



Universidad de
SanAndrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Fideicomiso Inmobiliario.

La responsabilidad del fiduciario

post-extinción del fideicomiso.

Su deficiente tratamiento bajo la ley 24.441, replicado
por la nueva Codificación Unificada.

Autor: Agustín Ignacio Maschwitz

Legajo: 22154

Mentor: Rodolfo G. Papa

Victoria, Partido de San Fernando, Provincia de Buenos Aires.

13 de Julio de 2015

“Lo ideal sería que, al momento de la extinción del Fideicomiso nada quede pendiente. Pero eso sucede excepcionalmente y nos encontramos que la realidad es otra.”¹

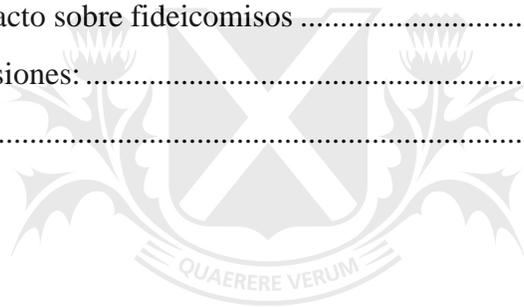


Universidad de
San Andrés

¹ Silvio Lisoprawski, “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El ‘limbo’ o la subsistencia ‘ultra vires’”, *La Ley B* (2008): 912 (LL 2008-B-912). Consultado digitalmente en La Ley Online.

CONTENIDO

Introducción.....	2
Fideicomiso: Sus etapas	7
Partes Intervinientes	9
Responsabilidad del Fiduciario	12
Situación actual	19
Responsabilidad de fuente tributaria y contable atribuible al fiduciario	21
Posible aplicación de la LDC al Fideicomiso.....	27
Nuevas incorporaciones del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad con impacto sobre fideicomisos	28
Aportes finales y conclusiones:	34
Bibliografía.....	40



Universidad de
San Andrés

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analizará el vacío legal –en nuestro entender- existente sobre la responsabilidad patrimonial que enfrentan (además del propio patrimonio fideicomitado), las partes, principalmente el fiduciario de un fideicomiso inmobiliario, por las obligaciones que se hubieran generado durante su ejecución y no hubieran sido canceladas con antelación a su extinción. Es decir, una vez adjudicadas las unidades funcionales a sus beneficiarios/fideicomisarios. Es así como habiéndose extinguido en teoría las obligaciones originadas por la ejecución del encargo fiduciario, surge el interrogante de quien debería responder en caso de que aparezca una contingencia o crédito de diferente materia o nivel de exigibilidad contra el patrimonio fideicomitado, estando el fideicomiso ya disuelto.

Recordemos que este instrumento jurídico se encuentra reglado por la ley 24.441², la cual fue promulgada en el año 1995 y como resultado de la inminente vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, prevista para el próximo 1 de Agosto del 2015, la nueva Codificación derogará los artículos 1 a 26 de la precitada ley, reemplazándolos por los artículos 1666 a 1707, incorporando al fideicomiso como un contrato nominado.

El auge del fideicomiso, como figura hegemónica para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, demoró casi ocho años desde la sanción de la ley 24.441. La razón principal fue la crisis económica del año 2001, en donde los ahorristas lo descubrieron como una gran alternativa para poder invertir en ladrillos y al mismo tiempo como una forma de invertir o ahorrar, según el caso, dadas sus ventajas jurídicas y económicas.

El problema es que la ley 24.441 no avanzó ni se desarrolló lo suficiente como para superar ciertas flaquezas que exhibió esta figura. La responsabilidad de las partes en caso de surgir una contingencia, pasivo o crédito exigible con causa o título anterior aunque realizada con posterioridad a la extinción del fideicomiso, sigue siendo un problema irresuelto tanto en la ley 24.441 como en el Código Civil y Comercial de la Nación, a menos que su ocurrencia hubiera sido objeto de una adecuada reglamentación contractual, por la cual, esta circunstancia en la que el patrimonio fideicomitado como responsable principal de las

² Ley 24.441. Ley de fideicomisos. B.O. 09/01/1995

obligaciones generadas por la ejecución del fideicomiso, resultare insuficiente o inexistente en su caso.

Como sostiene Silvio Lisoprawski, una vez extinguido el fideicomiso, los pasivos y las relaciones jurídicas de toda naturaleza, las cuales pudo haber establecido el fiduciario con causa en el fideicomiso, no se esfuman ni desaparecen por arte de magia.³ Es decir, cabría la posibilidad de que una vez adjudicadas las unidades funcionales a los beneficiarios/fideicomisarios aparezcan problemas ya sea, por ejemplo, de tipo constructivo o cargas impositivas impagas, siendo la ley 24.441 insuficiente para poder resolverlos, ya que nada dice de cómo tratar el tema. En este sentido, podríamos anticipar, que lamentablemente, el tratamiento recibido por el fideicomiso por parte del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no ha avanzado sustantivamente en el análisis de esta problemática.

El Profesor Rodolfo G. Papa agrega que es importante entender el protagonismo que tiene el fiduciario en el registro y contabilización de las operaciones concertadas por un fideicomiso, no solamente como administrador del patrimonio fideicomitado, sino que, a través de tal labor, está obligado legalmente a rendir cuentas.⁴ Papa, a nivel contractual, considera que es el fiduciario quien está más expuesto, por ser el representante del fideicomiso, el propietario fiduciario de los bienes fideicomitados y además por ser el administrador del proyecto, es decir, habitualmente tiene entre otras tareas, el encargo de recibir los pagos mensuales de los beneficiarios, para derivar a estos a la ejecución de la obra.⁵ Además, es quien en definitiva entabla las relaciones jurídicas del fideicomiso con terceros en general, entre quienes se encuentran los acreedores externos del fideicomiso, quienes podrían formular reclamos patrimoniales ex post extinción del fideicomiso, por obligaciones contraídas durante su ejecución (por ejemplo, aquellas de fuente tributaria, laboral, comercial o civil, entre las de mayor relevancia).

³ Silvio Lisoprawski, "La extinción del fideicomiso".

⁴ Rodolfo G. Papa, "Prológo", en *Fideicomiso para Abogados y Contadores. Aspectos jurídicos, contractuales, regulatorios, contables y tributarios* (Buenos Aires: Erreius, 2014), XXX.

⁵ Rodolfo G. Papa, "El fideicomiso como ente contable, su tratamiento jurídico-contable" en *Fideicomiso para Abogados y Contadores*, 31.

Al analizar la eventual responsabilidad personal del fiduciario una vez extinguido el fideicomiso dado el vacío legal existente es importante que se conozcan cuáles son los principales artículos de la ley 24.441 y del nuevo Código unificado que abarcan dichos temas. En primer lugar, el artículo sexto de la precitada ley narra que 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 su vez, su artículo séptimo agrega que en el contrato que se celebre, no se podrá exceptuar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, al menos una vez por año.

Por último, el artículo décimo sexto establece que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo podrán ser satisfechas con los bienes fideicomitidos. El problema es que ni en el régimen actual ni en la inminente puesta en vigencia del nuevo Código unificado, no queda claro que se debe entender como buen hombre de negocios, tampoco se sabe exactamente como debería ser la forma de rendir las cuentas, y por último y más problemático aun, es que la Ley Nacional de Procedimiento Tributario, en su artículo octavo, no se condice con lo establecido en el artículo décimo sexto de la ley 24.441, ni por el artículo 1687 (primer párrafo) del nuevo Código unificado, existiendo un claro conflicto entre ambas legislaciones sustantivas, sobre el alcance de la limitación de responsabilidad patrimonial del patrimonio fideicomitado, y subsidiariamente el personal del fiduciario, en especial, por el cumplimiento de las obligaciones tributarias del fideicomiso generadas durante su ejecución.

Dado que los artículos citados anteriormente solamente analizan la responsabilidad del fiduciario durante la ejecución del fideicomiso, son los abogados de las partes, quiénes con su labor profesional brindarán las herramientas fundamentales para lograr un régimen de protección contractual que deje en claro desde un comienzo sus obligaciones. Como consecuencia, los abogados serán primariamente los autores de extensas cláusulas de indemnidad, reconocidas en forma estandarizada por nuestros usos y prácticas comerciales, las cuales serán utilizadas para salvaguardar en caso de un imprevisto o vacío legal que no especifique cómo se debe proseguir, tendientes esencialmente a proteger jurídicamente al fiduciario, no solamente durante la vigencia del fideicomiso, sino también luego de su

extinción (vía supervivencia del *imperium* de tal cláusula), ante reclamos que podrían ser formulados por acreedores del fideicomiso, con causa o título anterior a tal extinción.

Si bien en el contrato celebrado por las partes se presume la buena fe, puede suceder que el fiduciario no haya registrado contablemente o informado, según el caso, determinadas contingencias o incluso haberlas ignorado (en forma dolosa o negligente), y que estas salgan a la luz una vez disuelto el fideicomiso. Es decir, una vez concluido, y adjudicadas las unidades funcionales a sus beneficiarios/fideicomisarios, la pregunta es quien debería responder si aparecen pasivos laborales o tributarios, problemas en la construcción u otros de diversa naturaleza, calificados genéricamente –reiteramos- como acreedores externos del fideicomiso, ante la circunstancia que el patrimonio fideicomitado se hubiera extinguido o resultare insuficiente para cumplir con todos los pasivos fideicomitados. Es lógico pensar que, ya sea un beneficiario o un acreedor externo, en caso de haber sido perjudicado por el fideicomiso, vaya legalmente contra el fiduciario, atendiendo a su rol de administrador y representante del vehículo fiduciario. El fiduciario en estos casos deberá demostrar su buena fe en la ejecución del proyecto y su apego total al estándar de conducta consistente en la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, para no ser responsabilizado patrimonialmente en forma personal por dichos problemas.

En la práctica, muchas veces sucede que una misma fiduciaria está al mando de varios emprendimientos inmobiliarios en los que hay más un fideicomiso de por medio. Podría ocurrir que al tener problemas económicos en uno, decida de manera “disimulada” destinar los recursos de otro de sus emprendimientos para tratar de solucionar las dificultades de aquel que está en crisis. Es decir, como administradores del fideicomiso, al recibir las cuotas mensuales de los beneficiarios, podrían “jugar” con estas y derivarlas al fideicomiso con mayor cantidad de problemas. Esto podría ocasionar un cataclismo porque la mala administración de un fideicomiso puede terminar perjudicando al resto, y además estaría encubriendo una conducta ilícita del fiduciario, tanto civil como penalmente.

