

FIDEICOMISOS

Aspectos Generales, Impositivos y Contables

DARIO J. FAURE

APLICACION TRIBUTARIA S.A.

APLICACION TRIBUTARIA S.A.

Viamonte 1546 Piso 2° Of. 200
(1055) CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
Telefax: 374-5418/6692/8855

E-mail: info@aplicacion.com.ar
Web: <http://www.aplicacion.com.ar>

Faure, Dario J.

Fideicomisos: Aspectos Generales, Impositivos y Contables

1ª.ed. - Buenos Aires : Aplicación Tributaria S.A., 2008.

176 p. ; 21x15 cm.

ISBN: 978-987-1487-15-8

1. Impuestos I. Título.

CDD 336.2

Fecha de catalogación: 18/04/2008

©COPYRIGHT 2008 BY **APLICACION TRIBUTARIA S.A.**

1ª Edición, Abril de 2008

I.S.B.N. 978-987-1487-15-8

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL POR CUALQUIER
MEDIO, YA FUERE MECÁNICO, ELECTRÓNICO, ETCÉTERA, SIN
AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL AUTOR Y DEL EDITOR

El presente trabajado ha sido minuciosamente revisado y corregido. No obstante, ni la Editorial ni el autor se hacen responsables, bajo ningún concepto, de ningún tipo de perjuicio que cualquier error y/u omisión puedan ocasionar.

Este libro será actualizado, en caso de corresponder por internet ingresando a la página:
www.librosactualizados.com.ar,
durante el plazo de un año desde la fecha de edición o hasta que se edite la nueva edición, lo que suceda primero.

Este libro se terminó de imprimir en Abril de 2008 en
APLICACIÓN TRIBUTARIA S.A.

Viamonte 1550
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

A mi hijo Joaquín

PRÓLOGO

Haciendo una licencia literaria, redactaré este prólogo en primera persona, ya que quiero contar lo que me llevó a redactar éste libro.

Hace mucho tiempo que tenía ganas de escribir un libro sobre la figura del fideicomiso, siendo muchos los factores que provocaron ese deseo.

Prácticamente desde que comencé mi actividad profesional (allá por el año 2003) que escuchaba hablar de fideicomisos, sin saber exactamente cuales eran sus características y ventajas. Justamente en ese año tuve la oportunidad de interiorizarme más en el tema, debido a que me solicitaron asesoramiento para un emprendimiento inmobiliario. Fue entonces cuando intenté buscar información de esta herramienta, percatándome que podía encontrar abundante información en los aspectos jurídicos, pero casi nula en materia contable e impositiva. De hecho hasta la misma Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) tenía pocos antecedentes respecto a este tema.

Con el transcurso de los años han aparecido muchas notas sobre el tema, además de una cantidad reducida de bibliografía. Sin embargo, considero que es un tema que es importante seguir investigando, ya que aún hay muchas cosas por aclarar.

En el año 2007 obtuve el Premio Anual Jóvenes Profesionales de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (F.A.C.P.C.E.) con mi primer trabajo denominado “*Principales*

Aspectos del Fideicomiso”. Ese momento fue un gran envión para mí a los efectos de comenzar a escribir el presente libro, que me ha requerido mucho esfuerzo y tiempo, que se lo he sacado a las personas que están cerca mío. Por ello quiero dedicar este libro también a ellos.

En las siguientes páginas, intentaré describir los aspectos generales, contables e impositivos del fideicomiso. En casi todos los sectores del presente libro el análisis se dividirá entre las dos grandes clases de fideicomisos: los ordinarios y los financieros.

Por último quiero resaltar que falta desarrollar por los organismos competentes muchos aspectos contables e impositivos. Por lo tanto en varios casos, solamente tenemos a disposición el pensamiento de diferentes autores, a veces encontrados entre sí. En otros casos, la Administración Federal de Ingresos Públicos, por ejemplo, ha intentado a través de varios dictámenes dilucidar un poco ciertas cuestiones, a veces satisfactoriamente y otras no tanto.

Espero que este libro les sirva a todos aquellos que, como yo hace más de cinco (5) años, intentan conocer algo más sobre esta excelente herramienta.

Dario J. Faure

Sumario Analítico

PRÓLOGO

.....	5
-------	---

ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO 1

<i>Aspectos Generales</i>	13
1. INTRODUCCIÓN	13
2. ANTECEDENTES	15
3. ELEMENTOS TÍPICOS Y CARACTERES	16
4. DOMINIO FIDUCIARIO	17
5. INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO	19
6. PARTES DEL FIDEICOMISO	22
6.1. Fiduciante	23
6.2. Fiduciario	23
6.3. Beneficiario	28
6.4. Fideicomisario	28
7. DISTINTAS CLASES DE FIDEICOMISO	29
7.1. Fideicomisos financieros	29
7.2. Fideicomisos testamentarios	31
7.3. Fideicomisos inmobiliarios	32
7.4. Fideicomisos de administración	32
7.5. Fideicomisos de garantía	33
7.6. Fideicomisos agropecuarios	34
7.7. Fideicomisos públicos	34

