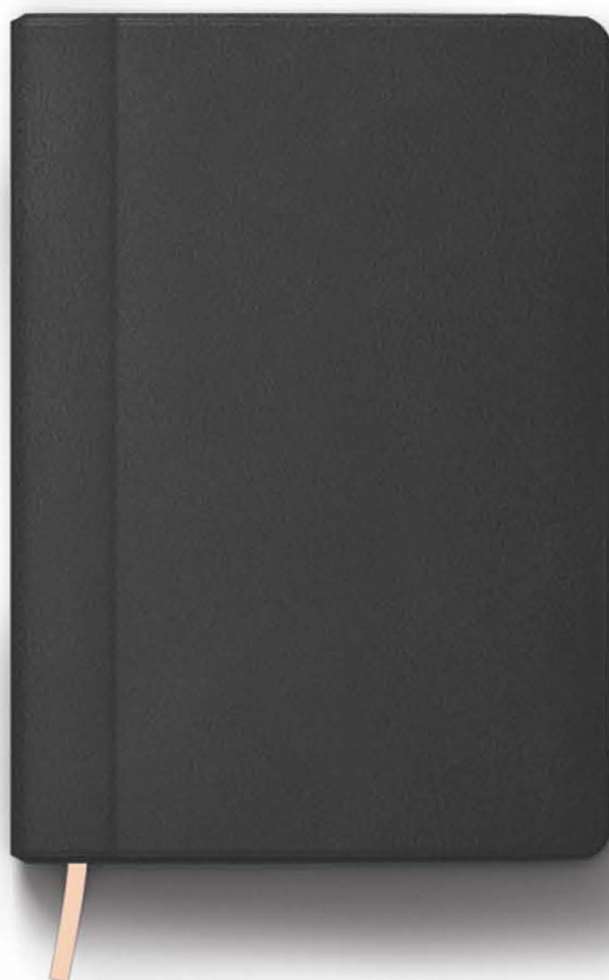


CUADERNOS DE POSGRADO 2024

SECRETARÍA DE POSGRADO



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DEL NORDESTE

Cuadernos de Posgrados

| 2024 |

Cuadernos de posgrados 2024 / Carla Camila Jarko ... [et al.] ; Compilación de Mónica Andrea Anís ; Director Nahuel Pellerano ; Hilda Zulema Zárate. - 1a ed adaptada. - Corrientes : Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2025.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-631-6623-11-9

1. Derecho. I. Jarko, Carla Camila II. Anís, Mónica Andrea, comp. III. Pellerano, Nahuel, dir. IV. Zárate, Hilda Zulema, dir.

CDD 346.02

Directores:

Nahuel Pellerano

Hilda Zulema Zarate

Comité Académico:

Dra. Mónica Andrea Anís

Dra. Gabriela Aromí de Sommer

Dra. Dora Esther Ayala Rojas

Dr. Jorge Buompadre

Dra. Gladis Estigarribia de Midón

Dr. Gustavo Lozano

Dra. Luz Gabriela Masferrer

Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau

Dr. César Vallejos Tressens

Dra. Verónica Torres de Breard

“Reflexiones personales sobre el
contrato de fideicomiso luego
de su utilización por cerca
de dos décadas”

| Noberto Julián Simón |

Introducción

El fideicomiso ha sido un contrato que ha despertado en mí un profundo interés desde que obtuviera mi primer título profesional, el de Escribano Público, en la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas en el año 1995.

Desde el inicio mismo he tenido intervención en el estudio de un caso judicial que involucraba a una fiducia a fines de la década de los noventa, cuando la figura era prácticamente desconocida en la jurisdicción de la Provincia de Corrientes. Gracias al estudio realizado se logró destrabar una situación la cual será mencionada en el desarrollo.

59 /

Con posterioridad en el año 2005 nuevos desafíos se plantearon por medio de requerimientos específicos de los clientes del estudio, que me llevaron a introducirme de lleno en el ámbito de la fiducia destinada al desarrollo inmobiliario y a la planificación patrimonial familiar.

Grandes logros se obtuvieron mediante la utilización de esta figura, como así también algunas decepciones, estas últimas de la mano de la inestabilidad legislativa de la República Argentina en materia tributaria.

El presente trabajo tiene por objetivo brindar al lector la oportunidad de conocer una opinión subjetiva de quien se encontró en uso de la figura durante este tiempo y concluir con una visión de las revisiones que la legislación vigente merece.