En tal sentido, bajo el régimen regulatorio de la oferta pública de valores negociables fiduciarios, con motivo de un caso ocurrido en el año 2009 en el que un fiduciante/administrador había desviado ilegítimamente las cobranzas correspondientes al

activo fideicomitido, para cumplir con otras deudas propias contraídas ante terceros, en perjuicio del interés del fiduciario financiero y de los beneficiarios, la Comisión Nacional de Valores dictó la Resolución General 555 (luego incorporada en el actual Texto Ordenado aprobado por la Resolución General 622/2013), que instauró un sistema de fiscalización permanente a cargo del fiduciario financiero con respecto a las tareas de cobranzas delegadas en el fiduciante/administrador, teniendo en cuenta adicionalmente, que dicha responsabilidad atribuida al fiduciario sobre la delegación en la gestión y administración de dicho activo, es indelegable e inexcusable.

Por lo tanto, los fiduciarios suelen seguir existiendo como tales una vez disuelto el fideicomiso. Entonces, porqué si estos siguen en marcha no deberían hacerse cargo de responder por pasivos laborales o impositivos o vicios en la construcción que pudieran aparecer o resultar exigibles tiempo después a la adjudicación de los bienes a los beneficiarios/fideicomisarios. En caso de que los beneficiarios, fideicomisarios o fiduciantes pudieran demostrar la mala administración en forma negligente o dolosa de la fiduciaria, y esta siga en marcha con otros proyectos, debería hacerse cargo (en responder con su patrimonio personal) por sus inconductas en infracción a la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios que debe guiar su actuación, o eventualmente, podría alegar que dichos perjuicios son posteriores a la cesación de su mandato y que jamás los pudo haber prevenido.

Lo que se propone demostrar en este trabajo es, ante la falta de una regulación de fuente normativa (inexistente –recalcamos- bajo la actual legislación como la incluida en el Código Civil y Comercial de la Nación, con impacto sobre el contrato de fideicomiso), que establezca cuál es la responsabilidad que asume el patrimonio fideicomitido, o bien la de sus posiciones internas, o bien el fiduciario (en este último caso la infracción a su deber de obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él), por la falta de cumplimiento de las obligaciones generadas como resultado de la ejecución del fideicomiso –esencialmente aquellas de fuente tributaria-, y que resultaren exigibles una vez producida su extinción, cómo podría contemplarse en forma preventiva tal cuestión, como parte del contenido de un contrato de fideicomiso inmobiliario.

Para esto, hemos consultado a varios referentes del sector, quienes nos han explicitado ciertas herramientas legales y convencionales utilizadas actualmente en los contratos de fideicomiso, siendo estas el respaldo o apoyo jurídico más común para poder lograr emprendimientos de tal envergadura.

De tal modo que, ante tal circunstancia, el fiduciario podría contar con una serie de herramientas o mecanismos de protección que le posibiliten distribuir los riesgos económicos y jurídicos derivados de tal escenario, y de ese modo, transferir la decisión última de cómo proceder a enfrentar tal contingencia o deuda generada por el patrimonio fideicomitado, sobre los fiduciantes, beneficiarios o fideicomisarios, en forma conjunta o separada, según el caso, ya que ante la inexistencia de estas herramientas de fuente convencional, el fiduciario no tendría otra alternativa que probar su falta de obrar culposo o doloso, según el caso, o específicamente en materia tributaria de la imposibilidad de poder cumplir con sus obligaciones como responsable por el cumplimiento de deuda ajena, para ser liberado de responsabilidad patrimonial personal, por los daños y perjuicios que hubiera causado tal comportamiento, en detrimento de la autonomía del patrimonio fideicomitado.

En el análisis de la problemática planteada, también haremos necesaria referencia a ciertas previsiones contractuales que el fideicomiso inmobiliario debería contener en la práctica para reglamentar cómo proceder frente a la ocurrencia de un reclamo formulado por un acreedor del fideicomiso (sea interno o externo) post-extinción de aquel, a los fines de determinar cuáles actos podría adoptar el fiduciario para mitigar su exposición a responsabilidad personal, en los casos en que obviamente su conducta hubiera sido consistente con el de la prudencia y diligencia que debió haber observado en la administración de un patrimonio fideicomitado.

FIDEICOMISO: SUS ETAPAS

Basándonos en el artículo primero de la ley 24.441, define que habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato

(beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

La instrumentación del fideicomiso comienza con el contrato, por el cual el constituyente se obliga a transmitir un inmueble al fiduciario o bien a transferirle fondos para que este último lo adquiriera a título fiduciario (instrumentándose en tal caso un fondo fiduciario de inversión directa), luego continua con la escritura traslativa del dominio, la cual podría hacerse en un mismo instrumento junto con el anterior, en donde se deben consignar los aspectos contractuales trascendentales, como el plazo, las facultades del fiduciario, la rendición de cuentas y actos que requerirán la conformidad del fiduciante/beneficiario.⁶

Diego A. Chighizola sostiene que el fiduciante ya habiendo recorrido el camino inicial y una vez formalizada la relación contractual, aportara el dominio de un lote o fracción de campo a una persona, entidad o sociedad de confianza (fiduciario), a título de fideicomiso. El objetivo es, mediante la actuación del fiduciario, la concreción de un edificio de viviendas, oficinas, o la realización de las obras de infraestructura necesarias para desarrollar una urbanización especial, la habilitación del parcelamiento y, posteriormente, la construcción de algunas viviendas para integrar el sector residencial. A cambio, el fiduciante se cobrara como precio por su aporte, la cantidad de metros convenidos o lotes urbanizados de los proyectos en cuestión, una vez finalizada la construcción del edificio o emprendimiento.⁷

“Una vez concluido el proyecto y finalizada la construcción prevista el fiduciario enajenará las unidades resultantes que fueren necesarias para cancelar la hipoteca y adjudicará el dominio pleno de las unidades comprometidas a favor del fiduciante aportante del terreno, a la vez que transferirá el dominio a los que fueron adquiriendo unidades en el proceso de construcción, es decir, los beneficiarios/fideicomisarios.”⁸

⁶ Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 22 de abril de 2015: 2.

⁷ Diego A. Chighizola, “Fideicomiso inmobiliario. Parte A: aspectos legales”, en *Tratado de Fideicomiso*, eds. Gabriel Gotlib, Mario Alberto Carregal y Fernando Vaquero, Tomo II (Buenos Aires: La Ley, 2013): 100.

⁸ Diego A. Chighizola, “Fideicomiso inmobiliario. Parte A: aspectos legales”, 100

Cuando se adjudiquen las unidades a los beneficiarios, se deberán escriturar las mismas. El problema es que para que se puedan escriturar, deben estar previamente autorizados los planos de obra, y esto no siempre sucede, es por eso que los beneficiarios/fideicomisarios pueden en algunos casos estar viviendo en su unidad sin tener su título de dominio de la misma. Esta diferencia de tiempos, también puede ser vista como un riesgo, porque podría suceder que el fideicomiso por haberse vencido su plazo, se haya extinguido, y los beneficiarios/fideicomisarios todavía no se encuentren inscriptos en el Registro de la Propiedad como titulares de su unidad.

Es importante conocer que la ley de fideicomiso no permite un plazo de duración mayor a treinta años. De todas maneras, en los fideicomisos inmobiliarios, se suelen poner periodos mucho menores, e incluso muy justos, cercanos al límite de la finalización de la obra para tratar de desligarse de eventuales responsabilidades.

PARTES INTERVINIENTES

El fiduciante es aquel que transmite al fiduciario la propiedad fiduciaria de ciertos bienes, con el objeto de constituir el fideicomiso. Según, Mario A. Carregal, es este quien señala el destino que se dará a los bienes fideicomitidos, lo cual implica que será él quien confiera al fiduciario el encargo primario característico del fideicomiso.⁹

La ley no impone restricciones para actuar como fiduciante en un fideicomiso, es decir, cualquier persona física o jurídica podrá actuar como tal. Tampoco hay oposición alguna para que haya más de un fiduciante en un emprendimiento inmobiliario. Carregal sostiene que podría haber además distintos tipos de fiduciantes, por ejemplo uno que aporte el terreno donde se llevará a cabo el proyecto, otro que aportará una suma de dinero importante, y otro que aporte los planos de la edificación a construir. Dado que cada aporte se traduce en una cantidad de dinero distinta, el contrato deberá fijar claramente cuáles son los derechos y obligaciones de cada uno para prevenir futuros conflictos entre ellos, o ante eventuales responsabilidades.

⁹ Mario A. Carregal, "El contrato de fideicomiso en general", en *Tratado de Fideicomiso*, eds. Gabriel Gotlib, Mario Alberto Carregal y Fernando Vaquero, Tomo I (Buenos Aires: La Ley, 2013): 33.

“El beneficiario es la persona a cuyo favor se constituye el fideicomiso, aquel que goza del interés beneficiario que debe preservar el fiduciario”.¹⁰

El artículo segundo de la ley vigente establece que el contrato debe individualizar al beneficiario, que puede ser tanto una persona física o jurídica, pudiendo existir o no al momento del otorgamiento del contrato, pero posible de individualizar en el futuro.

A su vez, el segundo párrafo del artículo 19 de la ley 24.441, establece que podrá haber más de un beneficiario, y que en caso de que no se hayan estipulado cuáles serán sus beneficios, estos serán todos en partes iguales. Además agrega que podrían designarse beneficiarios sustitutos en caso de que alguno no acepte, renuncie o por la muerte de uno de estos.

Mario A. Carregal agrega que los beneficiarios pueden ceder o transferir su derecho, salvo que el fiduciante haya pactado en el contrato que no puede hacerlo.

El tercer párrafo de dicho artículo dispone que si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario.

La cuarta parte del fideicomiso es el fideicomisario. Carregal, en el Tratado del cual es autor, sostiene que es la figura más polémica por no haber sido definida por los legisladores. De todas maneras, esta figura se encuentra mencionada en el artículo primero y segundo de la ley 24.441, dejándolo como posible beneficiario sustituto, y en el artículo 26 de la misma ley como el receptor obligatorio de los bienes fideicomitidos en caso de extinción del fideicomiso. Es decir, se lo considera como un beneficiario residual. Cualquier persona física o jurídica podrá ocupar dicho rol, pudiendo haber más de uno.¹¹

Dentro de las figuras elementales del fideicomiso y de la que se trata el objeto de este trabajo es la del fiduciario. Como se ha explicado anteriormente es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos y se compromete a cumplir con relación a ellos el encargo o encomienda fiduciaria.¹²

Según la ley 24.441 podría haber pluralidad de fiduciarios en un fideicomiso inmobiliario, cuando la envergadura del proyecto es tal que se requiera que haya más de uno brindando

¹⁰ Mario A. Carregal, “El contrato de fideicomiso en general”, 43

¹¹ Mario A. Carregal, “El contrato de fideicomiso en general”, 46

¹² Mario A. Carregal, “El contrato de fideicomiso en general”, 34

tal servicio de un fiduciario, es decir a cargo de la administración para lograr el objetivo por el cual se impulsó el fideicomiso. Dado que la ley de fideicomisos no hace demasiados filtros para que cualquier persona, ya sea física o jurídica, pueda actuar como dicha parte, se corre el riesgo de que personas con escaso conocimiento del tema asuman dicha función. Por eso gran parte de la doctrina sostiene que sería fundamental que para que se concrete el proyecto en tiempo y forma, el contrato de fideicomiso, eje central del plan, sea elaborado por contadores públicos y abogados.