ASPECTOS IMPOSITIVOS

CAPÍTULO 2

<i>Características Generales</i>	37
1. INTRODUCCIÓN	37

CAPÍTULO 3

Impuesto al Valor Agregado	41
1. ASPECTOS GENERALES.....	41
2. TRANSFERENCIA DE LOS BIENES AL FIDEICOMISO.....	43
3. TRANSFERENCIA DE BIENES DEL FIDEICOMISO A LOS BENEFICIARIOS Y/O FIDEICOMISARIOS.....	45
4. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO EN LOS FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS.....	46
5. FIDEICOMISOS MIXTOS. SITUACIÓN FRENTE AL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.....	51
6. CESIÓN DE DERECHOS.....	52

CAPÍTULO 4

Impuesto a las Ganancias	53
1. ASPECTOS GENERALES.....	53
2. PERÍODO FISCAL.....	57
3. TRANSFERENCIA DE LOS BIENES AL FIDEICOMISO.....	58
4. FIDEICOMISOS MIXTOS. SITUACIÓN FRENTE AL IMPUESTO A LAS GANANCIAS.....	63
5. UN CASO PARTICULAR. FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL COSTO.....	65
6. CESIÓN DE DERECHOS.....	68
7. FIDEICOMISOS DEL EXTERIOR.....	69
7.1. Beneficiarios de fideicomisos constituidos en el exterior.....	69
7.2. Situación de los fideicomisos constituidos en el exterior que obtengan rentas de fuente argentina.....	71
8. FIDEICOMISOS FINANCIEROS.....	72
9. SITUACIÓN DE LOS TENEDORES DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN O TÍTULOS DE DEUDA.....	74
10. IMPUESTO DE IGUALACIÓN.....	77
11. RESOLUCIÓN GENERAL N° 830 Y OTROS REGÍMENES DE RETENCIÓN.....	78
12. RESOLUCIÓN GENERAL N° 2139 (A.F.I.P.).....	79

CAPÍTULO 5

Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta	81
1. TRATAMIENTO GENERAL.....	81
2. SITUACIÓN DE LOS FIDUCIANTES Y LOS BENEFICIARIOS.....	82
3. SISTEMA DE PAGOS A CUENTA.....	83
4. FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS.....	86
5. FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTERIOR.....	87
6. FIDEICOMISOS FINANCIEROS.....	89
7. TENEDORES DE CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN Y TÍTULOS DE DEUDAS.....	89

CAPÍTULO 6

Impuesto sobre los Bienes Personales	91
1. INTRODUCCIÓN	91
2. SITUACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS	93
3. FIDEICOMISOS DEL EXTERIOR	94
4. SITUACIÓN DEL FIDUCIANTE Y DEL BENEFICIARIO FRENTE AL IMPUESTO	96
5. BENEFICIARIOS DE FIDEICOMISOS FINANCIEROS	96
6. RÉGIMEN DE RESPONSABLES SUSTITUTOS	97

CAPÍTULO 7

Otros Impuestos.	99
1. IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES	99
2. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS	101
3. IMPUESTO DE SELLOS	103
4. IMPUESTO SOBRE LOS DÉBITOS Y CRÉDITOS BANCARIOS	107
5. RÉGIMENES DE INFORMACIÓN	108
5.1. Resolución General N° 4120 (D.G.I.)	108
5.2. Resolución General N° 2168 (A.F.I.P.)	109

ASPECTOS CONTABLES

CAPÍTULO 8

Tratamiento Contable	113
1. INTRODUCCIÓN	113
2. ESTADOS CONTABLES BÁSICOS	115
3. REGISTRACIÓN EN LA CONTABILIDAD DEL FIDUCIARIO	115
4. REGISTRACIÓN EN LA CONTABILIDAD DEL FIDUCIANTE	116
4.1. Transmisión fiduciaria con contraprestación	116
4.2. Transmisión fiduciaria sin contraprestación	118
5. REGISTRACIÓN EN LA CONTABILIDAD DEL FIDEICOMISO	119
5.1. Transmisión fiduciaria con contraprestación	120
5.2. Transmisión fiduciaria sin contraprestación	121
6. TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS CERTIFICADOS DE PARTICIPACIÓN	121
7. NOTAS A LOS ESTADOS CONTABLES	122
8. TRATAMIENTO CONTABLE EN LOS FIDEICOMISOS FINANCIEROS	122
9. CASO PRÁCTICO	123

CAPÍTULO 9

<i>Conclusión</i>	127
-------------------------	-----

APÉNDICE NORMATIVO

<i>Ley N° 24.441</i>	129
<i>Decreto N° 780/95</i>	136
<i>Resolución General N° 2139 (A.F.I.P.)</i>	143
<i>Dictamen N° 16/2006 (D.A.T.)</i>	156
<i>Dictamen N° 18/2006 (D.A.T.)</i>	166

***ASPECTOS
GENERALES***

CAPÍTULO 1

Aspectos Generales

1. INTRODUCCIÓN

El Fideicomiso es una figura que, si bien ya se encontraba legislada en el Código Civil, tomó auge a partir de la sanción de la Ley N° 24.441, cuya publicación en el Boletín Oficial data del año 1995.

