

El dinamismo del fideicomiso hoy

Marcelo de Hoz

Sumario: 1. Introducción. “La fiducia no se mancha”. 2. Modelos de cláusulas contractuales. 3. Algunos aspectos impositivos del fideicomiso inmobiliario.

1. Introducción. “La fiducia no se mancha”

Adaptando la frase acertada 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 la figura, agravada en algunos casos por la imprecisa y en otros supuestos por la 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 mucho menos 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 del un *fiduciario sustituto*. 4) La falta de soluciones ante los supuestos

1. CARREGAL, Mario, “El fideicomiso su aplicación desde la sanción de la Ley 24.441”, *La Ley*, 29/3/2007.

2. MARTORELL, Eduardo, “Los llamados fideicomisos públicos. Réquiem para una figura vergonzante”, *El Derecho*, 6/7/2007.

3. LISOPRAWSKI, Silvio, “Fideicomiso, ni ángel ni demonio”, *La Ley*, 10/9/2007.

de concurso, quiebra, muerte o 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 están a nuestro alcance. A simple título ejemplificativo, señalamos los siguientes:

1.1. *Confeción contractual*

La instrumentación clara y precisa del contrato de fideicomiso ayudaría y en mucho a resolver cuestiones y conflictos que pudieran 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 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 caratular que ofrece la escritura pública puedan colaborar en tal sentido.

4. Ley 2007-211 francesa incorporada al Código Civil francés.

1.2. *Modalidades*

La aceptación total, definitiva y pacífica que constituye y perfecciona el contrato de fideicomiso, creando el consiguiente patrimonio de afectación, tanto 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 rogarse su inscripción registral en tales términos.

1.3. *Proyecto urbanístico*

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.

1.4. *Sujetos y asunción de roles contractuales*

La determinación de los sujetos intervinientes asumiendo sus roles específicos, considerando, por una parte, totalmente incompatible el fideicomiso unilateral en el que 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*.

1.5. *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.

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 indeseado 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, a la fiducia que no se mancha.

2. Modelos de cláusulas contractuales

2.1. Escritura de aporte fiduciario de inmueble

Transmisión de dominio fiduciario Ley 24.441: [...] a favor de [...]. En la Ciudad [...] compareciendo el primero, señor [...], en nombre y representación y en su calidad de Presidente del Directorio de la sociedad que gira bajo la denominación de [...], con domicilio social en la calle [...] de esta ciudad, CUIT [...], en adelante LA FIDUCIANTE, personería que acredita con los siguientes documentos, a saber [...]; y el segundo compareciente, señor [...], concurre en nombre y representación, y en su calidad de presidente del directorio de la sociedad que gira bajo la denominación de: [...], con domicilio social y fiscal en la calle [...]

de esta ciudad; CUIT [...], en adelante LA FIDUCIARIA, personería que acredita con los siguientes documentos, a saber: [...]; toda la documentación relacionada, en sus respectivos originales y testimonios, ha sido tenida a la vista, surgiendo de la misma facultades suficientes para este acto, doy fe, [...] asegurándome los representantes que las mismas se hallan plenamente vigentes y no han sufrido modificación alguna, y ambos comparecientes, en las representaciones acreditadas, exponen: PRIMERO: Que por escritura número [...] de fecha [...], pasada ante mí al folio [...] de este Registro, Protocolo año en curso, a la que me remito, celebraron un contrato de fideicomiso bajo la denominación de “Fideicomiso [...]”, con CUIT [...] y con domicilio legal y fiscal en la calle [...] de esta ciudad. SEGUNDO: Que todas y cada una de sus cláusulas se hallan plenamente vigentes y no han sufrido modificación alguna, manifestando las partes su pleno conocimiento y aceptación. TERCERO: Que en un todo de acuerdo a los términos y condiciones que surgen de dicho contrato, la sociedad [...], en su calidad de FIDUCIANTE, viene por la presente a TRANSFERIR EL DOMINIO FIDUCIARIO, de conformidad a los términos de la Ley 24.441 y el artículo 2662 del Código Civil, a favor de la sociedad [...], que los recibe en su calidad de FIDUCIARIA del Fideicomiso [...], de DOS INMUEBLES ubicados en la Ciudad y Partido de [...], Provincia de Buenos Aires, a saber: a) INMUEBLE [...] y b) INMUEBLE [...]. CUARTO: En consecuencia de lo expuesto, y en un todo de acuerdo con el Contrato de fideicomiso relacionado, el que sin transcribirse se da por reproducido en este lugar, se realiza la presente transmisión del dominio fiduciario de los inmuebles descriptos, otorgando la fiduciante la posesión real y efectiva de los bienes a favor de la fiduciaria, quien los recibe de conformidad, totalmente libres de ocupantes, intrusos e inquilinos, obligándose la primera con relación a la garantía de evicción y vicios redhibitorios con arreglo a derecho. QUINTO: El plazo del presente fideicomiso es de DIEZ AÑOS, contados a partir de la fecha del otorgamiento del contrato relacionado, es decir, a partir del [...] de [...] del corriente año. SEXTO: La fiduciaria deberá rendir cuentas anualmente a los fiduciantes, en oportunidad del cierre del ejercicio económico del fideicomiso, previsto para el [...] de cada año, tal como surge del contrato relacionado. SÉPTIMO: La fiduciaria no podrá gravar con derecho real de hipoteca, fideicomisos de garantía y/o enajenar, adjudicar y/o disponer por cualquier título los bienes inmuebles que se le transmiten por la presente y que conforman el patrimonio fiduciario, sin el consentimiento previo, expreso y por escrito otorgado por la fiduciante, según lo establecido en el contrato de fideicomiso relacionado y en un todo de acuerdo con