El escribano público es otro actor importante en la ejecución de un desarrollo inmobiliario, ya que suele acompañar a todas las partes desde el comienzo hasta la extinción del mismo. En el contrato de fideicomiso debería establecerse cuál va a ser la escribanía interviniente y cuáles serán sus obligaciones y honorarios.

Antes de comenzar a desarrollar cuales son las principales tareas y responsabilidades del fiduciario en un fideicomiso inmobiliario, durante su ejecución así como luego de su extinción, es importante entender que su labor no es la misma que la de un desarrollador. Es decir, en muchos casos puede suceder que dentro de un fideicomiso, haya un desarrollador del proyecto de renombre, que es quien se ocupa tanto de elegir el terreno propicio para lograr el barrio, el edificio, o cualquier otra obra, así como de elegir a la constructora, vender las futuras unidades, y también la de designar al fiduciario.

El desarrollador en algunos casos es la cara visible del proyecto, y es quien marca y decide el rumbo del mismo, actuando la administradora simplemente como la “contadora” por así decirlo del proyecto. Cuando la práctica no resultaba del todo clara, solía suceder en muchos casos que el desarrollador y el fiduciario solían ser una misma persona. Una vez que se lograron interpretar cuales eran objetivos del fideicomiso, y con mayor conocimiento de cuáles eran las responsabilidades del fiduciario, estos grupos desarrolladores se dieron cuenta de que era mejor separar las tareas, y desprenderse de ciertas responsabilidades delegándolas en un fiduciario especialista en el tema.

RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO

El artículo quinto de la Ley 24.441 aclara que el Fiduciario podrá ser cualquier persona física o jurídica, salvo que tengan como objeto fideicomisos financieros sujetos al régimen de oferta pública (en similar sentido, lo reafirma el artículo 1673, segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Estas últimas para poder ofrecerse al público deberían, en forma excepcional, ser entidades financieras autorizadas o funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley, además de las personas jurídicas (sociedades anónimas locales) que autorice la Comisión Nacional de Valores, encargada de controlar los requisitos que se deben cumplir para poder serlo. Dado que el tema que abarca este trabajo son los fideicomisos inmobiliarios ordinarios o privados excluidos del régimen de la oferta pública (ya que la Resolución General 623 de la Comisión Nacional de Valores ha admitido la creación de fideicomisos financieros inmobiliarios), podríamos decir que cualquier persona física o jurídica podría actuar como tal, como principio general, con el único recaudo de evidenciar que posee capacidad para contratar.

El artículo sexto de la actual ley, a su vez, dispone que el fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (tal como lo reafirma el artículo 1674 (primera parte) del Código Civil y Comercial de la Nación). Parecería ser mayor la autonomía de las partes a la hora de celebrar el contrato por sobre las imposiciones legales, pero se puede comprobar en base a los artículos citados que, el fiduciario tiene más de una obligación y que en caso de incumplimiento a sus obligaciones como tal, puede por determinación de los beneficiarios o fiduciantes, según el caso, ser removido judicialmente, obviamente durante la vigencia del fideicomiso y el cumplimiento de su encargo fiduciario.

El artículo séptimo de la ley de fideicomisos agrega otra obligación para el fiduciario, estableciendo que en el contrato que se celebre no se podrá exceptuar a este de rendir las cuentas necesarias, pudiendo ser estas solicitadas por el beneficiario conforme las previsiones contractuales o no (que reafirma el artículo 1675 del nuevo Código unificado, aunque extensiva a favor de los fiduciantes y fideicomisarios).

Esta es otra laguna que plantea la ley 24441 al no haber dispuesto de qué manera cumplirá el fiduciario con tal obligación, interpretándose a nivel doctrinario que se plasmará a través de la confección de los estados contables del fideicomiso, y cuyo autor será el fiduciario. La doctrina ha sostenido que la información que emite el fideicomiso tiene varios interesados. En primer lugar el fiduciante porque podrá ver si el fiduciario está cumpliendo con sus funciones o no. El beneficiario porque con la misma tendrá la información sobre la administración de los beneficios percibidos y a percibir, y el fideicomisario para conocer la composición de los bienes que recibirá a la finalización del fideicomiso.¹³

El artículo décimo catorce de la precitada ley explica que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (reafirmado por el artículo 1685 (primera parte) del nuevo Código unificado). La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limitaba al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado, aunque esta última norma será derogada por el nuevo Código unificado, atribuyéndole responsabilidad objetiva, directa y personal por la falta de contratación de un seguro de responsabilidad civil por los daños causados por el activo fideicomitado (artículos 1685 y 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación). Dicha separación de patrimonios es una de las principales ventajas de esta herramienta jurídica. Es decir, sus partes (fiduciante, beneficiario y fideicomisario, en forma conjunta o separada, según el caso) no podrán ser responsables por montos superiores a los que hubieran aportado al fideicomiso, como principio general, aunque tal separación podría ser derogada por las disposiciones convencionales del fideicomiso.

El artículo décimo quinto establece que los bienes fideicomitados quedaran exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podría agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, aunque las únicas excepciones a dicha regla general, que ha incluido la nueva Codificación unificada, se basan en la acción de fraude y la de ineficacia concursal, respectivamente (artículo 1686).

Por último, el artículo décimo sexto de la ley que comentamos, sostiene que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso,

¹³ Rodolfo G. Papa, *Fideicomiso para Abogados y Contadores*, 36.

las que solo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos (reafirmado por la primera parte del artículo 1687 del nuevo Código unificado).

La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, a cargo del fiduciario, a pesar que sobre esta temática el nuevo Código unificado ha dispuesto que la liquidación del patrimonio fideicomitado deberá realizarse judicialmente, en lugar del actual sistema de la “extrajudicialidad” (artículo 1687, último párrafo).

Antes de ahondar en el tema de las responsabilidades, y considerando lo narrado anteriormente es importante tener en cuenta los elementos de un fideicomiso. Papa considera que el fideicomiso posee cuatro características distintivas. En primer lugar, que se constituye un patrimonio separado y autónomo respecto del perteneciente a cada una de sus partes. Este elemento podría ser visto como la principal ventaja del instrumento jurídico, dado que otorga una seguridad económica a todas las partes involucradas, ya que no solo se resguarda el proyecto por el cual se reunieron, sino que además tienen la posibilidad de proteger sus patrimonios personales ante al ataque de eventuales acreedores del fideicomiso en cuestión. Es decir, que el fideicomiso responderá únicamente hasta el valor de los bienes fideicomitidos que lo integran. En segundo lugar, el rol dual que tiene el Fiduciario como propietario no pleno de los bienes fideicomitidos y a su vez como administrador de los mismos. En el contrato de fideicomiso, las partes narrarán detalladamente cuales son las facultades y decisiones que puede tomar el fiduciario respecto de los bienes fideicomitidos. En tercer lugar, por la secuencia en la que se entregan y se devuelven o se entregan a nuevas personas los bienes. Esta característica también es fundamental, es decir, el fideicomiso al estar sujeto a un plazo determinado, o al cumplimiento de una condición permite que las partes mantengan resguardado su patrimonio en todo ese tiempo, además de que le da posibilidad a los dueños de los futuros inmuebles de involucrarse pagando aportes en cuotas, y de esa manera ingresar en un negocio al que no podrían haber accedido si hubiesen tenido que pagar al contado. Y por último la posición neutral que debe tener el fiduciario respecto al interés económico y jurídico del patrimonio fideicomitado administrado con respecto a los beneficiarios. Esta

última característica ha sufrido modificaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación, las que luego explicaremos más profundamente.¹⁴

La abogada Carla M. Gruskin, considera que es importante distinguir la responsabilidad contractual del fiduciario al celebrar el contrato de fideicomiso frente al fiduciante, fideicomisario y los beneficiarios, de la responsabilidad extracontractual que puede surgir del daño ocasionado a terceros en la ejecución del contrato de fideicomiso, máxime durante la vigencia de la ley 24441. Es decir, que por un lado hay una responsabilidad interna, que tendrá lugar cuando se perjudique a cualquier fiduciante, fideicomisario o beneficiario, principalmente por la no ejecución total o parcial de las obligaciones estipuladas en el contrato, siempre y cuando no existan los eximentes de caso fortuito o fuerza mayor. Y por otro lado, una responsabilidad externa, para con los acreedores externos del fideicomiso, como –por ejemplo- la Administración Federal de Ingresos Públicos, entre otros. En relación a las cuestiones internas, según Gruskin, se podría decir que la responsabilidad del fiduciario es subjetiva, basada en el dolo o culpa, teniendo las otras partes la obligación de demostrarla para poder hacerlo responsable.¹⁵

De cualquier modo, dicha distinción entre ambos niveles de responsabilidad (extracontractual VS. contractual) con impacto sobre la actuación del fiduciario, carecería de relevancia una vez en vigencia la nueva Codificación unificada, en atención a que unifica las consecuencias jurídicas de ambos regímenes de responsabilidad.

Según Gruskin son siete las principales obligaciones que tiene un fiduciario a la hora de intervenir en un fideicomiso inmobiliario. En primer lugar, considera que aquel debe ejercer la propiedad fiduciaria en beneficio del beneficiario, siendo un ítem esencial de todo contrato de fideicomiso. Agrega que el fiduciario por más de actuar en nombre propio, lo debe hacer en interés ajeno, porque el objetivo es conseguir determinados beneficios para otras personas. El fiduciario tiene el deber de realizar todos los actos necesarios para que la voluntad del constituyente se cumpla de la mejor manera posible, pero a su vez no tiene una libertad incondicional, es decir, solo podrá ejercer actos de disposición, siempre y cuando el

¹⁴ Rodolfo G. Papa, *Fideicomiso para Abogados y Contadores*, XXXI.

¹⁵ Carla Gruskin, "Responsabilidad del Fiduciario", en *Tratado de Fideicomiso*, eds. Gabriel Gotlib, Mario Alberto Carregal y Fernando Vaquero, Tomo I (Buenos Aires: La Ley, 2013): 102.

fiduciante, en el contrato de fideicomiso lo hubiera autorizado. Comparando la figura del fiduciario con la del mandatario, el primero tiene la facultad de salirse con lo estipulado en el contrato siempre y cuando considere que tal obrar sea necesario para alcanzar el fin buscado por el fideicomiso.

En segundo lugar debe transmitir los bienes fideicomitados al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, beneficiario o al fideicomisario. Una vez que se extingue el fideicomiso, por cualquiera de sus causales, el fiduciario deberá devolver los bienes que estaban incorporados al patrimonio fideicomitado a su dueño original, o a los nuevos dueños, que serán los beneficiarios/fideicomisarios. Para el cumplimiento de esta obligación, el artículo 26 de la Ley 24.441 aclara que el fiduciario deberá otorgar los instrumentos y contribuir a las inscripciones de Registro que correspondan, es decir, que si debe transmitir un bien inmueble al Fideicomisario deberá formalizar el contrato en escritura pública, hacer la tradición, y además el acto deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad para que resulte oponible a terceros.

