tercería de dominio⁹⁴.

Lo que los acreedores personales del fiduciario sí pueden hacer es ejecutar sus acreencias en relación a la retribución y al crédito que el fiduciario tenga por los gastos de reembolso, a que refiere el artículo 8 de la ley 24.441. Estos derechos de que goza el fiduciario, salvo pacto en contrario, son susceptibles de embargo y ejecución por parte de sus acreedores⁹⁵.

V.3.b. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude.

La directiva dada por la norma es lógica. El fiduciario es el dueño de los bienes, no el fiduciante, quien se desprendió de su propiedad al transmitirlos. Como ocurre con cualquier transferencia, una vez que los bienes han egresado del patrimonio transmitente, quedan exentos de la acción de los acreedores de éste último. Entonces, nada tienen que reclamar los acreedores del fiduciante, pues los bienes ya no le pertenecen.

No obstante lo obvio de dicho razonamiento, cabe efectuar dos consideraciones. En primer lugar, debe recordarse que el artículo 12 de la ley prescribe que el carácter fiduciario del dominio tendrá efectos *frente a terceros* -entre los que se incluyen los acreedores del fiduciante- desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a las naturaleza de los bienes respectivos. Por ende, hasta que no se practiquen las exigencias de la norma, los acreedores del fiduciante pueden agredir el patrimonio “fiduciario”, que en esencia, no es aún del fideicomiso, sino

⁹⁴ Gabriela Alejandra VÁZQUEZ; *El patrimonio fiduciario y su agresión por los acreedores*; Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3 (Fideicomiso); Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 2002; 122; cit. por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 242.

⁹⁵ Cfr. MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 244.

que frente a ellos continúa perteneciendo a su deudor. Procederá entonces, el embargo y la ejecución de los bienes “fideicomitidos” por parte de los acreedores del fiduciante hasta el momento en que opere la transmisión en los términos del artículo 12.

En segundo término, la norma deja a salvo la acción de fraude. Al respecto, la doctrina⁹⁶ ha sostenido que si bien el giro legal refiere sólo a ella, la ley civil ha previsto en forma genérica otras acciones, tales como la de nulidad, la de simulación y las ineficacias concursales. Ergo, “el silencio de la ley 24.441 no implica que la transmisión fiduciaria no pueda ser impugnada por tales defectos, ya que el fideicomiso no es ajeno a los principios generales del sistema”⁹⁷. Entonces, cualquier acreedor del fiduciante podría servirse de los medios de protección que brinda el ordenamiento privado general, siempre que concurren los requisitos de procedencia de la acción que se proponga intentar. Se trata de los principios generales aplicables a toda transmisión de dominio, que hacen que los bienes fideicomitidos no sean la excepción.

V.3.c. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos.

En relación al alcance de este precepto, es posible que en el contrato de fideicomiso se haya establecido que el beneficiario se hará acreedor de los frutos -o un porcentaje de ellos- que se generen como consecuencia del desenvolvimiento negocial del fideicomiso, caso en que deberá preverse el o los momentos en que su acreencia se hará efectiva.

Con respecto a lo dispuesto por el giro legal, debe interpretarse que los acreedores del beneficiario sólo podrán ejercer efectivamente sus

⁹⁶ Entre ellos, Ernesto Eduardo MARTORELL; *Tratado de los contratos de empresa*; 2ª ed; Depalma; Buenos Aires; 2000; 1096; BONO; *op. cit*; 28; y MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 248 y ss., quien efectúa un extenso tratamiento de la temática

⁹⁷ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 249.

derechos sobre los bienes fideicomitidos, cuando los mismos ingresen en la esfera de propiedad del beneficiario, o deban hacerlo según los plazos de percepción fijados. Es decir, si los frutos ya fueron transferidos -o corresponde que se transfieran- al beneficiario, serán de su dominio pleno, y podrán ser atacados por sus acreedores como cualquier otro bien.

Pero en caso de que no hubiese operado el referido traspaso, el beneficiario no goza más que de un derecho personal a la percepción de los frutos, que por no haberle sido transferidos, continúan perteneciendo al patrimonio fiduciario, el cual sólo puede ser atacado por los acreedores del fideicomiso (art. 16, ley 24.441) Como dicho patrimonio es insusceptible de ser agredido por los acreedores del beneficiario, ellos sólo pueden ejercer sus derechos sobre el crédito que su deudor tiene a la percepción de esos frutos. Es consecuencia del hecho lógico de que los acreedores del beneficiario no pueden gozar de mejores derechos que su deudor.

La norma también menciona la posibilidad de subrogación en los derechos del beneficiario. No es más ni menos que la acción oblicua a que hace referencia el ordenamiento privado general, en el sentido de que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, salvo las que sean inherentes a su persona (art. 1196, Cód. Civ.).

Todo lo cual puede sintetizarse diciendo que: “los acreedores del beneficiario podrán agredir o subrogarse en los derechos del último, los frutos producidos por los bienes fideicomitidos en la medida en que el beneficiario pueda disponer de ellos”⁹⁸.

V.3.d. En relación al fideicomisario y a sus acreedores, la legislación especial guarda silencio. Al respecto, se cree que la situación de éstos últimos es similar a la de los acreedores del beneficiario, por lo que solo podrán agredir los bienes desde el momento en que se haya operado la

⁹⁸ MARTORELL; *op. cit*; 1097.

transmisión. Mientras ello no ocurra, podrán accionar por el derecho que el fideicomisario tiene sobre tales bienes, pudiendo valerse, asimismo, de la acción subrogatoria por aplicación de los principios genéricos del ordenamiento.

V.4. Liquidación del patrimonio fiduciario. A propósito de su imposibilidad de quebrar.

Al respecto del fideicomiso, su modo natural de extinción habría de ser el advenimiento del plazo o el cumplimiento de la condición a los cuales el mismo se encuentra subordinado. La ley también enumera como causales el vencimiento del plazo máximo legal, la revocación del fiduciante -si tal facultad se hubiera reservado expresamente-, y deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes al enunciar, finalmente, que el fideicomiso se extinguirá por cualquier otra causal prevista en el contrato (art. 25, ley 24.441). En tales casos, la conclusión culminará con el traspaso de los bienes a su destinatario final, que es el fideicomisario (art. 26, ley 24.441).

No obstante, diversas incidencias pueden barajarse en el devenir normal del negocio. Entre ellas, no cabe descartar la posibilidad de que la actuación del negocio genere un pasivo superior al que es capaz de cubrirse. Para el caso de que mane esta contingencia, la ley de fideicomiso proyecta una única y sucinta previsión, en su artículo 16.

Al respecto de ello, no pueden dejar de mencionarse las críticas vertidas en torno al hecho de que el legislador sólo dedicó un artículo al tema de la impotencia patrimonial del fideicomiso. Como se verá, la problemática principal reside en la falta de previsión de un procedimiento general para la liquidación del patrimonio fideicomitado insuficiente. Con razón, la doctrina se encargó de indicar que resulta difícil imaginar, con tan escueta regulación disponible, la dinámica y las soluciones necesarias

para que funcione un régimen ultra liberal de liquidación patrimonial, que además no cuenta con una elaboración doctrinal o jurisprudencial que lo preceda⁹⁹. Además, la ubicación legal del precepto fue también objeto de conjeturas, al señalarse que, al no habersele dado la autonomía correspondiente a la cuestión, se incluyó la reglamentación de los aspectos liquidativos del fideicomiso entre las normas destinadas a reglar sus efectos¹⁰⁰.

En concreto, el mentado artículo 16 establece que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previsto para la quiebra.

Así es como comienza y se agota el “régimen” de liquidación que el legislador esbozó para el fideicomiso ordinario. En el orden de ideas que se viene perfilando, esta única norma sucinta varios problemas interpretativos y de aplicación, que serán abordados al desglosarse su análisis.

V.4.a. Impotencia patrimonial. Alcance del término.

La primera cuestión a dilucidar gira en torno a la “insuficiencia de los bienes fideicomitidos” para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. La duda básica radica en qué alcance debe atribuirse a la locución “insuficiencia” en el contexto del giro legal que la contiene.

⁹⁹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/003755.

¹⁰⁰ Cfr. MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 290.

En este marco, existen líneas argumentales que, oportunamente, identifican dicha insuficiencia con el estado de cesación de pagos o insolvencia que actúa como presupuesto objetivo en el régimen falimentario (arts. 1, 78 y 79, ley 24.522). En apoyo, se aduce que la ley 24.441 nada dice en relación a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos en sí: ni qué la caracteriza, ni cómo se evidencia objetivamente, ni quién la decide, por lo que no existen razones para no aprovechar, en favor del fideicomiso, la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial desarrollada en torno a la impotencia patrimonial del régimen del concurso preventivo y la quiebra¹⁰¹.

En base a estas directrices, puede considerarse que existe insuficiencia de los bienes fideicomitidos, en el sentido apuntado, cuando se evidencie un estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloque al fiduciario -en cuanto titular del patrimonio en cuestión-, en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso¹⁰².

V.4.b. Imposibilidad de quebrar.

A propósito del tema, la ley 24.441 vino a añadir al aglomerado de excepciones previsto en la normativa concursal, un supuesto más. Según

¹⁰¹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/003755, posición que además es compartida por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 296. En contra: Luis M. F. GAMES - Gustavo A. ESPARZA; *Fideicomiso y Concurso*; Depalma; Buenos Aires; 1997; 136; cit. por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 295.

¹⁰² MOLINA SANDOVAL dice: "Puede ser que el único activo fideicomitado haya sido un inmueble, y el fiduciario, con la renta de este solo bien, no pueda satisfacer el pasivo del fideicomiso. Pero el valor de dicho bien puede ser notablemente superior a las obligaciones generadas en la dinámica del fideicomiso. En este caso, la liquidación no se dará por insuficiencia del activo globalmente considerado, sino por una impotencia de generar activo corriente suficiente (ya que algunos bienes, por ejemplo un inmueble, se consideran activo no corriente) para satisfacer el pasivo corriente. Muchas veces el solo desfase de estos dos conceptos hace menester recurrir a algún mecanismo de liquidación para satisfacer la diferencia de tiempos generada en el patrimonio fideicomitado (MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 292).

opinan GAMES y ESPARZA¹⁰³, el hilo conductor del plexo normativo, en cuanto a este tópico refiere, estaría dado por la vocación del legislador de desjudicializar los eventuales puntos de conflicto entre los destinatarios de la ley, o restringir al menos la actividad judicial. Y en este orden de ideas, frente a un supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, la ley imposibilita al patrimonio fiduciario quebrar¹⁰⁴: el remedio legal previsto es la liquidación.

Por otro lado, de *lege data*, nada se dice al respecto del concursamiento del patrimonio fideicomitido. Sobre esta posibilidad, se arguye que nada permite inferir tal conclusión. Las razones esgrimidas varían. Desde la óptica legislativa, se reflexiona que la normativa concursal es posterior a ley de fideicomiso, por lo que el legislador del régimen falimentario, pudiendo haberlo incorporado, *ex profeso* no lo hizo, ni siquiera implícitamente. En efecto, la ley 24.422, en su artículo 2, establece sólo dos supuestos de concursabilidad de un patrimonio, y el fideicomitido -recordando que es un patrimonio, y no un sujeto de derecho, plenamente concursable según el régimen vigente- no es uno de ellos; además, se insinúa la problemática e incongruencia que implicaría el hecho de que la quiebra sobreviniese -posibilidad para nada remota en la práctica- al concurso preventivo: sería ilógico que se permita la aplicación del concurso, pero que se impidan los efectos que éste puede acarrear. En otro orden de ideas, se asevera que la analogía tampoco se permite, atento a que no existe laguna normativa, pues si bien no se señaló en forma expresa que se veda el acceso a todo procedimiento concursal, la

¹⁰³Luis M GAMES - Gustavo A. ESPARZA; “Liquidación del patrimonio en fideicomiso”; JA 1998-III-770.

¹⁰⁴MOLINA SANDOVAL, si bien acepta la razonabilidad que reviste el hecho de que el fiduciario no pueda peticionar la propia quiebra del patrimonio fideicomitido, por peligro a que, abusando de sus facultades, liquide indebidamente un patrimonio solvente; califica de “exceso” el que un acreedor no pueda peticionar la quiebra del fideicomiso, pues negarle la acción falencial implica confinarlo solamente al ejercicio de la acción individual, librando la suerte del patrimonio fideicomitido a la pura voluntad del fiduciario (véase MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 299 y ss).

inteligencia de la norma permite inferir tal conclusión. Finalmente, se establece que, al fin y al cabo, muchos de los argumentos que avalan la presentación en concurso preventivo, no tienen fundamento jurídico, sino que se basan en pautas valorativas que deben incluirse como propuesta de *lege farenada*: y en definitiva, la conveniencia de un instituto no es suficiente razón para aplicarlo¹⁰⁵.

Ergo, el patrimonio fideicomitado no está sujeto al régimen de la ley 24.522, ni en lo que respecta al procedimiento concursal, ni en lo tocante al sistema falimentario.

V.4.c. Provisión de fondos.

El ya mentado artículo 16, continúa señalando que, ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, *y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales*, se procederá a la liquidación del patrimonio en cuestión.

Según esta disposición, entonces, en el contrato de fideicomiso puede preverse que para el supuesto de insuficiencia patrimonial en los términos establecidos, el fiduciante, el beneficiario o ambos, deban asignar fondos propios a los fines de la supervivencia del negocio. En supuesto de existencia de tal previsión, entonces, el fiduciario está legitimado para reclamarles el aporte de las prestaciones comprometidas, en las formas y límites pactados, mediante una acción que no tendrá otro fin más que el cumplimiento del contrato. Asimismo, si el fiduciario no procede a efectuar el reclamo pertinente, los acreedores del fideicomiso podrán subrogarse en el ejercicio de la acción, a los fines a hacer efectivo el ingreso de los fondos necesarios para satisfacer las obligaciones del fideicomiso.

¹⁰⁵ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/003755 y MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 305; quienes a su vez citan a GAMES y ESPARZA, posicionados, por su parte, a favor de la concursabilidad del patrimonio fideicomitado.

V.4.d. Liquidación del patrimonio fideicomitado.

Entonces, para el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados, y a falta de previsiones contractuales en el sentido apuntado previamente, o cuando los fondos traídos al fideicomiso según sus directrices fueran insuficientes, el remedio brindado por el legislador es la liquidación del patrimonio fideicomitado. El artículo 16, ofreciendo pautas regulatorias mínimas, exigentemente establece que la misma estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren, y entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previsto para la quiebra.

GAMES y ESPARZA¹⁰⁶ ven en ello una tendencia al renacimiento de la autonomía de la voluntad en la forma o modo de efectuar tales liquidaciones, vislumbrando la posibilidad convencional de reglar la cuestión en lo concerniente a las causales de liquidación, las formas o alternativas para canalizarla, y cuestiones instrumentales tales como los plazos, la publicidad, la carga de los costos, etc. Pero el problema es que el artículo 4 de la ley 24.441, que regula los requisitos sustanciales que debe contener el contrato de fideicomiso, no legisla específicamente que deba abarcar el tema de la liquidación, por lo que los sujetos podrán obviar el establecimiento de un régimen liquidativo al concertar el negocio. Señalado que fuera este inconveniente, los citados autores entrevén que al no existir en nuestro derecho un esquema normativo único en lo concerniente a liquidaciones en general, habrá de acudir a las legislaciones particulares que regulen la liquidación de institutos específicos. En este orden de ideas, enfatizan la conveniencia de aplicar los esquemas brindados por la Ley de Concursos y Quiebras, por la completitud de su marco regulatorio, como así también las directivas que sobre liquidación de bienes ofrecen los distintos ordenamientos procesales.

¹⁰⁶ GAMES - ESPARZA; *op. cit.*

En otro orden de ideas, existen autores que encuentran en la forma asamblearia la mejor y más razonable solución. Así, se propone, ante la insuficiencia de fondos en el sentido apuntado, el mejor remedio podrá hallarse en la iniciativa privada de búsqueda de soluciones, en una suerte de reunión que todos los interesados habrían de concertar para deliberar, para sólo proceder a la liquidación en caso de que, previamente, se hubieran agotado otra clase de medidas. Y, para el caso de que la faz liquidativa fuese ineludible, lo más prudente será concurrir a los tribunales, como una modalidad que asegure el debido contralor, imprescindible para brindar seguridad ante la ausencia de previsiones legislativas¹⁰⁷.

Es MOLINA SANDOVAL¹⁰⁸ quien mejor resuelve la cuestión. Propone, para una correcta integración de la normativa -y a falta de previsiones contractuales que establezcan o remitan a algún mecanismo de liquidación-, la liquidación extrajudicial del patrimonio fideicomitado, a cargo del fiduciario, atemperada principalmente a la normativa societaria en materia de liquidación, pero respetando ciertos principios concursales.

En este sentido propone, para la realización del activo, un procedimiento que se asemeje al trámite societario de liquidación de bienes. El fiduciario tendrá a su cargo la mentada realización, estando sujeto a control judicial en todas sus tareas. Deberá elevar informes al juzgado interviniente y oportunamente presentar el balance final con un informe explicativo y con un proyecto de distribución de fondos. Luego, habrá de solicitar al juez la correspondiente autorización para ir cancelando el pasivo, de acuerdo a un cronograma de pagos que tenga en cuenta el régimen de privilegios remitido por la ley 24.441.

¹⁰⁷ Cfr. ORELLE; *op. cit*; 159 y ss.

¹⁰⁸ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 299 y ss. Al respecto, véase el extenso tratamiento que el autor propone en referencia al tópico.

Por su parte, los principios concursales que habrán de ser atendidos son el de universalidad -abarcando todos los acreedores del fideicomiso y todos los bienes, incluso los indebidamente egresados del patrimonio fideicomitado-, la *par conditio creditorum* y ha de existir alguna vía de insinuación de créditos, que permita la verificación de los mismos a los fines de determinar cuál es el pasivo del fideicomiso y quiénes son sus acreedores.

De todos modos, y más allá de las pautas brindadas a los fines de completar la exigua normativa existente en torno a la liquidación del patrimonio fideicomitado, deben respetarse las pocas pautas legales que brinda el artículo 16 de la ley 24.441. Así, antes de proceder a la liquidación del patrimonio, el fiduciante deberá reclamar otros recursos al fiduciante o al beneficiario, si ello estuviere previsto contractualmente; la liquidación debe ser llevada a cabo por el fiduciario, mediante la enajenación de los bienes; y el producido de la liquidación ha de ser entregado a los acreedores, según el orden de privilegios de la ley de concursos.

En relación a esto último, y atento a las necesidades comerciales que surgen en la praxis negocial, cuyos actores buscan optimizar la seguridad de las operaciones que emprenden, es usual ver relegado convencionalmente el régimen de privilegios remitido por la ley, en atención a las anheladas prerrogativas de los distintos sujetos intervinientes en cada clase de negocio.

A este tenor, debe recordarse que la concertación convencional de un orden de privilegios es a todas luces inatendible, por el reinado del artículo 3876 del Código Civil, según el cual los privilegios sólo puedan nacer de una disposición de la ley. No obstante, es corriente, en ciertos contratos de fideicomiso, la estipulación contractual de regímenes preferenciales *sui generis*, que amparan las pretensiones de los beneficiarios y fideicomisarios de algún proyecto en particular,

otorgándoles un derecho preferencial a recibir su beneficio respecto al cobro de otros acreedores. Y a pesar de que la ley especial permite que las partes elaboren y pacten el mecanismo de liquidación en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para hacer frente a las obligaciones generadas durante el devenir negocial del fideicomiso, dicho proceso no puede soslayar el régimen de privilegios establecido en la ley falimentaria, por responder éste a principios de orden público, que hacen a los valores organizativos fundamentales de la sociedad y del comercio, y que, en definitiva, como principios de orden público que son, ponen coto al margen de la autonomía de la voluntad.