1. El contrato de fideicomiso en la legislación argentina

1.1. Ubicación Legislativa actual e histórica

El contrato de fideicomiso se encuentra actualmente contemplado en el Código Civil y Comercial Argentino en el Libro Tercero, Derechos Personales, Título IV, Contratos en General, Capítulo 30, conteniendo la Sección Primera las Disposiciones Generales, artículos 1666 al 1670. La Sección Segunda Sujetos, artículos 1671 a 1681. La Sección Tercera, Efectos, artículos 1682 a 1689. La Sección Cuarta el Fideicomiso Financiero artículos 1690 a 1692. La Sección Quinta los Certificados de Participación y Títulos de Deuda, artículos 1693 y 1694. La Sección Sexta Asambleas de Tenedores de Títulos Representativos de Deuda o Certificados de Participación, artículos 1695 y 1696. La Sección Séptima, Extinción del Fideicomiso, artículos 1697 y 1698. La Sección Octava, Fideicomiso Testamentario, artículos 1699 y 1700 y el Capítulo 31, dedicado al Dominio Fiduciario.

Previamente se encontraba legislado en la Ley 24441, Financiamiento de la Vivienda y La Construcción, sancionada el 22 de enero de 1994, Promulgada el 9 de enero de 1995. Dicha norma en su Título Primero introdujo el fideicomiso en la República Argentina, contemplando su regulación en siete capítulos conteniendo en total 26 artículos.

Debe además tenerse en cuenta que la precitada ley también trató la fiducia en su artículo 73 que dispuso la sustitución del artículo 2662 del Código Civil en ese entonces vigentes, incorporando una nueva definición respecto del dominio fiduciario estableciendo que 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.”

Asimismo, el artículo 74 dispuso la incorporación del párrafo segundo del artículo 2670 del precitado cuerpo normativo estableciéndose que “Quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial.”

1.2. Causas que determinaron la sanción de la ley

La sanción de la ley 24441 como claramente establece su título tenía por fin el acceso a la vivienda y la promoción de los desarrollos inmobiliarios. Cabe recordar que la República Argentina, fiel a su tan particular historia económica se encontraba en ese entonces intentando superar una de sus tantas crisis económicas, en este caso la producida a fines de los ochenta que arrojó una inflación incompresible a niveles internacionales, superior al cinco mil por ciento anual. A tal fin se sanciona la ley 23938 el 27 de marzo de 1991 que entró en vigencia el 1 de abril de 1991. Dicha norma, denominada Ley de Convertibilidad del Austral dispuso la paridad fija entre 10.000 Australes (moneda de curso legal en la república en ese entonces) y 1 dólar estadounidense, que luego de derogarse el Austral y con el retiro de cuatro ceros a la moneda, se comenzó a emitir el actual peso argentino, estableciéndose la paridad conocida como “uno a uno” que obligaba al Banco Central a tener una reserva líquida en dólares estadounidenses equivalente al circulante en Pesos. Dicho proceso tuvo por efecto bajar la inflación en un lapso muy corto de tiempo. Luego de ello se buscó en forma intensa lograr atraer inversiones a la Argentina a fin de fortalecer la economía y a la vez desarrollar inmobiliariamente el país y brindar a la población soluciones habitacionales.

El contexto entonces existente, post hiperinflación implicaba que muchas de las grandes empresas constructoras existentes en el país, arrastren grandes pasivos con motivo de la crisis sufrida, por lo que el ingreso de nuevos capitales a las mismas podría verse afectado y no posibilitar el desarrollo de los proyectos para los cuales ingresara.

Por tal motivo se introducen en la ley 24441 figuras contractuales que tengan por fin la protección del capital, como el caso del fideicomiso y la reducción de la tasa de interés, como el contrato del leasing y la emisión de letras hipotecarias con su ejecución especial.

La reforma del Código Civil que realiza la misma ley introduce la caracterización del dominio fiduciario, limitado en el tiempo y la irrevocabilidad de las transferencias efectuadas en pleno dominio.

Se planteó en ese entonces la duda si era factible que un dominio que era por su naturaleza revocable tenía la aptitud para transferir a un tercero un dominio pleno, fundado en que se estaría transmitiendo un derecho mayor al que el fiduciario poseía. La discusión pudo haber tenido algún sentido académico, pero a mi criterio no merecía mayor análisis, la solución es simple puede el fiduciario transmitir el dominio pleno y perfecto, porque la ley así lo dice.

\ 62

2. Aspectos propios del fideicomiso a ser analizados

2.1. La ausencia de personería jurídica.

Una de las cuestiones características de la legislación argentina en materia de fideicomisos es la concepción del patrimonio fiduciario, separado del patrimonio propio de quien ejerza tal función. Así ya lo consignaba la ley 24441 y lo sigue receptando el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido al incorporarse bienes al patrimonio fiduciario, los mismos se inscribirán a nombre del fiduciante, pero conformando un patrimonio separado e independiente del mismo. A las luces de esta normativa, que desde el punto de vista racional parece sumamente claro, cabe analizarla desde un punto de vista práctico a fin de determinar las ventajas o desventajas de esta construcción legislativa.