Lisoprawski nuevamente se pregunta qué pasaría si quedaran pendientes dichas acciones y el fideicomiso ya estuviese extinguido. Dicho autor explica además que en muchos casos desde el momento de extinción del contrato hasta el momento de entregar los bienes o beneficios a quien corresponda puede haber un espacio temporal bastante prolongado. Entonces, que sucedería en caso de que siguieren pendientes derechos y obligaciones en relación a los bienes fideicomitados, pero el fideicomiso ya estuviese extinguido.¹⁶

En tercer lugar, debe rendir cuentas de su gestión. Esta es una obligación de la cual, como se ha dicho anteriormente, no se lo puede dispensar. La ley exige que dichos informes se deban hacer al menos una vez al año. Los beneficiarios (y fiduciantes y fideicomisarios bajo el nuevo Código unificado) tienen el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de brindar la información de la situación económica/edilicia en la que se encuentra el fideicomiso. Para las partes del fideicomiso es importante conocer cómo se encuentra el proyecto, para no sorprenderse hacia el final del contrato. Estos informes contarán con los activos y pasivos que el proyecto cuenta. Así como es una obligación para el fiduciario

¹⁶ Silvio Lisoprawski, “La extinción del fideicomiso. “Una alternativa de hierro: El “limbo” o la subsistencia “ultra vires.”

reflejar como ha llevado a cabo su administración, también puede ser una eventual herramienta para defenderse en caso de crisis, es decir, al demostrar su actividad, deja en claro e involucra a las otras partes a tomar decisiones para poder seguir adelante. En caso de que el panorama fuera desalentador, el informe alertaría a las partes a sumar nuevos aportes, para poder finalizar la ejecución del proyecto de la manera más rápida y prolija posible. Como dice Gruskin, el fiduciario no tiene una obligación de resultado, sino que es una figura que actúa como medio para alcanzar un fin, en este caso, el edificio, barrio cerrado, o cualquier otro proyecto que pueda darse mediante dicho instrumento jurídico.¹⁷

En cuarto lugar debe mantener la separación patrimonial entre los bienes propios y los bienes fideicomitidos. Dicha obligación se extiende a los bienes registrables, los cuales deberán ser inscriptos en los Registros como propiedad fiduciaria del fiduciario,. Esta separación es fundamental y una de las principales causas por las que se elige esta herramienta para llevar a cabo emprendimientos de gran envergadura, porque los bienes del fiduciario no corren riesgo, ya que no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, así como los bienes insertos en el fideicomiso no corren riesgo de ser afectados por la responsabilidad ajena del fiduciario.

En quinto lugar, y en relación a la anterior, el fiduciario deberá ejercer todas las acciones patrimoniales que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos y el cumplimiento de los fines encomendados. Estas acciones pueden ser tanto contra terceros, así como contra los propios beneficiarios/fideicomisarios.

En sexto lugar, se le exige el compromiso de no renunciar intempestivamente. Si bien las partes pueden haber dejado establecido en el contrato la posibilidad de renunciar al proyecto, la renuncia recién tendrá lugar cuando se hayan transferido todos los bienes fideicomitidos al fiduciario sustituto. En caso de que la renuncia no hubiera sido una alternativa, la renuncia intempestiva podría ser vista como una causal de responsabilidad por incumplimiento del contrato contra el fiduciario.

¹⁷ Carla Gruskin, "Responsabilidad del Fiduciario",103.

Por último, tal como lo establece el artículo 19 de la ley 24.441, el fiduciario no podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos, por más de que las partes lo convengan en una cláusula contractual.¹⁸

Teniendo en cuenta las obligaciones narradas anteriormente y sumado a lo establecido en el artículo sexto de la ley, Gruskin sostiene que la responsabilidad del fiduciario se va a medir, como se ha dicho anteriormente, de acuerdo al standard del buen hombre de negocios, es decir que debe actuar con prudencia y diligencia por la confianza que ha sido depositada sobre él.¹⁹ Silvio Lisoprawski considera que este es un problema ya que no hay una definición precisa que mida la forma de actuar de esa manera, por eso se juzgara según el conocimiento y la capacidad del fiduciario para actuar sobre determinado fideicomiso, y así mayor va a ser la responsabilidad que va a poder recaer sobre él. Por lo tanto es muy importante que el fiduciario conozca cual es el fin exacto por el cual se está llevando a cabo el fideicomiso. Se supone que si el fin es conocido y transparente, el fiduciario no podría desviarse del rumbo indicado por el fiduciante.²⁰ Gruskin, haciendo referencia al artículo 909 del Código Civil, sostiene que la responsabilidad del fiduciario además de ser profesional y conecedor del negocio, se medirá por una condición especial, es decir por la confianza existente entre las partes. Ahora bien, por más de que la responsabilidad pueda considerarse mayor, tal como se ha dicho anteriormente, la obligación del fiduciario es de medios y no de resultados. Dicha distinción es un elemento esencial, ya que si fuera de resultados la culpa se presumiría, en cambio al ser de medios la culpa debe ser demostrada por las otras partes del contrato.

Habiendo explicado cuales son las responsabilidades principales del fiduciario en un fideicomiso, y gozando las partes de lo establecido en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley de Fideicomiso, características consideradas fundamentales para que las partes se involucren en proyectos inmobiliarios, me ocuparé de analizar si tales ventajas son realmente ciertas, o si en algunos casos puede haber situaciones donde queden a un lado por razones imperativas de otro tipo.

¹⁸ Carla Gruskin, "Responsabilidad del Fiduciario", 103-104.

¹⁹ Carla Gruskin, "Responsabilidad del Fiduciario", 106.

²⁰ Silvio Lisoprawski, "La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El "limbo" o la subsistencia "ultra vires."

SITUACIÓN ACTUAL

“El ofrecimiento al público de negocios fiduciarios inmobiliarios ha crecido exponencialmente luego de superada la crisis de 2002. Desde ese año ha sido la herramienta jurídica más usada en la Argentina para las inversiones en materia inmobiliaria y de la construcción.”²¹

“A fines de 2007, Infobae informaba que la mayoría de los desarrollos inmobiliarios del país (estimado en un 85%) se realizaba a través de fideicomisos, sobre todo “ordinarios”, facilitado para el inversor que adelanta un 30% del costo de la vivienda al fideicomiso armado por el desarrollador y el resto en cuotas, apuntándose entre sus ventajas la seguridad jurídica, un menor pago del impuesto a las ganancias si el fiduciante es beneficiario, y la mayor rentabilidad que genera en comparación con otras opciones de inversión. En cuanto al perfil del inversor, si bien la mayoría en un principio, perseguía obtener una vivienda, crecieron luego las opciones de quienes apuntan a la compra de una oficina o a la mera inversión para reventa o alquiler.”²²

La razón por la cual cito y traigo a colación el enorme crecimiento que han tenido los fideicomisos como instrumento jurídico en los últimos años es para demostrar la confianza que ha tenido el público respecto de ellos, así como una herramienta alcanzable en general para poder invertir en bienes inmuebles, ya sea para alcanzar la primera vivienda o como una mera inversión.

Rodolfo G. Papa, nos recuerda que, como principio general, el fiduciario, es el administrador de un patrimonio ajeno, el cual es el único responsable o “garante”, en honrar los compromisos de fuente externa e interna que imponga la ejecución de la finalidad, mandato o encargo fiduciario, y cuya extensión debería haber sido precisada, como parte de las previsiones contractuales del fideicomiso.”²³

²¹ Silvio Lisoprawski, “Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos ‘no financieros’”, *La Ley D* (2007): 911 (LL 2007-D-911), citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 4

²² Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 4.

²³ Rodolfo G. Papa, “Contingencias previsionales contra el patrimonio del fideicomiso y la responsabilidad del fiduciario: un fallo novedoso y esclarecedor”, *Doctrina Societaria y Concursal*, 320 (julio, 2014): 761, 766.

Papa, basándose en lo citado anteriormente agrega además que, si bien existe una clara independencia entre el patrimonio fideicomitido y el personal del fiduciario, hay dos excepciones en los que este último sí se podría ver afectado. En primer lugar cuando hay una conducta culposa o dolosa por parte de este, habiendo violado el artículo sexto de la ley de fideicomiso; y en segundo lugar, cuando se haya impuesto la responsabilidad solidaria al fiduciario, precisamente en los casos de reclamos de fuente laboral, del sistema de la seguridad social, y aquellos de tipo impositivo. Esta segunda excepción será la que discutiremos de ahora en adelante. Es una excepción y particularidad no menor, que muchos no tienen en cuenta al momento de celebrar el contrato, pero que dado al vacío legal existente y no habiendo una solución de cómo se deben afrontar dichas deudas tanto en la Ley 24.441 como en el nuevo Código unificado, pueden ocasionar un grave problema a las partes involucradas, quedando desamparadas sin poder tener la posibilidad además de respaldarse en lo establecido por los artículos 14, 15 y 16 de dicha ley.

Lo que se quiere demostrar es que si bien el fiduciario cuenta con varios artículos de la ley de fideicomiso que protegen su patrimonio personal, en los contratos que celebran las partes, estas últimas además eligen redactar una cláusula de indemnidad esclareciendo en qué casos deberán responder, para evitar futuros conflictos. El problema que surge es que en algunos casos ni la ley, ni la indemnidad parecerían salvaguardar las características principales del fideicomiso, en inmunizar la responsabilidad personal del fiduciario, dado que se ha determinado en un fallo reciente que los acreedores externos podrían alcanzar el patrimonio personal del fiduciario o el de los directores de la sociedad que actuó como fiduciaria.

A continuación traeré un modelo práctico de cláusula de indemnidad, extraída de un contrato de fideicomiso; “La fiduciaria será responsable exclusivamente de cualquier pérdida o reclamo que pudiera resultar de sus acciones u omisiones, con culpa o dolo de su parte, con el alcance y conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 24.441. La fiduciaria no será responsable de las decisiones y consecuentes acciones u omisiones que sean adoptadas conforme a lo previsto en el contrato por las restantes partes, tales como los fiduciantes, la Asamblea de fiduciantes, la Desarrolladora o el Estudio, o adoptadas por la fiduciaria por indicación o asesoramiento de éstos conforme a lo previsto en el contrato, o

por terceros contratados de acuerdo a los procedimientos indicados en el contrato. La fiduciaria, sus funcionarios, agentes y mandatarios, serán indemnizados y mantenidos indemnes por todo costo, daño o pérdida, acción o gasto de cualquier naturaleza, incluyendo el resultado de condenas judiciales y el pago de honorarios legales razonables que la fiduciaria deba pagar o le sean impuestos como resultado de su actuación en carácter de fiduciaria bajo el presente contrato, con la excepción de aquellos originados en su dolo o culpa. A dichos efectos, la fiduciaria podrá afectar, retener, o ejercer una acción de cobro sobre los bienes fideicomitidos.”