lo dispuesto por el artículo 17 *in fine* de la Ley 24.441. OCTAVO: Las partes establecen como valor de la presente transferencia fiduciaria de los inmuebles descriptos, el de pesos [...] (\$) [...]. Yo, escribano autorizante, dejo constancia: a) Que con relación al Impuesto a las Ganancias, y en un todo de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución General 2139/06 de la AFIP, retengo de la fiduciante la suma de \$ [...], que resulta de aplicar la alícuota del 3% al valor de transferencia por las partes estipulado en la presente, suma que oportunamente ingresará a favor de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

2.2. Escritura de compra de inmueble y afectación a dominio fiduciario

Venta: [...] a [...]. Afectación a dominio fiduciario Ley 24.441. En la Ciudad [...] y por la otra parte comparece: [...] concurriendo a este acto, en nombre y representación y en su calidad de fiduciaria del contrato de fideicomiso otorgado por escritura número [...] de fecha [...] pasada ante mí, al folio [...] del Registro Notarial [...], denominado: FIDEICOMISO [...], con domicilio legal constituido en la calle [...] de esta ciudad, con CUIT [...], documentación de la que surgen facultades suficientes para este acto, [...] y los primeros comparecientes, exponen: QUE VENDEN a favor de [...], quien adquiere en su carácter de fiduciaria del fideicomiso denominado Fideicomiso [...], en los términos de la Ley 24.441 y del artículo 2662 del Código Civil, una FINCA sita en la zona norte de esta ciudad, con frente a la calle [...]. IMPUESTA la adquirente fiduciaria de los términos de la presente escritura, manifestó aceptarla, por estar redactada de acuerdo a lo convenido, agregando: a) Que se encuentra en posesión material del inmueble en virtud de la tradición efectuada en el día de la fecha; b) Que la presente adquisición la realiza como DOMINIO FIDUCIARIO en los términos de la Ley 24.441 y del artículo 2662 del Código Civil y de conformidad con lo estipulado en el contrato de fideicomiso relacionado, el que, sin ser transcripto, se da por reproducido en este lugar, solicitando del autorizante ruego la inscripción en tales términos ante el Registro de la Propiedad Inmueble; c) Que la compra la realiza en el carácter fiduciario acreditado y con dinero proveniente del patrimonio fiduciario de dicho fideicomiso; d) Que en cumplimiento de la manda fiduciaria, la adquirente deberá realizar en el inmueble objeto del presente acto, el emprendimiento inmobiliario según las cláusulas, plazos y condiciones previstas en el contrato de fideicomiso relacionado, al que nuevamente me remito; e) Que, tal como surge del

contrato de fideicomiso relacionado, la fiduciaria tiene amplias facultades de administración y disposición de los bienes fideicomitidos, prescindiendo para ello del consentimiento de los fiduciantes, beneficiarios y/o fideicomisarios, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley 24.441; y f) Que el dominio fiduciario, que por este acto adquiere, se halla sujeto al plazo máximo de CINCO AÑOS contados a partir de la fecha del contrato de fideicomiso, o al cumplimiento de la manda, es decir, la finalización de la obra, venta y escrituración de las unidades funcionales resultantes a favor de los terceros compradores.