La palabra fideicomiso proviene del latín “*fideicommissum*”, cuyo significado podemos dividirlo en “*fides*” que significa fe y “*commisus*” que significa confiado. De eso se trata este contrato, de la confianza depositada por parte del fiduciante (aportante de los bienes) en el fiduciario (administrador del fondo). De allí surge también la enorme responsabilidad que le otorga la ley a esta parte del contrato, caso contrario el fiduciante podría sentirse desprotegido.

El artículo 1° la Ley N° 24.441 establece que:

“Artículo 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 una condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

El fideicomiso es un contrato que ha tenido una “*explosión*” en los últimos años debido a su utilización, principalmente, en el ámbito de la construcción. Ello no quita que sea una figura que se adapte perfectamente a otros ámbitos de los negocios y/o de la vida, como ser, garantizar un crédito, dejar testamentos, administrar bienes, conseguir financiación, etcétera. Es una excelente herramienta para darle a ciertos emprendimientos específicos un encuadre jurídico adecuado, disminuyendo en parte el riesgo propio del negocio.

Este contrato tiene una serie de ventajas que lo hacen atractivo a la hora de realizar algún negocio. Sin lugar a dudas, la principal es la constitución de la propiedad fiduciaria sobre los bienes fideicomitados, produciendo la separación del patrimonio del fideicomiso de los patrimonios personales de los fiduciantes, los beneficiarios y el fiduciario. De este modo, los acreedores de los mencionados sujetos no podrán valerse del patrimonio del fideicomiso para cobrar sus acreencias. A la inversa, los acreedores del fideicomiso no podrá hacer valerse del patrimonio personal de las partes intervinientes. En ciertas ocasiones solo se puede ver afectado el patrimonio del fiduciario –administrador–, pero nunca el de los fiduciantes y/o beneficiarios.

Como mencionan **Kiper** y **Lisoprawski**, “*la Ley N° 24.441, con el propósito de proteger los bienes fideicomitados para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, estructura un sistema que gira en torno a varios ejes: la posibilidad de sustituir al fiduciario sin que se extinga el contrato de fideicomiso sino que continúe por medio de un fiduciario sustituto, el tratamiento de los bienes fideicomitados como patrimonio separado y la exclusión del fideicomiso del régimen general de la quiebra, previendo un régimen de liquidación particular*”¹.

Otra ventaja del fideicomiso es la flexibilidad que posee. De acuerdo a la naturaleza del negocio, se puede dar al contrato una estructura ade-

1 **Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. V.**; “*Tratado de Fideicomiso*”, Lexis Nexis Depalma, página 161.

cuada a cada caso en particular, previendo las características específicas de cada emprendimiento.

Este contrato es una interesante herramienta a la hora de analizar una estructura de financiación. Entre sus principales ventajas, podemos destacar la reducción del costo financiero y el otorgamiento de garantías adicionales (por el aislamiento del patrimonio).

Una característica singular del fideicomiso es que no posee personalidad jurídica, sino que se trata de un contrato que sirve como medio para cumplir con determinadas finalidades. En cambio, sí posee personalidad fiscal, según lo estipulado por la normativa legal vigente.

2. ANTECEDENTES

El fideicomiso tal como se encuentra instrumentado en la Ley N° 24.441 encuentra su primer antecedente en el derecho romano. Existían dos formas de “*fideicomiso*”. Uno de ellos tenía como objetivo garantizar el cobro de un crédito entregando la propiedad de una cosa (similar al actual fideicomiso de garantía); mientras que la otra forma consistía en la entrega de un bien al fiduciario para su administración (similar al actual fideicomiso de administración).

En Inglaterra existe la figura del *Trust*. Según la definición del *Restatement of the law of trust*, como mencionan en su libro **Kiper y Lisoprawsky**², “*un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)*”.

2 **Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. V.**; “*Tratado de Fideicomiso*”, Lexis Nexis Depalma, página 4.

Existen varias diferencias entre el fideicomiso según el derecho romano y el *Trust* anglosajón. La principal de ellas consiste en que en este último se admite la doble titularidad sobre los bienes, mientras que en el derecho romano existía una única titularidad.

3. ELEMENTOS TÍPICOS Y CARACTERES

El contrato de fideicomiso posee los siguientes caracteres:

- a) **Es bilateral:** Es necesario que existan dos partes, el fiduciante y el fiduciario.
- b) **Es consensual:** Es decir, queda perfeccionado desde el momento en que las partes hubieran dado su consentimiento.
- c) **Es oneroso:** La Ley N° 24.441 establece que *“salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución”*.
- d) **Confianza:** Es un aspecto fundamental en este contrato. El fiduciante deposita una total confianza en el fiduciario.
- e) **Es formal:** El contrato deberá cumplir con ciertas exigencias establecidas en la Ley N° 24.441

Según **Lorenzetti**³, el contrato de fideicomiso tiene los siguientes elementos típicos:

- ◆ Una parte obligacional activa que es el sujeto que constituye el fideicomiso. Se trata del fiduciante.

3 **Lorenzetti, R.;** “*Contratos. Parte Especial*”, 1° Edición, Tomo II, Ed. Rubinzal – Culzoni, página 290.