Finalmente, cabe considerar, con KIPER y LISOPRAWSKI¹⁰⁹, que si bien mediante la previsión del mentado artículo 16, el legislador pretendió que la liquidación del patrimonio fideicomitado se mantuviese al margen de la lentitud y rigidez que caracteriza a los procedimientos concursales y falimentarios, procurando lograr con ello la agilización de la praxis negocial y de las transacciones comerciales, es bastante dudable que, mediante un mecanismo tan poco explicitado, tal aspiración pueda alcanzarse. Y si bien la comunidad jurídica se ha esforzado por brindar las mejores soluciones, lo cierto es que de *lege data* no existe un sistema claro que resuelva la cuestión: se torna imperioso que el legislador, mediante una reforma, introduzca en la ley un procedimiento para canalizar una liquidación ordenada.

¹⁰⁹ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/003755.

CAPÍTULO VI

-RÉGIMEN FISCAL DEL FIDEICOMISO ORDINARIO-

CAPÍTULO VI: Régimen fiscal del fideicomiso ordinario.

VI.1. La personalidad tributaria del fideicomiso.

El fideicomiso presenta, en un único entorno jurídico, varias realidades económicas; esta circunstancia es la que determina el encuadre tributario de la figura, insertando al instituto en el marco de diferentes impuestos.

Actualmente no existe un cuerpo autónomo que aglutine los parámetros fiscales a los cuales se encuentra sometido el fideicomiso, sino que las diferentes normas conviven en leyes especiales y decretos reglamentarios y, por su parte, la jurisprudencia administrativa ha sentado también algunos parámetros de interpretación.

De todas formas, y previo a adentrar en el campo fiscal de la figura, conviene recordar que el fideicomiso no tiene personalidad jurídica ni es un sujeto de derecho, pero que “ello no impide que, por razones de política tributaria, y con fundamento en la autonomía conceptual de la disciplina, la regulación impositiva pueda asignar personalidad fiscal a algunas figuras jurídicas a las que el derecho privado no les reconoce o expresamente les niega subjetividad”¹¹⁰. En este orden de ideas, la ley de procedimiento tributario establece que son *sujetos* de los deberes impositivos, responsables por deuda propia, “aún los patrimonios destinados a un fin determinado”¹¹¹, cuando sean considerados por las leyes tributarias como

¹¹⁰ Pedro URRETS ZAVALÍA; “Responsabilidad Tributaria del Fiduciario en la Ley de Impuesto a las Ganancias”; *Foro de Córdoba* 65 (2000) 59-82; 70.

¹¹¹ Jurisprudencia administrativa ha dictaminado que el fideicomiso de garantía no tiene aptitud, en principio, para asumir la calidad de contribuyente directo pese a lo establecido en la ley 11.683, en función del rol estático que le da la función de garantía, a menos que una disposición legal le atribuya tal carácter (DAL 49/97); ya que, en este caso, el patrimonio fideicomitado cumple una función exclusiva de garantía, lo que supone un rol estático no evolutivo y por ello, si bien constituye una “unidad patrimonial” no configura una “unidad económica” (DAL 20/96).

unidades económicas para la atribución del hecho imponible (art. 5, inc. c), ley 11.683). Entonces, de esta norma puede colegirse que el patrimonio fiduciario bien puede ser considerado, por el régimen tributario argentino, como un “sujeto” responsable del pago de diferentes tributos. Asimismo, y siguiendo igual hilo conductor, el artículo 6 de dicho cuerpo normativo establece que los administradores de patrimonios están obligados a tributar al Fisco como titulares de los bienes administrados, lo cual nos permite arribar a la misma conclusión. Como veremos, esta inteligencia es receptada por las normas que regulan los impuestos en particular.

Es importante, en este sentido el Dictamen 85/1997 (DAL) de la A.F.I.P.. En el mismo, el organismo fiscal ha vertido su opinión en el sentido no sólo de que el fondo fideicomitido tiene aptitud subjetiva en materia tributaria, sino también reseñando que la ley, sin perjuicio de individualizar claramente al fondo fiduciario en su calidad de contribuyente, le ha asignado, no obstante, una posición pasiva, limitada a servir de soporte del tributo, pero las obligaciones activas, propias del contribuyente, deben ser cumplidas por el administrador fiduciario. Resulta de ello, que tanto las obligaciones formales propias del contribuyente, como la sustantiva de pago, han sido puestas por la ley a cargo dicho individuo, por lo que el incumplimiento de las mismas facultará a la A.F.I.P. a ejercitar tanto las facultades determinativas como las del cobro de las obligaciones incumplidas, contra su persona, ya que si bien la carga tributaria recae sobre el fondo, el obligado a realizar el pago, con dinero de dicho fondo, es el fiduciario.

También, y desde otro punto de vista, conviene aclarar que no sólo el fideicomiso es considerado contribuyente por las normas fiscales, sino que, en ciertos supuestos, los distintos sujetos involucrados en el negocio deberán asimismo tributar en cabeza propia.

VI.2. El fideicomiso ordinario frente a impuestos nacionales.

En el orden nacional, la figura puede ser relacionada al impuesto a las ganancias, al impuesto al valor agregado, al impuesto sobre la ganancia mínima presunta y al tributo sobre los bienes personales y, en este contexto, las normas legales y reglamentarias son brindadas por las leyes especiales de cada uno de dichos gravámenes, por la ley 24.441 y su decreto reglamentario 780/95, por la ley 25.063, y el decreto (PEN) 254/99. También, cobra importancia la jurisprudencia administrativa de la A.F.I.P. a la hora de verter algunos parámetros interpretativos, por medio de dictámenes emanados de su seno.

VI.2.a. Impuesto a las Ganancias.

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

En referencia al fideicomiso ordinario, no existe un ordenamiento que determine sus cargas gananciales en forma ordenada, sino que hay algunas directrices, diseminadas en diversos cuerpos normativos de diverso rango y sucesivos en su orden cronológico.

Actualmente, y a grandes rasgos, puede decirse que en torno al impuesto a las ganancias se distinguen dos supuestos: por un lado, los fideicomisos en los cuales el fiduciante posee la calidad de beneficiario - excepto los fideicomisos financieros y los casos en que el fiduciante-beneficiario sea un beneficiario del exterior-. En este supuesto, el fideicomiso no será “sujeto” del impuesto: ocurre que el decreto reglamentario de la ley manda al fiduciario a atribuir los resultados de los fiduciantes-beneficiarios en la proporción que corresponda, y éstos habrán de declararlos como rentas de tercera categoría.

El otro supuesto en cuestión es el de los fideicomisos en que el fiduciante no posee la calidad de beneficiario, incluyendo también los casos en que sí se de la mentada superposición, pero se trate de un fideicomiso financiero o el fiduciante-beneficiario sea del exterior -los cuales, en efecto, son las hipótesis exceptuadas en el marco del supuesto anterior-. La ley les otorga a estos fideicomisos el mismo tratamiento que a las sociedades de capital, por ende, todas las ganancias que obtengan estarán gravadas por la alícuota del 35%, sin que se entre a considerar la habitualidad.

Pero, como fue mencionado, la legislación y la reglamentación del impuesto frente al fideicomiso, se ha ido adecuando con el devenir del tiempo:

La ley 24.441 sólo dedica tres artículos a los aspectos tributarios, bajo el rótulo “Modificaciones a las Normas Impositivas” y, al referir al impuesto a las ganancias, lo hace en relación a fideicomisos financieros colocados por oferta pública, sin dar directiva alguna que pueda ser aplicada a operaciones canalizadas mediante fideicomisos ordinarios.

Meses más tarde, el decreto 780/95, reglamentario de la ley anterior, en aras de llenar el vacío provocado por la falta de regulación de la citada, dedica un título a la reglamentación de aspectos tributarios, y dentro del mismo, un capítulo al impuesto a las ganancias, específicamente.

El artículo 10 del decreto considera a los fiduciarios como comprendidos en el artículo 16 inciso e) de la ley 11.683 de procedimiento tributario -hoy traspelado al artículo 6 del mismo cuerpo normativo-, por lo que en su 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 33% -hoy 35%- de la ganancia neta total obtenida en dicho ejercicio. La misma deberá

establecerse de acuerdo con las disposiciones de la ley del impuesto a las ganancias que rigen la determinación de las rentas de la tercera categoría, no pudiéndosele deducir las distribuciones de utilidades. Por su parte, a los fines de atribución del resultado al período fiscal, deberá considerarse el período establecido en el primer párrafo del artículo 18 de la ley de impuesto a las ganancias, es decir, el año calendario, abarcando desde el 1 de enero al 31 de diciembre.

Por otro lado, el artículo 11 del mismo decreto establece que, cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros y de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el títulos V de la ley de impuesto a las ganancias -beneficiarios del exterior-, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en cada año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, considerándose, a los fines de la determinación de la ganancia neta total del fiduciante-beneficiario, tales resultados como provenientes de la tercera categoría. En tal caso, el impuesto ingresado por el fiduciario, en la proporción que corresponda, tendrá para el fiduciante-beneficiario, el carácter de pago a cuenta del impuesto que en definitiva le corresponda abonar por el año fiscal al que deban imputarse los resultados distribuidos, debiendo el fiduciante incorporarlo en su propia declaración jurada fiscal.

En 1998, a su vez, fue publicada la ley 25.063, comprensiva de varios gravámenes, modificatoria de la ley de impuesto a las ganancias.

El inciso o) del artículo 4 de dicha ley, manda a sustituir el artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias. En su nueva redacción, del mismo surge que los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, quedan sujetos, por sus ganancias netas imponibles, a la tasa del 35%, desde la celebración del contrato respectivo. No quedarán sujetos a dicha tasa los fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, a no ser que se trate de fideicomisos

financieros, o cuando el fiduciante-beneficiario resulte titular en el exterior. Asimismo, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidas en el inciso e), del artículo 16 de la ley 11683, t.o. en 1978 y sus modificaciones (hoy art. 6), lo cual equivale a decir que los fiduciarios son considerados, por el régimen fiscal, como responsables del cumplimiento de deuda ajena¹¹².

En relación con las ganancias netas imponibles, la ley manda a incorporar un nuevo inciso a la enumeración de las ganancias de tercera categoría, el cual se sitúa, sin enumerar, a continuación del inciso d), del párrafo 1 del artículo 49 de la ley que regula dicho impuesto. Según surge de su texto, constituyen ganancias de tercera categoría las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros, o cuando el fiduciante-beneficiario resulte titular en el exterior (art. 4, inc. n), ley 25.063).

Asimismo, el inciso p) manda a incorporar, a continuación del artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias, una disposición sobre retención en caso de dividendos y otras utilidades que superen la ganancia impositiva. La misma ha de ser aplicada a los fideicomisos que efectúen pagos de dividendos o distribuyan utilidades en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a las normas de la ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, en cuyo caso deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el 35% sobre el referido excedente¹¹³.

¹¹² Al respecto, KIPER y LISOPRAWSKI destacan su opinión en el sentido de no obligatoriedad de ingreso del pago a cuenta por parte del fiduciario, instituido en principio por el decreto 780/95 a partir de la vigencia de la ley 25.063, porque la misma “no legisla en absoluto sobre el particular”. Asimismo, recalcan la importancia del tema para los fideicomisos comprendidos en el artículo 49 de la ley de impuesto a las ganancias -reformado por el artículo 4, inciso n) de la ley 25.063-, en los cuales el fiduciario distribuye proporcionalmente el resultado en función de la participación de cada fiduciante-beneficiario (Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/005366).

¹¹³ “(...) A dichos efectos, la ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de detracer a la ganancia determinada en base a las normas de la ley, el impuesto pagado por

Finalmente, el decreto 254/99, incorpora -por su artículo 1 inciso a)- al decreto 1.344/98, reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias, a continuación del artículo 70, una serie de artículos sin enumerar que sientan, en relación al fideicomiso ordinario, las siguientes directivas:

Los fiduciarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69, inciso a), ap. 6 de la ley de impuesto a las ganancias, deberán ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue sobre las ganancias netas imponibles -para cuya determinación no serán deducibles las distribuciones de utilidades- obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, a cuyos fines se considerará como año fiscal el año calendario.

Cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el título V de la ley - beneficiarios en el exterior-, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria. A dichos efectos, se considerará, para la determinación de de la ganancia neta del fiduciante-beneficiario, a tales resultados como provenientes de la tercera categoría.

La A.F.I.P. deberá establecer la forma, plazo y condiciones en que deberán inscribirse los fideicomisos regidos por la ley 24.441, y en que los fiduciarios deberán facturar las operaciones, los ingresos y la atribución de resultados que realicen en ejercicio de la propiedad fiduciaria.

Al respecto de ello, el Organismo Fiscal se pronunció en tres oportunidades. En su Dictamen 85/1997 (DAL), dispuso que tratándose de

el o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales. Si se tratara de dividendos o utilidades en especie, el ingreso de la retención indicada será efectuado por el sujeto que realiza la distribución o el agente pagador, sin perjuicio de su derecho a exigir el reintegro régimen por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen (...)” (art. 4 inc. p), ley 25.063; incorporado como art. s/n° a continuación del art. 69, ley 20.628).

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. En su Nota Externa A.F.I.P. 5, de 1999, estableció que tratándose de fideicomisos en los cuales el fiduciante asume la condición de beneficiario, la información de la participación respectiva en el resultado del fideicomiso, a efectos de que el fiduciante incorpore la misma en su respectiva declaración jurada, deberá encontrarse a su disposición en el domicilio del fiduciario, trasladándose el vencimiento de sus propias declaraciones juradas al mes de mayo de cada año. Y, en su Resolución 776/2000, la A.F.I.P. refiere a la inscripción de fideicomisos¹¹⁴.

VI.2.b. Impuesto al Valor Agregado.

El impuesto al valor agregado es la principal imposición indirecta sobre el consumo, que se aplica en ciertas transferencias a título oneroso de bienes muebles y prestaciones de servicios. Su carácter indirecto se debe a que la carga no es percibida por el fisco -valga la repetición- en forma directa del sujeto pasivo obligado, sino que éste lo traslada a los usuarios finales o consumidores, quienes en definitiva habrán de soportar la carga tributaria en el pago del precio final.

¹¹⁴ Normativa referida por KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/005366. Sobre el tratamiento contable del fideicomiso, véase PÉREZ MUNIZAGA, Marta - VERÓN, Carmen Stella; “Reflexiones en torno al tratamiento contable del fideicomiso”; *Enfoques: Contabilidad y Administración* 4 (2002) 11-22; y VERÓN, Carmen Stella; “Un nuevo ente contable llamado fideicomiso”; *Enfoques: Contabilidad y Administración* 2 (2000) 424-432.

Con respecto a este impuesto, el fideicomiso es considerado sujeto obligado¹¹⁵, de manera que habrá que definir si la actividad que le compete está alcanzada por el gravamen para que nazca la obligación de tributar.

La ley 23.349, regulatoria del I.V.A. en el ordenamiento nacional, en su artículo 4 adopta un criterio amplio en cuanto a los sujetos que incluye como obligados, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que genera la carga de soportar el tributo. De su letra surge que, en definitiva, cualquier ente individual o colectivo que realice la actividad gravada, deberá tributar como sujeto pasivo del impuesto.

Por otro lado, la norma anteriormente citada debe ser conjugada con lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 11.683 de procedimiento tributario, en el sentido de que son contribuyentes, responsables por deuda propia, y en tanto se verifique respecto de ellos la realización del hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias “aún los patrimonios destinados a un fin determinado”, cuando sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible.

Por ende, y teniendo en cuenta lo dispuesto por ambas normas, podemos concluir en que, aunque la ley de I.V.A. no lo prevea en forma expresa, el fideicomiso que realice operaciones gravadas será sujeto pasivo obligado al pago del tributo. A esta misma conclusión llega, por su parte, la A.F.I.P., mediante la interpretación que efectúa su Dirección de Asesoría Técnica, en el sentido de que “con respecto al I.V.A., el fideicomiso, representado por el fiduciario, será responsable del tributo en la medida que se le pueda atribuir la generación de hechos imponibles”¹¹⁶.

¹¹⁵ Según jurisprudencia administrativa, el fideicomiso de garantía no resulta sujeto pasivo del impuesto al valor agregado (arg. DAL 20/96; DAT 34/96; arg. DAL 49/97)

¹¹⁶ Dictamen 59/1999 (DAT) de la A.F.I.P.. En otro orden de ideas, el organismo fiscal igualmente diagnosticó en lo referente al fideicomiso frente al I.V.A.. En relación a ello, véanse sus dictámenes 85/1997 (DAL); 8/2004 (DAT); 78/2005 (DAT); 41/2006 (DAT); 16/2006 (DAT).

Por su parte, y como ya vimos, la ley 24.441 de fideicomiso dedica un título a tratar temas impositivos. Dentro del mismo, en referencia al fideicomiso ordinario, el artículo 84 contiene dos normas: en su primer párrafo, establece que “a los efectos de impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitados fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas”.

La doctrina sostiene que la referencia legal está encaminada a eximir ciertas operaciones de descuento de documentos a fideicomitir, y que igualmente se encuentran exentas del impuesto todas las transmisiones efectuadas a título de confianza, -tal es el caso de la transferencia de bienes en fiducia-, al no reunir de por sí el carácter de onerosidad requerido a los efectos de la configuración del hecho imponible¹¹⁷.

El segundo párrafo del artículo 84, ley 24.441, dispone que “cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo”. Esta norma indica que quien reciba el pago será sujeto pasivo, obligado a tributar el impuesto, por los intereses de la cartera a vencer.

El decreto 780/95 no contiene disposiciones al respecto del impuesto al valor agregado, y la ley 25.063 tampoco regula cuestiones relativas al fideicomiso frente a este tributo. Por lo que, de los lineamientos brindados por la legislación y reglamentación que refiere al tema, se concluye que el fideicomiso es sujeto obligado al pago del I.V.A. siempre que su actividad configure un hecho imponible y que las transmisiones de créditos a favor del fideicomiso no se encuentran gravadas.

¹¹⁷ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/005366.

VI.2.c. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

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

El impuesto tiene génesis legislativa con la sanción de la ley 25.063 que, por otra parte, es el único cuerpo normativo que legisla sobre el fideicomiso ordinario ante este tributo.

El artículo 2 de la ley, al enumerar los sujetos pasivos del impuesto, menciona en su inciso f) a los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, con excepción de los fideicomisos financieros.

A diferencia de lo que ocurre con el impuesto a las ganancias, en donde no se considera sujetos obligados a los fideicomisos en los cuales el fiduciante fuese a su vez beneficiario, aquí la ley no efectúa tal diferenciación, por lo que todos los fideicomisos son sujetos pasivos del impuesto a excepción de los financieros, expresamente exceptuados por el régimen legal.

La A.F.I.P. se ha pronunciado al respecto, y en su Dictamen 17/2004 (DAT) ha afirmado que los activos que integran un patrimonio fiduciario se encuentran alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta, recayendo la responsabilidad de la determinación e ingreso del gravamen en cabeza del administrador de los bienes fideicomitados, ello con independencia de que el fondo en cuestión realice o no una actividad económica.

Por su parte, el artículo 3 de la ley refiere a las exenciones al impuesto, y entre ellas enumera, con relación al fideicomiso ordinario, a los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios del fideicomisos que revistan igual calidad de obligados frente al gravamen.

En otro orden de ideas, el artículo 13 de la ley establece que el impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el impuesto a la ganancia mínima presunta, podrá computarse como pago a cuenta de éste último, siempre que ambos se liquiden en el mismo ejercicio fiscal¹¹⁸. Este impuesto constituye, como su nombre lo indica, un mínimo, una base, por lo que en caso de no corresponder impuesto a las ganancias, se ingresará directamente el impuesto a la ganancia mínima presunta¹¹⁹.