El problema está en que dichas cláusulas por lo general no suelen considerar las responsabilidades posteriores a la extinción del fideicomiso (y su supervivencia). Es decir, aclaran y distribuyen las responsabilidades pero aplicables a lo largo de la ejecución del mismo, característica que nuevamente podría generar una incertidumbre, y eventual conflicto judicial entre aquellas.

Entonces, si hubo culpa, dolo, o se consideró la responsabilidad solidaria del fiduciario en determinadas situaciones, y el fideicomiso se extinguió, no habiendo más bienes fideicomitidos, correspondería preguntarse quién debería responder por estas deudas. Peor aún, que sucedería en el hipotético caso en que la sociedad fiduciaria que tenía como representación al fideicomiso se encuentra ya disuelta. Los acreedores externos del fideicomiso en este caso no tendrían ni bienes fideicomitidos de donde cobrarse, ni tampoco una fiduciaria existente adonde ir a reclamar. En el próximo capítulo hare una descripción de la responsabilidad tributaria atribuible al fiduciario, y desarrollaré la efectividad plena (o no) de la cláusula de indemnidad respecto a temas impositivos.

RESPONSABILIDAD DE FUENTE TRIBUTARIA Y CONTABLE ATRIBUIBLE AL FIDUCIARIO

El fideicomiso en si no es considerado un sujeto de derecho, pero si se le atribuye personalidad fiscal, encontrándose el fiduciario comprendido en el artículo sexto, inciso e), de la ley 11.683. Aquí nos encontramos nuevamente con otro problema o conflicto de

legislaciones, ya que el artículo décimo sexto de la ley 24.441 especifica que el fiduciario no responderá por deudas del fideicomiso con su patrimonio propio, mientras que el artículo octavo de la Ley de Procedimiento Tributario indica que el fiduciario podría ser responsable del monto impago al fisco en caso de que el deudor original no pague, pudiéndose ver sus bienes personales afectados. No nos someteremos a la discusión de cual ley debe prevalecer sobre la otra, es decir si la especial sobre la general, o la posterior sobre la anterior, ya que más de un dictamen de la AFIP, y en un caso reciente, posicionan al fiduciario como responsable por deuda ajena, y consideran que ante su incumplimiento de pagar los tributos correspondientes del fideicomiso, no habiendo bienes fideicomitados donde cobrarse, ni prueba fehaciente de que se han visto impedido de realizar dichos pagos, los bienes de la fiduciaria, podrían ser alcanzados.

Para evitar caer en dicha situación extrema, es de vital importancia que además de que el fiduciario sea una persona de confianza, sea lo suficientemente diligente (atendiendo al nuevo factor de atribución subjetiva de responsabilidad civil, impuesto por el artículo 1724 del nuevo Código unificado, que tipifica el concepto de culpa) para llevar las cuentas. Y acá surge otro inconveniente porque al ser una de las principales responsabilidades del fiduciario la de rendir cuentas, al menos una vez al año, ni la ley 24.441 ni el Código Civil y Comercial de la Nación hacen un análisis completo de cómo debe ser dicha presentación, ni han incluido al fideicomiso en sí, como un sujeto obligado de llevar contabilidad, teniendo en cuenta que el artículo 320 del nuevo Código unificado no ha incluido expresamente al fideicomiso como un sujeto obligado a llevar contabilidad.

Para eso resulta fundamental que tanto los abogados como los contadores involucrados en la creación de un contrato de fideicomiso alcancen a determinar con precisión como será requerida la información por las posiciones internas del proyecto, o por cualquier otro acreedor externo del mismo, principalmente el Fisco Nacional o los Provinciales, según corresponda.

El Profesor Papa hace hincapié que la inexistencia o deficiente observancia de los deberes contables del fiduciario lo pueden exponer a varias consecuencias jurídicas, desde su remoción judicial durante la ejecución del fideicomiso, acciones penales por presentación

falsa de balances, así como acciones judiciales de acreedores del fideicomiso.²⁴ Entonces, dado que es una obligación, su incumplimiento durante la ejecución del fideicomiso no solo puede conllevar a su remoción, sino que también le podría ocasionar futuros litigios con distintos tipos de acreedores por más de encontrarse el fideicomiso extinguido.

Antes que nada resulta relevante que se entienda a que se refiere específicamente la obligación de rendir cuentas. Papa en referencia a lo establecido por Verena Gimenez Ortiz, considera que una cuenta se refiere a un tema, actividad o a un aspecto de las gestiones desarrolladas por un comerciante, no siendo omnicompreensiva como lo es el balance general. Es decir, en esto caso de los fideicomisos inmobiliarios (excluidos del régimen de la oferta pública, ya que estos últimos están obligados a presentar estados contables por cada fideicomiso financiero, en forma anual y trimestral, evidenciando un tratamiento sustancialmente similar al de una entidad emisora bajo dicho régimen), la rendición de cuentas igualmente debería materializarse a través de la confección de los estados contables del fideicomiso, a cargo del fiduciario como su “autor”, de tal modo de evitar la actual “asimetría” contable existente entre aquellos sujetos al régimen de oferta pública, con respecto a los restantes.²⁵

El precitado autor considera que el régimen atinente a la responsabilidad del fiduciario debe adecuarse a la autonomía del Derecho Tributario, siendo el fiduciario, recalamos, responsable por deuda ajena. Es decir, los fiduciarios al actuar como administradores de patrimonios ajenos, pueden determinar la materia imponible que graven las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de los bienes, y por ende pagar el gravamen correspondiente, tal como lo establece el artículo sexto de la ley 11683. A su vez, la doctrina ha puntualizado bajo qué circunstancias debería surgir la responsabilidad solidaria personal del fiduciario, poniendo como principal evento el incumplimiento del representante, habiendo dolo o culpa en el mismo. Para defenderse de dichos ataques el

²⁴ Rodolfo G. Papa, "En torno a la responsabilidad contable y tributaria del fiduciario como administrador del patrimonio fideicomitado: una aproximación jurídico-contable", *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor* (abril, 2015): 33, 33.

²⁵ Rodolfo G. Papa, "En torno a la responsabilidad contable y tributaria del fiduciario como administrador del patrimonio fideicomitado: una aproximación jurídico-contable", 33, 33.

fiduciario deberá poder demostrar la imposibilidad de cumplimiento de sus deberes fiscales en forma oportuna por culpa de los deudores principales.

Para dejar en claro el tema, el mencionado autor hace referencia al caso “Fideicomiso Urbanetxea I c/ AFIP”, del año 2014, de la Cámara Federal de la Seguridad Social, donde el fideicomiso había incumplido con el pago de aportes y contribuciones de nueve trabajadores de la construcción, alegando el fiduciario la insuficiencia del patrimonio fideicomitado para hacer frente a la deuda.²⁶ La decisión de la Justicia desarrolla la falta de elementos del fiduciario para demostrar las causas de su incumplimiento y agrega que la responsabilidad por deuda ajena no solo significa que los fiduciarios deben cumplir con las obligaciones tributarias del fideicomiso, utilizando para ello los recursos que posee el fondo fiduciario, sino que en ciertas situaciones, la responsabilidad aludida podría extenderse al patrimonio personal del propio fiduciario.

Entre las principales razones del ocultamiento de determinados pasivos se deben su falta de contabilización o divulgación por no haber leyes y determinaciones precisas de cómo deben hacerlo. Podría haber una diversidad de alternativas, entre las que caben enunciar aquellas en esencia subjetivas, basadas en un ocultamiento doloso cometido por el fiduciario, con la consiguiente responsabilidad civil que calificaría tal comportamiento como “invencible”, o bien, y con una mayor gravedad por la afectación al bien jurídico tutelado, dicha maniobra o ardid, de constatarse, podría ser reprochable penalmente, de tipificarse como una estafa, o más específicamente aun, como una defraudación fiduciaria.²⁷

Como solución, podría incorporarse, como parte de las previsiones contractuales del fideicomiso, una adecuada reglamentación en el cumplimiento de su deber de confeccionar los estados contables del fideicomiso, del cual se derivara su obligación de rendir cuentas. Tal reglamentación debería contemplar, en forma detallada, una serie de modalidades con las cuales se procederá a cumplimentar tal obligación, incluyendo sus plazos de presentación; designación de profesionales contables; y el derecho a formular objeciones

²⁶ Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, “Fideicomiso Urbanetxea i c/ A.F.I.P. s/impugnación de deuda”, 04/02/2014.

²⁷ Rodolfo G. Papa, *Fideicomiso para Abogados y Contadores*, 60.

por parte de sus usuarios, tantos internos (fiduciante; beneficiario; y fideicomisario, en forma singular, plural, según el caso) como externos.²⁸

Para evitar dichos conflictos, el precitado autor en su reciente obra “Fideicomiso para Abogados y Contadores. Aspectos jurídicos, contractuales, regulatorios, contables y tributarios”, sostuvo que como herramienta fundamental para proteger al fiduciario se deberían crear herramientas de cobertura que lo protejan frente a reclamos fiscales, esencialmente focalizados en la cristalización de una cláusula de indemnidad otorgada a su favor o en forma alternativa o complementaria el recurso a una convocatoria a una asamblea de fiduciantes/beneficiarios, y adicionalmente, la constitución de algún mecanismo de mejora de garantía, provista por un patrimonio fideicomitado accesorio al inicialmente creado, frente a aquellas situaciones en las que aquel resultare insuficiente para el cumplimiento de sus obligaciones, tributarias, toda vez que el tratamiento de ambas cuestiones deberían ser contempladas al momento de la negociación de las previsiones contractuales del fideicomiso, esencialmente desde la posición jurídica del administrador fiduciario, para así mitigar su exposición a responsabilidad personal, en los casos en que su comportamiento se hubiera apegado a la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios.

Retomando la *ratio* del fallo citado anteriormente, es que luego de veinte años de sancionada la ley 24441, ya se empieza a tener un cierto conocimiento de cómo podrían fallar los jueces en relación a estos problemas. Si bien en el caso en cuestión, el fideicomiso parecería no estar extinguido, podría considerarse que tal distinción no resultaría relevante, dado que lo que se determina es priorizar la Ley de Procedimiento Tributario por sobre la Ley de Fideicomiso, y para la Ley Tributaria –reiteramos- la responsabilidad solidaria del fiduciario no solo transcurre durante la ejecución del proyecto, sino que se podría extender hasta los seis años posteriores a su extinción, al menos bajo el actual régimen de la Codificación dual.