- ◆ Una parte obligacional pasiva que es el sujeto obligado a administrar el fideicomiso y denominado fiduciario.
- ◆ La obligación de transmitir al fiduciario el dominio de los bienes sujeto a plazo o condición.
- ◆ Un bien o pluralidad de ellos, individualizados a la fecha de celebración, sobre los que se constituye el fideicomiso.
- ◆ Un beneficiario de las ganancias que surgen de la administración del fideicomiso.
- ◆ Una obligación a cargo del fiduciario de transmitir el dominio del bien luego del cumplimiento de una condición o un plazo.
- ◆ Un destinatario final de los bienes, que es el fideicomisario.
- ◆ Un plazo máximo de duración del contrato de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuera un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.

4. DOMINIO FIDUCIARIO

Es un tema que se encuentra contemplado en la gran mayoría de la bibliografía sobre el tema, debido a la gran importancia que tiene.

El Código Civil, en el título referido al Dominio Imperfecto, en su artículo 2.662 establece que:

“Artículo 2.662— El dominio fiduciario es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el

efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”

La definición dada en el párrafo anterior surge a partir de la sanción de la Ley N° 24.441, ya que originalmente estaba redactado de la siguiente manera:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.”

El dominio que posee el fiduciario sobre los bienes no es pleno o perfecto, sino que se trata de un dominio imperfecto, no perpetuo. Se trata de una propiedad cuya duración en el tiempo está sujeta a una condición o plazo resolutorio. La propiedad está sujeta al cumplimiento del encargo recibido por el fiduciante, el cual está especificado en el contrato. Según lo que establece la Ley N° 24.441, el fideicomiso nunca podrá durar más de treinta años.

Como menciona **Alchouron**⁴, al referirse a lo comentado por los autores **Kiper–Lisoprawsky**, el dominio fiduciario posee los siguientes caracteres:

- a) **Es absoluto:** Otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa.
- b) **Es exclusivo:** No pueden dos o más personas tener cada una en el todo el dominio de una cosa.

4 **Martín, J.; Eidelstein, M. y Alchouron, J.;** “Fideicomisos”, 1° Edición, Errepar, página 18.

- c) **Es temporario:** finaliza cuando se cumpla la condición o luego de determinado plazo de tiempo. El plazo máximo que puede durar un fideicomiso es de treinta (30) años.

También se ha comentado mucho sobre la diferencia entre dominio fiduciario y propiedad fiduciaria. En muchas partes de la Ley N° 24.441, se mencionan indistintamente ambos conceptos, sin embargo, existen diferencias. El concepto de propiedad es más amplio que el de dominio, ya que mientras éste último se refiere solamente a cosas, el primero también hace referencia a otros tipos de bienes como créditos, objetos corporales, etc. Recordemos que el artículo 1° de la mencionada ley hace referencia al concepto de “*propiedad fiduciaria*”, por lo que el legislador intentó ampliar los tipos de bienes que se pueden transmitir al fideicomiso. De hecho, el proyecto original de la que luego sería la Ley N° 24.441 hacía referencia a dominio fiduciario, siendo cambiado posteriormente por el término “*propiedad fiduciaria*”.

5. INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO DEL FIDEICOMISO

Una característica singular del fideicomiso es la imposibilidad de quiebra. Al respecto, la Ley N° 24.441 hace una diferencia si se trata de fideicomisos ordinarios o de fideicomisos financieros.

En el caso de los fideicomisos ordinarios, el artículo 16 de la ley establece que “*la insuficiencia de los bienes fideicomitados 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*”.

La Ley N° 24.441 se aparta de las pautas generales establecidas para la quiebra. Si bien a través de este camino se puede lograr mayor rapidez en la liquidación del patrimonio, surgen algunas dificultades.

Una de las primeras dificultades a la que nos enfrentamos deriva de que la Ley N° 24.441 no establece un procedimiento formal para realizar el proceso de liquidación del fideicomiso establecido en el artículo 16 de la ley. Según **Juan Martín Alchouron**⁵, *“cuando no existe un procedimiento formal previsto para este proceso liquidatorio, el esquema formal deberá en cierta forma parecerse al procedimiento concursal en la medida que esta situación supone que el pasivo superará al activo, y que por lo tanto, tomando en consideración los sistemas de privilegios legales y convencionales que nuestra legislación prevé, demandará la presentación de un balance de distribución con fundamentos, y una intimación a los acreedores del fideicomiso a su percepción bajo apercibimiento de consignación. Asimismo, el fiduciario deberá publicar la decisión de liquidar el fideicomiso y fijar un plazo para que se presenten reclamos contra el patrimonio en el caso de que alguien alegase un reclamo por responsabilidad extracontractual”*.

Otro inconveniente se suscita respecto al momento en que se declara la insuficiencia patrimonial y la persona que lo determina.

A mi entender, respecto a este último aspecto, quien deberá determinar si el fideicomiso se encuentra en una situación de insuficiencia patrimonial es el fiduciario, quien es el administrador del fondo y la persona que más conocimientos posee sobre la situación económica – financiera del fideicomiso.