También, si del cómputo entre ambos impuestos surgiere un excedente no absorbido, el mismo no generará saldo a favor del contribuyente en este impuesto, ni será susceptible de devolución o compensación alguna. Sin embargo, si resultare insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del presente gravamen, el impuesto a la ganancia mínima presunta podría ser computado contra el impuesto a las ganancias durante los 10 años siguientes.

¹¹⁸ En este sentido, la A.F.I.P. ha dictaminado que el fiduciante-beneficiario podrá computar como pago a cuenta en su declaración jurada del impuesto a las ganancias, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado por el fideicomiso, ello conforme con los lineamientos previstos en el artículo 13 de la ley que rige a este último gravamen (DAT 13/2009)

¹¹⁹ Si bien eso es lo que surge de la letra de la ley, la doctrina considera que el pago del impuesto a la ganancia mínima presunta no debería recaer sobre fideicomisos que se vean imposibilitados de obtener rentas, que al no desarrollar actividad económica alguna, no deberían tributar conforme a este gravamen, tal lo que ocurre, por ejemplo con ciertos fideicomisos de garantía (Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/005366; y Javier Martín ERREA; "Aspectos tributarios del Fideicomiso"; *Reporte Inmobiliario* (2006); en <http://www.reporteinmobiliario.com/nuke/modules.php?name=News&file=article&sid=784>, disponible el día 28-IV-2007).

Concluyendo, todos los fideicomisos son responsables frente a este tributo, con la sola salvedad de los financieros, y el fiduciario deberá abonar el gravamen en cuestión teniendo derecho al cómputo de los respectivos pagos a cuenta, con el impuesto a las ganancias en cabeza de los beneficiarios, según lo ya comentado al tratar dicho tributo.

VI.2.d. Impuesto sobre los Bienes Personales.

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

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

En lo atinente al fideicomiso ordinario, el artículo 13 del decreto establece lo siguiente: “quienes con arreglo a la ley 24441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la ley 11.683 -hoy artículo 6- por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bienes personales sobre el valor de los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a las disposiciones del título VI de la ley 23.966 y sus modificatorias, sin considerar el mínimo exento previsto en el artículo 24 de dicha normal legal. Los bienes entregados por los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, no integrarán la base que las mismas deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante fuera una empresa, dichos bienes no integrarán su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos”. El artículo 14 del decreto complementa la disposición anterior disponiendo que el

ingreso a que el mismo refiere, tendrá el carácter de pago del impuesto que le hubiera correspondido abonar por cada período fiscal a los sujetos del impuesto que en definitiva incorporen los bienes a su patrimonio o, en su caso, a aquellos que sean titulares del capital de las empresas que efectúen esa incorporación.

Entonces, según surge del decreto, el fiduciario, en su carácter de administrador de patrimonio ajeno, se encuentra obligado a ingresar el impuesto sin que le sea posible considerar el monto mínimo exento; y si los bienes en cuestión son entregados por fiduciantes que a su vez sean sujetos pasivos del gravamen, los mismos, lógicamente, no han de ser considerados para la determinación de la base imponible del tributo que ellos efectúen.

No obstante, el fideicomiso ordinario ha sido en parte soslayado de este impuesto, y la jurisprudencia administrativa señala que ha sido ladeado de su ámbito: la A.F.I.P., por medio de sus dictámenes, ha dilucidado que lo establecido por el decreto 780/95 ha quedado tácitamente derogado la reforma legal posterior que introduce la ley 25.063, la cual incorpora a los fideicomisos comunes como sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta.

En efecto, en 1998, entran en vigor las modificaciones introducidas por la ley 25.063 de reforma tributaria. En lo atinente al impuesto sobre los bienes personales, desde la implementación de la citada reforma fiscal, corresponde a los fideicomisos constituidos en el país conforme a la ley 24.441, excepto los financieros, la calidad de sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por el cual tributarán en función de sus activos al cierre del ejercicio; por lo tanto no resulta aplicable, desde la fecha indicada, el artículo 13 del decreto 780/95, por el cual el fondo debía tributar en virtud del gravamen sobre los bienes personales, aplicándose la tasa respectiva a la misma base imponible prevista para el impuesto creado a partir de la promulgación de la aludida ley 25.063. Entonces, a partir de la mentada modificación, resulta de aplicación para

dichos fondos sólo el impuesto a la ganancia mínima presunta, librándoseles del pago relativo al tributo sobre los bienes personales¹²⁰.

VI.3. El fideicomiso ordinario frente a impuestos provinciales.

En el orden provincial o jurisdiccional, la figura puede ser ligada al impuesto de sellos y al tributo sobre los ingresos brutos. Al revestir carácter local, dichos gravámenes son tratados en forma particular por los códigos fiscales y leyes complementarias vigentes en cada provincia. En el caso de Córdoba, el impuesto de sellos recibe tratamiento en el Código Tributario Provincial -ley 6006 (T.O. por Decreto 270/2004)-, el cual necesariamente debe ser complementado con la Ley Impositiva Anual, que cada año fija las condiciones y términos para que los gravámenes legislados puedan tornarse efectivos. El impuesto sobre los ingresos brutos corre igual suerte.

VI.3.a. Impuesto de Sellos.

El impuesto de sellos grava todos los actos, contratos u operaciones de carácter oneroso instrumentados -y por el solo hecho de su instrumentación-, que se realicen en el territorio de la provincia, o fuera de la misma, cuando deban cumplir efectos en ella. Son contribuyentes del mismo, quienes realicen dichos actos, contratos u operaciones, y la base imponible es el valor nominal expresado en los instrumentos gravados.

¹²⁰ Según interpreta jurisprudencia administrativa, cfr. Dictamen 59/1999 (DAT) de la A.F.I.P.. En igual sentido se pronuncia el mismo organismo fiscal, en un dictamen posterior, en el que establece que como los activos que integran un patrimonio fiduciario se encuentran alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta, la figura del fideicomiso, ante el impuesto sobre los bienes personales, no resulta sujeto pasivo del tributo (DAT 17/2004).

Al ser un tributo de carácter jurisdiccional, su regulación variará de acuerdo a lo que dispongan los códigos fiscales de cada provincia. En Córdoba, el impuesto se encuentra reglado en la ley 6.006, t.o. por decreto 270/04 -Código Tributario de la Provincia, que dedica todo el Título IV al impuesto de sellos.

Es de destacar que dentro de las exenciones objetivas enumeradas por el Código, se exime del impuesto a los contratos de fideicomiso constituidos de acuerdo a las disposiciones establecidas por la ley nacional 24.441, en relación exclusivamente a la transmisión de los bienes y/o deudas fideicomitidas (art. 221, inc. 47), ley 6.006)¹²¹.

En este orden de ideas, se ha dicho que una de las condiciones establecidas por la normativa vigente, para que proceda la gravabilidad de un determinado acto o contrato en el impuesto de sellos, es su onerosidad - la otra es su instrumentación-; “por ello, de tratarse de una transmisión del dominio fiduciario que no es realizada a título oneroso sino a título de confianza o fiducia, no corresponde su gravabilidad, por ausencia de aquella condición, concluyéndose que un contrato de transmisión de dominio fiduciario no debe estar gravado por el impuesto de sellos, en la medida que instrumenta una transferencia a título no oneroso. Será la remuneración del fiduciario, en caso de existir, la que deberá analizarse a los fines de considerar oneroso el contrato de fideicomiso a los efectos del referido tributo”¹²². Caben las mismas consideraciones para el caso de la transmisión de los bienes al fiduciario sustituto, en caso de que proceda, y para la transferencia final de los bienes fideicomitidos al fideicomisario, ya que esta no se efectúa a título oneroso sino en cumplimiento del contrato. Distinto sería el supuesto si, para que operase el mentado traspaso, el fideicomisario debiera efectuar alguna contraprestación.

¹²¹ El mismo Código también enumera exenciones objetivas del impuesto de sellos en su artículo 221, incisos 43) y 44), pero en lo relativo al fideicomiso financiero.

¹²² KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado...*; Lexis N° 6000/005366.

VI.3.b. Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Este tributo se erige como el principal impuesto provincial, y grava el ejercicio habitual de cualquier actividad a título oneroso -lucrativa o no-, cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste y el lugar donde se realice, siempre que se ejercite en jurisdicción de la provincia.

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

Para ser alcanzado por el impuesto, entonces, el fideicomiso deberá ejercer, en forma habitual y a título oneroso, en la jurisdicción de la provincia, cualquiera de las actividades enumeradas en el artículo 146¹²³ del Código Tributario.

Por su parte, dentro de las exenciones objetivas al pago del impuesto, la ley menciona a los ingresos atribuibles a fiduciarios cuando posean la calidad de beneficiarios de fideicomisos constituidos de acuerdo

¹²³ El cual especifica el hecho imponible del tributo de la siguiente manera: “El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la provincia de Córdoba, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso -lucrativa o no- cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las sociedades cooperativas, y el lugar donde se realice, zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado, estará alcanzado con impuesto sobre los ingresos brutos en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes y en la Ley Impositiva Anual. La habitualidad deberá determinarse teniendo en cuenta especialmente la índole de las actividades, el objeto de la empresa, profesión, o locación y los usos y costumbres de la vida económica. Se entenderá como ejercicio habitual de la actividad gravada el desarrollo, en el ejercicio fiscal, de hechos, actos u operaciones de la naturaleza de las gravadas por el impuesto, con prescindencia de su cantidad o monto, cuando los mismos sean efectuados por quienes hagan profesión de tales actividades. La habitualidad no se pierde por el hecho de que, después de adquirida, las actividades se ejerzan en forma periódica o discontinua.” (art. 146, ley 6.006).

con las disposiciones de la ley nacional 24.441, en relación, exclusivamente, a los derivados de los mencionados fideicomisos (art. 179, inc. 25), ley 6.006).

CAPÍTULO VII

-CONTRATO DE FIDEICOMISO-

CAPÍTULO VII: Contrato de fideicomiso.

VII.1. Concepto y caracteres.

Según surge de la ley 24.441, un negocio fiduciario puede proyectarse en un contrato o en un testamento. La legislación se ocupó, especialmente, de reglar la primera de dichas fuentes. En su 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 o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”. En esos términos, entonces, queda esbozada la definición legal de contrato de fideicomiso.

Como bien puede inferirse, con la entrada en vigencia de la ley, el contrato de fideicomiso pasó a ser *nominado* y *típico*, al haberse sancionado un régimen legal para tutelarlos.

Asimismo, estamos en presencia de un contrato *consensual* en los términos del artículo 1140 del Código Civil, lo cual significa que queda concluido, para producir sus efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento. No estamos ante un contrato real, más allá de que la norma diga que “habrá fideicomiso cuando una persona *transmita* la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra”, porque la tradición de la cosa es una obligación más que surge del contrato, y por tanto puede cumplirse con posterioridad. En efecto, el artículo 4 inciso a) de la ley dispone que en caso de no resultar posible la individualización de los bienes a la fecha de la celebración del fideicomiso, bastará la descripción de los requisitos y características que los mismos deberán reunir, a los fines de su futura individualización, lo cual

nos permite ratificar dicha conclusión¹²⁴. En todo caso, el contrato de fideicomiso se erigirá en la causa de la transmisión del dominio de la cosa o la propiedad de los bienes, pero en ningún caso quedará concluido con dicha transferencia.

Es, también, un contrato *bilateral*. Ello en virtud de que las partes - fiduciario y fiduciante, como se verá al tratar el elemento subjetivo- se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138, Cód. Civ.). El fiduciante se obliga a transmitir el bien, y el fiduciario, a ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio de quien se designe en el contrato - beneficiario-, y a transmitir los bienes, al cumplimiento del plazo o condición estipulados, a su destinatario final -fideicomisario- (art. 1, ley 24.441). Estos últimos sujetos no son parte del contrato, aunque sí intervienen en el negocio, como se verá más adelante. Ergo, la aceptación que puedan efectuar de los beneficios estipulados a su favor no son necesarios para la conformación del contrato¹²⁵. En este orden de ideas, el contrato de fideicomiso es un contrato *a favor de terceros*, situación que no variará más allá de quien pueda ocupar los roles de beneficiario y fideicomisario (arg. art. 2, ley 24.441).

El contrato se presume *oneroso* según surge del artículo 8 de la ley 24.441, pues en principio, y salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho a una retribución y, si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez, teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir. Onerosidad que es presupuesta teniendo en cuenta la relación fiduciante-fiduciario, que es en definitiva la que interesa en lo que respecta a la caracterización del contrato de fideicomiso, pues dichos sujetos se instituyen como sus partes.

¹²⁴ Cfr. MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 83.

¹²⁵ Acerca de la imposibilidad de constitución unilateral de fideicomiso, véase Silvio V. LISOPRAWSKI, "La invalidez del fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en fideicomiso", LL 1998-D-1364. Sobre la caracterización del contrato como plurilateral, véase Gabriela A. ITURBIDE; "El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios"; JA 1998-III-814.

Por lo tanto, la misma se presume más allá de las consideraciones que puedan atisbarse en torno a la relación fiduciante-beneficiario y en cuanto a la transferencia de la propiedad¹²⁶.

Y, finalmente, puede afirmarse que el contrato de fideicomiso es *intuitio personæ*; ya que el fiduciante tiene especialmente en cuenta la confianza que le merece el fiduciario a la hora de elegirlo como su co-contratante. A este tenor, debe recordarse que el vocablo fideicomiso puede ser ligado al término latino *fiducia*, que traducido al idioma castellano significa “confianza”. El fideicomiso es, por tanto, una comisión, un encargo de fe o de confianza en la que la figura del fiduciario no es indiferente.

VII.2. Elemento subjetivo.

En torno al elemento subjetivo, debe aclararse que una cosa es hablar de los sujetos intervinientes en el negocio, y otra diferente es referir a las partes, en rigor técnico, del contrato de fideicomiso.

En especial referencia a los sujetos intervinientes, puede afirmarse que ellos son los que ocupan los roles de fiduciario, fiduciante, beneficiario y fideicomisario. Así, el *fiduciante, constituyente o fideicomitente*, es el propietario del bien que se compromete a transmitir en fideicomiso, instituyendo al fiduciario acerca del encargo que debe cumplir; el *fiduciario* es aquel sujeto a quien el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria, y que asume la obligación de darle el destino previsto en el contrato; el *beneficiario* es aquel en cuyo beneficio se constituye el fideicomiso; el *fideicomisario* es el destinatario final de los bienes una vez operada la extinción del negocio.

Pero de los anteriores, sólo los dos primeros son *parte* del contrato en sentido estricto. En efecto, es la conjunción de las voluntades del

¹²⁶ Al respecto, véase MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 88.

fiduciante y del fiduciario la que determina el nacimiento del convenio, siendo el beneficiario y el fideicomisario sólo terceros en cuyo favor se estipula un beneficio, por lo que su aceptación no es necesaria para el nacimiento del contrato, sino que puede diferirse.

MOLINA SANDOVAL¹²⁷ alecciona muy bien esta cuestión al afirmar que “la idea de ‘parte’ descansa en el consentimiento sobre una declaración de voluntad común. Por esta razón, una parte, en sentido estricto, puede estar compuesta por una o más personas (físicas o jurídicas). En esta línea, sólo son partes en el fideicomiso el fiduciante y el fiduciario. Sólo ellos se ‘obligan’ en el contrato de fideicomiso. Los demás sujetos involucrados (beneficiario y fideicomisario) son considerados terceros, sobre los que el contrato de fideicomiso producirá efectos según los artículos 504, Código Civil, y 2, ley 24.441”.

En este orden de ideas, y en procura de acortar la confusión que puede ceñirse sobre la abarcatividad del elemento subjetivo, existen autores que alertan sobre la importancia de no confundir las diferentes posiciones, ora negociales, ora contractuales, con los sujetos que efectivamente las ocupan en el caso concreto¹²⁸, ya que, como se verá, un mismo sujeto puede ocupar más de una posición. Entonces, podría imputarse al contrato de fideicomiso cuatro posiciones o roles negociales, dos de los cuales se erigirían, a su vez, como partes en sentido estricto.

VII.2.a. El fiduciante.

La ley no reglamenta en forma específica lo relativo a este sujeto. Sólo lo menciona y le atribuye ciertos derechos en normas aisladas. El artículo 1 dispone que el fiduciante es la persona que se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados para constituir el

¹²⁷ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 50.

¹²⁸ Cfr. BONO; *op. cit.*; 14.

fideicomiso; el artículo 2 lo coloca en el último eslabón de la cadena de sustituciones que establece para ocupar el rol de beneficiario; el artículo 9, inciso a) regla su legitimación para solicitar la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones; el artículo 16 plantea la posibilidad de que se obligue a aportar recursos propios para el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados para responder por las obligaciones generadas en la ejecución del fideicomiso; el artículo 17 establece que se puede pactar la necesidad de su consentimiento a los fines de que el fiduciario proceda a disponer o gravar los bienes; el artículo 18 lo legitima a ejercer acciones en defensa de los bienes fideicomitados en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente; y el artículo 25, inciso b), le permite reservarse la facultad de revocar el fideicomiso. Tales son las únicas estipulaciones de la ley en lo que respecta a este sujeto, por lo que, como dice ORELLE¹²⁹, sólo tendrá los derechos que se le confieran en el contrato.

Entonces, en primer lugar cabe caracterizarlo como una de las partes, en sentido técnico, del contrato de fideicomiso, que se obliga a transmitir la propiedad de los bienes al fiduciario y que le habrá de encomendar a éste último el encargo que debe cumplir, instituyéndolo acerca del destino que debe darle a dichos bienes.

Puede revestir el rol de fiduciario toda persona, física o jurídica, con capacidad para contratar y disponer de sus bienes, ya que resulta menester que entregue la propiedad de los mismos en fideicomiso. Tal es la capacidad genérica exigida, resultando aplicables las normas generales del Código Civil en dicha materia. En especial referencia a la capacidad específica de que ha de gozar el fiduciante, ella se relaciona en forma directa con el negocio subyacente, por lo que habrá que indagar el

¹²⁹ José María ORELLE; su exposición en el Colegio de Escribanos; septiembre de 1993; cit. por MARTORELL; *op. cit.*; 1091.

esquema de incapacidades establecido para la relación jurídica a la que responde el fideicomiso¹³⁰.

En lo que respecta a los derechos y obligaciones del sujeto bajo análisis, ya se ha dicho que la regulación de la ley es muy escasa, por lo que habrá de estarse, principalmente, al convenio de partes.

En cuanto a las obligaciones¹³¹, la principal estriba en la efectiva transmisión de los bienes objeto del contrato al fiduciario, ya que, según fue explicado, el contrato de fideicomiso reviste naturaleza consensual, y queda perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades de las partes. La transferencia de los bienes es, en este esquema, una prestación a cargo del fiduciante, cuyo cumplimiento puede serle exigido, como cualquier otra obligación. Debe, asimismo, y según principios generales en materia de contratos, preservar y conservar la cosa hasta el momento de su efectiva transferencia y, en su caso, responder de saneamiento por evicción o vicios ocultos; tratándose de créditos, por existencia y legitimidad de los mismos. También, deberá prever los recursos para el caso de insuficiencia de los bienes fideicomitados (art. 16, ley 24.441) y deberá otorgar su consentimiento para disponer de ellos o gravarlos (art. 17, ley 24.441), si a ello se hubiere obligado contractualmente. A más de dichas prestaciones a su cargo, el fiduciante podrá ser investido de otras obligaciones en las cláusulas del contrato.

En lo que hace a sus derechos el fiduciante puede solicitar rendiciones de cuentas al fiduciario (art. 7, ley 24.441); instar la remoción judicial del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones (art. 9, inc. a), ley 24.441); ejercer acciones en defensa de los bienes fideicomitados en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente

¹³⁰ “Así, si el fideicomiso se constituyó con motivo de una compraventa, deberán regir las incapacidades previstas para este contrato (...). Así, resultaría ilógico que se instrumente una compraventa entre esposos mediante un fideicomiso a los efectos de burlar la incapacidad de derecho establecida por el artículo 1358 del Código Civil, o incluso para evitar otras incapacidades jurídicas” (MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 53).