2.3. *Escritura de adjudicación de inmueble a fiduciante-beneficiario*

Adjudicación de inmueble en cumplimiento de contrato de fideicomiso: [...] a [...]. En la Ciudad de Buenos Aires, [...] comparecen, por una parte: [...]; ambos mayores de edad, de mi conocimiento, dejando constancia que la segunda compareciente concurre a este acto por sus propios derechos, haciéndolo el primero, señor [...], en nombre y representación y en su calidad de fiduciario del FIDEICOMISO [...], constituido por instrumento privado con firmas notarialmente certificadas con fecha [...], con domicilio legal y fiscal sito en la [...] de esta ciudad, con CUIT [...], documentación que en su original tengo a la vista, surgiendo de la misma facultades suficientes para este acto, doy fe, y en tal carácter, conjuntamente con la segunda compareciente, [...], exponen: PRIMERO: Que conforme resulta del contrato relacionado, con fecha [...], se constituyó un contrato de fideicomiso, denominado Fideicomiso [...], con CUIT [...] y domicilio legal y fiscal en la calle [...] de esta ciudad, en el cual el señor [...] asumió el carácter de fiduciario y [...] el carácter de fiduciante-beneficiaria. SEGUNDO: Que dicho contrato tiene como finalidad garantizar las obligaciones asumidas por los fiduciantes-beneficiarios y el fiduciario en el marco de una inversión inmobiliaria que consiste en la construcción y comercialización, por venta y/o adjudicación, de las unidades funcionales y complementarias resultantes de un edificio de acuerdo a las cláusulas y condiciones que surgen del contrato relacionado. TERCERO: Que como consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, y por expresa indicación de los fiduciantes-beneficiarios, el fiduciario adquirió el inmueble que se detallará, sito en la calle [...], a los efectos de realizar en el mismo el emprendimiento urbanístico proyectado, todo lo que surge de la escritura de fecha [...], pasada ante mí al folio [...] de este Registro, cuya primera copia fuera inscrita ante el Registro de la Pro-

propiedad Inmueble el [...] en la matrícula F.R. [...]. CUARTO: Que según resulta del contrato de fideicomiso, las partes acordaron expresamente que las unidades funcionales y complementarias resultantes del edificio a construir serán vendidas a terceros compradores y/o adjudicadas en plena propiedad, posesión y dominio a los fiduciantes-beneficiarios en calidad de contraprestación por los aportes dinerarios oportunamente realizados. QUINTO: En consecuencia de lo expuesto, y habiendo dado total cumplimiento a las obligaciones asumidas por las partes, el señor [...], en su carácter de fiduciario viene por la presente a TRANSMITIR EN CARÁCTER DE ADJUDICACIÓN a favor de [...], quien lo recibe en su calidad de fiduciante-beneficiaria, bajo el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal y sus Decretos Reglamentarios, la plena propiedad, posesión y dominio de la UNIDAD FUNCIONAL número [...] ubicada en el [...] PISO, destinada a vivienda, que forma parte del inmueble sito en la [...]. SEXTO: Las partes dejan constancia que la presente transmisión de dominio por adjudicación la realizan por el valor de total y convenido de [...] DÓLARES BILLETES ESTADOUNIDENSES (USD [...]), suma que [...], en su calidad de fiduciante-beneficiaria ha aportado en su totalidad durante el transcurso de la obra, por lo que en consecuencia, el señor [...] en su calidad de fiduciario le otorga por la presente y por dicha suma suficiente recibo y carta de pago en legal forma y le transmite todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre la unidad relacionada tenía y le correspondían, obligándose a responder por el saneamiento en caso de evicción y vicios redhibitorios con arreglo a derecho. SÉPTIMO: Las partes manifiestan que habiéndose dado pleno cumplimiento a la manda fiduciaria oportunamente otorgada al suscribir el contrato de fideicomiso relacionado, adquiriendo el dominio fiduciario del inmueble descripto, para proceder luego a su construcción y edificación en los términos y condiciones pactados, se ha extinguido la afectación a dominio fiduciario de la unidad objeto de este acto, hallándose la transmitente, en consecuencia, plenamente legitimada a los efectos de proceder a la transferencia plena y definitiva del dominio del inmueble relacionado a favor de la aquí adjudicataria. OCTAVO: Impuesta la adjudicataria de los términos de la presente escritura manifestó aceptarla por estar redactada de acuerdo a lo convenido, agregando: a) Que se encuentra en posesión material de la unidad adjudicada por tradición efectuada en este acto; y b) Que acepta en todas y cada una de sus partes el Reglamento de Copropiedad y Administración que rige el inmueble, cuyas cláusulas y condiciones de constitución, sin transcribirse, se dan por reproducidas en este lugar, constituyendo domicilio especial a los efec-