El hecho de que un bien deba inscribirse en la forma enunciada, atribuyéndole la titularidad al fiduciario pero conformando un

patrimonio separado, importa que en los registros respectivos, tales como los de la propiedad inmueble o automotores, los asientos registrales operen de esta manera con lo cual nos encontramos frente a la situación que al solicitar un informe sobre la existencia de bienes de titularidad de quien ejerce la fiducia se informan todos, tanto los que corresponden al patrimonio propio del fiduciario como los que pertenecen al patrimonio fideicomitado. Cabe aclarar que en los pertenecientes al patrimonio fiduciario se aclara la existencia del contrato de fideicomiso.

Conforme lo enunciado un acreedor personal del fiduciario que solicite un informe en la forma enunciada en el párrafo anterior obtendría la información no solo del patrimonio personal sino también la del fideicomitado. Esta acción puede inicialmente llevar a confusiones y a una eventual traba de medidas precautorias sobre bienes fideicomitados que no corresponde sean afectados por parte de los acreedores del fiduciario. Si bien todas las herramientas legales están disponibles para demostrar la separación patrimonial y la improcedencia de tales medidas, no deja de ser un hecho que, de producirse, requiera un accionar procesal y los consecuentes costos e inconvenientes que ello produce, sin dejar de ver los eventuales perjuicios que se pudieren producir por tal situación, hecho que se analizará con mayor detalle.

Por lo expuesto cabe preguntarse si la opción de dotar al contrato de fideicomiso de una personería jurídica independiente no hubiese sido el sistema adecuado, lo que abordaremos en el siguiente análisis.

La figura del fideicomiso conforma un contrato, en el que existen por lo menos dos partes, fiduciante y fiduciario. El hecho de que sea un contrato entre partes indicaría que no se tratase de una nueva persona jurídica por su naturaleza contractual. Pero frente a esta afirmación no dejemos de ver la realidad imperante en el ámbito de las sociedades, las cuales nacen por la conformación de un contrato, el de sociedad y tiene por efecto el nacimiento de una nueva persona independiente de la de sus socios y de un patrimonio también separado del mismo.

En el ámbito fiduciario la Administración Federal de Ingresos Públicos AFIP, ha optado por una concepción distinta a la legal, toda vez que a los fideicomisos les confiere la denominada “personería fiscal” esto implica que frente a la presentación de un contrato de fideicomiso la administración otorga al mismo una clave única de identificación tributaria (cuit) independiente y que todas las obligaciones tributarias se tramitan bajo dicha clave. Esta normativa tributaria viene a poner claridad frente a la cuestión legal toda vez que separa de manera practica el conjunto de obligaciones propias del fiduciario a título personal de las referentes al patrimonio fiduciario, registrándolas por separado y confiriéndole además a la cuit del fideicomiso la identificación con el nombre del mismo, por lo tanto al obtener una constancia de cuit de un fideicomiso no obtenemos la denominación del nombre del fiduciario y la indicación de su carácter de tal sino que directamente obtenemos la denominación del fideicomiso.

Entonces haciendo un paralelo entre el tratamiento registral y el tratamiento tributario de los fideicomisos, cabe indagar que sistema brinda mayor claridad. La respuesta a dicho interrogante no merece mayor análisis. El sistema tributario de personería independiente elimina la posibilidad de posibles confusiones que establece el sistema registral de bienes.

2.2. Patrimonio Fiduciario e inhibición general de bienes.

Una especial mención merece la anotación registral de las inhibiciones. Recordemos que la inhibición general de bienes importa una restricción a la disposición de bienes de la persona afectada, impidiéndole transmitir o gravar los mismos. Ahora bien, en el aspecto práctico cuando ingresa una inhibición al registro respectivo que recae sobre el fiduciario se lo afecta al mismo con su número de documento nacional de identidad si se trata de una persona física, o en base a su número de cuit si se trata de una persona jurídica. Nuevamente la confusión reina frente a la medida registrada debiéndose determinar

si la misma corresponde o no al patrimonio fiduciario. En el primer supuesto el patrimonio fiduciario es el que se verá afectado y el fiduciario no podrá realizar actos de disposición de naturaleza alguna mientras que, en el segundo supuesto, en caso de que la medida fuese sobre el patrimonio propio del fiduciario este último es el que se verá afectado, situación sobre la que volverá a tratar más adelante.