Suponiendo que el fideicomiso ya estuviese extinguido, y la Administración Federal de Ingresos Públicos o los Fiscos Provinciales, en su caso, no pudiesen ir contra este por no haber bienes fideicomitados, como deudor principal, deberían ir directamente contra el

²⁸ Rodolfo G. Papa, *Fideicomiso para Abogados y Contadores*, 57.

fiduciario y sus administradores (en el supuesto que sea una sociedad comercial), atendiendo a su posición de responsable por deuda ajena. El interrogante es entonces, que si la sociedad que hubiera actuado como administrador fiduciario hubiera dejado de existir, tampoco habría a quien reclamarle. Por eso, lo trascendental del caso, es que haciendo una analogía con la situación de los directores de una sociedad, regida por la ley 19.550, si estos no pudiesen demostrar que se vieron impedidos de pagar dichos aportes o deudas frente a tal entidad, verían su patrimonio personal sometido a solventar aquellos pasivos. De cualquier forma, y sobre la base de las consultas realizadas a distintos especialistas del rubro inmobiliario, se nos ha explicitado que cada fideicomiso es distinto, y que si bien hay fiduciarias de renombre que persisten llevando a cabo la administración de varios fideicomisos, gran parte de tales entidades fiduciarias son sociedades que se constituyen exclusivamente para realizar el proyecto. En consecuencia, el modo de disolución del fideicomiso es incluso más fácil que el procedimiento de disolución de una sociedad, no habiendo tantos controles, ni teniendo que pasar por la Inspección General de Justicia. Tal liviandad es lo que permite que en muchos casos los conflictos surjan o salgan a la luz ya al final del proyecto o tiempo después, y al no haber liquidez ni bienes fideicomitados de donde cobrarse, ni una legislación vigente que resuelva tal situación, el problema se vuelve aún mayor. Entonces nuevamente surge el interrogante de la efectividad de las cláusulas de indemnidad pactadas por las partes en el contrato de fideicomiso. Tal como se resolvió en el precitado fallo, que podría ser trascendental en la jurisprudencia, a la Administración Federal de Ingresos Públicos ni a los Fiscos Provinciales, la cláusula de indemnidad no parecería ser relevante, ya que no le será oponible, ante la circunstancia que regulan un acuerdo entre partes, esencialmente a nivel intra-contractual, entendiendo que lo único que tiene en cuenta tal entidad recaudadora es que alguien pague lo adeudado, más allá de las cláusulas establecidas entre las partes, y en última instancia, la fiduciaria y sus administradores, podrían sobre la base de su ejecutabilidad, repetir contra los fiduciantes/beneficiarios originales, o contra la parte responsable de tal pasivo.

POSIBLE APLICACIÓN DE LA LDC AL FIDEICOMISO

Para reclamos no fiscales, de tipo edilicio principalmente, siendo los acreedores internos del fideicomiso los principales damnificados, algunos autores como Reggiardo y Molina Sandoval sostienen que podría darse lugar a la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. Los fiduciarios/beneficiarios o compradores posteriores de una unidad a estrenar con destino de vivienda podrían hacer uso de esta Ley por reclamos en las terminaciones de obra contra la empresa constructora y el administrador de la obra. El fiduciario no podría ser alcanzado por esta ley cuando se trate de problemas constructivos, pero sí debería tenerla en cuenta en caso de omitir la obligación de rendir cuentas, incumpléndose así la característica esencial de publicidad a los “consumidores”, lo que lo colocaría en una violación de la misma.²⁹

Roberto S. Reggiardo, citando doctrina, considera que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor al fideicomiso de construcción dependerá, pues, de la tipificación del negocio subyacente; ya que el “consumidor” podrá haber desempeñado el carácter de fiduciante/beneficiario o haber adquirido sus derechos como comprador. Su régimen de responsabilidad no sería aplicable al fiduciario tal como se dijo antes, pero si a la empresa constructora y al administrador de la obra. Hay diferencias entre el régimen de rendición de cuentas del fideicomiso, con el derecho de información del consumidor (sin incurrir en abuso o irrazonabilidad), y puede ser no solo judicialmente exigido sino también ocasionar derecho a resarcimiento por su falta y sanciones graves a la empresa incumplidora en brindarlo. Serían aplicables las normas respecto de los efectos de la publicidad.³⁰ Nuevamente parecería haber una contradicción al someter al fiduciario a dicha norma, ya que ninguna de las partes, ni la ley, aclaran con certeza, como debe ser la presentación de su rendición de cuentas. Se estaría condenando al fiduciario por una obligación que solamente le exige presentar información de su estado al menos una vez al año, sin hacer ningún otro detalle.

²⁹ Carlos Molina Sandoval. “La protección jurídica de alquiler de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario.” *La Ley*. (D 2007) citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 4

³⁰ Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 5

Respecto del régimen de responsabilidad, y al ser aplicables las disposiciones de los artículos 2° y 40° de la Ley de Defensa del Consumidor, se deberá aclarar si la eventual responsabilidad del fiduciario se limitará al patrimonio fideicomitado. Esta aclaración tampoco parecería ser del todo eficiente, ya que como se explicó anteriormente no solo se estaría condenando al fiduciario por una obligación que no se encuentra del todo clara, sino que además, es evidente que no se van a encontrar recursos suficientes para cobrarse por el hecho de no brindar la información de forma correcta, es decir, en caso de seguir habiendo bienes fideicomitados estos se van a destinar a la obra, o seguramente ya se habrían acabado.

NUEVAS INCORPORACIONES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CON IMPACTO SOBRE FIDEICOMISOS

Según Carla M. Gruskin, el Código Civil y Comercial de la Nación³¹ no representa grandes modificaciones en cuanto a la responsabilidad del fiduciario. El standard de responsabilidad continúa siendo el criterio del buen hombre de negocios y el elemento de confianza entre las partes que caracteriza al fideicomiso.³² El artículo 1674 de la reforma, basándose en el artículo sexto de la Ley 24.441, vuelve a definir la conducta del fiduciario utilizando el término “buen hombre de negocios” sin quedar del todo claro su expansión. La diferencia que agrega este artículo respecto a la Ley 24441 es que, el fiduciario debe evitar cualquier conflicto de intereses entre las partes, incluyéndose a sí mismo, y privilegiando el interés de las restantes posiciones internas del fideicomiso, dado que ahora tiene la posibilidad de ser fiduciario y beneficiario al mismo tiempo.

No podemos dejar de puntualizar que la próxima vigencia del Código unificado, en su artículo 1724 define cuales son los factores subjetivos de responsabilidad, incluyendo a la culpa y al dolo. Dicho artículo define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y la circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar,

³¹ Que entrará en vigencia el 01/08/2015.

³² Carla Gruskin, “Responsabilidad del Fiduciario”,134.

incluyendo también la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o progresión. El dolo en cambio, es definido como la producción de un daño de manera intencional en diferencia de los intereses ajenos. Debemos darnos cuenta que tanto la omisión de rendir cuentas así como el ocultamiento de determinados pasivos, como el incumplimiento de sus deberes contables y tributarios como responsable por deuda ajena por parte del fiduciario, a la hora de extinguir el fideicomiso podrían ser alcanzados por este artículo.

También es importante conocer lo establecido por el nuevo artículo 1725 en el cual se define la valoración de conducta, vinculándose a lo que podría decirse como el comportamiento de un buen hombre de negocios. El artículo 902 del Código Civil vigente establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. El artículo 1725 del Código Civil y Comercial parecería ir un poco más allá al instaurar que cuanto mayor sea el deber de obrar con la prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Agrega que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. En estos casos, se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente. El fiduciario entonces, por la confianza que se deposita en él para llevar a cabo la administración del proyecto deberá actuar prudentemente, y de manera transparente. Si bien, en algunos casos el fiduciario, a diferencia de lo que sucede con el mandatario, puede obrar con mayor libertad, esta diferencia se deberá justificar en que las decisiones tomadas tengan un fin razonable y justificado para todas las partes del fideicomiso y se hubieran adoptado dentro de las facultades al fiduciario, que convencionalmente, ya sea en forma expresa o implícita, se le hubieran confiado a aquel.

El futuro artículo 1675, que reemplazará al artículo séptimo de la ley de fideicomisos, parecería traer un principio de solución al problema. Es decir, incluye a los fiduciantes y al fideicomisario para que puedan exigir la rendición de cuentas al fiduciario, con la que antes solamente gozaba el beneficiario. Al haber más partes facultadas para hacer uso de tal responsabilidad, habría menos posibilidades de que el fiduciario extinga el fideicomiso con pasivos ocultos.

El artículo 1685 del nuevo Código, sigue manteniendo la principal característica de la ley 24.441, ya que los patrimonios personales de las partes continúan permaneciendo separados del patrimonio fideicomitado. Pero si agrega y hace referencia a la obligación que tiene el fiduciario de contratar un seguro por responsabilidad civil que cubra los daños causados por el activo fideicomitado. Luego de lo analizado anteriormente, parecería ser que nuevamente no hay soluciones al problema, ya que se sigue haciendo mención a la idea de la separación de patrimonios, pero ante un eventual reclamo tributario (o inclusive de fuente laboral o previsional) tal característica perdería efecto, ni tampoco otorgaría un respaldo efectivo bajo la cláusula de indemnidad pactada en el contrato, al poder los acreedores externos (en especial la AFIP o los Fiscos Provinciales) alcanzar eventualmente el patrimonio de los administradores de la fiduciaria extinguida.

Ahora bien, otro cambio de la reforma en materia de la Codificación unificada, parecería evidenciar que ahora se permite que el fiduciario tenga el doble carácter de beneficiario y fiduciario, tal como lo estipula el nuevo artículo 1673. En tal caso establece, como se dijo anteriormente que el fiduciario deberá evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los intereses de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

Dicho artículo generara controversia en la dinámica de los fideicomisos, ya que se estaría quebrantando una de sus principales características. Es decir, que el fiduciario es elegido por el fiduciante por la confianza que este le genera para llevar a cabo el emprendimiento, pero si ahora este puede ser beneficiario podría haber, intereses contrapuestos. Otra postura podría proponer que el hecho de que el fiduciario sea beneficiario al mismo tiempo generaría más confianza al resto de los beneficiarios y al proyecto en general porque no se sometería a correr riesgos que siendo también beneficiario lo podrían perjudicar a él también. Podría darse el caso por ejemplo que el fiduciario a cambio de sus servicios prestados por la administración del fideicomiso reciba en vez de una suma de dinero, una determinada cantidad de unidades del edificio, o de lotes de un barrio cerrado (aunque en cualquier caso no debería vulnerar la prohibición de apropiarse para si los bienes fideicomitados que administre). Si administra de forma errónea el proyecto, o esconde pasivos al momento de extinguirse el fideicomiso, además de ser responsable por su rol de fiduciario, también se verá perjudicado porque seguramente el proyecto inmobiliario va a

tener que afrontar juicios, ganándose además de mala reputación y la eventual depreciación del valor de todas las unidades.