tos del mismo en la unidad funcional adquirida. Yo, escribano autorizante dejo constancia: [...] Que con relación al Impuesto a las Ganancias, retengo de la fiduciaria transmitente la suma de \$ [...], que resulta de aplicar la alícuota del 3 % al valor de adjudicación estipulado, suma que oportunamente ingresará a favor de la Administración Federal de Ingresos Públicos. f) Que con relación al Impuesto de Sellos, retengo la suma de \$ [...] que resulta de aplicar la alícuota del 2,5 % al valor de adjudicación estipulado, suma que oportunamente ingresará a favor de la Dirección de Rentas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

2.4. *Contrato de fideicomiso por adhesión*

En la Ciudad de Buenos Aires, a los [...] días del mes de [...] de [...], entre: [...], en adelante denominado la FIDUCIARIA, por una parte, y [...], en adelante denominado el FIDUCIANTE ADHERENTE, por la otra, convienen en celebrar el presente contrato de adhesión fiduciaria, sujeto a los siguientes términos y condiciones:

CONSIDERANDO:

1) Que con fecha [...], el fiduciario y los fiduciantes originantes, [...], cuyos datos personales, sin ser transcriptos, surgen del contrato al que adhieren celebraron un contrato de fideicomiso ordinario de administración e inversión inmobiliaria, cuya copia se adjunta y forma parte integrante del presente como Anexo I, en adelante el “contrato”, el cual contempla la posibilidad de que pudieran ser partes de dicho contrato nuevos fiduciantes beneficiarios mediante la adhesión al mismo. 2) Que con fecha [...], el fiduciario, en cumplimiento de lo establecido en el contrato, adquirió el dominio fiduciario del inmueble sito en la calle [...], con las medidas, linderos, superficies y demás circunstancias que surgen de la respectiva escritura número [...] pasada ante el escribano de esta ciudad, [...], al folio [...] del Registro Notarial [...] a su cargo, cuya primera copia fuera inscripta ante el Registro de la Propiedad Inmueble con fecha [...] en la matrícula FRE [...], cuya copia forma parte del presente como Anexo II. 3) Que conforme a la estructura de negocio sobre la que se asienta el fideicomiso, nuevos fiduciantes podrán adherir al contrato mediante la suscripción e integración de aportes de fondos de libre e inmediata disposición, adquiriendo asimismo la calidad de beneficiario. 4) Que es intención de las partes que el fiduciante adherente se adhiera al contrato en calidad de fiduciante adherente y beneficiario del mismo, prestando a su vez plena conformidad a las condiciones y términos del Proyecto Urbanístico y del Plan de

Inversiones, cuyas copias, suscriptas por las partes se agregan a la presente como Anexos III y IV, respectivamente. 5) Que el fiduciante adherente ha analizado todos los riesgos vinculados al proyecto en general y, en particular, a los términos y condiciones del contrato y del Plan de Inversión, contando con adecuado asesoramiento legal, fiscal, financiero y contable, brindado por sus asesores.

En consecuencia, las partes acuerdan celebrar el presente Contrato de Adhesión Fiduciaria, en adelante Contrato de Adhesión, conforme los siguientes términos y condiciones:

PRIMERA: Las partes convienen que, mediante la suscripción de este contrato de adhesión: (a) El fiduciante adherente será parte del contrato como fiduciante del mismo, obligándose a cumplir íntegramente con sus términos y condiciones que declara conocer y aceptar; (b) El fiduciante adherente tendrá derecho a las utilidades que surjan del fideicomiso en el cual participa en el carácter de beneficiario y de conformidad a lo previsto en el Plan de Inversiones que se agrega a la presente; sin embargo, su participación en dicho carácter quedará sujeta a los riesgos del fideicomiso en su totalidad; (c) El fiduciante adherente aportará al fideicomiso todas y cada una de las sumas de dinero que surgen del Plan de Inversión que se suscribe conjuntamente con la presente.