Recordemos que, en el ámbito notarial por impero de la ley 17801 y las disposiciones propias de cada jurisdicción el escribano interviniente para poder realizar actos de disposición sobre inmuebles deberá tener a la vista el correspondiente certificado expedido por el registro de la propiedad inmueble. Recordemos además que para el caso de la Provincia de Corrientes este certificado tiene una vigencia de quince días desde su expedición para el caso de que el profesional interviniente tenga el asiento de su registro notarial en el Departamento Capital. Dicho plazo es de veinte días si el asiento del registro es de los restantes departamentos y el plazo se eleva a treinta días si el escribano interviniente tiene su asiento respectivo en otra jurisdicción provincial. Todos los plazos son de días corridos. Al expedirse el registro da cuenta en su informe de dos situaciones, la primera proveniente del registro de inhibiciones de los disponentes y la segunda de ellas respecto del estado de dominio del inmueble objeto de las actuaciones. Al expedirse dicho informe, en lo que a inhibiciones respecta se dan dos situaciones: 1) En el caso en que no exista ningún registro informa que las personas sobre quienes versa la solicitud tienen la libre disposición de sus bienes. 2) En el caso de registrarse alguna inhibición informa a quien corresponde, el juzgado interviniente, carátula y número de expediente y el plazo de vigencia, pero no determina si la misma corresponde o no al patrimonio fideicomitido o propio del fiduciario. Frente a la situación en que efectivamente se registren inhibiciones el profesional interviniente se encuentra en la incertidumbre de saber si la medida cautelar afecta o no el patrimonio fiduciario.

Esta hipótesis no es de laboratorio y de hecho, se da en la práctica y el caso le ha ocurrido al suscripto. En oportunidad de realizarse un

contrato de fideicomiso de construcción se designa fiduciaria a una persona física para que revista tal carácter. La obra se desarrolla sin ningún tipo de inconvenientes, finalizada la misma se entregan las unidades funcionales a los respectivos beneficiarios, se aprueban los planos de obra, de mensura para afectarse al régimen de propiedad horizontal y al momento de solicitarse el informe registral para afectar el inmueble a propiedad horizontal y efectuar las transferencias respectivas el certificado emitido por el registro da cuenta de una inhibición dispuesta por un juzgado en lo civil y comercial de la Ciudad de Corrientes y es promovida por una entidad bancaria contra la fiduciaria, que recordemos es persona física. Acto seguido se informa a la fiduciaria la existencia de esta medida cautelar y la misma desconocía su procedencia. Efectuada las averiguaciones legales correspondientes la causa se había iniciado contra quien fuera esposo de la fiduciaria por haber sido garante del mismo en los saldos de cuenta corriente bancaria. Continuando con las averiguaciones se determina que la fiduciaria había obtenido su sentencia de divorcio con anterioridad a la suscripción del fideicomiso y la causa judicial tuvo origen también antes de que el fideicomiso se suscribiera. De esta forma no quedaban dudas de que la deuda reclamada no tenía vinculación con el contrato de fideicomiso, por la fecha de origen de la causa judicial. Habiéndose determinado la causa de la deuda se recurre a la doctrina notarial a fin de averiguar en ese entonces, año 2009 aproximadamente, las opiniones que pudiere haber al respecto, tratando de encontrar una solución extrajudicial al problema a fin de permitir la escrituración de los bienes de la manera más pronta posible y dar cumplimiento a la manda fiduciaria. Se encuentra en ese momento un artículo que daba cuenta que frente a esta situación una salida posible era la de dejar constancia en el cuerpo de la escritura de la falta de vinculación de la medida cautelar con el patrimonio fiduciario con lo cual el fiduciario se encuentra facultado a ejercer actos de disposición de dicho patrimonio. Se realiza en ese entonces la consulta respectiva a la directora del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia

de Corrientes y se analiza el caso en conjunto. Habiéndose determinado en forma indubitada de que la acción judicial no correspondía a los bienes fideicomitidos sino solo sobre el patrimonio propio de la fiduciaria y frente a la especial circunstancia de que la mencionada causa judicial se iniciara con anterioridad a la formación misma del fideicomiso, el registro interviniente conformó se otorgue el acto labrándose actuaciones notariales que den cuenta de esta situación y procedió a registrar las respectivas transferencias. Si bien alguien con una visión llamémosla “triumfalista” respecto de la separación de patrimonios podría claramente afirmar que la separación de patrimonios funcionó y que se pudieron otorgar los actos, lo cual es si dudas cierto no hay que dejar de ver las dificultades que este tipo de situaciones genera, la posibilidad de errores que den planteos a interminables causas judiciales y cuestionen la seguridad jurídica en la transmisión inmobiliaria.