También se da la posibilidad de que haya más de un fiduciario o co-fiduciarios (artículo 1674, segunda parte, del nuevo Código unificado), pudiendo actuar de forma conjunta o separada, teniendo responsabilidad solidaria por el cumplimiento de las obligaciones del fideicomiso. Esta opción también podría considerarse como una solución, dado que al haber más de uno, se podrían llegar a controlar mutuamente, porque en caso de que uno actúe mal, el otro fiduciario también podría verse implicado en el problema, entonces les convendría someterse a controles internos o intra-contractuales bajo la propia dinámica de una administración fiduciaria ejercida en forma colectiva.

En la actual ley de fideicomiso la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida. El Código Civil y Comercial de la Nación suprime esta limitación de la responsabilidad del fiduciario, que había sido criticada por la doctrina., e impone al fiduciario la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil (artículo 1685, segundo párrafo).

Luego de haber analizado las principales reformas con impacto sobre el funcionamiento del fideicomiso, que se plasmaran en el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos comprobar que el legislador no ha ido mucho más allá de la ley sancionada en el año 1995. Los principales problemas e incertidumbres que se originaban con el vacío legal que hemos expuesto basado en la inexistencia de un tratamiento normativo expreso, coherente y sistemático en la ley que gobierna al fideicomiso, aplicando en forma supletoria ciertos principios atributivos de responsabilidad en materia tributaria, con impacto sobre la actuación del responsable por deuda ajena (posición que detenta el fiduciario), todavía parecerían no tener solución.

Así, sigue sin definirse como debería materializarse su rendición de cuentas anual, manteniéndose abierta la posibilidad de que cualquier persona actúe como fiduciario en un fideicomiso inmobiliario ordinario, y tampoco se hace referencia a su imputación de responsabilidad, entre otras cosas, lo que conlleva a que el fideicomiso como vehículo todavía siga generando dudas sobre su eficacia.

En lo que respecta a su marco normativo, es indiscutible que como herramienta jurídica el fideicomiso propone determinadas y ciertas ventajas que le permiten a las desarrolladoras generar proyectos inmobiliarios sumamente tentadores al público.

Pero también es importante que las personas conozcan cuales son los riesgos con los que se pueden encontrar a la hora de participar en estos. Grandes desarrolladores han propuesto la adopción de nuevas formas de alcanzar al público, entregando el departamento ya terminado al futuro dueño, dándole la posibilidad de pagarlo en cuotas pero ya viviendo en el mismo. Este último dato podría demostrar que los desarrolladores estén viendo la posibilidad de tomar nuevas herramientas para concretar sus proyectos. De todas formas, esta última posibilidad se da porque cuentan con los recursos necesarios para poder llevar a cabo toda la construcción sin la necesidad de aportes de fiduciantes/beneficiarios, pero parecería ser inalcanzable para lograr emprendimientos más chicos, lo que ocurre en la mayoría de los casos.

Una vez extinguido el fideicomiso, entregadas las unidades, en teoría las partes se van a ver sometidas a un reglamento de copropiedad. En muchos casos, estos obligan a que los dueños de las unidades fijen un fondo de reserva para acarrear gastos comunes. Esta idea podría ser tenida en cuenta no solo para pagar gastos futuros, sino para poder pagar aquellos tributos que queden adeudados por el fideicomiso, y así evitar litigios y pérdida de tiempo. Podría buscarse la manera de que a lo largo de la ejecución de la obra, los aportantes destinen una parte del mismo a un fondo de reserva fiduciario que sea lo suficientemente importante para que pueda responder ante cualquier contingencia, post-extinción del fideicomiso.

Gran parte de la doctrina sostiene que la extinción del fideicomiso no debe ser automática, es decir, considera que se debe anunciar de una forma más gradual, donde las partes y los terceros acreedores del mismo puedan tener conocimiento del modo en que se va a concluir el proyecto, teniendo tiempo así para tomar las decisiones pertinentes según cada caso. También proponen un Registro donde se inscriban todos los contratos de Fideicomiso para que las partes puedan gozar de mayor información, informando también quién actuara como liquidador de este, postura que ha sido receptada como novedad en el nuevo Código unificado, ya que su artículo 1669 dispone que el contrato de fideicomiso debe inscribirse

en el Registro Público que corresponda, sin especificar a qué registro hace referencia, siendo una modificación trascendental frente a la actual ley 24441, que se caracterizó por la no registrabilidad del contrato de fideicomiso en sí mismo, a los fines la publicidad de sus elementos esenciales.

La propuesta precitada no parecería ser lo suficientemente compleja para llevar a cabo, es decir, habría que ponerle un plazo de tiempo a la extinción, y que este se dé a conocer a través de distintas publicaciones, pudiendo así las partes conocer los resultados arrojados a su finalización. La segunda propuesta, también es interesante, pero podría llevar a varias limitaciones y continuos controles que dejarían de lado la hibridez de los contratos, desincentivando a los desarrolladores a continuar con el uso de esta herramienta.

Otros doctrinarios proponen un sistema combinado. Es decir, una alternancia de lo que establece la Ley 19.550 para la liquidación de las sociedades y a su vez, una especie de concurso procesal. De esta forma habría una convocatoria al proceso de verificación de créditos, para que ningún acreedor quede de lado a la hora de cobrar lo que le corresponda. De cualquier forma, esta posición sería inconsistente con la liquidación judicial que ha previsto la nueva codificación unificada en el caso de la insuficiencia del patrimonio fideicomitado, como último extremo ante la falta de una solución que colectivamente abarque a todos los interesados (artículo 1687, tercer párrafo).

En este caso cuando hablamos de liquidación del fideicomiso, se está haciendo referencia a aquella que se da por la finalización del plazo o por haberse cumplido su condición, no por no poder afrontar deudas durante su ejecución. Es decir, la etapa de cierre, donde no deberían quedar pasivos pendientes, por eso la importancia de que se ideen alternativas que impongan la transparencia y el orden, ni para que haya posibilidad de que el fiduciario en conjunto con el beneficiario vacíen el patrimonio fideicomitado, más allá de la supuesta confianza existente entre las partes.

APORTES FINALES Y CONCLUSIONES:

Lisoprawski sostiene que muchos desarrolladores creen que hay un “modelo” de fideicomiso de construcción, cuando son los instrumentos los que deberían adaptarse a las particularidades de cada caso, y en la realidad negocial/profesional agrega que se utilizan “modelos” que frecuentemente no reflejan la esencia del negocio pretendido por los interesados del caso.”³³ El precitado autor, alega que las partes, habiendo incluso autonomía a la hora de elaborar los contratos, utilizan modelos que no coinciden con lo que quieren lograr.

Roberto S. Reggiardo afirma que toda imprecisión en el contrato juega también en contra del fiduciario, pues corre riesgos de mayor responsabilidad. También concluye que se aplican “modelos” de contratos que poco o nada tienen que ver con el negocio previsto por las partes y agrega que es fundamental precisar si el fiduciario será un mero soporte jurídico para evitar que los bienes destinados al proyecto corran riesgos ajenos a este, o si, por el contrario, será su ejecutor, debiendo esta diferencia surgir de los instrumentos contractuales, ya que las estipulaciones, serán muy distintas en uno u otro caso.³⁴

Es por lo narrado anteriormente que Silvio Lisoprawski considera fundamental emplear fiduciarios idóneos, hacer un estudio serio de la factibilidad comercial y un correcto análisis financiero y fiscal del emprendimiento, hacer un buen proyecto de construcción, tener en cuenta la normativa de defensa del consumidor y la dinámica de transferencia de las unidades, hacer auditoria técnicas, ingresar los fondos a las cuentas del fideicomiso, controlar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social en la obra, cuidar lo relativo al plazo de realización de la obra y de duración del dominio fiduciario y organizar un tránsito ordenado del pase de la calidad de beneficiario a adjudicatario de las unidades.

³³ Silvio Lisoprawski, “Fideicomiso de construcción al costo”, La Ley Periódico 21/11/11, citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria, 2

³⁴ Silvio Lisoprawski, “Fideicomiso de construcción al costo”, La Ley Periódico 21/11/11, citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria, 2.

Rodolfo G. Papa, sugiere que la regularidad en la preparación, cumplimiento y ejecución de los Estados Contables y la redacción del contrato de fideicomiso, posibilitarían también anticipar una serie de riesgos sobrevinientes a su creación.³⁵

Se podría decir que la autonomía con la que cuentan las partes a la hora de celebrar el contrato de fideicomiso, y la rapidez e hibridez que esto genera explican los motivos por los que esta herramienta jurídica ha sido una de las más utilizadas en los últimos tiempos. Pero, a su vez, luego de haber citado la posición a nivel doctrinario, parecería ser que esta facultad que gozan las partes, en algunos casos puede ponerlas en una situación de incertidumbre que les terminará generando mayores riesgos y problemas.

El hecho de que en un fallo haya determinado que los acreedores externos de un Fideicomiso Inmobiliario puedan eventualmente alcanzar el patrimonio personal del fiduciario en caso de ser una persona física, o el patrimonio personal de los directores de la Fiduciaria actuante en el mismo (en el caso de ser una persona jurídica), marcan un rumbo que habría sido impensado en la redacción de la Ley 24.441. A partir de esta novedad, no va a haber más motivos para discutir cual legislación está por encima de la otra en caso de conflicto, es decir, si la ley de Fideicomiso (o el nuevo Código unificado, en su caso), se deben aplicar siempre por sobre la de Procedimiento Tributario, ni cual es más nueva, ni cual es más especial en el tema. La jurisprudencia que hemos citado anteriormente ha fallado así, y por lo visto no ha habido otro caso que determine lo contrario, ni oposición de la doctrina, aunque atendiendo a la complejidad de esta temática, no podemos aseverar que existe todavía una corriente jurisprudencial que pudiera calificarse como consolidada.

El fiduciario entonces como administrador del Fideicomiso, debería estar preparado para poder enfrentar, tanto su insuficiencia patrimonial, como su eventual responsabilidad solidaria, esencialmente ante los incumplimientos de obligaciones de fuente laboral, previsional o impositiva por parte del fideicomiso, como deudor principal, atendiendo a su actuación como vehículo y “unidad económica”, en este último caso, a los fines fiscales.³⁶

³⁵ Rodolfo G. Papa, "Contingencias previsionales contra el patrimonio del fideicomiso y la responsabilidad del fiduciario: un fallo novedoso y esclarecedor", 761, 766.

³⁶ Rodolfo G. Papa, "Contingencias previsionales contra el patrimonio del fideicomiso y la responsabilidad del fiduciario: un fallo novedoso y esclarecedor", 761, 769.

