

La fiducia no se mancha

Marcelo de Hoz

Adaptando la acertada frase de nuestro ídolo futbolístico, Diego Armando Maradona, al comentar lo mismo, pero con relación a la pelota de fútbol, me atrevo a afirmar el título de este breve comentario sobre la utilización del contrato de fideicomiso en los negocios inmobiliarios. Hace tiempo que se viene utilizando la fiducia como estructura jurídica adecuada para muchos negocios y actividades, entre ellas el armado y la comercialización de emprendimientos inmobiliarios.

Algunos de los más importantes doctrinarios sobre el tema –Mario Carregal¹, Ernesto Eduardo Martorel², Silvio Lisoprawski³, entre otros– han advertido durante el presente año y con precisos artículos jurídicos, sobre el peligro de la mala utilización o errada aplicación de esta figura, agravada en algunos casos por la imprecisa y, en otros supuestos, incompleta letra de nuestra legislación al respecto (título I de la ley 24.441).

En este sentido, me sumo, con algo menos de enojo y advertencia y menos aún de autoridad doctrinaria, a sus críticas y observaciones. Varios son los ejemplos de fideicomisos públicos y privados que actualmente se hallan preocupantemente vigentes en nuestro mercado, y que podrán dar lugar a futuros planteos judiciales. Así, entre algunas de las críticas y observaciones de los referidos autores, podemos citar:

1. La omisión legislativa de regulación sobre el *fideicomiso público*, el *fideicomiso de garantía* y los *fondos fiduciarios públicos*.
2. La normativa, escasa y confusa sobre las pautas y procedimientos de liquidación del fideicomiso, cualquiera sea la causa de su extinción.
3. La omisión sobre la imperiosa necesidad de la designación de un *fiduciario sustituto*.

(1) Carregal, Mario. "El fideicomiso su aplicación desde la sanción de la ley 24.441". La Ley, 29/3/07.

(2) Martorel, Eduardo. "Los llamados fideicomisos públicos, requiem para una figura vergonzante". El Derecho, 6/7/07.

(3) Lisopravsky, Silvio. "Fideicomiso, ni ángel ni demonio". La Ley, 10/9/07.

4. La falta de soluciones ante los supuestos de concurso/quiebra/muerte/incapacidad del fiduciario.
5. La ausencia total de normativa sobre la inscripción del contrato de fideicomiso a los efectos de la publicidad de su contenido y alcance con relación a los terceros, y consecuentemente el juzgamiento sobre su "buena fe".

Estas propuestas, sumadas a la idea de la creación de "fiduciarios profesionales y controlados al frente de los negocios fiduciarios"; o de modificaciones legislativas, a tenor de la reciente Ley Francesa⁴, coinciden siempre en dos postulados esenciales:

- a) La total y absoluta prioridad de la autonomía de la voluntad como parámetro en la regulación de los términos y condiciones del contrato de fideicomiso, tan variado y cambiante como el negocio que pretende enmarcar; y
- b) la eliminación clara, precisa y definitiva de asimilar al contrato de fideicomiso con el fraude o perjuicio a terceros.

Si bien, en la mayoría de las situaciones expuestas –entre tantas otras–, la solución pasará por una regulación legislativa más efectiva, concreta y completa, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también y muy especialmente desde el punto de vista fiscal e impositivo, podemos empezar ahora mismo corrigiendo algunos aspectos que estén a nuestro alcance.

A simple título ejemplificativo, señalamos los siguientes:

a) Confección contractual

La instrumentación clara y precisa del contrato de fideicomiso ayudaría –y en mucho– a resolver cuestiones y conflictos que pudieren presentarse durante su desarrollo, sobre todo teniendo en cuenta la posible extensión máxima de su vigencia (30 años), plazo muchas veces utilizado como cláusula predispuesta en los fideicomisos inmobiliarios ("por si las dudas ...").

Si bien no hay forma instrumental propuesta, salvo que por el mismo contrato se aporte el bien inmueble sobre el cual se desarrollará el emprendimiento urbanístico, creemos que su confección por escritura pública sería conveniente, no por una cuestión gremial de quien escribe, sino que ante la falta de registración y publicidad contractual, la autenticidad, matricidad y publicidad cartular que ofrece la escritura pública puedan colaborar en tal sentido.