Ahora bien, en relación al momento en que se produce la insuficiencia, considero que la misma sucede cuando el fiduciario no tenga los fondos suficientes para hacer frente a las obligaciones y, asimismo, no posea las facultades para hacerse de los medios necesarios para cubrir

⁵ *Martín, J.; Eidelstein, M. y Alchouron, J.; “Fideicomisos”, 1° Edición, Errepar, página 38.*

las deudas del patrimonio. En mi opinión, es exagerado que ante una situación temporaria (de corto plazo) de insuficiencia del patrimonio, deba realizar la liquidación del fideicomiso.

Hasta acá nos hemos referido a los fideicomisos ordinarios. En el caso de los fideicomisos financieros, el artículo 23 de la Ley N° 24.441 establece que *“en caso de insuficiencia del patrimonio fideicomitado, si no hubiere previsión contractual, el fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda, lo que se notificará mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y un diario de gran circulación del domicilio del fiduciario, la que se celebrará dentro del plazo de sesenta (60) días contados a partir de la última publicación, a fin de que la asamblea resuelva sobre las normas de administración y liquidación del patrimonio”*.

Este artículo en primer lugar establece la posibilidad de que el contrato haya previsto el procedimiento de liquidación, en cuyo caso se regirá por lo establecido en el mismo. Caso contrario, el fiduciario deberá citar a una asamblea de tenedores de títulos de deuda.

En el caso de que la liquidación deba ser tratada en asamblea, las pautas que la misma establezca deberán contener, como mínimo:

- a) La transferencia del patrimonio fideicomitado como unidad a otra sociedad de igual giro;
- b) Las modificaciones del contrato de emisión, las que podrán comprender la remisión de parte de las deudas o la modificación de los plazos, modos o condiciones iniciales;
- c) La continuación de la administración de los bienes fideicomitados hasta la extinción del fideicomiso;

- d) La forma de enajenación de los activos del patrimonio fideicomitido;
- 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.

En relación al quórum, según el artículo 24 de la Ley N° 24.441, *“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 ... Si no hubiese quórum en la primera citación se deberá citar a una nueva asamblea la cual deberá celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha fijada para la asamblea no efectuada; ésta se considerará válida con los tenedores que se encuentren presentes”*.

El artículo 24 también establece que *“Los acuerdos deberán adoptarse con el voto favorable de títulos que representen a lo menos la mayoría absoluta del capital emitido y en circulación”*.

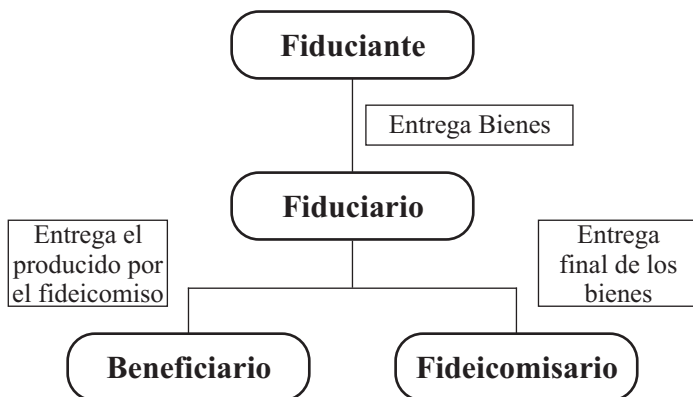
6. PARTES DEL FIDEICOMISO

En el contrato de fideicomiso podemos diferenciar las siguientes partes:

- a) Fiduciante.
- b) Fiduciario.
- c) Beneficiario.

d) Fideicomisario.

A través del siguiente esquema, pretendemos describir, en líneas generales, la operatoria de un fideicomiso.



6.1. Fiduciante

El fiduciante es el propietario del o de los bienes que se transmiten a través del contrato de fideicomiso e instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir.

El fiduciante puede ser una persona física o jurídica, y es quien designa al fiduciario.

Por ejemplo, en el caso de un emprendimiento inmobiliario, serían los inversores que entregan diversos bienes al administrador, como puede ser dinero, inmuebles, materiales, etcétera.

6.2. Fiduciario

Quisiera detenerme un instante en analizar más en detalle la figura del fiduciario, ya que es una parte fundamental en el desenvolvimiento del fideicomiso.

La palabra fiduciario proviene del latín “*fiducia*”, que significa confianza.

Esta figura gira en torno a la confianza depositada por el fiduciante, ya que éste le entregará los bienes con el objeto de que el fiduciario cumpla lo estipulado en el contrato.

El fiduciario es el administrador del fideicomiso. Es quien tiene la “*propiedad fiduciaria*” de los bienes recibidos del fiduciante y la obligación de darle a los bienes el destino establecido en el contrato.

En relación a quien puede ser fiduciario, según lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley N° 24.441, hay que separar el tema si se trata de un fideicomiso ordinario o un fideicomiso financiero. En el primer caso, puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica. En tanto, si se trata de un fideicomiso financiero, sólo pueden ser fiduciarios las entidades financieras autorizadas según la Ley N° 21.526 y las personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores.