Resulta complejo entender, lo estipulado por Silvio Lisoprawski, el que alega que desde el año 2003 hasta el año 2011 se ha ido expandiendo la utilización del fideicomiso como herramienta jurídica, sin mayor grado de conflictividad.³⁷ Es evidente que las ventajas que propone dicha herramienta son sumamente superiores a sus desventajas, sumado al contexto económico de nuestro país de los últimos años, que son motivos que dan a entender los incentivos que genera a las partes para emplearlo. Con respecto a la conflictividad, creo que en este caso también va a depender de la complejidad del fideicomiso, ya que según la cantidad de partes involucradas podría haber o no mayor consenso para arreglar las cosas lo antes posible, y en algunos casos tratar de evitar llegar a la Justicia. Por ejemplo, aceptando una solución intra-contractual que hubiera sido prevista al momento de su creación, ya sea que se hubiera facultado al fiduciario a convocar a una asamblea de fiduciantes/beneficiarios para adoptar una decisión sobre tal problemática que incluya el aporte extraordinario de fondos para honrar tal pasivo fideicomitado, además de la posible ejecución de la cláusula de indemnidad otorgada a su favor (inclusive con efectos sobrevinientes post-extinción del fideicomiso o cesación del fiduciario, según el caso).

Silvio Lisoprawski, en miras de solucionar los problemas que suelen generarse cree que debería haber algún grado de control respecto del ofrecimiento al público que se hace de negocios fiduciarios, alegando que para ello sería necesario modificar el régimen legal.³⁸

Se podría decir entonces que, el fideicomiso ha sido demandado en gran cantidad de oportunidades desde la sanción de la Ley en el año 1995, y principalmente luego de la crisis del 2001. Es una figura casi única que propone ventajas a todas las partes que se involucran en el proyecto, y dado la autonomía con la que gozan aquellas, se puede adaptar a cada necesidad. Al mismo tiempo, tiene como principal problema, una Ley y un futuro Código que la regulan, dejando varios vacíos que hemos expuesto, en donde las partes se encuentran sin respuestas a los posibles problemas que se puedan generar. La doctrina ha propuesto a lo largo de estos casi ya veinte años mecanismos para responder estas preguntas, pero muchas de ellas no han sido tenidas en cuenta para ser incorporadas en el

³⁷ Silvio Lisoprawski. “La asamblea de beneficiario en el fideicomiso inmobiliario.” La Ley Periódico 17/3/11, citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 4.

³⁸ Silvio Lisoprawski. “Fideicomisos Inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos “no financieros”. La Ley. 2007-D-911, citado en Roberto S. Reggiardo, “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, 4.

nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La Justicia, en cambio, con un fallo reciente, y determinante, marcó una posible solución sobre cómo proceder en varios aspectos del problema, imponiendo la aplicación de la Ley Nacional de Procedimiento Tributario sobre la del Fideicomiso, imputando al fiduciario como responsable solidario en su posición como responsable por deuda ajena, sin importar si el fideicomiso estaba extinguido o no.

Luego de consultar a referentes en la materia, la mayoría concluyó, sin desmerecer todo lo anteriormente explicado que, la principal característica de esta herramienta jurídica, y tal como lo dice su nombre, es la confianza que debe existir entre las partes; alegando que más allá de lo que digan las leyes, la cláusula de indemnidad de los contratos, y la doctrina, lo que más importa es conocer si las personas que van a actuar en el proyecto van a destinar sus conocimientos y profesionalidad para lograr concluir el emprendimiento de la forma más transparente y rápido posible.

Evidentemente, involucrarse en un fideicomiso inmobiliario tiene sus riesgos, y el fiduciario, ya sea como mero administrador o como principal ejecutor del proyecto, puede verse implicado en varios niveles de responsabilidad. Por lo tanto, va a ser esencial que en el contrato se establezcan detalladamente cuales van a ser sus obligaciones, para que después no deba asumir riesgos que no tienen nada que ver con su actuación, e incorporando en forma paralela una serie de mecanismos de protección de fuente convencional que le confieran el mayor grado de cobertura no solamente durante su vigencia sino con posterioridad a su extinción, manteniéndolo indemne durante dicha supervivencia en la ejecución de ciertos compromisos, para el cumplimiento de las obligaciones generadas por el patrimonio fideicomitado como resultado del encargo fiduciario, aunque la oponibilidad de dicha cláusula ante la autoridad fiscal nacional o provincial competente, sea en la realidad inexistente, en cuyo caso al fiduciario le serán aplicables los principios atributivos de responsabilidad tributaria bajo la ley 11683, en su posición como responsable por el cumplimiento de deuda ajena.

Sobre la base de nuestra investigación, atendiendo al escaso tratamiento de esta compleja problemática a nivel doctrinario y jurisprudencial, y la incertidumbre que indudablemente generará el cambio sustantivo sobre el tratamiento del fideicomiso, desde la ley 24441 hacia el nuevo Código unificado, enunciaremos -a continuación- nuestras principales

conclusiones: (i) si bien no ha sido incorporado a nuestro análisis, no podemos dejar de mencionar el “efecto inmediato” en la aplicación del nuevo marco normativo sobre el fideicomiso contemplado por el Código Civil y Comercial de la Nación, a tenor de lo dispuesto por su artículo 7 (primer párrafo), teniendo en cuenta, como principio general, que sus previsiones se aplicarían a las consecuencias y efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas constituidas y no extinguidas con antelación a su entrada en vigencia (1/8/2015); (ii) es así como podría sostenerse preliminarmente que el nuevo Código unificado se aplicaría a todos los compromisos contractuales en curso de ejecución (no consumados ni extinguidos), inclusive sobre fideicomisos constituidos con antelación a su entrada en vigencia; (iii) en consecuencia, habría un cambio trascendental en lo atinente al régimen de responsabilidad civil con impacto sobre el fiduciario, desapareciendo la antigua distinción entre su responsabilidad extra-contractual y contractual, al unificarse las consecuencias de ambos regímenes, y en lo que respecta a su factor subjetivo de atribución y valoración de su obrar, resultarían de aplicación los artículos 1724 y 1725, respectivamente. A pesar que subsiste en el nuevo Código unificado el estándar rector de comportamiento, basado en la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 1674, primera parte); (iv) en lo que concierne a la imputación de responsabilidad personal del fiduciario por obligaciones generadas durante la ejecución del fideicomiso, pero exigibles post-extinción de aquel, son varios los comentarios que debemos formular sobre la distinción existente entre aquella de naturaleza civil, frente a la de naturaleza tributaria, según el caso; (v) en lo atinente a la responsabilidad tributaria del fiduciario por el cumplimiento de las obligaciones de tal naturaleza generadas durante la ejecución del fideicomiso, y con prescindencia de los mecanismos de cobertura contractual que se hubieran pactado en el fideicomiso, que si bien tienden a protegerlo a nivel intra-contractual, frente al resto de sus posiciones internas, tales cláusulas no serían oponibles ante la autoridad fiscal nacional o provincial que resulte competente; (vi) en consecuencia, atendiendo al expreso posicionamiento del fiduciario, como responsable por deuda ajena por la ley 11683 (artículo 6 inciso e), en lo que respecta a su posible atribución de responsabilidad personal y solidaria con el patrimonio fideicomitado, su responsabilidad deberá ser calificada como subjetiva y subsidiaria. En consecuencia, como ha señalado la doctrina, para ser responsable, el fiduciario deberá

haber actuado con dolo o culpa, siendo además, la solidaridad que ha previsto la legislación tributaria, distinta a la del Derecho Civil, ya que el responsable por deuda ajena deberá abonar el tributo cuando el contribuyente principal no abonare oportunamente el gravamen, ante la circunstancia que la solidaridad del Derecho Civil implica que la totalidad de la deuda se le pueda reclamar a cualquier responsable.³⁹; (vii) la responsabilidad fiscal del fiduciario (ya sea ex ante o ex post extinción del fideicomiso), deberá ser juzgada al amparo de la autonomía del Derecho Tributario que prevalecerá sobre las previsiones del Derecho Privado (ya sea el actual como el de la codificación unificada), siguiendo la *ratio* del reciente precedente “Fideicomiso Urbanetxea I”, del fuero de la Seguridad Social que hemos comentado; (viii) teniendo en cuenta, finalmente, conforme lo ha señalado la doctrina, que el fiduciario (y sus administradores en caso de ser una persona jurídica) podrían ser eximidos de responsabilidad mediante la alegación y prueba de que fueron los deudores principales quiénes los colocaron en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales en forma correcta y oportuna, y que aquel no cumplió con la intimación de pago que el ente público acreedor debió efectuar (subsidiariedad), y todo ello hubiera quedado demostrado en un procedimiento de determinación de oficio tendiente a hacer efectiva la responsabilidad solidaria del fiduciario y sus administradores, habiendo podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa⁴⁰.

³⁹ Carla Gruskin, “Responsabilidad del Fiduciario”, 123-124.

⁴⁰ Federico M. Palavecino, J. Daniel Barbato, *Responsabilidad por deudas y multas impositivas y aduaneras* (La Ley: Buenos Aires, 2001).

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. de Hoz, Marcelo. “La fiducia no se mancha.” *Revista del Notariado* (2008): 41-44 (2008-892).
2. Gotlib, Gabriel, Mario Alberto Carregal y Fernando Vaquero (Directores), eds. *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: La Ley, 2013. 2 tomos.
3. Lisoprawski, Silvio. “Fideicomiso, ni angel ni demonio.” *La Ley E* (2007): 1039 (LL 2007-E—1038).
4. Lisoprawski, Silvio. “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El ‘limbo’ o la subsistencia ‘ultra vires’”. *La Ley B* (2008): 912 (LL 2008-B-912). Consultado digitalmente en La Ley Online.
5. Palavecino, Federico M. y J. Daniel Barbato. *Responsabilidad por deudas y multas impositivas y aduaneras*. La Ley: Buenos Aires, 2001.
6. Papa, Rodolfo G. "Contingencias previsionales contra el patrimonio del fideicomiso y la responsabilidad del fiduciario: un fallo novedoso y esclarecedor". *Doctrina Societaria y Concursal*, .Errepar. 320 (julio, 2014): 761-770.
7. Papa, Rodolfo G. "En torno a la responsabilidad contable y tributaria del fiduciario como administrador del patrimonio fideicomitado: una aproximación jurídico-contable". *Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor*. Erreius. (abril, 2015): 33-47.
8. Papa, Rodolfo G. “Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios.” *La Ley* (2014): 1-5 (LL 2014-F).
9. Papa, Rodolfo G. *Fideicomiso para Abogados y Contadores. Aspectos jurídicos, contractuales, regulatorios, contables y tributarios*. Buenos Aires: Erreius, 2014
10. Reggiardo, Roberto S. “Fideicomiso para la construcción inmobiliaria”, *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, 22 de abril de 2015: 1.

LEGISLACIÓN

Ley 24.441. Ley de fideicomisos. B.O. 09/01/1995.

Ley 19.550. Ley de sociedades. B.O. 30/03/1984.

Ley 11.683. Ley de Procedimiento Tributario. B.O. 12/01/1933.

Ley 24.240. Ley de Defensa del Consumidor. B.O. 13/10/1993.

Ley 26994. Código Civil y Comercial de la Nación.

JURISPRUDENCIA

Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, “Fideicomiso Urbanetxea I c/ A.F.I.P. s/impugnacion de deuda”, 04/02/2014.



Universidad de
San Andrés