¹³¹ Cfr. esquema de obligaciones planteado por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 54

(art. 18, ley 24.441); revocar el fideicomiso, si se hubiere reservado expresamente dicha facultad (art. 25, inc. b), ley 24.441); y todo otro derecho que se hubiere pactado convencionalmente (art. 1197, Cód. Civ.).

VII.2.b. El fiduciario.

El fiduciario es el sujeto a quien el fiduciante se obliga a transmitir la propiedad fiduciaria de determinados bienes, y que deberá ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato, dándole el destino en él previsto, hasta el cumplimiento del plazo o advenimiento de la condición, luego de lo cual deberá transmitirlos a quien sea designado como destinatario final. Al igual que el fiduciante, es también parte del contrato.

Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica (art. 5, ley 24.441). Se le exige capacidad para contratar -al ser parte en el sentido técnico apuntado-, para administrar y disponer (arg. arts. 1, 6 y 17, ley 24.441). Son aplicables las consideraciones vertidas en torno a la capacidad genérica del fiduciante. En cuanto a la capacidad específica, ésta dependerá de las previsiones contractuales que las partes hayan convenido.

A este tenor, no debe olvidarse que el fideicomiso es un negocio de confianza, por lo que el contrato en cuestión goza del carácter *intuitu personæ*: el sujeto que ocupa la posición de fiduciario no es elegido al azar, sino en especial consideración a sus cualidades personales y profesionales.

Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir (art. 5, ley 24.441). La doctrina interpreta que, en el ámbito del contrato de fideicomiso ordinario, a la expresión “ofrecerse al público debe atribuírsele el significado que contiene el artículo 16 de la ley 17.811,

adaptado al ofrecimiento de servicios fiduciarios, de cualquier especie, en vez de títulos valores, como reza el referido artículo¹³².

Al respecto del fiduciario, la ley brinda una regulación mucho más extensa que la dispuesta para los demás sujetos, dedicando todo un capítulo a tratar temas diversos que se relacionan con él. No obstante, como se verá, existen directivas diseminadas a lo largo de todo el articulado de la ley.

En relación a las obligaciones del fiduciario, en primer término, habrá de estarse a las fijadas en el contrato (art. 1197, Cód. Civ.). Por su parte, de la ley, surgen las siguientes: ejercer su cometido en beneficio de quien se designe en el contrato (art. 1); rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año (art. 7); transmitir los bienes al fiduciario sustituto en caso de que opere su cesación (art. 10); inscribir los bienes fideicomitidos en los registros pertinentes (arts. 11, 12 y 13); exigir la provisión de fondos al fiduciante y al beneficiario, ante la insuficiencia de los bienes para hacer frente a las obligaciones generadas con motivo del fideicomiso, si ello estuviere estipulado contractualmente (art. 16); disponer y gravar los bienes, cuando así lo requieran los fines del fideicomiso (art. 17); ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos (art. 18); producida la extinción del fideicomiso, debe entregar los bienes al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan (art. 25); todo ello, observando un standard de conducta que se adecue a la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (art. 6).

¹³² Artículo 16, ley 17.811: “Se considera oferta pública la invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores efectuado por los emisores o por organismos impersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, trasmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocaciones de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión” (MARTORELL; *op. cit.*; 1093).

A propósito de los derechos que le asisten, también surgirán del contrato. No obstante, la ley menciona, salvo estipulación en contrario, que el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución y que, si ésta no hubiere 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. 8).

Por otro lado, la ley dispone que el fiduciario no podrá ser dispensado de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, ni de la culpa o dolo en que pudieran incurrir él o sus dependientes (art. 7), lo cual asentúa el perfil profesional que se espera de este sujeto, cuya conducta debe amoldarse a la de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

En otro orden de ideas, el artículo 9 de la ley enumera ciertas causales de cesación del fiduciario: 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 fuere una persona física; c) por disolución si fuera una persona jurídica¹³³; d) por quiebra o liquidación¹³⁴; 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. A su vez, el artículo 10 establece que “producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al

¹³³ Es importante, en este punto, recordar que la disolución no conlleva siempre a la liquidación de la sociedad: tal es el caso de la fusión, en la que las sociedades se disuelven si liquidarse, por lo que hay autores que no creen que esta causal opere de modo automático, sino que los sujetos involucrados habrán de decidir la suerte del negocio (Cfr. ORELLE; *op. cit.*; 104, 105).

¹³⁴ “En este caso, es razonable la cesación de la sociedad en su actividad fiduciaria, pues ya desaparece, y a los efectos liquidatorios no operan sus autoridades normales, sino que opera el síndico de la quiebra (Cfr. ARMELLA - ORELLE - CAUSSE; *op. cit.*; 109).

procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no lo aceptare, el juez¹³⁵ designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transferidos al nuevo fiduciario”.

VII.2.c. El beneficiario.

El beneficiario es aquel sujeto negocial en cuyo interés se constituye el fideicomiso, pues resulta destinatario del producido que genera la administración de los bienes fideicomitidos (art. 1, ley 24.441). No es parte del contrato, ya que su aceptación no es necesaria para determinar el nacimiento del mismo: por el contrario, puede diferirse. En efecto, el beneficiario es -valga la repetición- , un tercero a favor del cual se estipula un beneficio, pero la relación que se establece entre él y el fiduciante es tan importante, que en ella se encuentran las bases fundamentales del negocio del cual el fideicomiso es el instrumento que permite desarrollarlo¹³⁶.

El artículo 2 de la ley es clave en lo que a este sujeto respecta, ya que establece los lineamientos primordiales de su intervención en el negocio. Desglosando su contenido, en primer término establece que el contrato deberá individualizar al beneficiario. Sin embargo, y a fuerza de continuar leyendo el artículo, se podrá advertir que el mismo establece un sistema de sustituciones para el caso de no aceptación, renuncia o falta de existencia del sujeto en cuestión, que asegura en cualquier caso la existencia de beneficiarios, lo cual permite arribar a la conclusión de que la “exigida” individualización, puede, en realidad, obviarse.

¹³⁵ El tribunal competente para efectuar dicha designación, es el que posee competencia material en lo civil y comercial. Al no constituir, el fideicomiso, una nueva persona jurídica, no tiene razón de ser la intervención del juez con competencia especializada en sociedades y concursos, pese a que el fiduciario sea asimilable a un administrador societario, ya que el fideicomiso no es más que un contrato del cual se deriva la formación de un patrimonio de afectación.

¹³⁶ ORELLE; *op. cit.*; 109.

Podrá ser beneficiario 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.

La normativa establece la posibilidad de designación de pluralidad de beneficiarios, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual. Para el caso de que se hayan designado varios beneficiarios, y no todos acepten, MOLINA SANDOVAL¹³⁷ interpreta que el porcentual correspondiente al o a los beneficiarios originales no aceptantes, debe distribuirse por partes iguales entre los restantes, mientras que ORELLE¹³⁸ considera que el eventual acrecimiento de los derechos de los demás beneficiarios, depende de la relación interna del negocio, por lo que dicha posibilidad deberá ponderarse analizando cada caso en particular.

Podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte, reza el artículo. La doctrina interpreta esta norma diferenciando, por una lado, los supuestos de no aceptación y renuncia, y por el otro, el de muerte. En el caso de ocurrir alguno de los supuestos del primer grupo, es perfectamente dable la inclusión de beneficiarios sustitutos a los fines de adjudicación del beneficio. Pero, para el caso de muerte, y si el beneficiario ya hubiera aceptado el beneficio, se cree que éste habría ingresado al patrimonio del aceptante el derecho y se transmitiría a sus herederos -tal como dispone la última parte del artículo-, por lo que no cabría la posibilidad de designarle sustitutos, ya ello implicaría una sustitución fideicomisaria, prohibida por nuestro derecho (arts. 3723, 3724, 3725, 3730, 3731 y 3732, Cód. Civ.). Entonces, ante el supuesto de fallecimiento del beneficiario, sólo podrá ingresar el sustituto cuando el beneficio no hubiera sido aceptado, o se hubiese renunciado a él¹³⁹.

¹³⁷ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 61.

¹³⁸ ORELLE ; *op. cit.*; 121.

¹³⁹ *Idem*; 119.

A continuación, el artículo 2 establece un sistema de sustituciones que asegura en cualquier caso la existencia de beneficiarios: si ningún beneficiario -ni el designado originariamente, ni los sustitutos- aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir -nótese que esta norma no refiere al caso de muerte-, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el beneficiario llegare a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

Entonces, la secuencia instaurada para ocupar la posición de beneficiario, en caso de que por una razón u otra éste no asumiera su rol, es: en primer término, el beneficiario sustituto, en su defecto, el fideicomisario y, en última instancia, el fiduciante.

Finalmente, se dispone que el derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante. Esta posibilidad puede concretarse, siempre y cuando el beneficiario hubiese aceptado la estipulación en su favor; sin embargo, puede naturalmente inferirse que el acto de disposición por el beneficiario de su derecho, importa una aceptación tácita¹⁴⁰.

VII.2.d. El fideicomisario.

Este sujeto es el destinatario final de los bienes, a quien deben ser entregados una vez cumplido el plazo o advenida la condición a que está sometido el dominio fiduciario. Al igual que sucede con el beneficiario, no es parte en el contrato, sino un tercero en cuyo favor se estipula un beneficio, por lo que caben las consideraciones vertidas al respecto sobre este punto.

El artículo 1 de la ley establece que el fiduciario, una vez ocurrida la modalidad resolutoria, debe entregar los bienes *al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*. Con tal redacción, puede generarse cierta

¹⁴⁰ Idem; 123.

confusión entre la posición de fideicomisario y la posibilidad de que sujetos que a su vez detentan otros roles, puedan ocuparla. En efecto, el fideicomisario es el destinatario final de los bienes a la conclusión del fideicomiso, independientemente de quién sea el sujeto que, en la práctica, ocupe su posición. Por ello, más allá de que en una determinada hipótesis un mismo sujeto actúe como fiduciante, o como beneficiario, y además sea quien deba recibir la propiedad de los bienes una vez cumplido el plazo o la condición, en este último supuesto los estará recibiendo a título de fideicomisario. Lo que la norma quiso estipular es que, a la finalización del fideicomiso, el fiduciario debe transmitir los bienes al fideicomisario, que puede ser cualquier sujeto, incluso quien detenta la posición de fiduciante o de beneficiario en el negocio.

Por otro lado, se plantea el dilema de quién habrá de recibir la titularidad de los bienes en caso de que, a la finalización del fideicomiso, no hubiera fideicomisario. En caso de que éste último sujeto hubiese aceptado el beneficio estipulado en su favor, y la mentada ausencia se deba a su muerte, la solución es clara y surge del artículo 26 de la ley: el fiduciario deberá entregar los bienes fideicomitados a los sucesores del fideicomisario. Por lo que el verdadero problema radica en la ausencia de destinatario final por no haber éste aceptado, porque hubo renunciado o porque nunca llegó a existir: ¿quién será entonces, fideicomisario?

Bien observa BONO¹⁴¹ que en relación al beneficiario, el artículo 2 de la ley, además de la existencia de sucesores, previó un sistema de sustitutos. Lo propio hizo el artículo 10 respecto del fiduciario para el supuesto de cesación. Por el contrario, el artículo 26 sólo menciona al “fideicomisario y sus sucesores”, sin establecer sustituciones supletorias.

Para tales hipótesis, se interpreta que, atento a que al fiduciario le está vedado adquirir para sí la propiedad de los bienes fideicomitados (art. 7, ley 24.441; arg. arts. 1, ley 24.441 y 2662, Cód. Civ.), la cuestión radica

¹⁴¹ BONO, *op. cit.*; 25.

en determinar si, quien debe ocupar el rol de fideicomisario, es el fiduciante o el beneficiario. Parte de la doctrina, afirmadamente dilucida que, a falta de acuerdo de partes, deberá ser el beneficiario -teniendo en cuenta el sistema de sustituciones, que hará que en la práctica el fiduciante pueda integrar dicha posición- quien se erija en destinatario final de los bienes, pues en definitiva es el sujeto a favor del cual se constituye el negocio¹⁴². En efecto, en la práctica, la más de las veces el mismo sujeto ocupa los roles de beneficiario y fideicomisario, y para el supuesto de que ambas posiciones sean detentadas por sujetos distintos, se prevé que el beneficiario será el fideicomisario residual, por lo que no existe motivo para descartar la hipótesis inversa.

VII.2.e. Superposición de roles.

El tema de la superposición de roles trata acerca de la posibilidad de que un mismo sujeto ocupe más de una posición negocial. A este tenor, conviene recordar que en el contrato que nos ocupa, existen cuatro posiciones o roles: fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, y cada una de ellas está integrada por uno o más sujetos que la ocupan, aunque no siempre en forma exclusiva.

Con respecto a la posibilidad de superposición en lo que hace a los roles de beneficiario y fideicomisario, el tema fue tratado al referir a los respectivos sujetos, a donde se remite. De lo establecido en relación a ellos, puede inferirse, a su vez, qué roles es dable que ocupe el sujeto que inviste la posición de fiduciante. Sólo cabe reparar que, según ya se vio, fiduciante, beneficiario y fideicomisario pueden ser un mismo sujeto; entonces, se podrá constituir un fideicomiso con la presencia de tan sólo dos individuos -uno que integre la posición fiduciaria, y el otro que ocupe las tres restantes- que, en virtud del sistema de superposiciones,

¹⁴² Cfr. MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 68. En contra: BONO considera que en tal caso la propiedad se consolida en cabeza del fiduciario (BONO, *op. cit*; 25 y ss).

completarán todos los roles en el negocio; hipótesis que, por su parte, no es para nada remota.

Resta analizar lo que sucede con el fiduciario. A propósito de la posibilidad de que las posiciones de fiduciante y fiduciario sean ocupadas por la misma persona, se impone la respuesta negativa. Ello porque el contrato de fideicomiso, como contrato que es, requiere para su nacimiento de la voluntad concurrente de dos partes, integradas por personas distintas. En efecto, la norma en el artículo 1 de la ley 24.441 dispone que habrá fideicomiso cuando *una* persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a *otra* (fiduciario), giro legal que impide que un mismo sujeto convierta su derecho de dominio pleno en imperfecto: queda por tanto proscripta la posibilidad de constituir un fideicomiso en forma unilateral¹⁴³, y con ello la contingencia de que un mismo sujeto ocupe los roles de fiduciante y de fiduciario en un mismo negocio.

Sin embargo, resta considerar la posibilidad de que los roles de fiduciario y de fiduciante sean encabezados por personas jurídicas diferentes, pero ambas conformadas por las mismas personas físicas; o por una persona jurídica en una de las posiciones, y una -o más- persona física socia de ella, en la otra. Ya hemos advertido sobre la imposibilidad de coincidencia en un *mismo* sujeto de las posiciones de fiduciario y de fiduciante, pues ello implicaría un fideicomiso por acto unilateral, que no tiene cabida en nuestro sistema. A este tenor, debe recordarse que el artículo 1137 del Código Civil requiere, para la configuración de un contrato, la presencia de dos o más personas, entendidas éstas como “partes” o “polos de interés”. Este mismo sentido es factible atribuir al artículo 1 de la ley 24.441. Es dable recalcar que en el léxico de las normas, el término “persona” es abarcativo tanto de personas físicas como

¹⁴³ Acerca de la imposibilidad de constitución unilateral de fideicomiso, véase y Silvio V. LISOPRAWSKI, “La invalidez del fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en fideicomiso”, LL 1998-D-1364.

jurídicas. Y, en efecto, cada persona jurídica, al constituirse, y más allá de los individuos físicos que la conformen, se erige en un nuevo sujeto de derecho, con un objeto que le es propio y con la búsqueda de fines particulares, por lo que constituye un centro de interés único, una nueva entidad con personería capaz de actuar en el mundo jurídico y negocial.

Por lo tanto, se cree que es posible la constitución de un fideicomiso por dos personas jurídicas, una en la calidad de fiduciario, y la otra como fiduciante, a pesar de que los mismos sujetos físicos integren uno y otro ente, ya que cada uno de estos últimos es un sujeto de derecho, diferente del otro, *otra* persona en términos del artículo 1137 del Código Civil y del artículo 1 de la ley 24.441.

Por lo que las posiciones de fiduciante y de fiduciario, en el supuesto bajo consideración, no se estarían aunando en una *misma* persona - supuesto insusceptible de tener lugar en nuestro sistema legal-, sino que concurren dos partes, cada una de ellas configurada por personas - *jurídicas*- distintas, sin que interese por quiénes están conformadas.

Las mismas consideraciones caben en torno al supuesto de un fideicomiso constituido con una persona jurídica en una de las posiciones, y una -o más- persona física socia de ella, en la otra.

Sobre la viabilidad de que el fiduciario se constituya en fideicomisario, ya vimos como dicha posibilidad debe ser relegada, atento a lo que surge de los artículos 1 y 7 de la ley 24.441 y del artículo 2662 del Código Civil.

Al respecto, existen autores que¹⁴⁴ traen a colación supuestos de “fundamental trascendencia práctica” en los que el fiduciario obtiene beneficios en la distribución final de bienes, actuando, en el carril negocial, como fideicomisario: es el caso de los fideicomisos inmobiliarios. En efecto, en múltiples supuestos, se transfiere un terreno y una cantidad

¹⁴⁴ BONO, *op. cit.*; 22 y 23.

determinada de fondos a un sujeto, para que éste, actuando como fiduciario, se encargue de la construcción de un edificio y de su posterior afectación al régimen de propiedad horizontal, para luego adjudicar los módulos terminados a quien corresponda, debiendo reservarse un determinado número de unidades a modo de contraprestación. En sentido favorable a esta situación se argumenta¹⁴⁵ que “atendiendo al fin principal de la norma (art. 7, ley 24.441), esto es, evitar que el fiduciario favorezca sus intereses personales en perjuicio del *pactum fiduciæ*, no parece subsistir la incompatibilidad y el peligro cuando ya ha cesado la actuación del fiduciario al frente del patrimonio de afectación por conclusión del fideicomiso”. Por tanto, este sector de la doctrina interpreta que la prohibición que recae sobre el fiduciario, de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, sólo opera durante la vida del fideicomiso, por lo que, una vez acaecida su conclusión, el fiduciario si será pasible de adquirir la propiedad de los bienes residuales, pudiendo, entonces, operar la superposición de los roles fiduciario - fideicomisario en cabeza de un mismo sujeto.