Un aspecto a tener en cuenta es que el fiduciario tiene obligación de rendir cuentas. En el contrato se podrá establecer la periodicidad de las rendiciones, pero nunca podrá superar a un año, según el artículo 7º de la Ley N° 24.441.

El mismo artículo también imposibilita al fiduciario de adquirir para sí los bienes fideicomitados. Esto es así ya que, como mencionamos anteriormente, el contrato se basa en la confianza depositada por el fiduciante al fiduciario, y la adquisición para sí de dichos bienes puede ocasionar conflictos con las restantes partes del fideicomiso.

Respecto a la responsabilidad del fiduciario, **Kiper** y **Lisoprawski** sostienen que “*por aplicación de los principios generales, se puede establecer que si el fiduciario, en el ejercicio de su función de administrar un patrimonio o cosas determinadas, que son propias pero que debe hacerlo*

en interés ajeno, ocasiona un daño por su culpa o dolo, está obligado a repararlo. La regla consiste en que el fiduciario es responsable de todo daño causado al fiduciante, al fideicomisario, o al beneficiario, derivado de la no ejecución total o parcial de las obligaciones emergentes del fideicomiso, salvo el que se deba a caso fortuito o fuerza mayor”⁶.

Asimismo, el artículo 6º de la Ley N° 24.441 establece que:

“Artículo 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 confianza depositada en él.”

¿A que se refiere la ley cuando dice “buen hombre de negocios”? A nuestro entender es un término muy abarcativo. El fiduciario deberá actuar correctamente de acuerdo a las pautas establecidas en el contrato, tomando todos los recaudos necesarios para cumplir adecuadamente los fines del fideicomiso. En relación a este tema, **Kiper y Lisoprawski** mencionan que el “*fiduciario debe conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios del tipo de negocios que se comprometió a realizar; de lo contrario habrá impericia. Al mismo tiempo, debe llevar adelante su cometido con previsión y diligencia. El fiduciario, al tomar decisiones ... se puede equivocar, lo que implica mala práctica o práctica equivocada. El error puede ser excusable o inexcusable ... El fiduciario es responsable siempre que comete un error objetivamente injustificable para un experto de su clase. En cambio, si el supuesto error es opinable, pues se trata de un tema sobre el que existen diversas opiniones y posturas, lo que hace que deba ser apreciado subjetivamente, el error es excusable y no genera responsabilidad*”.

El fiduciario es la única parte interviniente del fideicomiso que puede llegar a responder con sus propios bienes, ya que ello no sucede con los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios. Esta figura responderá con

⁶ **Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. V.**; “*Tratado de Fideicomiso*”, Ed. Lexis Nexis Depalma, páginas 303 a 308.

sus propios bienes en el caso de que, como establece la ley, no actúe con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios.

Martín⁷ en su libro expone algunos preceptos del Código de Ética del Fiduciario Latinoamericano, documento que data de 1998. A continuación, expondremos algunos de los aspectos que consideramos más salientes:

- ◆ La confianza es el eje fundamental a través del cual gira el fideicomiso.
- ◆ Las entidades fiduciarias deben velar para que su personal conduzca y ejecute la actividad fiduciaria con ética profesional, la diligencia, la lealtad, la transparencia, para asegurar una recta administración de los bienes fideicomitados y el cumplimiento de las finalidades.
- ◆ Las entidades fiduciarias deben velar para mantener un alto grado de formación y conocimiento a todos los niveles.
- ◆ Las entidades fiduciarias deben diseñar y desarrollar un sistema integral para la prevención y control orientado a evitar que las operaciones fiduciarias sean utilizadas como mecanismo para ocultar el origen, propósito y destino ilícito de los capitales.

El fiduciario podrá percibir una retribución por el ejercicio de sus funciones. De hecho, el artículo 8º de la ley menciona que:

“Artículo 8º— 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

7 **Martín, J.; Eidelstein, M. y Alchouron, J.;** “Fideicomisos”, 1º Edición, Errepar, página 114.

índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.”

Si bien los aspectos tributarios del fideicomiso se verán más adelante en el capítulo respectivo, cabe mencionar que en relación a la situación del fiduciario, la retribución que perciba se encontrará alcanzada por el impuesto al valor agregado y por el impuesto sobre los ingresos brutos, según las disposiciones generales de las leyes correspondientes. Respecto al impuesto a las ganancias, también se encuentra alcanzada por este impuesto, siendo una renta de cuarta categoría.

Sin embargo, en el contrato puede pactarse que el fiduciario no percibirá suma alguna por su actividad, en este caso, la carga tributaria será nula.

Un aspecto importante es la responsabilidad que posee por el fideicomiso como responsable por deuda ajena.

El artículo 6° de la Ley N° 11.683 establece como responsables por deuda ajena a *“los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquellos y pagar el gravamen correspondiente ...”*. Por lo tanto, el fiduciario deberá ingresar con los fondos propios del fideicomiso los impuestos que se encuentren alcanzados en cabeza de este último.

En la medida que el fideicomiso no ingrese los tributos, y siempre que el fiduciario no pueda justificar que se vio imposibilitado a hacerlo (puede ser por falta de fondos, etcétera), éste último será solidariamente responsable por los impuestos omitidos de ingresar.