2.3. Fórmula propuesta para la solicitud de certificados registrales referentes a dominio fiduciario

67 /

Tomando como referencia la denominada personería fiscal de los fideicomisos y que los mismos cuentan con clave única de identificación tributaria independiente de la del fiduciario en las posteriores solicitudes de certificados al registro de inhibiciones, he tomado el criterio de utilizar una fórmula que indique los datos del fiduciario y manifestando que se solicita la libre disposición en su carácter de fiduciario del fideicomiso correspondiente con su respectiva cuit. Esta solicitud se comenzó a efectuar de la siguiente manera: “solicito se sirva informar si (nombre completo y documento nacional de identidad del fiduciario) en su carácter de fiduciario del fideicomiso (denominación del fideicomiso) CUIT (cuit del fideicomiso) tiene la libre disposición de sus bienes.” Al realizarse la solicitud de esta forma el informe producido dará cuenta de las inhibiciones tanto con el documento de identidad del fiduciario como con la cuit del fideicomiso y nos permitirá tener un primer criterio de distinción. Si el informe refleja una inhibición sobre la cuit del fideicomiso, no

queda duda alguna de que el acto no se puede realizar y tenemos un primer criterio de depuración. Por el contrario, si las inhibiciones registradas no fuesen sobre la cuit del fideicomiso sino sobre el documento nacional del fiduciario o la cuit propia de la fiduciaria en caso de que sea persona jurídica, se deberá igualmente realizar el análisis de las actuaciones pertinentes a fin de determinar la procedencia de la medida sobre el patrimonio fiduciario.

2.4. El asiento registral del dominio fiduciario en la Provincia de Corrientes

Por imperio del Código Civil originariamente y por el Código Civil y Comercial en la actualidad, la adquisición del dominio requiere de dos elementos constitutivos, el título suficiente y el modo suficiente a lo cual debe sumarse la inscripción registral, que tiene fines publicitarios y produce la oponibilidad a terceros. En dicha transmisión dominial el título suficiente refiere al instrumento por el cual se adquiere el dominio, pudiendo ser de origen administrativo, judicial o notarial. Para este último supuesto se requiere la forma de escritura pública y el derecho del adquirente nace con el otorgamiento del instrumento. El modo suficiente refiere a la entrega de la posesión, es decir la tradición de la cosa por parte de quien la detentaba a favor del nuevo adquirente, que cabe destacar es un hecho material y no cartular, que admite dos excepciones, la traditio brevi manu y el constituto posesorio. Por último, tenemos la inscripción ante el registro correspondiente a la naturaleza de los bienes, en caso de inmuebles, el registro de la propiedad inmueble de la jurisdicción correspondiente que tiene una naturaleza declarativa y no constitutiva, vale decir que la inscripción practicada no hace nacer el derecho, el mismo en el caso de las escrituras públicas nació con el instrumento y simplemente se efectúa la inscripción a los fines publicitarios respectivos.

Los asientos registrales inmobiliarios se practican en las matrículas respectivas, denominadas folio real, correspondiendo un número

a cada folio e inmueble. Dicha numeración es independiente para cada departamento de la provincia. Dicha matrícula posee, entre otras previsiones, lugares asignados para el número de matrícula, el departamento al que pertenece el inmueble, la nomenclatura catastral, la descripción del inmueble, por debajo cuatro columnas que refieren la primera de ellas a la titularidad registral y sus sucesivas transferencias. La segunda a los gravámenes sobre el bien, tales como hipotecas, embargos y demás medidas cautelares. La tercera columna se encuentra dedicada a la cancelación de los gravámenes anotados en la columna previa. Por último, la cuarta columna lleva el asiento de los certificados con reserva de prioridad emitidos para los respectivos escribanos. A todo ello queda una fila inferior destinada a registrar los informes que se soliciten sobre la matrícula en cuestión.

En los comienzos de la utilización de la figura uno de los aspectos que estuvo en cuestión en el ámbito registral es como efectuar la registración del dominio fiduciario.

Una de los sistemas propuestos fue el de asentar la titularidad del bien a nombre del fiduciario en la columna de titulares y en la columna de gravámenes dejar asentado que se trata de un dominio fiduciario. Este sistema de registración que pareciera ser bastante ordenado para su análisis, ya que en el estudio de las matrículas se analiza la titularidad de dominio y obviamente los gravámenes, al efectuar el análisis de la columna de gravámenes se desprendería la naturaleza fiduciaria del dominio. Esta concepción no fue tomada por una clara y sencilla razón lo fiduciario del dominio no es un gravámen, sino que es un dominio en si mismo, con la propia característica de la revocabilidad, limitando su duración en el tiempo. Por ello la columna de gravámenes debía ser reservada exclusivamente a los asientos precedentemente indicados es decir a los de hipoteca y medidas cautelares.