Sin embargo, no se cree que la conveniencia o la difusión práctica de una determinada situación, sea suficiente para que la misma se entienda consentida por disposiciones legales que a todas luces la vedan. En efecto, el artículo 7 de la ley 24.441 es terminante al establecer la prohibición que pesa sobre el fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitidos, sin siquiera permitir una dispensa convencional en sentido opuesto. La norma tampoco estableció una línea demarcatoria entre la vida del fideicomiso y su conclusión a la hora de establecer la prohibición, por lo que no se cree que el operador deba distinguir aquello que el legislador no diferenció. Incluso, el artículo 1 de la ley especial, contiene una norma de derecho que veda interpretar la referida superposición, ya que dispone que los bienes residuales habrán de ser transmitidos, al cumplimiento del plazo o la

¹⁴⁵ *Ibidem*.

condición, al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. Es decir -y como ya fue explicado-, el rol de fiduciario puede ser integrado por quien es a su vez fiduciante, beneficiario, o incluso por un tercero que actuará tan sólo como fideicomisario, pero la ley no enumera entre las posibilidades al fiduciario, por lo que no puede interpretarse que esa haya sido la voluntad del legislador¹⁴⁶. La norma tampoco efectúa una distinción cuantitativa, por lo que las consideraciones vertidas valen incluso en el supuesto en que el fiduciario deba adquirir no todos, sino ciertos y determinados bienes, por coexistir otros fideicomisarios. Además, según señala acertadamente la doctrina, “el fiduciario sólo es propietario fiduciario y está destinado a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso (art. 2662, Cód. Civ.). Esta forma de dominio debe integrarse con toda la teoría del dominio imperfecto. Justamente con el fideicomiso lo que se procura es otorgar un dominio no pleno, pues de otro modo así se hubiera otorgado”¹⁴⁷.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los motivos antes esgrimidos, puede llegarse a la conclusión de que si bien en el terreno de la práctica es usual que quien se instituya como fiduciario en un determinado negocio, pueda recibir como contraprestación ciertos y determinados bienes residuales - como tal frecuentemente ocurre en los fideicomisos inmobiliarios, en que el fiduciario es pagado con uno o más módulos terminados-, esa situación no es conteste al sistema legal establecido para el fideicomiso, sino que por el contrario, lo infringe. Y, tal como ya se afirmó, la sola utilidad o conveniencia que deporta una determinada situación no la torna admisible si de *lege data* está prohibida. No obstante, mientras ningún sujeto interesado haga oír la voz de su reclamo, la adjudicación seguirá su curso. Nos encontramos ante una situación que deberá ser abrigada en una futura reforma o reglamentación del régimen del fideicomiso.

¹⁴⁶ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 67.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Al respecto de la superposición fiduciario-beneficiario, ¿es factible que se confundan en un mismo sujeto ambos roles? Se cree que ello es posible, y para nada remoto en la práctica ya que la ley, en términos generales, admite las superposiciones, y deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para la designación del beneficiario. Además, si bien la normativa específica no prevé esta posibilidad en forma concreta, tampoco la veda, por lo que el operador jurídico no debería proscribir lo que la ley no confina¹⁴⁸.

VII.3. Elemento objetivo.

El elemento objetivo es esencial a cualquier contrato, pues resulta inconcebible la configuración un negocio sin la existencia de un objeto sobre el cual éste haya de recaer. Sin embargo, a decir de MOLINA SANDOVAL, “en materia fiduciaria, el objeto tiene, a diferencia de los contratos de cambio, naturaleza especial (funcional). Se trata de un objeto de ejercicio continuado derivado de las características particulares del negocio fiduciario. En esencia, consiste en la transmisión fiduciaria de un determinado bien para su ejercicio por el fiduciario en beneficio de otro sujeto (beneficiario)”¹⁴⁹.

Asimismo, debe recordarse que el contrato de fideicomiso es de carácter consensual, razón por la cual no es menester la tradición de la cosa sobre la cual recae para que el mismo quede concluido, sino que dicha

¹⁴⁸ Un ejemplo paradigmático de ello es lo que ocurre, precisamente, en los fideicomisos de garantía y pago, en los cuales las posiciones contractuales son ocupadas por quienes resultan deudor y acreedor del un negocio subyacente. En el marco de su operatoria, un deudor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación que pesa sobre él, transfiere a su acreedor la propiedad fiduciaria de un bien, para que éste, ocupando a su vez el rol de beneficiario, vaya satisfaciendo su acreencia con los frutos generados durante la vida del fideicomiso. Ello constituye un claro ejemplo de cómo un mismo sujeto -el acreedor- puede desempeñar a la vez los roles de fiduciario y de beneficiario. Y, dicho esquema de superposiciones es pasible de ser traspolado a otra clase de supuestos negociales.

¹⁴⁹ MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 71.

entrega se erige en una prestación a cargo del fiduciante, a ser cumplida como cualquier otra obligación.

Habiendo efectuado estas aclaraciones, continuaremos diciendo que el contrato de fideicomiso puede tener por objeto toda clase de bienes y derechos, muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, a excepción de aquellos que fuesen de carácter personal del fiduciante¹⁵⁰. Son aplicables las reglas y principios generales del Código Civil en materia de contratos, y por tanto tiene cabida el artículo 953, que establece que “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la validez de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Por su parte, la ley 24.441 establece, en su artículo 1, que los bienes objeto del contrato deben ser determinados. Esta disposición se complementa con lo dispuesto por el artículo 4, inciso a) de dicho cuerpo normativo, cuando establece que el contrato deberá contener la individualización de los bienes que integren su objeto y que, en caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes. De ello puede colegirse que pueden también ser objeto del contrato de fideicomiso bienes indeterminados, pero determinables, caso en el cual será menester hacer constar los datos necesarios para que opere su futura individualización.

Al respecto de dicha determinación, para que la misma sea completa, debe abarcar no sólo la individualización del bien en sí, sino

¹⁵⁰ Al respecto, caben todas las consideraciones vertidas en torno a la propiedad y al dominio fiduciario.

también su situación jurídica, alcanzando su titularidad, gravámenes, desmembramientos, ocupaciones y todo otro dato vinculado¹⁵¹.

Desde otra perspectiva, puede ser objeto del fideicomiso tanto un bien actual como uno futuro. Ello se debe a que el patrimonio fiduciario es dinámico y versátil, y por ello puede variar en su contenido, aumentar y disminuir. En esta inteligencia, el artículo 4 inciso b) de la ley establece que el contrato deberá contener la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, disposición que a su vez se complementa con lo dispuesto por el artículo 13, en el sentido de que el fiduciario podrá adquirir la propiedad de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos que, por subrogación real, pasarán a integrar el patrimonio fiduciario.

VII.4. Forma.

La forma también se erige en un elemento esencial, pues todo contrato precisa de una exteriorización de las manifestaciones de voluntad en él insertas.

Al respecto del fideicomiso, la ley no prevé expresamente lo relativo a la forma del contrato; sólo trata el tema, efectuando una remisión, para el caso del fideicomiso testamentario. Las únicas disposiciones referidas a la forma son las contenidas en los artículos 12 y 13, que si bien no apuntan al contrato de fideicomiso específicamente, refieren a los bienes que constituyen su objeto, por lo que le son aplicables. Así, el artículo 12 dispone que 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 y, el artículo 13,

¹⁵¹ Cfr. Elena I. HIGHTON - Jorge MOSSET ITURRASPE - Martín E. PAOLANTONIO - Julio C. RIVERA; *Reformas al derecho privado. Ley 24.441*; Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 1995; 26 y LORENZETTI; *op. cit*; 314; ambos cit. por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 74.

complementa la norma anterior al establecer que cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre el fiduciario.

Sin embargo, y si bien explícitamente la ley nada especifica en relación a la forma que debe tomar el contrato de fideicomiso, sus normas brindan ciertas directivas que permiten inferir, en forma implícita, la necesidad de que el mismo conste por escrito¹⁵². Así, el artículo 2 establece que el contrato deberá individualizar al beneficiario y el artículo 4 enumera otros elementos que en él han de figurar, entonces, para quede constancia del cumplimiento de dichos requisitos, la forma escrita se atisba como la única posible.

En cuanto a las demás solemnidades, y sobre todo teniendo en cuenta lo establecido por los ya citados artículos 12 y 13 de la ley, habrá de respetarse la forma requerida para la transmisión de los bienes objeto del contrato. Así, si se pretende transferir bienes que por su naturaleza requieran escritura pública, tal deberá ser la forma utilizada para plasmar el contrato; si se trata de muebles registrables, deberá procederse a su inscripción. Para aquellos bienes respecto de los cuales no se exijan solemnidades especiales en lo que hace a su transferencia, regirá el principio de libertad de formas. MARTORELL propone para estos casos, y también para aquellos en que por la naturaleza de los bienes no deba formalizarse el contrato mediante instrumento público, su confección por escrito, con firmas certificadas por escribano público; “de esa forma el régimen, si bien suficientemente liberal al no exigir acto público, permitiría la certeza de la autenticidad de la firma de los otorgantes y la fecha cierta del acto a los efectos de su oponibilidad frente a terceros¹⁵³.”

¹⁵² Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/001915; MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso....*; 81; MARTORELL; *op. cit*; 1090.

¹⁵³ MARTORELL; *op. cit*; 1090. En igual línea argumental se sitúan KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/001915.

Cabe mencionar que la ley no impone la inscripción del contrato de fideicomiso, pero existen autores que la estiman ventajosa a los fines de dotar de mayor seguridad al tráfico comercial, especialmente para una mejor oposición de los bienes no registrables y para que exista constancia de quien ocupa el rol de fiduciario, imprescindible para corroborar la legitimación procesal. Actualmente, existe un proyecto para la creación de un Registro Público de Fideicomisos Ordinarios para la provincia de Córdoba, donde sería factible asentar *documentos* relativos a actos fiduciarios en general¹⁵⁴.

VII.5. Causa.

La causa, entendida como razón determinante del negocio, es uno de los elementos estructurales del contrato, por ende, no se puede prescindir de su existencia. Desde esta óptica, se ha dicho que la causa es el “móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio”¹⁵⁵. Entendida en el sentido apuntado, bien puede entenderse que la causa no es única, sino que la misma variará de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso y los fines que las partes persigan en cada supuesto exclusivo. Así, puede constituirse un fideicomiso a fines de administración, de garantía, de construcción, de inversión, y con todos aquellos móviles que inspiren a los sujetos negociales, ya que la versatilidad del fideicomiso le permite amoldar su estructura a las situaciones más diversas.

VII.6. Contenido.

¹⁵⁴ Véase Francisco JUNYENT BAS -MOLINA SANDOVAL; “Bases para una reforma del régimen de fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”; *LL*; ejemplar del 25 de Abril de 2007; 1-5. y Francisco JUNYENT BAS - Carlos MOLINA SANDOVAL; “Las ventajas de la inscripción voluntaria de los fideicomisos”; *FACTOR* 142 (2007) 8-12).

¹⁵⁵ XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, Comisión N° 3; cit. por MOLINA SANDOVAL; *El Fideicomiso...*; 77, a quien se seguirá en todo este apartado.

El tema referido a las estipulaciones que debe contener el contrato de fideicomiso, encuentra su base normativa en el artículo 4 de la ley, el cual enumera ciertas cláusulas que considera “esenciales”. Pero la cuestión no encuentra sustento sólo en dicho artículo, sino que otras normas también brindan directrices referidas a las disposiciones que el contrato precisa incorporar. Tal es el caso de los artículos 2, 6, 7, 8, 9, 10 y 17 de dicha ley.

En esta inteligencia, el contrato de fideicomiso debe contener disposiciones referidas a los sujetos que intervienen en el negocio, a los bienes objeto del mismo y a la extinción del fideicomiso, con especial referencia a modalidad a que se encuentra sujeto el dominio fiduciario.

Con relación a los sujetos, y aunque la ley no lo diga expresamente, el convenio debe individualizar en forma precisa al fiduciante y al fiduciario, pues ellos son, en rigor técnico, las partes del contrato, por lo que bajo ninguna circunstancia podría obviarse su concreta determinación.

Es asimismo conveniente que se fijen en forma determinada, clara y precisa los derechos y obligaciones del fiduciario (art. 4, inc. e); arg. arts. 6, 7, 8, 9, 17 y 25 inc. c), ley 24.441). En este sentido, podrán enumerarse en forma detallada las prestaciones a su cargo; podrá establecerse la forma y periodicidad con que el fiduciario deberá rendir cuentas; aclararse si tiene o no derecho al reembolso a los gastos y a la percepción de una retribución, determinándose asimismo su monto, a los fines de evitar una futura fijación judicial; especificarse en qué casos podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados, y si para ello es necesario contar con el consentimiento del fiduciante o el beneficiario; si le es dable otorgar mandato; si se le autoriza cesar en sus funciones mediante renuncia y las condiciones que debe reunir la misma para tener efecto; y cualquier otra estipulación que las partes consideren conveniente a los fines de contribuir a la merma de futuros problemas interpretativos referidos a las facultades y prerrogativas del fiduciario.

Por otra parte, es aconsejable que el contrato individualice a un sustituto para el caso de cesación del fiduciario o, en su defecto, algún procedimiento para su determinación, procurando con ello evitar una designación de oficio por el juez (arg. art. 10, ley 24.441).

En otro orden de ideas, y también en lo relativo a los sujetos involucrados en el negocio, el artículo 2 de la ley establece que “el contrato deberá individualizar al beneficiario”. Sin embargo, se considera que dicha enunciación no es esencial, atento al sistema de sustituciones previsto a continuación, en el mismo artículo. Entonces, y si el contrato no designa a ningún sujeto como beneficiario, se entenderá que dicho rol es ocupado por el sujeto que se erige como fideicomisario y, subsidiariamente, por el fiduciante.

Ahora bien, en lo que respecta a los bienes objeto del contrato, el artículo 4 es lo suficientemente elocuente al disponer que el convenio deberá contener la individualización de los bienes que integran su objeto, o la determinación de los requisitos y características que los mismos deberán reunir para el caso de no resultar procedente la mentada individualización (inc. a); la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso (inc. b) y el destino de los mismos a la finalización del negocio (inc. d).

Con respecto a la extinción del fideicomiso, es dable que en el contrato se aclare si el fiduciante se ha reservado la facultad de revocación, y cualquier otra causal que las partes acuerden convenir a los fines de la extinción del fideicomiso (art. 25, incs. b) y c).

Finalmente, y en lo relativo a la modalidad, reza el artículo 4, inciso c), en concordancia con el artículo 25, inciso a) que el contrato deberá contener “el plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o

el cese de su incapacidad”. La mención de la modalidad constituye un requisito esencial, sin el cual no podría calificarse al contrato de fideicomiso aunque las partes así lo hubieran estipulado. La cuestión de la indeterminación del plazo y la condición a que se sujeta el fideicomiso no es menor, porque la *ratio legis* es la de establecer un límite a la inmovilización o perpetuación de los bienes en cabeza del fiduciario. Es un dato esencial, porque incide gravemente en el desahogo del negocio y puntualmente respecto de los derechos y obligaciones de las partes¹⁵⁶.

VII.7. Extinción.

Al respecto, el artículo 25 de la ley dispone: “el fideicomiso se extinguirá por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) la revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) cualquier otra causal prevista en el contrato. Complementando, el artículo 26 establece que producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan. Todos estos temas, fueron tratados al referir a la extinción del dominio fiduciario, por lo que allí se remite.

¹⁵⁶ KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/001915.

CAPÍTULO VIII

-FIDEICOMISO INMOBILIARIO-

CAPÍTULO VIII: Fideicomiso inmobiliario.

Bien es sabido que, en nuestro país, la situación de emergencia se ha tornado en moneda corriente, y la escasez de residencias, a lo largo de la historia argentina, no vino a erigirse en uno de los supuestos exceptuados de esta tendencia. En efecto, hace algunos años CORREA LARGUÍA refirió a esta situación afirmando que “hablar de la carencia de viviendas que padece nuestro país es referirse a uno de los más agudos problemas que de antigua data inciden negativamente en el contexto social, al punto de asumir los caracteres de un mal crónico que persiste sin advertir hasta ahora una salida satisfactoria”¹⁵⁷.

Esta aguda crisis tornó imperiosa la toma de medidas específicas, tendientes a que el sistema de política inmobiliaria no hiciese oídos sordos a una suplicante realidad: en 1994 el legislador, con intención de poner coto, o al menos morigerar las circunstancias apuntadas, le dedicó por primera vez, al financiamiento de la vivienda y la construcción, un capítulo aparte en la legislación argentina. Y así es que, en el marco de una ley sancionada con el fin de dotar de adecuadas herramientas a la política inmobiliaria y habitacional, se define y regula el fideicomiso en su faz contractual.

A la fecha, habiendo ya transcurrido trece años desde su génesis legislativa, la utilización del instituto creció vertiginosamente y su aplicación práctica ha encontrado cabida en sectores tan diversos como pueda imaginar la mente del hombre, abriéndose paso múltiples posibilidades jurídico negociales, inimaginables otrora, en tiempos en que sólo existían las disposiciones del Código Civil.

¹⁵⁷ Luis CORREA LARGUÍA; “El Fideicomiso Inmobiliario”; *Revista del Notariado* 760 (1978) 1213.

Gracias a su gran versatilidad, que le permite adaptarse a las situaciones más diversas, el fideicomiso ha encontrado en Argentina un vasto campo de aplicación, cuya mayor providencia es su utilización como vehículo para canalizar emprendimientos ligados a la construcción inmobiliaria.

Su auge en este sector del mercado tuvo cabida durante la recesión económica de la que fue víctima nuestro país a finales del año 2001, que le abrió las puertas de acceso -por puro azar o, si se prefiere, una feliz coincidencia- al mercado inmobiliario, cuando los fondos obrantes en depósitos bancarios comenzaron a ser traspolados al sector de los bienes raíces.

Como consecuencia de este fenómeno, la balanza de las inversiones tuvo una fuerte inclinación hacia el mercado inmobiliario, por lo que el sector empresario se especializó en la construcción de torres, lotes de oficinas, locales comerciales, barrios cerrados, etc., hallando en la figura del fideicomiso una cobertura legal adecuada para canalizar sus estrategias de negocios, y las estructuras que permitiesen implementarlas.

Al amparo de esta coyuntura, dentro de las múltiples finalidades que originaron la constitución de fideicomisos, ganó espacio significativo la utilización de la figura para encauzar emprendimientos ligados a la construcción inmobiliaria.

Por lo que, en el carril de la práctica, la figura hizo mérito al rótulo de la ley que por primera vez la define y regula.

VIII.1. Esquema de funcionamiento.

Al ser la figura bajo análisis una herramienta tan dúctil y flexible, que puede adaptarse a la medida de casi cualquier proyecto inmobiliario, la misma es capaz de brindar una cobertura legal adecuada tanto por medio de su modalidad financiera como de su faz no financiera, cuya

elección obedecerá, claro está, a los designios apuntados para cada negocio en particular.

Por su parte, y en lo que hace a la faz no financiera del fideicomiso, resulta útil, a esta altura, recordar la clasificación esbozada por la doctrina mexicana, que agrupa al instituto en cuatro especies generales, a saber: fideicomisos de inversión, fideicomisos de garantía, de administración y mixtos¹⁵⁸, pues a través de todos ellos pueden canalizarse negocios inmobiliarios, extremo que corrobora, una vez más, la apuntada versatilidad de la figura.

El fideicomiso inmobiliario en torno al cual se pretende efectuar un análisis reflexivo es el que se amolda, en la praxis negocial, a los cánones del fideicomiso de administración.

Al respecto, y como puede inferirse de la clasificación antes diseñada, el fideicomiso intitulado “inmobiliario” no constituye una modalidad legal en sentido técnico, pero por su auge en la praxis negocial, esta adaptación que la realidad ha hecho de la figura se ha estandarizado a tal punto que tiene caracteres propios, susceptibles de ser desglosados.

En los fideicomisos de administración, se transfiere la propiedad de ciertos bienes a un fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente, destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato¹⁵⁹.

A su amparo, puede constituirse un fideicomiso inmobiliario con miras a la adjudicación del dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios, una vez finalizada la construcción de la obra y afectado el

¹⁵⁸ Al respecto, véase José Fernando MÁRQUEZ; “¿Para qué sirve el fideicomiso?” *Anuario de Derecho Civil* 5 (2000) 155-164; 158 y ss.; y KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/001915.

¹⁵⁹ Cfr. KIPER - LISOPRAWSKI; *Tratado....*; Lexis N° 6000/001915.

inmueble al régimen de propiedad horizontal. Es lo que llamaremos *fideicomiso de construcción al costo*.

También puede erigirse con miras a la construcción de una obra y obtención de lucro en cabeza del mismo fideicomiso mediante la comercialización de los módulos resultantes, para finalmente distribuir las utilidades a quienes resulten fideicomisarios o beneficiarios residuales, utilidades que resultan de la diferencia entre el costo de la construcción y el flujo de fondos proveniente de la venta de las unidades terminadas, todo ello dentro del marco del contrato de fideicomiso. En este supuesto, estaremos ante un *fideicomiso de construcción y comercialización*.