6.3. Beneficiario

El beneficiario es aquella persona (física o jurídica) a favor de la cual se administran los bienes fideicomitidos, recibiendo los frutos que produzcan. Puede ser el mismo fiduciante o alguien a quien este designe.

El contrato de fideicomiso no podrá obviar la designación del beneficiario. Sobre este tema, el artículo 2º de la Ley N° 24.441 establece que:

“Artículo 2º— El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura ...”

Tampoco existe ningún problema en que haya más de un (1) beneficiario. Por ejemplo, en un fideicomiso testamentario, el padre establece como beneficiarios a sus tres (3) hijos. En este caso, tendremos tres (3) beneficiarios.

En ciertos casos es común ver que se desea realizar la transmisión de la calidad de beneficiario. Tal como establece la ley, no existe problema alguno para tal cesión, salvo que el fiduciante haya estipulado expresamente en el contrato que no se puede transmitir la calidad de beneficiario.

6.4. Fideicomisario

Es el destinatario de los bienes una vez cumplido el plazo o condición a que está sometido el dominio fiduciario. No necesariamente debe estar estipulado en el contrato la existencia del fideicomisario; en caso de que no lo esté, el destinatario final será el beneficiario.

El artículo 26 de la Ley N° 24.441 establece lo siguiente:

“Artículo 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 registrables que correspondan.”

7. DISTINTAS CLASES DE FIDEICOMISO

Como mencionamos anteriormente, una de las ventajas del fideicomiso es la flexibilidad que posee, lo que lleva a utilizarlo en múltiples situaciones. A modo ejemplificativo, a continuación trataremos de describir las principales clases de fideicomiso.

7.1. Fideicomisos financieros

Los fideicomisos financieros son una clase muy particular de fideicomiso. Tal es así que se podría separar el análisis entre fideicomisos financieros y el resto de los fideicomisos (comúnmente denominados ordinarios). Tiene un gran uso en la actualidad, por ciertas ventajas que posee, como ser:

- ◆ Es una gran herramienta para la obtención de fondos.
- ◆ Posee una gran flexibilidad.
- ◆ Tiene ciertas ventajas impositivas, etcétera.

Se encuentran contemplados en los artículos 19 a 24 de la Ley N° 24.441. En efecto, el artículo 19 de la Ley N° 24.441 lo define como: *“aquel contrato de fideicomiso ..., 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”.

Según la Comisión Nacional de Valores *“habrá contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de valores representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirla al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato”.*

A través de los fideicomisos financieros, se intenta convertir activos ilíquidos en líquidos, con el objetivo de obtener fondos para financiar diversas clases de proyectos. Tiene características diferenciales al resto de los fideicomisos. Entre ellas podemos citar:

- ◆ Pueden ser fiduciarios solamente las entidades financieras y las sociedad autorizadas por la Comisión Nacional de Valores.
- ◆ Emiten títulos valores, ya sean certificados de participación o títulos de deuda. Al respecto, el artículo 21 de la Ley N° 24.441 establece que los primeros deben ser emitidos por el fiduciario, mientras que los segundos pueden ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso. Según **Juan Carlos Serra**⁸, los certificados de participación *“instrumentan un derecho de participación en el patrimonio del fideicomiso; tienen derecho al capital invertido y a las utilidades de acuerdo a lo establecido en el contrato”*, mientras que los títulos de deudas *“dan derecho a la devolución del capital y al pago de intereses que representa la retribución del capital invertido, la que no tiene que guardar relación con la utilidad del fideicomiso”*.

⁸ Serra, J. C.; *“Fideicomiso”*, 1° Edición, Ed. Osmar D. Buyatti, página 193.

- ◆ Pueden realizar oferta pública.
- ◆ Poseen un tratamiento impositivo diferente (este punto se lo analizará detalladamente cuando veamos los distintos impuestos), etcétera.

7.2. Fideicomisos testamentarios

Esta clase de fideicomiso nace por un acto de última voluntad. Está expresamente nombrado en el artículo 3° de la Ley N° 24.441. En este caso el fiduciante le transmite su patrimonio al fiduciario, para que lo administre y una vez verificado el cumplimiento de la condición, transfiera los bienes a los beneficiarios y/o fideicomisarios (en este caso serán los herederos o legatarios). Obviamente, las cláusulas del fideicomiso no podrá afectar la legítima. Según el artículo 3.591 del Código Civil *“la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”*.

Para ejemplificar lo expuesto, puede ser el caso de un hombre (“J.F.”) que desee dejar preparado la distribución de los bienes a su esposa e hijos para el momento de su fallecimiento. Por ello, hace un fideicomiso en el cual una persona de confianza se encarga de administrar los bienes. “J.F.” establece que los frutos de su patrimonio (por ejemplo el alquiler de un departamento a su nombre) sean entregados a su esposa hasta el momento de su fallecimiento, momento en el cual se distribuirán sus bienes entre su esposa e hijos en las partes que la ley establezca. En este caso, “J.F.” es el fiduciante, el administrador del patrimonio es el fiduciario, la esposa es la beneficiaria y la esposa e hijos son los fideicomisarios.