Otra de las posibilidades analizadas fue la de asentar el dominio fiduciario en la columna de titularidades, pero consignando como titular a la denominación del fideicomiso. Esta variante no corresponde de ser aplicada, por cuanto el fideicomiso no tiene personería jurídica

independiente de la del fiduciario y por lo tanto no corresponde que se asiente como titular al fideicomiso en sí con su denominación.

Por último, el sistema adoptado consiste en asentar la titularidad del dominio, en la columna de titularidades, consignando el nombre en caso de ser persona física o la denominación en caso de ser persona jurídica, del fiduciario, con sus respectivos datos y se establece en esta misma columna que el dominio es fiduciario, con la leyenda respectiva. De esta manera se establece con claridad quien es el titular de dominio y que el dominio que posee tiene naturaleza fiduciaria.

Todo parece estar claramente establecido, pero veamos algunos aspectos que se han suscitado con motivo de esta práctica registral en la faz práctica.

Por motivos ajenos al análisis del presente trabajo he tenido la oportunidad de presenciar personalmente un error en la registración del dominio fiduciario. Dicho caso se trataba de una transferencia que efectuaba un fiduciario, titular del dominio de parcelas afectadas a conjunto inmobiliario, que vendía una de las parcelas y la adquiría otro fiduciario, representado en dicho acto por un apoderado. Al momento de practicar el asiento registral de la transferencia, por un error registral se consignó como titular dominial, la denominación del fideicomiso y se inscribió en forma definitiva el instrumento de tal manera. Ante esta situación detectada en estudio de títulos y antecedentes se procedió a obtener la rectificación del asiento y se consignaron en forma correcta las informaciones correspondientes la titularidad de dominio a nombre del fiduciario como tal.

2.5. Los informes registrales

Otra situación que merece ser analizada y que es siempre materia de preocupación por parte del suscripto es el análisis de los informes registrales. A fin de determinar si una persona es titular de algún bien inmueble, se puede solicitar al registro la expedición de un informe. En la solicitud del informe solo basta consignar nombre y número

de documento para el caso de las personas físicas o denominación y número de cuit para las personas jurídicas. Además de ello debe adicionarse el objeto por el cual se solicita el informe, teniendo distintas posibilidades, trámites administrativos o judiciales. Una vez ingresado el mismo, el registro de la propiedad inmueble se expide en el plazo previsto a tal fin y el informe brinda la totalidad de los inmuebles que se registran a nombre de la persona física solicitada por su documento o de la persona jurídica por su cuit, sin emitir en forma separada lo que pertenezca a un dominio fiduciario. La anotación de dominio fiduciario si se encuentra en el asiento registral, pero por su ubicación pueda pasar inadvertida, confundiéndose con los demás datos personales del titular registral.

Dicho informe es el comúnmente solicitado por los abogados en forma previa al petitorio de una medida cautelar y podría suceder que pase inadvertido la pertenencia al dominio fiduciario y se trabe el gravámen sobre el patrimonio fideicomitado en lugar del patrimonio propio del fiduciante. Bien se podría pensar que el fiduciario tiene todo el derecho de peticionar judicialmente su levantamiento, lo cual es totalmente acertado, puesto que este derecho le asiste, pero lo que es igualmente cierto es que esta situación puede ser al menos causante de inconvenientes, gastos y honorarios.

71 /

2.6. El plazo de treinta años

Tanto la ley 24441 como el Código Civil y Comercial Argentino disponen que el fideicomiso tiene una duración máxima de treinta años como regla general, vencido el cual el fideicomiso no puede continuar y debe liquidarse. El plazo que es una disposición legal no puede ser modificado por voluntad de las partes lo cual puede ser atendible, pero lo que a todas luces es una falta de previsión legal es la introducción de la opción de prórroga si todos los sujetos intervinientes están de acuerdo. La norma obliga a la liquidación del patrimonio y si las partes desean continuar deben conformar uno nuevo, con todos los

consecuentes gastos y honorarios que ello implique. Establecer legalmente la posibilidad de prórroga pondría fin a este inconveniente.

2.7. La incompatibilidad fiduciante – fiduciario

Otra nota característica de nuestra legislación en materia de fideicomisos está dada por la incompatibilidad de revestir en el mismo contrato el carácter de fiduciante y fiduciario. Esta prohibición proviene de la definición misma del contrato de fideicomiso al establecer el artículo 1666 que “hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario.” Toda vez que para que la figura contractual se configure se requiere la transferencia de una persona a otra determinando de esta manera que el contrato debe contar con los dos sujetos para poder conformarse. En la práctica y especialmente en materia de fideicomisos de planificación familiar patrimonial muchas veces se ha valido el fiduciante de una persona jurídica, conformada por el o los mismos fiduciantes, para que se dé por cumplido el requisito de la doble existencia de personas para la contratación.