SEGUNDA: El fiduciante adherente declara y garantiza: (a) Que tiene pleno derecho, capacidad y facultades para suscribir este Contrato de Adhesión y adherir al Contrato Original, de acuerdo con los términos y condiciones de ambos, obligándose al fiel cumplimiento de los deberes y obligaciones que de ellos surgen; (b) Que la presente constituye una obligación válida, legalmente vinculante y puede hacerse valer en juicio contra el mismo, de conformidad con sus propios términos; (c) Que la celebración, otorgamiento y cumplimiento del presente no requiere de la obtención de ningún consentimiento, renuncia, permiso, autorización o aprobación de persona o autoridad alguna; (d) Que se halla libre de todo gravamen, inhibición, orden judicial o cualquier otro reclamo o acción que le impida disponer libremente de la totalidad o parte de los fondos, no hallándose en cesación de pagos; (e) Que confirma el origen lícito de los fondos cedidos y comprometidos al presente fideicomiso; (f) Que en relación con sus finanzas y necesidades económicas personales dichos fondos representan una parte líquida de su patrimonio que usualmente destina a inversiones de riesgo y de la cual puede prescindir en el futuro.

TERCERA: El presente Contrato de Adhesión Fiduciaria se registrará e interpretará de conformidad con los términos y con-

diciones que surgen del presente, del contrato al que adhiere y de las leyes de la República Argentina, especialmente según los términos y condiciones de la Ley 24.441, sus complementarias y reglamentarias. Cualquier divergencia sobre la validez, existencia, interpretación, cumplimiento, incumplimiento o ejecución de este contrato de adhesión será dirimida por ante el Tribunal Arbitral que cita el contrato original al cual el presente adhiere.

CUARTA: Cualquier notificación que deba hacerse a las partes del presente sólo será considerada válida y vinculante si se dirige por escrito a los domicilios constituidos por el presente, donde serán válidos todos los avisos y notificaciones pertinentes.

EN PRUEBA DE CONFORMIDAD, las partes firman dos ejemplares del presente contrato de fideicomiso por adhesión, de un mismo tenor y a un solo efecto en la Ciudad de Buenos Aires a los [...] días del mes de [...] de [...].

Anexo I: Contrato de fideicomiso original.

Anexo II: Escritura de compra fiduciaria.

Anexo III: Proyecto urbanístico.

Anexo IV: Plan de inversiones.

2.5. *Contrato de cesión de derechos fiduciarios*

Entre: [...], en adelante el CEDENTE, por una parte, y [...], en adelante el CESIONARIO, por la otra, y CONSIDERANDO:

a) Que el CEDENTE reviste el carácter de fiduciante y beneficiario del contrato de fideicomiso denominado FIDEICOMISO [...] con CUIT [...] y domicilio en la calle [...] de esta ciudad; celebrado por escritura pública número [...] de fecha [...], pasada ante el escribano [...], al folio [...] del Registro Notarial [...] a su cargo; b) Que es intención de las partes celebrar el presente contrato de cesión de la participación y beneficio que el CEDENTE, tiene, posee y le corresponden en el contrato de fideicomiso; c) Que ambas partes conocen y aceptan todos y cada uno de los términos y condiciones del contrato relacionado, que en copia suscripta por los mismos se agrega al presente; d) Que el CESIONARIO desea adherirse a las disposiciones establecidas en el contrato de fideicomiso relacionado.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, las partes han resuelto celebrar el presente contrato sujeto a las cláusulas y condiciones que a continuación exponen:

1. OBJETO: CESIÓN

El CEDENTE cede y transfiere por medio del presente a favor del CESIONARIO, y éste adquiere y acepta, la participación y beneficio que tiene y le corresponde al CEDENTE en el fideico-

miso, adquiriendo el CESIONARIO a partir de la firma de este contrato el carácter de fiduciante y beneficiario en los términos y condiciones del Contrato de Fideicomiso. La presente cesión comprende la cantidad y ubicación de los metros cuadrados cubiertos, semicubiertos y descubiertos del proyecto urbanístico objeto del contrato, a ser construido por la fiduciaria, de conformidad con la planilla que se anexa a la presente y forma parte de este contrato.