■ (4) Ley Francesa Nº 2007-211, incorporada al Código Civil Francés.

b) Modalidades contractuales

La aceptación total, definitiva y pacífica, que tanto constituye y perfecciona el contrato de fideicomiso, creando el consiguiente patrimonio de afectación, en el caso de aportar fiduciariamente un lote para luego construir, como en el de aportar dinero para su compra fiduciaria y su posterior edificación. En este último caso, en la misma escritura de compra del lote se estaría afectando fiduciariamente su destino, por subrogación real, debiendo rogar su inscripción registral en tales términos.

c) Proyecto constructivo

Tratar de expresar el proyecto urbanístico a realizar, aunque más no sea acompañándolo como anexo al contrato fiduciario, a los efectos de demostrar y documentar la concreción del negocio inmobiliario propuesto, permitiendo a su vez su posible y razonable modificación en cuanto a plazo y características de realización.

d) Roles

La determinación de los sujetos intervinientes asumiendo sus roles específicos, considerando, por una parte, totalmente incompatible el fideicomiso unilateral, donde una misma persona en un mismo contrato asuma roles de fiduciante y fiduciario; y por la otra altamente inconveniente que en dicho contrato el fiduciario asuma roles de beneficiario o fideicomisario, dejando así un margen de sospecha a la objetividad y transparencia de su actuación como "buen hombre de negocios".

e) Facultades fiduciarias

Establecer con meridiana precisión el alcance de los derechos y facultades del fiduciario a la hora de disponer de las unidades resultantes del emprendimiento. No es lo mismo adjudicarlas a los fiduciantes-beneficiarios que venderlas a los terceros compradores que nada tienen que ver con el contrato. En cada caso habrá que calificar la legitimación del fiduciario al momento de disponer, y si el contrato nada dice, es poco preciso o confuso, no voy a encontrar en la ley una aliada supletoria que me resuelva la validez del acto.

A su vez, para estos actos de trascendencia patrimonial, incluyendo el posible gravamen del inmueble fideicomitado, será importante saber de antemano si necesitaré el consentimiento de los fiduciantes o beneficiarios, y con qué mayorías se formaría el mismo, teniendo en cuenta que dicho requisito no sólo tiene trascendencia contractual sino también registral, pudiendo en estos casos el Registro de la Propiedad, de acuerdo a sus propias constancias, calificar la legitimidad del acto del fiduciario.

f) Aspectos impositivos

Mucho se ha hablado y escrito sobre los aspectos impositivos de los fideicomisos, y en tal sentido los últimos pronunciamientos de la AFIP⁵ han puesto una cuota de certeza para el lado de la gravabilidad de las transferencias fiduciarias, acudiendo al principio de la "realidad económica o negocial subyacente".

Sin embargo, todavía permanecen dictámenes contradictorios y poco claros, que dificultan nuestra tarea como agentes de retención, así pareciera ser, tal como expresa la escribana Silvina del Valle Colombo, en su artículo publicado en esta *Revista*⁶ que con relación al impuesto a la transferencia de bienes inmuebles habría una doble imposición sobre un mismo hecho imponible, abonando dicho impuesto, en el momento en que el fiduciante transmite el lote al fiduciario para construir, como cuando el fiduciario, una vez finalizada la construcción le adjudica a dicho fiduciante, en su calidad de beneficiario, las unidades funcionales prometidas como contraprestación del aporte realizado.

Asimismo, en determinadas circunstancias, no se estaría teniendo en cuenta el principio de "realidad económica" para gravar el hecho imponible, sino la simple instrumentación del acto, tal como surge del informe fiscal referido al impuesto a la ganancia mínima presunta⁷.

Por último, y tal cual lo anticiparan los autores citados al comienzo del presente trabajo, sería más que conveniente designar un fiduciario sustituto en reemplazo del originalmente previsto; establecer los mecanismos de liquidación ante el supuesto de insuficiencia del patrimonio fideicomitado; reglamentar las cesiones de los derechos de los fiduciantes-beneficiarios a la adjudicación del inmueble prometido por los aportes realizados, y muchas otras circunstancias más.

En conclusión, no esperemos cruzados de brazos la necesaria y conveniente propuesta de reforma legislativa reclamada por los prestigiosos autores citados, mejoremos la figura, hagámosla clara y precisa para cada negocio específico, para que el no deseado fracaso del negocio fiduciariamente estructurado sea imputable a un mal manejo de los actores contractuales; a imprevisibles condiciones de mercado; a causas fortuitas o de fuerza mayor, pero no al contrato, no al fideicomiso, no a la fiducia... que no se mancha.

(5) Dictámenes 16/18 de 2006 AFIP (DAT).

(6) Silvina del Valle Colombo, "Incidencia del impuesto a la transferencia de bienes inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas en torno al fideicomiso no financiero", *Revista del Notariado* 890, p. 87.

(7) Informe AFIP 17/04 sobre impuesto a la ganancia mínima presunta.