Esta solución al impedimento se vino aplicando por muchos años en la jurisdicción local, sin ningún tipo de inconvenientes. En el transcurso de este año 2024, se ha dado la particularidad a algunos colegas de sus trámites de inscripción de los contratos de fideicomiso ante la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Corrientes, fueron observados, por cuanto los mismos fiduciantes son los integrantes del contrato social de la persona jurídica designada como fiduciario. De esta manera se interpreta que hay unanimidad de sujetos y no se cumple con la dualidad de personas prevista por la legislación.

Frente a esta situación cabe analizar que no es irracional el planteo efectuado por la Inspección: son los mismos sujetos los integrantes de ambos contratos, en conclusión no hay tercera persona en el fiduciario.

No obstante, siempre cabe aclarar las circunstancias que llevan a tal situación. En el ámbito de los fideicomisos de planificación patrimonial hay que entender una realidad inherente a la utilización de la figura, se trata de proteger el patrimonio de la familia y determinar las reglas que se van a seguir al momento de su liquidación, evitando que los bienes ingresen a un costoso y muchas veces innecesario proceso sucesorio. No hay que dejar de ver también que las familias son especialmente reservadas en cuanto a su situación patrimonial y no se sienten seguras teniendo la administración de los bienes en manos de un tercero. Por tal motivo es perfectamente razonable entender que se pretenda que no integren el contrato, terceros ajenos a la familia. Teniendo este pensamiento en mente creo conveniente afirmar que para estos supuestos debe ser mantenido el criterio histórico y determinar que se da por cumplida la dualidad de personas entre la de los fiduciantes y la persona jurídica administradora, aunque haya identidad de sujetos.

73 /

3. Particularidades acontecidas en torno a los fideicomisos

3.1. Las decepciones tributarias

En materia fiscal se estableció en materia de fideicomisos cuando el fiduciante revistió el carácter de beneficiario el fideicomiso no es sujeto al gravámen del impuesto a las ganancias siempre y cuando el fideicomiso no fuese financiero (art. 69 Ley de impuestos a las Ganancias). Sin embargo en un momento de la historia los fiduciarios se vieron afectados por una resolución de la A.F.I.P que determinó que deba practicarse una retención del 3% al momento de escriturarse un inmueble en concepto de pago a cuenta del impuesto a las ganancias. Se suscitó entonces un problema para las empresas constructoras el momento de efectuar la escrituración, toda vez que dicho importe

no se encontraba contemplado en el presupuesto de obra y por otra parte el fideicomiso conformado de esta manera, es decir con la unidad de fiduciante y beneficiario no tributa dicho impuesto bajo la cuit del fideicomiso.

La indignación no solo es económica, sino también legal, ya que por medio de una resolución virtualmente se modificó una disposición de origen en la ley. Como es sabido toda controversia tributaria puede tardar varios años en tener su fallo definitivo en la Argentina, con lo cual las empresas tuvieron distintas opciones en ese momento o bien afrontar el pago o en su defecto ampararse en determinados dictámenes de la administración para no efectuar la retención.

En materia tributaria provincial, el Código Fiscal de la Provincia de Corrientes establece que se encuentra exenta de impuesto de sellos la transferencia en aporte inmobiliario que se efectúe a un fideicomiso en construcción. Algunos colegas interpretaron la normativa entendiendo que la exención contemplaba el ingreso de los bienes como así también las transferencias a título de adjudicación en los fideicomisos de construcción, o bien que no se encontraban sujetos al impuesto por tratarse de un acto neutro, es decir no revestir el acto el carácter ni de oneroso ni gratuito. No fue el caso del suscripto, pero quienes así lo hicieron incurrieron en un error interpretativo con las correlativas consecuencias toda vez que la Dirección General de Rentas determinó que deben tributar.

3.2. La presunción de los fideicomisos de ser un sistema de evasión o de lavado de activos.

Hubo también durante este lapso de tiempo analizado la presunción de que los fideicomisos se constituían con el fin de evadir impuestos o en su caso de producir un lavado de activos de origen ilícito. Frente a esta afirmación cabe bien resaltar la explicación que a tal efecto siempre sostuve, que las herramientas legales tales como las sociedades o los fideicomisos tienen un carácter neutro en sí mismas, lo que

los operadores hagan con las mismas puede estar ajustado a derecho o dedicarse a la ilicitud, pero la decisión es propiamente humana y no un elemento característico de las mismas.

Conclusiones

Durante el desarrollo del presente trabajo se han descripto distintas situaciones relativas a la figura del fideicomiso. Por las consideraciones esgrimidas considero que debería la ley contemplar la posibilidad de que los fideicomisos tengan su propia personería jurídica independiente de la del fiduciario y ello sería de muchísimo más claridad, especialmente en el aspecto registral.