2. PRECIO

El precio de la presente cesión asciende a la suma de [...] y será abonado por el CESIONARIO de la siguiente forma [...].

3. ASESORAMIENTO

3.1. Las partes declaran que se encuentran debidamente asesoradas en los aspectos jurídicos y económicos que conforman esta negociación, y que conocen el estado del fideicomiso, como así también su situación económica, financiera y patrimonial.

4. DECLARACIONES Y GARANTÍAS

4.1. El CEDENTE declara y garantiza al CESIONARIO que:
a) Es el legítimo y único titular de los derechos fiduciarios que por este acto se transfieren y que no se halla inhibido ni de otra forma impedido de celebrar este contrato. b) Los derechos fiduciarios cedidos se hallan totalmente libres de toda clase de restricciones en el ejercicio de las acciones y derechos que representan, así como de gravámenes, cargas, reservas de dominio, opciones y reclamaciones de terceros. c) Tiene plena capacidad para formalizar y cumplir el presente contrato, que no infringe ninguna disposición legal, administrativa, acuerdo, contrato o compromiso por el que esté obligado.

4.2. El CESIONARIO declara y garantiza lo siguiente: a) Tiene plena capacidad para formalizar y cumplir el presente contrato. b) Conoce el estado patrimonial y financiero del fideicomiso por haber tenido a su disposición la información necesaria a ese respecto. c) Conoce los términos y condiciones del contrato de fideicomiso relacionado y se compromete a aceptarlos en todas y cada una de sus partes, sin reserva alguna.

5. Las partes pactan expresamente que el CESIONARIO podrá ceder, transferir y comercializar libremente los derechos fiduciarios por este acto cedidos, debiendo únicamente notificar en forma fehaciente al fiduciario la cesión instrumentada.

6. PRESENTE A ESTE ACTO: [...] en su calidad de fiduciaria del fideicomiso relacionado, otorga por la presente el debido consentimiento a la cesión por este acto instrumentada.

7. DOMICILIOS Y NOTIFICACIONES

7.1. Las partes suscriptoras de este convenio constituyen domicilios especiales en los lugares indicados en el encabezamiento

de este contrato, donde serán válidas todas las comunicaciones y notificaciones previstas u originadas en el presente contrato.

7.2. Los domicilios constituidos en el presente convenio subsistirán mientras no se denuncie su modificación y las notificaciones allí dirigidas serán válidas aunque no se encuentre el destinatario.

7.3. Cualquier notificación que se curse con motivo del presente deberá ser hecha por escrito y por cualquier medio que asegure su recepción por el destinatario.

8. JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE

8.1. El presente contrato será regido e interpretado de acuerdo con las leyes de la República Argentina.

8.2. Todas las divergencias surgidas de la interpretación y/o ejecución de este contrato serán sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Mediación y Arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

EN PRUEBA DE CONFORMIDAD, se firman cuatro ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en la Ciudad de Buenos Aires a los [...] días del mes de [...] de [...].

3. Algunos aspectos impositivos del fideicomiso inmobiliario

3.1. Consideraciones previas

Con relación a los aspectos impositivos del contrato de fideicomiso, en aquellos casos en que actuamos como agentes de retención, percepción e información, es decir, Impuesto de Sellos, Impuesto a la Transferencia de Inmuebles e Impuesto a las Ganancias, las dudas siguen siendo muchas y, a su vez, incrementadas por las distintas y, en algunos casos, contradictorias interpretaciones que las direcciones de Rentas de las provincias de nuestro país y la Administración Federal de Ingresos Públicos han realizado.

Esto lleva, por una parte, a escaparle a la aplicación de la figura, por saberse de antemano que, ante cualquier error en la retención o pago del impuesto, es a nosotros a quienes se nos va a imputar dicho error, debiendo responder patrimonialmente en forma personal y *no fiduciaria* a su reparación. Por otra parte, y lo que es aún peor, se ha creado una competencia desleal entre nosotros con relación a la instrumentación de la figura: entre escribanos que retienen y otros que no, cada uno con sus fun-

damentos y justificaciones, existiendo notables diferencias entre unos y otros presupuestos por la misma tarea encomendada.