VIII.1.a. El fiduciante.

Dentro de este marco negocial, la parte fiduciante suele integrarse con más de un sujeto, estando a su cargo la realización de los aportes necesarios para llevar adelante el desarrollo del emprendimiento.

En este esquema, podrá ocupar el rol de fiduciante aquel sujeto que aporte el terreno, el financiamiento inicial, el proyecto constructivo, los planos, el esqueleto de un edificio iniciado, o cualquier otro bien que sea útil y necesario.

Es dable recordar que el contrato de fideicomiso no reviste naturaleza real, razón por la cual no es menester la efectiva transferencia de los bienes para que el mismo quede constituido, sino que basta con que el fiduciante se comprometa en tal sentido. Así, para el caso de que este sujeto deba transferir un terreno¹⁶⁰, o el proyecto constructivo, puede

¹⁶⁰ Al respecto de la forma de participación del dueño del terreno en un emprendimiento inmobiliario de construcción, es de vital importancia diferenciar entre la alternativa de participación mediante la venta del lote al fiduciario, una vez constituido el fideicomiso entre éste y fiduciantes inversores de capital, que le mandan a adquirir una fracción de tierra a los fines de realizar el emprendimiento -caso en el cual no participa como parte en el negocio, sino que eventualmente devendrá en acreedor del fideicomiso por el precio del terreno -; del supuesto en el que efectivamente participa constituyéndose en parte

hacerlo al momento de confección del contrato, o en un período posterior que se pacte. Inclusive, es posible, y para nada remoto en la práctica, que se comprometa a efectuar aportes dinerarios a modo de financiación de la obra, en forma corriente, de acuerdo al avance de la misma.

Por lo general, fiduciantes los hay de dos clases: inmobiliarios, que son quienes aportan el terreno, e inversores, que participan con capital dinerario, pudiendo intervenir varios sujetos en cada uno de dichos extremos. Sin embargo, ello no quita que el terreno pueda ser adquirido por el fiduciario como parte de la gestión encomendada, ni que pueda existir financiamiento total o parcialmente externo, por ejemplo, a través de la asistencia crediticia bancaria o del flujo de fondos resultante de la comercialización de las unidades.

Asimismo, y como se verá, es una característica del fideicomiso constituido con fines de construcción inmobiliaria, la superposición de roles: los mismos sujetos revestirán, las más de las veces, el triple carácter de fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios.

Por otro lado, los fiduciantes son quienes otorgan instrucciones al fiduciario sobre el destino que desean dar a los bienes transmitidos. Dentro del esquema en análisis, el encargo efectuado al fiduciario, podrá consistir en la realización de una obra (fideicomiso de construcción al costo) y, adicionalmente, en la comercialización de la misma (fideicomiso de construcción y venta).

VIII.1.b. El fiduciario.

fiduciante, mediante el ingreso de su lote como aporte al negocio (cfr. Pedro URRETS ZAVALÍA; “Consortio fiduciario para la construcción al costo. Tratamiento impositivo”; *Doctrina Tributaria ERREPAR (D.T.E.)* XXVIII (2006) 1151 y ss.; en <http://www.urretsriburu.com.ar/once.pdf> [disponible el día 27-IV-2007]).

Se constituye en fiduciario aquel sujeto que recibe -o ha de recibir- la propiedad fiduciaria de los bienes y un encargo concreto a cumplir en relación a los mismos.

Por lo general, en esta clase de negocios, el fiduciario tendrá el encargo de construir un edificio y someterlo al régimen de propiedad horizontal.

El rol de fiduciario puede o no ser ocupado por la empresa constructora, y las prestaciones específicas que asuma podrán variar de acuerdo a la índole de las tareas que deba cumplir en cada supuesto, pudiendo alternarse, entre las siguientes: *a)* adquirir dominio del terreno, en caso de que éste no sea aportado por los fiduciantes; *b)* programar la edificación mediante planos y especificaciones técnicas, estableciendo las características arquitectónicas de la construcción, así como las diferentes etapas de avance de la obra; *c)* administrar la obra desde la iniciación, durante su prosecución y hasta la definitiva conclusión de la misma; *d)* contratar mano de obra constructora; *e)* adquirir materiales e insumos y contratar los servicios que sean necesarios; *f)* llevar a cabo la dirección y representación técnica de la obra; *g)* llevar adelante la gestión de administración e inversión de los fondos ingresados al patrimonio fiduciario, realizando al efecto las diferentes recaudaciones, apertura de cuentas bancarias que fueran necesarias, reclamos, gestiones judiciales o extrajudiciales de cualquier tipo, pagos debidos (tributos, gastos de construcción, pago de honorarios, sueldos, seguros, etc.), reservas de fondos y toda otra gestión que fuere necesaria; *h)* una vez concluida la edificación, gestionar y obtener la documentación que certifique la finalización de la obra, habilitación de servicios, y todo otro documento o autorización que fuere necesario; *i)* obtener el pertinente instrumento notarial de afectación al Régimen de Propiedad horizontal, dictando a su vez el correspondiente Reglamento de Copropiedad y Administración respecto del nuevo Consorcio de Propietarios; *j)* comercializar la o las

unidades a construir, ya sea en forma personal o a través de inmobiliarias que se contraten al efecto, fijando, en su caso, las condiciones y términos de venta; *k*) transferir el dominio pleno de las distintas unidades a los compradores y fideicomisarios; *l*) distribuir el remanente dinerario en la proporción que corresponda.

VIII.1.c. El beneficiario y el fideicomisario.

Como ya fue expuesto, los roles de beneficiario y de fideicomisario no se corresponden en sentido técnico: *beneficiario* es aquel en cuyo beneficio se constituye el fideicomiso, resultando destinatario del producido que genera la administración de los bienes; mientras que *fideicomisario* es el destinatario final de los bienes una vez operada la extinción del negocio. La diferencia entre ambos es meramente temporal, pues los dos son terceros en cuyo favor realiza la concertación negocial, pero mientras el primero recibe beneficios durante la vida del fideicomiso, el segundo es el destinatario de la propiedad residual.

Por lo general, los fideicomisos inmobiliarios se conciertan en aras de la sola distribución final, y la propiedad residual suele consistir en unidades que se adjudicarán a cada fiduciante en proporción de sus respectivos aportes o en la participación en las utilidades resultantes de su venta.

En caso de un fideicomiso de construcción al costo, operará la superposición de los roles fiduciante - fideicomisario mediante el respectivo aporte que realiza un sujeto ocupando el primer rol y la correspondiente adjudicación de unidades terminadas. En el supuesto de un fideicomiso de construcción y venta, podrá asimismo concurrir la mentada superposición, pero también podrían devenir fideicomisarios terceros compradores de unidades.

El derecho del fideicomisario es pasible de ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte (arg. arts. 15 y 26, ley 24.441), por lo que mediante la compra de las referidas unidades implicará, en el marco del negocio, una cesión onerosa del derecho a devenir en adjudicatario de los módulos terminados.

Asimismo, puede que no esté prevista la asignación de unidades, sino que el rol de fideicomisario advenga mediante la participación en las utilidades resultantes de la venta de las mismas, caso en el cual el producido de la comercialización, luego de cancelada toda la asistencia crediticia y los demás gastos y obligaciones del fideicomiso, será distribuido.

La situación será diferente si los fiduciantes-beneficiarios han de recibir como beneficio residual unidades terminadas -en cuyo caso su venta implica una cesión de una posición con los derechos que la misma involucra-, o si van a recibir una suma final luego de cubrir los costos de construcción y de haberse comercializado las unidades -caso en que el flujo de fondos que ingresa se considera fruto del fideicomiso, pasando a integrar el patrimonio fideicomitado-.

En todos los supuestos de negocios concertados con miras tan sólo a una distribución final, la posición de beneficiario podría diluirse.

Pero nada obsta a que se estipule la distribución de beneficios durante la vida del contrato, mientras se está desarrollando el negocio, como ocurriría, por ejemplo, si se pactase que los sujetos que ocupan la posición de fiduciantes, por haber comprometido su aporte, y de fideicomisarios, por ser destinatarios finales de los bienes - o, dado el caso, los cesionarios de éstos -, recibiesen un valor locativo determinado en forma mensual hasta la entrega de las unidades que les correspondan. En tal caso, la superposición sería triple, y estarían ocupando, a su vez, el rol de beneficiarios.

VIII.2. Contrato de fideicomiso inmobiliario.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1184 del Código Civil, el contrato de fideicomiso inmobiliario debe formalizarse mediante escritura pública, y ser posteriormente inscripto en el Registro de Propiedad Inmueble para su oponibilidad a terceros¹⁶¹.

Asimismo, el contrato, a más de los requisitos que debe contener por expresa directiva legal, debe hacer mención a una serie de cuestiones, cuya delimitación precisa evitará futuros problemas interpretativos¹⁶²:

En primer lugar, debe estar especificado el objeto del fideicomiso y las facultades y deberes del fiduciario, a los fines de que éste asuma su gestión en función de los mismos, evitándose, en la medida de lo posible, un eventual abuso que pueda acarrear perjuicios a los beneficiarios y fideicomisarios (art. 4, inc. e) y arg. art. 17, ley 24.441),

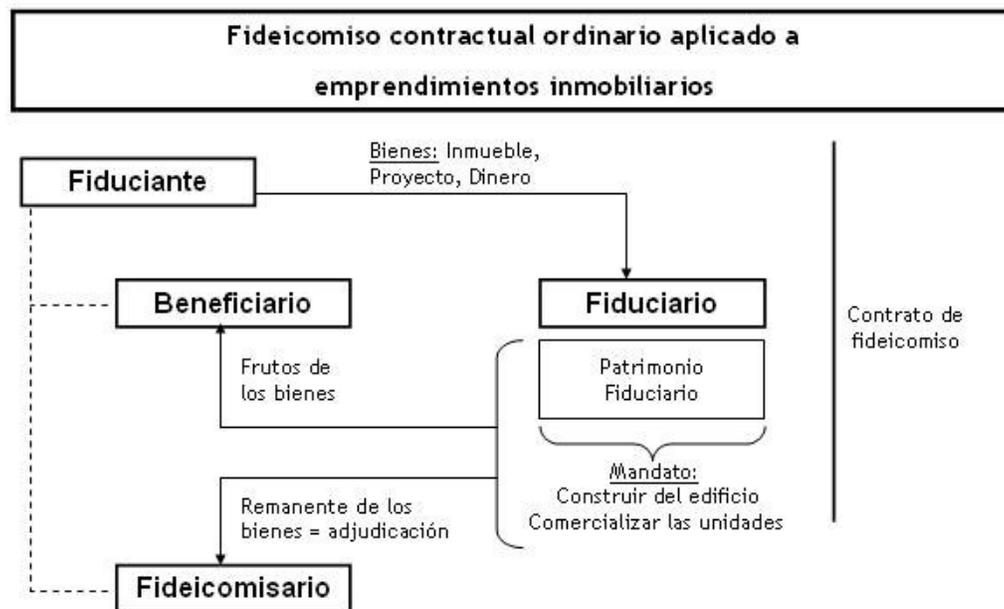
En este orden de ideas, es de cardinal importancia la incorporación del plan de obra como anexo del contrato, con una detallada enunciación de las especificaciones técnicas del proyecto, ya que ello denotará en forma clara el encargo que debe cumplir el fiduciario.

También, es conveniente pactar mecanismos extrajudiciales de sustitución y remoción del fiduciario, ya que la falta de previsión de estos puntos acarrea el riesgo de que se abra el mecanismo judicial previsto por la ley, con la consiguiente designación de entidades financieras o sociedades fiduciarias previstas para fideicomisos financieros, cuya actividad específica es ajena al negocio inmobiliario propiamente dicho (art. 4, inc. e); arg. art. 10, ley 24.441).

¹⁶¹ En relación a este tema, caben todas las consideraciones vertidas en el capítulo IV, referido a los aspectos registrales que plantea el fideicomiso en materia inmobiliaria, por lo que allí se remite.

¹⁶² Cfr. Pedro URRETS ZAVALÍA; “La problemática contractual del fideicomiso inmobiliario”; *Factor 72* (2005); en <http://www.urretsriburu.com.ar/cinco.pdf> [disponible el día 27-IV-2007]); a quien se seguirá a lo largo de todo este apartado.

En definitiva, resulta trascendental efectuar una enunciación completa y pormenorizada de todas las aristas que hacen a la vida del fideicomiso y a la participación de los sujetos que en él intervienen, para no dejar lugar a previsiones supletorias de la ley -en el mejor de los caso-, o al llamado a la justicia -con el desgaste negocial que ello implica-, para que intervenga en cuestiones que podrían haber sido enmendadas si las contingencias del negocio hubiesen sido oportunamente previstas.



VIII.3. Notas caracterizantes.

Entonces, de todo lo apuntado, pueden extraerse en forma sintética las siguientes notas caracterizantes del fideicomiso inmobiliario:

- Los mismos pueden desglosarse en dos grandes grupos: fideicomisos de construcción al costo, y fideicomisos de construcción y comercialización.
- El rol de fiduciante es ocupado, a la vez, por más de un sujeto, y generalmente puede ensayarse una diferenciación entre aquellos que

aportan el terreno (fiduciantes inmobiliarios) y aquellos que aportan capital (fiduciantes inversores).

— La asistencia financiera para realizar el negocio suele ser parcialmente interna (con el aporte de los fiduciantes inversores) y parcialmente externa (mediante el flujo de fondos resultante de la comercialización de las unidades).

— El fiduciario tiene, las más de las veces, el encargo de construir un edificio y someterlo al régimen de propiedad horizontal, pudiendo estar también a su cargo la comercialización de los módulos resultantes.

— Cada sujeto aportante de la tierra o del capital reviste a la vez el triple carácter de fiduciante, beneficiario y fideicomisario.

— El beneficio residual puede consistir en: *a)* unidades terminadas, que corresponden a cada fiduciante - fideicomisario en proporción a sus respectivos aportes; *b)* la participación en las utilidades resultantes de las ventas de dichas unidades.

— La propiedad de los módulos terminados puede ser adjudicada a terceros compradores, que vienen a ingresar al negocio por medio de la figura de la cesión onerosa de derechos.

— La posición de beneficiario puede diluirse.

VIII.4. Ventajas del fideicomiso en el marco de los emprendimientos inmobiliarios.

La puesta en práctica del fideicomiso en el mercado de la construcción viene a atiborrar un vacío en la plaza inmobiliaria argentina: en los últimos años ha tenido alto grado de aceptación el uso de la figura para dar impulso a la planificación y puesta en marcha de cuantiosos negocios ligados al rubro, no sólo por su gran versatilidad que lo hace dúctil

a toda clase de proyectos, sino también por la cadena de ventajas que implica canalizar emprendimientos constructores mediante su manejo.

1. El triunfo del fideicomiso en el mercado está determinado, primordialmente, por la separación de los bienes utilizados para poner en marcha el negocio, dispuesta por la ley, que permite aislar bienes, flujos de fondos o derechos en un patrimonio independiente. En efecto, la clave del sistema patrimonial viene dada por el aislamiento de los bienes fideicomitados de los que fueran propiedad del fiduciante y del fiduciario, escudándolos frente a los avatares comerciales y personales que amenazan a éstos últimos.

Así, artículo 15 de la ley 24.441 establece que “los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”.

De modo que los bienes transferidos para llevar adelante el fideicomiso se encuentran aislados de cualquier acción ajena a la praxis del negocio, lo cual constituye la mejor ventaja y garantía para inversores (fiduciantes-fideicomisarios) y futuros adquirentes de las unidades (cesionarios de éstos últimos), al desaparecer el riesgo que acarrea el proceso falimentario del fiduciario o del fiduciante que, por este sistema, no implica la quiebra del fideicomiso. En este orden de ideas, los bienes fideicomitados son asimismo inembargables, y menos aún ejecutables por acciones individuales de los acreedores de estos últimos sujetos.

Por su parte, esta impermeabilización patrimonial lleva a una disminución de riesgos ligados a la situación patrimonial de los sujetos intervinientes en el negocio, disminuyendo, correlativamente, el costo de financiamiento.

2. Por lo que, a la ventaja que de por sí implica la separación patrimonial, viene a agregarse el hecho de que encauzar emprendimientos constructores a través del fideicomiso permite conseguir financiamiento a un costo menor que el que implica acudir a las fuentes de fondo tradicionales. Porque a más de la asistencia propia, realizada los fiduciantes financieros, en cuanto al financiamiento externo, el menor riesgo en los términos antes apuntados conlleva a un menor endeudamiento en la asistencia crediticia, posibilitándose también el sufragio negocial mediante el flujo de fondos proveniente de la comercialización de las unidades.

Y en la otra cara de la moneda, como vehículo de inversión, ofrece beneficios más atractivos en comparación con otros canales, tales como plazos fijos o bonos.

3. En otro orden de ideas, la separación patrimonial, con todas las ventajas que ella acarrea, puede lograrse mediante un simple contrato, pudiendo evitarse la constitución de una sociedad -que al erigirse en una nueva persona es susceptible de adquirir un patrimonio propio para la consecución de sus fines, diferenciado y separado del de los sujetos que la integran- para la consecución de un solo objetivo, y las molestias que ello implica.

A diferencia de una sociedad, que constituye una nueva entidad con personería, del contrato de fideicomiso sólo surge un nuevo patrimonio, y el negocio puede amoldarse a la consecución de un objetivo sin tener que observar mayores requisitos: no debe presentarse para su inscripción en el Registro Público de Comercio; no es menester la designación de administradores; ni se torna necesaria la existencia de un órgano de fiscalización; no deben inscribirse actas sociales; no necesita llevar libros, estados contables ni balances, por lo que su administración es mucho más sencilla; no requiere una apertura de cuenta corriente con varias firmas autorizadas; no deben efectuarse aportes; una vez cumplido el objetivo, no

hay que disolver y liquidar la sociedad, con designación del liquidador, confección de balances, consulta a los socios, publicación de edictos, cancelación de la inscripción, etc., etc., etc.

Además, el hecho de encauzar el emprendimiento por medio de un fideicomiso inmobiliario presenta más ventajas fiscales que si se constituyera una sociedad, ya que aquél no paga el impuesto a las ganancias que pagan las sociedades, cuya alícuota es del 35%, sino que una vez entregados los bienes a los beneficiarios y fideicomisarios, cada cual paga el impuesto según su posición personal, cuya escala es por lo general muy inferior que la correspondiente a las sociedades.

Entonces, el fideicomiso brinda las mismas ventajas que una sociedad en cuanto a la separación patrimonial, y la necesaria transparencia a través de la rendición de cuentas a que está obligado el fiduciario, pero sin que sea necesario incurrir en los arduos trámites que implica el forjamiento de una nueva persona jurídica, y otorgando mayores ventajas impositivas.

4. Por otro lado, al ser un contrato, gobernado por el artículo 1197 del Código Civil, los sujetos cuentan con amplias libertades para convenir sus prestaciones, sin más limitaciones que las que surgen de la ley 24.441 y del ordenamiento privado general. Por lo que, en el plano negocial, podrá haber margen para el manejo discrecional en la entrada y salida de los sujetos involucrados, en especial referencia a la posición de fideicomisario que puede ser transferida mediante una cesión onerosa de derechos.

Igualmente, permite asegurar el fin de los fondos ya que el encargo debe estar especificado en el contrato, no pudiéndose cambiar el destino de los bienes afectados al fideicomiso. De ahí la importancia de incluir el proyecto de obra como anexo.

5. Amén de todo ello, el instituto del fideicomiso goza de ventajas impositivas determinadas por ley, tal como se detallará más adelante.

Todo lo cual hace del fideicomiso un instrumento que ha permitido llevar adelante múltiples emprendimientos inmobiliarios.