7.3. Fideicomisos inmobiliarios

Los fideicomisos inmobiliarios son una de las clases más utilizadas en la actualidad. Consiste en utilizar a la figura del fideicomiso para la construcción de un determinado emprendimiento inmobiliario, donde los fiduciantes aportan bienes (ya sea terreno, materiales, dinero, etcétera) con el fin de que el fiduciario (administrador) lleve a cabo el emprendimiento, entregándole los frutos del mismo a los beneficiarios una vez culminado el plazo y/o condición. El beneficio puede ser diferente de acuerdo al tipo de emprendimiento que se desee desarrollar. Por ejemplo, en un fideicomiso al costo, el beneficio será la unidad funcional obtenida de acuerdo al aporte proporcional, mientras que en un fideicomiso inmobiliario con ánimo de obtener una renta, el beneficio será el dinero retirado como utilidad del emprendimiento.

Tiene una gran ventaja respecto a los condominios que se utilizaban anteriormente, que consiste en el “*encapsulamiento*” del negocio, resguardando el patrimonio de los inversores de la acción de los acreedores y también del patrimonio fiduciario de la acción de los acreedores de las partes intervinientes, situación que en los condominios no sucede, acarreado diversos riesgos para el emprendimiento y para las partes intervinientes.

7.4. Fideicomisos de administración

En el fideicomiso de administración el fiduciante le entrega una cantidad determinada de bienes al fiduciario para que los administre y le entregue los frutos obtenidos al beneficiario. Un ejemplo típico es el de una persona que le entrega bienes inmuebles a una persona idónea en la materia para que los alquile y le entregue el producido del alquiler al beneficiario.

7.5. Fideicomisos de garantía

El fideicomiso de garantía tiene como función servir de garantía de una determinada deuda. Por ejemplo, el deudor entrega un inmueble al fiduciario con el fin de garantizar una deuda. En caso de que el fiducian- te (deudor) aboné la totalidad de la deuda, el bien volverá a su patrimo- nio, mientras que en caso de que no la abone, el fiduciario tiene dos opciones: vender el inmueble, cancelar el crédito y en caso de remanen- te entregárselo al deudor, o bien, entregar el bien al acreedor como parte de pago de la deuda; todo esto según lo que establezcan las cláusulas particulares del contrato. Se puede estipular que mientras el bien se en- cuentre en el fideicomiso, el administrador podrá disponer del bien con el fin de obtener una renta periódica, cuyo beneficiario deberá estar ex- plicitamente indicado en el contrato. Consideramos muy interesante las ventajas que **Juan Martín Alchouron**⁹ atribuye a esta figura respecto de otras cuya finalidad es garantizar acreencias. Ellas son:

- a) **Agilidad en el pago:** Producida la causal que habilita su ejecu- ción, el fiduciario dispondrá la venta de los bienes afectados y pagará la obligación incumplida sin necesidad de recurrir a la vía judicial.
- b) **Autoliquidabilidad:** Puede ser por ejemplo que se establezca que los ingresos derivados del alquiler del inmueble sea utilizado para la cancelación del crédito, entregando el deudor el saldo res- tante en caso de corresponder.
- c) **Optimización patrimonial:** La figura del fideicomiso permite incorporar como garantía del crédito los flujos de fondos futuros (por ejemplo, los alquileres a percibir).

⁹ *Martín, J.; Eidelstein, M. y Alchouron, J.; "Fideicomisos", 1º Edición, Errepar, páginas 44 y 45.*

- d) **Disminución del riesgo de crédito:** Los bienes fideicomitados quedan afuera de los avatares económicos del fiduciante y el fiduciario.
- e) **Abaratamiento del crédito:** Al disminuir el riesgo de incobrabilidad, las tasas de interés suelen ser menores a las del mercado.

7.6. Fideicomisos agropecuarios

El fideicomiso agropecuario es otra clase que se está utilizando mucho en la actualidad. Una serie de personas aportan dinero y/o otros bienes (por ejemplo fertilizantes, maquinarias) con el fin de realizar alguna actividad agrícola.

El fiduciario realiza todas las tareas necesarias de la actividad (contrata personal, ordena los trabajos de siembra, fumigación y cosecha, compra y vende animales, vende el cereal, etcétera). Una vez culminada la temporada, se distribuyen las utilidades a los beneficiarios de acuerdo a la rendición de cuentas realizada por el fiduciario.

Es una herramienta útil para que aquellas personas que no tienen la capacidad financiera suficiente para desarrollar por sí solo una actividad agropecuaria, tengan la posibilidad de invertir en el sector con un importe razonable.

7.7. Fideicomisos públicos

Como menciona **Mirta Herzog**¹⁰, “*este tipo particular de fideicomiso puede ser tanto financiero como ordinario, pero la diferencia radica en que su finalidad es de interés público*”. En este caso, el Estado adquiere el carácter de fiduciante.

¹⁰ **Herzog, M.**; “*El Fideicomiso y el Agro*”, 1ª Edición, Ed. Osmar D. Buyatti, página 38.