Creo que actualmente el panorama impositivo está un poco más claro y despejado en cuanto a la tendencia a la gravabilidad de la figura en varios de sus tramos, por los conceptos y términos vertidos en el Dictamen 16 de fecha 23 de febrero de 2006 con relación al IVA, y en el Dictamen 18 de fecha 13 de marzo de 2006, con relación a varios impuestos, ambos dictámenes de la AFIP, cuya lectura aconsejo. De acuerdo con ellos se separa la estructura fiduciaria de la prevista en los condominios organizados como consorcios, por entenderse que las exenciones impositivas previstas para la segunda no son aplicables a la primera, en los casos de adjudicaciones de las unidades funcionales resultantes a favor de los fiduciantes-beneficiarios que aportaron dinero para la compra del lote y la construcción del inmueble, considerándose tanto ellos como los cesionarios de sus derechos, terceros ajenos al contrato de fideicomiso, existiendo una clara intención de lucro en su actividad, hallándose en consecuencia alcanzado por impuesto a las ganancias.

Por otra parte, el sostenido principio de la aplicación de la *realidad económica* como negocio subyacente a la estructura jurídica fiduciaria reforzaría el criterio expuesto permitiéndole a la entidad impositiva prescindir de la instrumentación escogida por las partes para adentrarse al negocio efectivamente realizado. Sin embargo, en esta aplicación, no se logran entender los términos del Dictamen 17/04 de la AFIP con relación a ganancia mínima presunta, por la que se grava al fideicomiso “independientemente de la realización de actividad económica alguna”. Por otra parte, en un mismo negocio inmobiliario pareciera que, en la estructura de la permuta del lote por unidades a construir, la carga impositiva sería menor, ya que sólo se gravaría a la ida –es decir, al momento de la transferencia del lote por parte del copermutante–, que en la estructura fiduciaria en donde se estaría gravando tanto a la ida –transferencia fiduciaria del lote al fiduciario– como a la vuelta –es decir, al momento de la adjudicación de las unidades construidas a favor de los fiduciantes-beneficiarios–.

Por último, sabemos de la dificultad de establecer normas impositivas uniformes para todos los casos, dando un tratamiento fiscal único, con relación a los distintos presupuestos que puedan abarcar la estructura fiduciaria del negocio: fideicomiso de garantía, fideicomiso de administración, fideicomiso de benefi-

cencia, fideicomisos a favor de incapaces, sustitución fiduciaria, fideicomisos que solo adjudiquen unidades a los fiduciantes-beneficiarios, otros que solo permiten la comercialización de dichas unidades a terceros adquirentes, una combinación de estas últimas, etc. En estos y otros casos, en donde el o los fiduciantes aportantes no perciban contraprestación alguna, ni presente ni futura, por lo aportado no debemos dudar de dejar constancia de tal circunstancia en nuestras escrituras, expresando en forma clara y precisa la gratuidad de dicho acto, por el cual se nos exima de asumir el rol de agentes de retención, percepción y/o información, sin necesidad de consulta previa alguna.

3.2. *Análisis particular de los distintos supuestos*

En el análisis que se propone sobre estos casos en particular se deja constancia de lo siguiente:

- Se toman como presupuestos los contratos en los que los fiduciantes aportantes del lote o de dinero recibirán sus respectivas contraprestaciones por lo aportado.
- Los criterios expuestos tratan de reflejar el contenido de los dictámenes impositivos vigentes y las opiniones de algunos de los especialistas consultados.

3.2.1. *Contrato de fideicomiso*

3.2.1.1. *Impuesto de Sellos*

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el contrato de fideicomiso por el cual el fiduciante se compromete a aportar el lote para el desarrollo inmobiliario o a aportar el dinero para su compra y posterior construcción no tributa Impuesto de Sellos. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cualquiera de las modalidades contractuales enunciadas tributa el 1 % en concepto de Impuesto de Sellos, sobre el importe de los honorarios a ser percibidos por el fiduciario como retribución de su tarea.

3.2.1.2. *Impuesto a la Transferencia de Inmuebles o a las Ganancias*

El contrato no se encuentra gravado por ninguno de estos tributos.