VIII.5. Especial referencia a la faz impositiva.

Quizás la cuestión más vigorosamente evaluada a la hora de considerar la alternativa del fideicomiso como vehículo para encauzar un emprendimiento inmobiliario, sea la relativa a las ventajas financieras y económicas que el instituto deporta, y ligado a ello, sus prerrogativas desde el punto de vista impositivo.

En efecto, puede afirmarse que el éxito y la popularidad que ganó el instituto en el mercado de la construcción se debe, en gran medida, a la batiente de dictámenes favorables -desde el punto de vista tributario- emanados de la A.F.I.P. durante los diez primeros años de vigencia de la ley 24.441 que, desde 1995 al 2005, se enroló en una posición providencial a la estructuración de fideicomisos, determinando, ante casos dudosos, la no gravabilidad o acordando hacerlo en la forma más benévola posible.

A partir del año 2005, el Organismo Recaudador comenzó a revertir su enfoque inicial, dando espacio, mediante una serie de dictámenes, a una tendencia pro Fisco.

Ello ha dado lugar a duras conjeturas por parte de la doctrina especializada, y hay quienes consideran que se estila el requiem del fideicomiso para la construcción, en tanto estos criterios sigan proyectándose en los dictámenes de las Asesorías del Organismo Fiscal.

En efecto, en una primera etapa, la A.F.I.P. se pronunció en pro de una neutralidad tributaria del fideicomiso, al considerarlo un instrumento para la canalización de otros negocios que le son subyacentes, en concordancia con los principios basales y naturaleza intrínseca del

instituto. Hoy, apelando a criterios de realidad económica, y mediante una errónea interpretación que efectúa del artículo 2 de la ley 11.683, la A.F.I.P. ha optado por calificar a la figura en función de las relaciones económicas que efectivamente se realicen por vía del negocio subyacente, sin tener en cuenta que es de la esencia de la figura el brindar un marco dúctil y versátil que permita la operacionalización de negocios harto variados, cuyas características económicas y jurídicas en nada vienen a alterar los basamentos privativos de la figura.

Para arribar a una idea más acabada de la cuestión, se analizará cada impuesto en forma separada.

VIII.5.a. Impuesto a las Ganancias.

En lo relativo a este impuesto, habrá de analizarse, por un lado, la forma de tributar, y por el otro, los supuestos en que efectivamente se verifica el hecho imponible que determina la obligación de ingresar el impuesto.

En lo referente a la *forma de tributar*, ya se dijo que al respecto del impuesto a las ganancias pueden distinguirse dos supuestos: los fideicomisos en que el fiduciante posee la calidad de beneficiario -excepto los fideicomisos financieros y los casos de fiduciante-beneficiarios del exterior- y los fideicomisos en que el fiduciante no posee dicha calidad.

Los fideicomisos inmobiliarios bajo análisis pertenecen, en primera instancia, al grupo de los fiduciantes-beneficiarios -salvo si estuvieren radicados en el exterior-, teniendo en cuenta que el fideicomisario es un beneficiario residual, y que los fiduciantes asumen simultáneamente el carácter de beneficiarios, por lo que el fideicomiso no es sujeto obligado al ingreso del impuesto, sino que el fiduciario deberá atribuir los resultados de los fiduciantes-beneficiarios, quienes habrán de incluirlos en *su*

declaración jurada como rentas de tercera categoría e ingresar el tributo en forma personal (arts. 69, inc. a), pto 6; 49 inc. d), ley 20.628; art. 4 s/n a cont. art. 70, dcrt. 1.344/98)

Pero también cabe la posibilidad, para nada remota en la práctica, de que existan fideicomisarios no fiduciantes. Es lo que ocurre con los compradores de las unidades, que devienen en adjudicatarios de las mismas en razón de una cesión onerosa de derechos. En estos casos, los compradores son sólo cesionarios de la posición de beneficiario residual o fideicomisario - lógicamente, no lo serán del rol de fiduciante- y, al no operar la superposición prevista por la normativa para atribuir los resultados a los beneficiarios, éstos deben ser determinados e ingresados por el fideicomiso, a través del fiduciario (arts. 69, inc. a), pto 6; 49 inc. d), ley 20.628).

Si el beneficio residual consiste en el flujo de fondos resultante de la construcción y comercialización de la obra, los fiduciantes-beneficiarios nunca tendrán derecho a la adjudicación de unidades, por lo que el dominio de las mismas es transmitido a los compradores directamente por el fiduciario. El flujo de fondos que ingrese a raíz de las ventas, integrará el patrimonio fideicomitado hasta la distribución final.

Entonces, la forma de tributar variará según la adjudicación se efectúe a fiduciantes o a terceros compradores; en el primer caso tributarán los beneficiarios según su posición personal, debiendo pagar una escala menor al 35% exigido para los fideicomisos del segundo supuesto, salvo que estén en la escala más alta.

En el caso de terceros compradores de unidades funcionales, deberá tributar el fideicomiso, recibiendo el mismo tratamiento que las sociedades de capital. Por ende, todas las ganancias que obtengan estarán gravadas por la alícuota del 35%.

Si existieran tanto fiduciantes como terceros adjudicatarios, el tributo se ingresará según cada sistema, en forma proporcional.

En cuanto a la *determinación de las rentas configuradoras del hecho imponible*, habrá que analizar en cada caso si el fideicomiso inmobiliario arroja o no resultados que puedan ser alcanzados por el impuesto en cuestión.

En este orden de ideas, se deberá calcular una base para determinar si hay o no ganancias: el valor del terreno y el capital invertido permitirán fijar el costo de construcción, por lo que el flujo de fondos que ingresa por la diferencia del precio de venta de las unidades, denota el resultado del fideicomiso, sobre el cual se debe deducir el impuesto.

Así, en el supuesto de un fideicomiso de construcción al costo, que se constituye con la sola meta de la adjudicación final de los módulos terminados a cada fiduciante-beneficiario en proporción a sus respectivos aportes, no existiría configuración del hecho imponible al no operar incremento patrimonial alguno. Por lo tanto, sus resultados no están alcanzados por el impuesto a las ganancias.

Sin embargo, en reciente jurisprudencia administrativa, el Organismo Recaudador, enrolado en su naciente posición pro Fisco, ha interpretado erróneamente que, en los fideicomisos de construcción al costo, la transmisión de los módulos funcionales a los fideicomisarios implica un acto jurídico de naturaleza onerosa, en el marco del artículo 3 de la ley 20.628, encontrándose alcanzada por las previsiones del impuesto a las ganancias (DAT 18/06). Pero es claro que si el fideicomiso ha tenido como único fin y razón de ser la edificación y posterior adjudicación de unidades en función de los aportes realizados por cada fiduciante, sin miras de obtener un rendimiento, no se producirán los presupuestos generadores de los hechos imponibles gravados por el impuesto a las ganancias, ya que las

adjudicaciones de las unidades construidas a cada uno de los fiduciantes beneficiarios no pueden ser consideradas una enajenación, por lo que no cabrá tributar¹⁶³. Ello es así, en virtud de que la referida adjudicación no tiene por causa ninguno de los supuestos enumerados en el artículo 3 de la ley del impuesto, como incorrectamente interpreta la A.F.I.P., sino que se traduce en el cumplimiento del mandato o encargo con el cual está investido el fiduciario en razón del contrato, operación que es neutra en relación al gravamen¹⁶⁴.

Por otro lado, ante un caso de fideicomiso de construcción y comercialización, en que se opera para lucrar con la venta de las unidades edificadas, al existir ganancias, estas constituyen la base para discriminar el impuesto (arg. art. 4 s/n cont. del 70, dcrt. 1.344/98), debiendo el mismo ingresarse en la forma prevista según cada uno de los sistemas descritos.

VIII.5.b. Impuesto al Valor Agregado.

Al tratar lo relativo al régimen fiscal del fideicomiso, se dijo que el mismo es sujeto obligado al pago del impuesto al valor agregado, de manera que habrá que definir si la actividad que le compete está alcanzada por el gravamen para que nazca la obligación de tributar. Teniendo en cuenta que el I.V.A. se aplica en ciertas transferencias a título oneroso, el fideicomiso inmobiliario será responsable del tributo en la medida que se le pueda atribuir la generación de hechos imposables (arg. DAT 59/99).

¹⁶³ Arg. DAL 88/01, si bien dictaminado para el supuesto de un consorcio por sociedad civil para construcción al costo, no existe razón alguna para no aprovechar la línea argumental esbozada por la A.F.I.P. en relación a un fideicomiso inmobiliario para construcción al costo.

¹⁶⁴ La posibilidad de adjudicar unidades al costo no ya a fiduciantes-beneficiarios, sino a terceros compradores, no es pacíficamente aceptada. Al respecto, véase Nestor CÁCERES; "Fideicomisos Inmobiliarios. Encuadre Tributario"; *Doctrina Tributaria ERREPAR (D.T.E.)* XXVII (2006) y URRETS ZAVALÍA; "Consortio fiduciario ...

El artículo 4 de la ley, referido a los sujetos pasivos del impuesto, establece que queda incluido en sus disposiciones cualquier ente que realice alguna de las actividades gravadas que dicha norma enumera, entre las cuales se encuentran las efectuadas por empresas constructoras que realicen obras directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, cualquiera que sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse - una de las cuales, puede ser un fideicomiso-. La normativa dispone, asimismo, que revestirán el carácter de empresas constructoras las que efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble (cfr. arts. 4, inc. d) y 3, inc. b) ley 23.349).

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la normativa, cabe interpretar que supuestos están alcanzados por el gravamen.

Ya se ha referido a la circunstancia de que un fideicomiso inmobiliario puede constituirse con miras a la adjudicación del dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios, una vez finalizada la obra proyectada y afectado el inmueble al régimen de propiedad horizontal (fideicomiso de construcción al costo); o a los fines de construcción de una obra y la comercialización de las unidades resultantes, para luego distribuir las utilidades a los beneficiarios, las cuales resultan de la diferencia entre el costo de la construcción y el flujo de fondos proveniente de la venta de los módulos terminados.

Para el primero de los supuestos mencionados -el fideicomiso de construcción al costo-, en que se han de adjudicar las unidades a los beneficiarios, que son los propios fiduciantes, no corresponde considerar que se materializa el hecho imponible, ya que la transferencia que efectúa el fiduciario no es a título oneroso, sino en cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, y como culminación del mandato. En efecto, al no perseguirse una finalidad de lucro mediante la constitución de un fideicomiso para la construcción al costo, mal puede considerarse que éste configura un

supuesto de empresa constructora en los términos del artículo 4, inciso d) de la ley 23.349.

Al margen de estas inferencias, en un dictamen reciente, la Dirección de Asesoría Técnica del Organismo Recaudador ha interpretado en forma distorsiva la atemperación del impuesto al valor agregado en lo que respecta al fideicomiso de construcción al costo. En el dictamen 16/06, y su consecutivo 18/06, ha manifestado que en supuestos como el de marras, en que el fideicomiso transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios, tal transferencia se efectúa a título oneroso, toda vez que dichos sujetos abonan cuotas en función a su participación, por lo que el hecho imponible previsto en el inciso b) del artículo 3 de la ley se perfeccionará en cabeza del fideicomiso, resultando sujeto pasivo del gravamen tanto para el caso en que transfiera las unidades funcionales a los fiduciantes-beneficiarios como a los respectivos cesionarios¹⁶⁵.

Tal interpretación es a todas luces inadecuada, atento a la falta de onerosidad que caracteriza la transferencia en cuestión, ya que la misma opera a modo de culminación del mandato fiduciario y no como contraprestación en los términos del artículo 1139 del Código Civil. De todos modos, se profundizará sobre este tema al tratar lo relativo al impuesto a la transferencia de inmuebles.

Lo dicho hasta aquí en relación al I.V.A. es al margen de la finalidad individual que persigue cada fiduciante-beneficiario con su participación en el negocio. De manera que, una vez que le son adjudicadas las unidades, podrán efectuar actos de disposición sobre las mismas normalmente, y dichas ventas, permutas, etc., estarán alcanzadas por el impuesto -o no-

¹⁶⁵ Interpretaciones concordantes con la vertida en el dictamen (DAT) 55/05, que fue pionero en esta línea argumental, y será analizado al referir al impuesto a la transferencia de inmuebles.

teniendo en cuenta la situación particular del vendedor y su posición en el marco de la ley que regula el impuesto.

Por otra parte, para el caso en que se transfieran las unidades a un tercero comprador, al cual el fiduciante-beneficiario le cedió su derecho a la adjudicación de las unidades terminadas, la A.F.I.P. ha interpretado que dicha cesión implica una transmisión de un derecho personal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del tributo, al no haberse producido aún, con la misma, la transmisión del derecho real sobre el inmueble (DI ASLE 49/03; DAL 59/03; DAT 16/06).

Lo que sí estaría alcanzado por el impuesto es la adjudicación propiamente dicha, que efectúa el fiduciario a los terceros compradores, que ostentan el derecho a la misma en virtud de la cesión referida, ya que allí se produce la transmisión del derecho real de dominio a un tercero, existiendo fin de lucro en la operación, por lo que el fideicomiso debe determinar y liquidar el tributo (arg. art. 4, inc. d), ley 23.349).

Ahora bien, es posible que el fideicomiso se constituya con la finalidad de construcción y obtención de lucro en cabeza del mismo fideicomiso mediante la comercialización de las unidades terminadas, debiendo el fiduciario vender los módulos referidos para luego distribuir las utilidades resultantes de dicha comercialización en cabeza de los beneficiarios, todo dentro del marco del contrato. En este supuesto, estaremos ante un fideicomiso de construcción y comercialización, que encuadra como empresa constructora en los términos del artículo 4, inciso d) de la ley, “al ser el fideicomiso la ‘forma jurídica’ ‘adoptada’ por los inversores ‘para organizarse’, a través de ‘un tercero’, que es el fiduciario, para ‘efectuar las referidas obras’ de construcción del edificio, ‘con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble’”¹⁶⁶. En este supuesto, el emprendimiento

¹⁶⁶ URRETS ZAVALÍA; “Consortio fiduciario ...

inmobiliario estará alcanzado por el impuesto al valor agregado, y el fiduciario debe percibir el monto del gravamen sobre el precio de venta.

VIII.5.c. Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Este impuesto toma como base de imposición los activos que considera gravados, y sobre los mismos se aplica una alícuota del 1%. Conforme a la normativa vigente, los fideicomisos no financieros son sujetos pasivos de este tributo, por lo que el inmobiliario bajo análisis se encuentra alcanzado en todos los supuestos, durante todo el lapso de vigencia del contrato, sin especial consideración a las superposiciones de roles que pudieren operar. La determinación y consecuente ingreso del impuesto corresponde al fiduciario.

La A.F.I.P.¹⁶⁷, reseñando la normativa existente en lo relativo a este impuesto que tenga relación con el fideicomiso inmobiliario, ha dicho que a los fines de la determinación del gravamen, el artículo 4 de la ley establece que los bienes inmuebles construidos se valuarán sumando al costo de adquisición del terreno, el costo de la construcción -excepto que revistan el carácter de bienes de cambio, supuesto en que se valuarán conforme a las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias-. No obstante, el artículo 12 del mismo cuerpo normativo prevé que a dichos fines no resultará computable el valor de las inversiones en la construcción de nuevos edificios o mejoras, comprendidos en el artículo 4, inciso b), en el ejercicio en que se efectúen las inversiones totales o parciales, y en el siguiente -excepto aquellos que revistan el carácter de bienes de cambio o que no se encuentren afectados en forma exclusiva a la actividad comercial, industrial, agrícola, ganadera, minera, forestal o de producción de servicios inherentes a la actividad del sujeto pasivo.

¹⁶⁷ Dictamen (DAT) 18/06.

De todo ello, el Organismo Fiscal concluye que la exclusión de la base de imposición de las inversiones realizadas en la construcción de bienes inmuebles sólo resultará procedente en aquéllos supuestos en que los activos en cuestión no revistan para su titular el carácter de bienes de cambio.

Al respecto, en un fideicomiso de construcción y comercialización, las unidades resultantes poseen el carácter de bienes de cambio.

Es asimismo pasible de aplicación el artículo 13 de la ley, por el cual el fiduciario tiene derecho al cómputo de los pagos del impuesto a cuenta del impuesto a las ganancias, según lo ya comentado al tratar el tributo en el capítulo VI.

VIII.5.d. Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.

Este impuesto, regulado por la ley 23.905, grava las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas, siempre que la referida transferencia no se encuentre alcanzada por el impuesto a las ganancias.

Teniendo en cuenta que en el marco de un fideicomiso inmobiliario opera, en un primer momento, la transferencia del dominio de un inmueble al fiduciario, que pasará a integrar el patrimonio fideicomitado y que será la base para poner en marcha el negocio proyectado; y que al tiempo de culminación el fiduciario debe transmitir el dominio de las unidades a quienes resulten fideicomisarios, cabe analizar qué ocurre en cada uno de dichos supuestos.

Transferencia del fiduciante al fideicomiso.

Acerca del tratamiento fiscal que corresponde aplicar a la transmisión de dominio de un inmueble realizada por el fiduciante al fiduciario, en la órbita de un contrato de fideicomiso, cabe recalcar que el impuesto del asunto grava las transferencias de inmuebles perpetradas por personas físicas o sucesiones indivisas, siempre que se realicen a título oneroso, sin importar si el dominio del inmueble transferido sea pleno o no.

Entonces, no siendo la plenitud del dominio transferido un elemento configurante del hecho imponible, lo importante para determinar si el acto se encuentra o no alcanzado por el tributo, es establecer si la transferencia al fideicomiso de un bien inmueble puede calificarse como onerosa.

Al respecto, cabe recordar lo dispuesto por el Código Civil acerca de la onerosidad de los contratos, cuando en su artículo 1139 establece que los mismos 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”, y son a título gratuito “cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.

En este marco legal, y en concordancia con la esencia del fideicomiso, que no constituye en sí mismo un fin, sino que conforma una herramienta jurídica para vehicular negocios que le son subyacentes, el traspaso perpetrado por el fiduciante, de un inmueble de su titularidad, a favor del fiduciario, no implica un acto a título oneroso, ya que el fiduciante no recibe contraprestación alguna por el bien transmitido, ni el fiduciario se obliga a desembolsar el valor de los bienes, ni a efectuar alguna prestación a su cambio. La transferencia tampoco es a título gratuito, porque el fiduciante no pretende consumir una liberalidad a favor del fiduciario. El traspaso del inmueble al fideicomiso se realiza a “título de confianza”, de forma coherente con las especiales características que fundan al negocio fiduciario: en efecto, la nota basal más distintiva del fideicomiso es la confianza -*trust* en el derecho anglosajón, *fides* en el

derecho romano- determinante de la transmisión, que el fiduciante efectúa no con miras a obtener una contraprestación, ni de realizar una liberalidad a favor del fiduciario, sino para que éste pueda cumplir con una operación específica.

Entonces, se puede concluir diciendo que no se producirá en el fideicomiso inmobiliario una transmisión onerosa ni gratuita del inmueble en cuestión, sino que el mismo es transferido a título de confianza; por lo que, al no operar la onerosidad que fundamenta el nacimiento del hecho imponible, la transmisión de dominio de un inmueble realizada por el fiduciante al fiduciario, en la órbita de un contrato de fideicomiso, no está alcanzada por el impuesto a la transferencia de inmuebles.

En esta línea argumental se posicionó la A.F.I.P. durante los diez primeros años de vigencia de la ley 24.441, tal como surge de sus dictámenes (DAT) 103/01, (DAT) 17/02 y (DAL) 8/02.