Los errores incurridos en materia registral tienen a demostrar que el sistema del patrimonio de afectación induce a confusiones, tales como asientos mal practicados, inhibiciones que no se sabe con claridad a quien afectan, gravámenes que pueden asentarse en el patrimonio incorrecto.

Habiendo considerado la problemática de las inhibiciones estimo conveniente que los registros de la propiedad inmueble de las distintas jurisdicciones dicten sus propias disposiciones técnico registrales a fin de que determinen que el registro de inhibiciones, se llevará por separado las correspondientes a personas físicas o jurídicas de las correspondientes a los fiduciarios, discriminando el criterio por la respectiva Clave Única de Identificación Tributaria.

Por otra parte, la imposibilidad de prórroga del plazo contractual, es sin lugar a dudas una cuestión que debe ser revisada por la legislación a fin de evitar que se incurra en una innecesaria liquidación del patrimonio fiduciario.

Las observaciones formuladas por la Inspección General de Personas Jurídicas a los fideicomisos con identidad de sujetos entre los fiduciantes y los integrantes de la sociedad fiduciaria es un punto que debe ser considerado favorablemente, determinando la posibilidad

de utilización de estas figuras en el caso de los fideicomisos familiares especialmente.

El fundamento que a mi criterio debe ser atendido es el hecho de tratarse de patrimonio familiar, de la necesidad de que el control del mismo no dependa de un tercero y que se ponga preponderancia el fundamental aspecto a ser contemplado, el interés familiar.

Las decepciones tributarias no son propias de los fideicomisos, sino que han constituido, en mi opinión, una constante prácticamente en los últimos cien años de historia de la República Argentina.

La imperiosa necesidad de contar con reglas claras, simples, racionales y cumplibles en materia tributaria, conforman un tema mayoritariamente común en las opiniones vertidas por los clientes en el ámbito de mi labor profesional. La realidad indica que se ha caído en una suerte de círculo vicioso en el cual el estado aumenta la carga tributaria fundándose en que el contribuyente evade y el particular evade porque las cargas son excesivamente altas.

La racionalidad debe imperar en materia fiscal, debe poder encontrarse el punto de equilibrio entre la razonabilidad recaudatoria y la viabilidad económica de los proyectos particulares.

El intentar opacar la imagen de los fideicomisos atribuyéndoles maniobras expúreas, es completamente injusta a la figura. Tal como se explicara en los párrafos precedentes, las figuras son neutras, depende de los humanos que hagan uso de ellas el que se utilicen para fines lícitos o ilícitos.

Para finalizar, he sido un ferviente seguidor e impulsor de esta figura, habiéndole dedicado muchos años a su estudio, análisis y aplicabilidad práctica. Considero que ha sido una grandiosa incorporación a la legislación argentina, que permitió y lo sigue haciendo, el desarrollo inmobiliario, el acceso a la vivienda y el financiamiento de la misma.

Por otra parte, en el ámbito de los fideicomisos de planificación familiar considero que mejor herramienta que ofrece el sistema jurídico para que proyecte una eventual sucesión, sin necesidad de que

la misma se tramite judicialmente, ahorrando significativamente los muchas veces innecesarios costos de las mismas.

En estos años que han transcurrido, en el ámbito del tipo de fideicomisos citados en el párrafo anterior, se han suscitado entiendo la totalidad de las variantes posibles. Fallecimiento de fiduciantes, sustitución de fiduciantes, inhibición de fiduciarios, liquidaciones anticipadas, por nombrar algunas de ellas. Lo que puedo aseverar en base a mi experiencia es que en todos los casos la respuesta ha sido ampliamente satisfactoria y siempre se ha llegado a buen puerto, con lo cual, queda para mi demostrada la alta eficacia de la utilización del fideicomiso.

El presente trabajo ha sido elaborado de manera autorreferencial, es decir teniendo como base de investigación las contrataciones efectuadas en mi actividad como escribano público titular de registro, con asiento en la Ciudad de Corrientes y compilan la experiencia y opiniones adquiridas durante los años de ejercicio, que se ponen a disposición de la comunidad académica para su utilización.

77 /

Bibliografía

- Ley 24.441
- Código Civil Argentino
- Código Civil y Comercial Argentino
- Contratos de fideicomisos contenidos en los protocolos notariales del Escribano Norberto Julián Simón, Titular Registro 514, con asiento en Bella Vista Corrientes, años 2001 a 2007
- Contratos de fideicomisos contenidos en los protocolos notariales del Escribano Norberto Julián Simón, Titular Registro 556, con asiento en Corrientes Capital, años 2007 a 2024.

\ 78