3.2.2. *Transferencia fiduciaria del lote*

3.2.2.1. *Impuesto de Sellos*

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, dicha transferencia se halla gravada con el 2,5 % sobre el valor que las partes hayan adjudicado al lote o sobre la valuación fiscal del mismo, el que resulte mayor. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, no se grava con Impuesto de Sellos la transferencia fiduciaria del inmueble entre el fiduciante y el fiduciario.

3.2.2.2. *Impuesto a la Transferencia de Inmuebles*

De acuerdo a los términos del Dictamen 55/05 de la AFIP, modificando el criterio anterior, habrá que retener el 1,5 % del valor asignado al lote o su valuación fiscal, el que resulte mayor.

3.2.2.3. *Impuesto a las Ganancias*

Habrà que retener el 3 % sobre los montos indicados cuando se den los presupuestos viables para dicho impuesto.

Cabe una aclaración con relación al presente supuesto. En caso de que al momento de aportar el lote no exista suma alguna de dinero sobre la cual poder practicar la retención aludida, el escribano autorizante deberá actuar como *agente de información*, de conformidad a lo dispuesto por las resoluciones 2139 (Ganancias) y 2141 (Impuesto Transferencia de Inmuebles), obligación que deberá cumplimentarse a través del régimen establecido por la Resolución 781 Citi-Escribanos con sus normativas modificatorias y complementarias (Dictamen 60/07 AFIP de 16/8/2007).

3.2.3. *Adjudicación de las unidades resultantes a los fiduciantes-beneficiarios*

3.2.3.1. *Impuesto de Sellos*

Dicha transferencia estaría gravada con las alícuotas correspondientes, tanto en el ámbito de la Ciudad como de la Provincia de Buenos Aires, sobre el valor de adjudicación o valuación fiscal de la unidad entregada como contraprestación, el que resulte mayor. Aquí juegan las exenciones correspondientes en ambas jurisdicciones para la aplicación del impuesto, en los casos en que se den los supuestos exigidos por la normativa vigente.

3.2.3.2. *Impuesto a las Ganancias*

Se deberá retener el 3 % de los montos indicados, siendo el fideicomiso sujeto pasible de dicha retención, incluido expresamente en la actual Resolución 2139 de la AFIP. En este sentido se modificó el criterio anteriormente expuesto en numerosos dictámenes en los cuales no se practicaba retención alguna en estos supuestos de identificación en las personas de fiduciantes-beneficiarios y ante la falta de previsión de la Resolución 3026.

Será aplicable al presente supuesto la advertencia realizada en el punto anterior con relación a la ausencia de dinero para practicar la retención aludida debiendo proceder a la información respectiva (Dictamen 60/07 de AFIP de 16/8/07).

3.2.4. *Venta de las unidades resultantes a los terceros adquirentes*

La solución sería similar a la planteada en el punto anterior, debiendo retener el Impuesto de Sellos y el Impuesto a las Ganancias sobre el precio de venta de la unidad. Al existir importe sobre el cual retener, no sería viable nuestra función en calidad de agentes de información.

3.2.5. *Cesión de los derechos por parte de los fiduciantes-beneficiarios*

3.2.5.1. *Impuesto de Sellos*

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, siempre y cuando no se haya verificado la transferencia de la posesión sobre el inmueble cuyos derechos de adjudicación fiduciaria se ceden, no estaría gravada con Impuesto de Sellos. En jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, estaría gravado con la alícuota del 1 % sobre el precio de la cesión.

3.2.5.1. *Impuesto a la Transferencia de Inmuebles o a las Ganancias*

De conformidad a lo establecido por los dictámenes 49/03 de 7/8/03 y 9/07 de 31/1/07, la cesión del derecho de adjudicación de la unidad funcional no se hallaba contemplada como hecho imponible, como así tampoco en la anterior Resolución 3026, ni en las actuales resoluciones 2139 ni 2141, no quedando sujeto dicho acto al régimen retentivo previsto en las normativas

relacionadas. Los aludidos dictámenes manifiestan que no se dan los hechos imponibles, tales como la posesión del inmueble o la transmisión de un derecho real de dominio, sino la simple transmisión de un derecho personal que implica la cesión de una *posición contractual*, no asimilable inclusive a la cesión de un boleto de compraventa.