Pero en el año 2005 opera una reversión de sus opiniones mediante el dictamen (DAT) 55/05, en donde el Organismo Recaudador, apelando a criterios de realidad económica, establece que en cada caso en particular se deben examinar las características del negocio subyacente al contrato de fideicomiso y, mediante la determinación de las relaciones económicas existentes, se deberá establecer si a la luz de la realidad se produce una transferencia a cambio de una contraprestación. A los fines de determinar si una operación reviste o no carácter oneroso, continúa señalando la A.F.I.P., resulta menester tener en cuenta lo normado por el artículo 1139 del Código Civil, según el cual 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. La Dirección de Asesoría, erróneamente interpretó que las características del negocio subyacente a un contrato de fideicomiso inmobiliario, conducen a afirmar que la transferencia realizada por el fiduciante tiene como contrapartida una contraprestación futura a que se obliga el fiduciario, y

ésta consiste en los bienes que corresponde adjudicarle cuando termine la obra, o el flujo de fondos que recibirá como diferencia entre los costos de construcción y el dinero ingresante mediante su comercialización, resultando el acto de transmisión, en consecuencia, alcanzado por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.

La flamante postura de la A.F.I.P. es uno de los tantos indicadores de su actual posición pro Fisco, distorsiva de la verdadera esencia del instituto. Porque justificar sus decisorios en la naturaleza del negocio subyacente, significa desconocer al fideicomiso como lo que es: un vehículo especialmente configurado para canalizar operaciones comerciales, con caracteres propios que lo hacen conveniente -o no- según las necesidades y aspiraciones de los sujetos intervinientes. Quienes decidan encauzar un emprendimiento inmobiliario pueden hacerlo de diferentes maneras, y dentro de las alternativas que tienen para operar se encuentra el fideicomiso, cuyas especiales virtudes habrán de ser analizadas por las partes a la hora de escogerlo como forma jurídica organizativa. Por lo que, el principio de la realidad económica traído a colación por el Organismo Fiscal, no justifica que la onerosidad del negocio subyacente pueda ser traspolada, sin más, a un instituto cuyos basamentos angulares la rechazan.

A pesar de todo, tal es el veredicto actual, y “la interpretación a la que arriba el 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”¹⁶⁸. Y, tal como lo hemos visto, ello es, precisamente, lo que

¹⁶⁸Nestor CÁCERES; *op. cit.*

viene ocurriendo con su nueva ola de dictámenes, entre ellos, los ya referidos (DAT) 16/06 y (DAT) 18/06.

Transferencia del fiduciario al fideicomisario.

Es propio del fideicomiso inmobiliario que al tiempo de su culminación el fiduciario deba transmitir el dominio de las unidades a quienes resulten fideicomisarios.

La ley 23.905 ha previsto que se encuentran alcanzadas las transferencias *efectuadas por personas físicas y sucesiones indivisas*, pero no considera a los fideicomisos como sujetos gravados. Si bien el fiduciario, persona física, es quien en la práctica efectúa la adjudicación, lo hace por cuenta del fideicomiso. Por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto por la normativa, la transferencia de unidades terminadas a los fideicomisarios no está alcanzada por el impuesto.

-REFLEXIONES FINALES-

Como a este tenor habrá de recordarse, desde antigua data, comenzó la utilización del fideicomiso, en sus distintas variantes, en algunos sectores puntuales del planeta. Nuestro país importó el instituto en forma tardía, ya que si bien el Código Civil lo habría reconocido varias décadas atrás, recién en 1994 el Poder Legislativo se encargó de reglamentar su utilización y brindar herramientas para el efectivo funcionamiento del instituto más allá de sus delimitados orígenes.

Su versatilidad para adaptarse a las situaciones más diversas fue su mejor carta de presentación, e hizo que, como consecuencia natural, la utilización de la figura se expandiera desmesuradamente, no sólo cuantitativa sino también cualitativamente, invadiendo poco a poco, con su vasto y potencial campo de aplicación, los escenarios más variados.

En el carril de la práctica, el tiempo se encargó de corroborar que, la ductilidad y flexibilidad avistadas al momento de la reglamentación del fideicomiso, le permitieron erigirse en una herramienta apta para la realización de un sinnúmero de negocios y emprendimientos. Sectores mercantiles harto variados se han servido de su operatoria; uno de ellos, dentro del cual el fideicomiso tuvo gran repercusión, es el ámbito de la industria de la construcción, en el cual la figura se perfila como una herramienta alternativa, desde el punto de vista jurídico, económico y financiero, a la hora de canalizar todo tipo de emprendimientos ligados al sector, gracias a las ventajas que denota por sobre otras figuras más tradicionales.

En este orden de ideas, el fideicomiso es capaz de ofrecer las mismas ventajas que una sociedad en cuanto a la separación patrimonial refiere. En efecto, permite el aislamiento de bienes en general, flujos de fondos y derechos, bajo una especie de “campana de cristal” que los

resguarda ante los avatares mercantiles ajenos al negocio. Esta “impermeabilización” patrimonial, en principio sólo asequible mediante el forjamiento de un nuevo ente con personería, es hoy posible mediante un simple contrato, convenido para un negocio específico, sin que sea menester incidir en las arduas gestiones que implica la constitución de una nueva persona jurídica. Ello constituye, en efecto, una de las mayores garantías, tanto para inversores como para futuros adquirentes de las unidades terminadas.

Más aún, el referido aislamiento, que conlleva una mengua de los riesgos ligados a la situación patrimonial de los sujetos intervinientes en el negocio, disminuye, en forma correlativa el costo de financiamiento. Entonces, y en lo que respecta al fondeo externo, implica un coste menor al que se debería pagar si se acudiera a préstamos tradicionales. Incluso, el fideicomiso permite aumentar las fuentes de financiamiento, ya que su operatoria posibilita que el mercado provea los fondos necesarios para la canalización de emprendimientos inmobiliarios, pudiendo pactarse, en el contrato, condiciones amoldadas a las necesidades financieras del negocio.

Y, el que el fideicomiso se concierte mediante un simple contrato, permite a su vez que, en la otra cara de la moneda, el inversor goce - además de la ventaja económica que implica poder obtener una tasa de rendimiento mayor a la que ofrecen otros canales- de una amplia libertad de entrada y de salida. Es que la escasa base regulatoria de la ley, sumado a los principios del artículo 1197 del Código Civil, y 19 de la Constitución Nacional, han permitido un amplio explaye de la autonomía de la voluntad a la hora de concertar las aristas del negocio.

Además de todo ello, el fideicomiso deportó, desde sus orígenes legislativos, una serie de ventajas fiscales que hicieron que los operadores jurídicos vieran en él una herramienta atrayente a la hora de encauzar sus emprendimientos. Durante sus primeros años de existencia legislativa, la A.F.I.P. se inclinó por la no gravabilidad de los negocios canalizados

mediante la figura o, en su caso, le dio a la situación un trato indulgente. Tal fue la situación, sobre todo, de los fideicomisos de construcción al costo, que por su especial operatoria no debieron tributar por el impuesto a las ganancias, al valor agregado, a la ganancia mínima presunta, ni a la transferencia de inmuebles. Semejante situación hizo que, como consecuencia natural, la balanza inmobiliaria se inclinara muy en favor de la herramienta fiduciaria, desdeñando otras instituciones que permiten canalizaciones similares.

El escenario actual no es el mismo: los últimos dictámenes del Organismo Fiscal -en su afán de no desperdiciar ni un átomo de las posibilidades recaudatorias que se le presentan- han dado un giro radical: truncando su primigenio enfoque, ha cedido espacio a una postura para nada benévola en lo relativo al tratamiento fiscal de la figura. Y, si bien su irrefutable veredicto no es más que con relación a un impuesto, la línea argumental de que se vale corre el riesgo de ser aprovechada en relación a muchos otros gravámenes. Por lo que, los negocios inmobiliarios que hoy se gestan a través de fideicomisos, deben echar a andar bajo el peso de un halo de incertidumbre, vacilantes acerca de los próximos lineamientos que la A.F.I.P. decidirá imponer.

Tal es la situación actual.

Pero, no obstante ser las ventajas fiscales las de mayor peso práctico, al operador jurídico le quedan, todavía, unas cuantas otras, con ansias de ser aprovechadas.

Dejando de lado todo ello, existen a la fecha ciertas cuestiones irresueltas. Es que la constitución de fideicomisos ha avanzado a pasos agigantados, dejando ciertos puntos por detrás, a la espera de respuestas que sólo las horas y el tiempo pueden dar. Tal es el caso de ciertas cuestiones operativas relativas a la intervención judicial invocada en ciertas normas de la ley. La labor de la jurisprudencia, en lo tocante a

estos puntos, será invaluable. De todas formas, nunca estará de más la incorporación expresa del tratamiento que las partes estiman aplicable, a modo de evitar una futura e infructuosa judicialización del negocio.

Tal es el estado actual del fideicomiso, y tales los postulados que hasta la fecha pueden esbozarse, sin por ello agotar las dudas bajo cuyo peso echó a andar sus primeros pasos, a claras de que las necesidades en el tráfico mercantil generarán nuevos desafíos, y con fe de que la comunidad jurídica brindará, día a día, las mejores soluciones. En palabras de COUTURE, “nunca sabremos en la vida, en qué medida la conquista es un fin o un nuevo comienzo”.

APÉNDICE

FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCION

Ley N° 24.441

Fideicomiso. Fiduciario. Efectos del fideicomiso. Fideicomiso financiero.

Certificados de participación y títulos de deuda. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero. Extinción del fideicomiso. Contrato de "leasing". Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de corretaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión.

Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al Régimen Registral. Modificaciones al Código Penal. Modificaciones a las leyes impositivas. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

Sancionada: Diciembre 22 de 1994.

Promulgada: Enero 9 de 1995.

El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

TITULO I

DEL FIDEICOMISO

CAPITULO I

ARTICULO 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.

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

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

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

ARTICULO 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 enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley.

CAPITULO II

EL FIDUCIARIO

ARTICULO 4º – El contrato también deberá contener:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;
- b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;
- c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;
- d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;
- e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

ARTICULO 5º – El fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica. Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir.

ARTICULO 6º – 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.

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

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

ARTICULO 8° – Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

ARTICULO 9° – El fiduciario cesará como tal por:

- a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;
- b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;
- c) Por disolución si fuere una persona jurídica;
- d) Por quiebra o liquidación;
- e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

ARTICULO 10. – Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a

lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario.

CAPITULO III

EFFECTOS DEL FIDEICOMISO

ARTICULO 11. – Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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.

ARTICULO 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 fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.

ARTICULO 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.

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

ARTICULO 17. – El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

ARTICULO 18. – El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciere sin motivo suficiente.

CAPITULO IV

DEL FIDEICOMISO FINANCIERO

ARTICULO 19. – Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.

Dichos certificados de participación y títulos de deudo 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.

ARTICULO 20. – El contrato de fideicomiso deberá contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda.

CAPITULO V

DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TÍTULOS DE DEUDA

ARTICULO 21. – Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda podrán ser al portador o nominativos, endosables o no, o escriturales conforme al artículo 8 y concordantes de la ley 23.576 (con las modificaciones de la ley 23.962). Los certificados serán emitidos en base a un prospecto en el que constarán las condiciones de la emisión, y contendrá las enunciaciones necesarias para identificar el fideicomiso al que pertenecen, con somera descripción de los derechos que confieren.

Podrán emitirse certificados globales de los certificados de participación, para su inscripción en regímenes de depósito colectivo. A tal fin se considerarán definitivos, negociables y divisibles.

ARTICULO 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

ARTICULO 23. – En el fideicomiso financiero del capítulo IV, en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitido, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio.

ARTICULO 24. – Las normas a que se refiere el artículo precedente podrán prever:

- a) La transferencia del patrimonio fideicomitido como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;

- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitado;
- e) La designación de aquel que tendrá a su cargo la enajenación del patrimonio como unidad o de los activos que lo conforman;
- f) Cualquier otra materia que determine la asamblea relativa a la administración o liquidación del patrimonio separado.

La asamblea se considerará válidamente constituida cuando estuviesen presentes tenedores de títulos que representen como mínimo dos terceras partes del capital emitido y en circulación; podrá actuarse por representación con carta poder certificada por escribano público, autoridad judicial o banco; no es necesaria legalización.

Los acuerdos deberán adoptarse por el voto favorable de tenedores de títulos que representen, a lo menos, la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación, salvo en el caso de las materias indicadas en el inciso b) en que la mayoría será de dos terceras partes (2/3) 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 (30) días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes. Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a los menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación.

CAPITULO VII

DE LA EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

ARTICULO 25. – El fideicomiso se extinguirá por:

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

ARTICULO 26. – Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

(...)

-BIBLIOGRAFÍA-

- BAUZÁ DE PINA, Dolly - GRZONA, Daniel Alejandro; “Fideicomiso y derecho falencial”; en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 141-162.
- BONO, Gustavo Alejandro; “Fideicomiso”; en *Ley 24.441. Financiamiento de la vivienda y la construcción*; Alveroni; Córdoba; 1995.
- BUERES, Alberto Jesús (dir.) - HIGHTON, Elena Inés (coord.); *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinario y jurisprudencial*; Hammurabi; Buenos Aires; 1997.
- CÁCERES, Nestor; “Fideicomisos Inmobiliarios. Encuadre Tributario”; *Doctrina Tributaria ERREPAR (D.T.E.)* XXVII (2006) 783.
- CÁCERES, Nestor; “Posición de la A.F.I.P. sobre tratamiento impositivo de fideicomisos inmobiliarios”; *La Gaceta. Iniciativa Profesional* 87 (2006) 18-19.
- CARREGAL, Mario A.; *El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*; Universidad; Buenos Aires; 1992.
- CORREA LARGUÍA, Luis; “El fideicomiso Inmobiliario”; *Revista del Notariado* 760 (1978) 1213-1222.
- DE SANTO, Víctor (dir.); *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía*; Universidad; Buenos Aires; 1999.
- ERREA, Javier Martín; “Aspectos tributarios del Fideicomiso”; *Reporte Inmobiliario* (2006); en <http://www.reporteinmobiliario.com/nuke/modules.php?name=News&file=article&sid=784> (disponible el día 28-IV-2007).
- ESTÉVEZ CAMBRA, Sebastián; “El fideicomiso. Una modalidad, el inmobiliario”; *Anales de Legislación Argentina* 6 (2007) I-VIII.

- FARINA, Juan M.; *Contratos Comerciales Modernos*; 2ª ed.; Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires; 1997.
- FERNÁNDEZ, Julio César D.; “Antecedentes históricos del fideicomiso”; en en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 23-60
- GAMES, Luis M. - ESPARZA, Gustavo A.; “Liquidación del patrimonio en fideicomiso”; *JA* 1998-III-770.
- GUSTAVINO, Elías P.; “Actos Fiduciarios”, *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*; Depalma; Buenos Aires; 1968.
- ITURBIDE, Gabriela A.; “El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios; *JA* 1998-III-814.
- JUNYENT BAS, Francisco -MOLINA SANDOVAL, Carlos; “Bases para una reforma del régimen de fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción”; *LL*; ejemplar del 25 de Abril de 2007; 1-5.
- JUNYENT BAS, Francisco -MOLINA SANDOVAL, Carlos; “Las ventajas de la inscripción voluntaria de los fideicomisos”; *FACTOR* 142 (2007) 8-12).
- KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*; 2ª ed.; Depalma; Buenos Aires; 1996.
- KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V.; *Tratado de Fideicomiso*; LexisNexis-Depalma; s/l; 2003; en <http://www.lexisnexus.com.ar/Catalogo/Online.asp> (disponible el día 28-III-2007).
- LINARES DE URRUTIGOITY, Marta - PUJOL DE ZIZZIAS, Irene; “Dominio fiduciario sobre inmuebles (Calificación Registral de los actos de enajenación del fiduciario)”; *JA* 1996-II-748.
- LISOPRAWSKI, Silvio V.; “La invalidez del fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en fideicomiso”; *LL* 1998-D-1364.

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J.; *Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Ejecución hipotecaria. Contratos de consumición*; Zavalía; Buenos Aires; 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis; *Tratado de los Contratos*; Rubinzal - Culzoni; Buenos Aires; 1999.
- MALUMIÁN, Nicolás - DIPLOTTI, Adrián - GUTIÉRREZ, Pablo; *Fideicomiso y Securitización. Análisis legal, fiscal y contable*; La Ley; Buenos Aires; 2001
- MARIANI DE VIDAL, Marina; *Curso de derechos reales*; 6ª ed.; Zavalía; Buenos Aires; 2000.
- MÁRQUEZ, José Fernando; “¿Para qué sirve el fideicomiso?” *Anuario de Derecho Civil* 5 (2000) 155-164.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo; *Tratado de los contratos de empresa*; 2ª ed.; Depalma; Buenos Aires; 2000.
- MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz; “Aspectos Registrales del Fideicomiso”; en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 123-140.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis; “Aspectos Registrales del Fideicomiso (Ley 24.441); *JA* 1995-III-725.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis; *Publicidad Registral*; 2ª ed.; Advocatus; Córdoba; 1997.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos; “Derecho de propiedad fiduciaria. A propósito de la ‘agresión’ y ‘protección’ del fideicomiso”; *Enfoques: Contabilidad y Administración* 12 (2004) 85-94.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos; *El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia*; Ábaco de Rodolfo Depalma; Buenos Aires; 2004.
- ORELLE, José María R.; “Fideicomiso: contractual y financiero”; en ORELLE, José María R. - ARMELLA, Cristina N. - CAUSSE, Jorge R.;

- Financiamiento de la vivienda y la construcción*. Ley 24.441; Ad-Hoc; Buenos Aires; 1995; 73-200.
- PAPAÑO, Ricardo J. - KIPER, Claudio M. - DILLON, Gregorio A. - CAUSSE, Jorge R.; *Derechos Reales*; Depalma; Buenos Aires; 1990.
- PÉREZ MUNIZAGA, Marta - VERÓN, Carmen Stella; “Reflexiones en torno al tratamiento contable del fideicomiso”; *Enfoques: Contabilidad y Administración* 4 (2002) 11-22.
- PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G; *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*; Hammurabi; Buenos Aires; 1999.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia; “El dominio fiduciario en la ley 24.441. ¿Nuevo derecho real?”; en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 83-121.
- RIVERA, Julio César; *Instituciones de Derecho Concursal*; 2ª ed.; Rubinzal-Culzoni; Santa Fe; 2003.
- ROULLION, Adolfo A. N; *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522*; 14ª ed.; Astrea; Buenos Aires; 2005.
- SANTAMARÍA, Gilberto L - FERRO, Susana B.; “Aspectos jurídicos y tributarios del fideicomiso”; en MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz (dir.); *Tratado teórico práctico de fideicomiso*; 2ª ed.; Ad-Hoc; Buenos Aires; 2000; 163-184.
- TINTI, Guillermo Pedro; *Las nuevas modalidades de contratos*; Alveroni; Córdoba; 1997.
- URRETS ZAVALÍA, Pedro; “Conсорocio fiduciario para la construcción al costo. Tratamiento impositivo”; *Doctrina Tributaria ERREPAR (D.T.E.)* XXVIII (2006) 1151.
- URRETS ZAVALÍA, Pedro; “El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil de 1998”; *Semanario jurídico* 1287 (2000); en <http://www.urretsriburu.com.ar/tres.pdf> (disponible el día 28-IV-2007).

- URRETS ZAVALÍA, Pedro; “La gravabilidad en la adjudicación en el fideicomiso inmobiliario”; *Factor* 144 (2007) 3-8.
- URRETS ZAVALÍA, Pedro; “Responsabilidad Tributaria del Fiduciario en la Ley de Impuesto a las Ganancias”; *Foro de Córdoba* 65 (2000) 59-82.
- VERÓN, Carmen Stella; “Un nuevo ente contable llamado fideicomiso”; *Enfoques: Contabilidad y Administración* 2 (2000) 424-432.
- VILLEGAS, Héctor B.; *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*; 5ª ed.; Depalma; Buenos Aires; 1994.