



DE LA HIPOTECA INVERSA AL FIDEICOMISO EN GARANTIA

Mecanismos financieros de inversión



JORNADA NOTARIAL
BONAERENSE XLIII

Tema IV

Coordinadores:

Not. Simón LABAQUI,

Not. Franco SPACCASASSI
ORMAECHEA

Categoría: Trabajo Individual y
Nuevo Autor

Autor: Not. Agustín VALENTI

Índice.

I. Introducción.....	Pág 2
II. Hipoteca Inversa.	
II.1. Hipoteca Inversa. Definición.....	Pág. 4
II.2. Derecho Comparado.....	Pág. 5
II.3. Dificultades para su implementación.....	Pág. 6
II.4. Hipoteca Inversa en el Sistema Jurídico Argentino.....	Pág. 7
III. Anticresis	
Definición.....	Pág. 9
IV. Fideicomiso en Garantía.	
IV.1. Definición.....	Pág.10
IV.2. Diferencias con las garantías reales.....	Pág.11
IV.3. Aspectos tributarios.....	Pág.12
IV. Aplicación privada.....	Pág.14
V. Conclusión.....	Pág.15
VI. Ponencias.....	Pág.16
Bibliografía.....	Pág.17

I. Introducción

Las sociedades actuales se encuentran afrontando una seria problemática respecto de la vulnerabilidad de las personas mayores, por lo que cabe preguntarse si se encuentran garantizadas las necesidades de los adultos mayores en la etapa de la vejez. Claramente la respuesta - en general - es de índole negativa, por lo que considero que nosotros como profesionales del derecho, debemos traer soluciones y/o herramientas para que nuestros ancianos, luego de toda una vida de trabajo, puedan transitar de la mejor manera sus últimos años de vida.

Para poder hallar una solución, siempre debemos encontrar el problema, o al menos, algunos de los problemas que conllevan a la situación de origen. Dentro de estas causales podemos enumerar: a) El aumento de la esperanza de vida (También denominado, envejecimiento de la población); b) Crisis en los sistemas previsionales; c) Caída de la cantidad de aportantes (En nuestro país debemos agregar un problema autóctono, que es el empleo informal, con lo cual alrededor del 40% de los trabajadores Argentinos no realizan aportes en forma directa); d) Disminución de las jubilaciones (Debido a malas políticas, las jubilaciones han ido en deterioro en los últimos años por lo que las magras sumas recibidas en concepto de jubilación no alcanzan a cubrir las necesidades), e) Cambios en las estructuras familiares; y f) Aumento de los gastos en la vejez (Principalmente en farmacéuticas y cuidados cotidianos).

A las situaciones expresadas debemos mencionar que en muchos casos la vivienda personal conforma el mayor porcentaje de la riqueza personal de nuestros adultos mayores, por lo que Mauricio Moyano¹ los denomina “personas ricas en activos, pero pobres en efectivo” es decir, son personas que tienen una gran capacidad económica, pero carecen de capacidad financiera, y sus ingresos mensuales son bajos comparados con su patrimonio. Por lo que el mundo ha evaluado la posibilidad de convertir un activo (Como son las propiedades) en dinero líquido.

Para poner en números la situación actual, en 1950 solo el 4% de la población Argentina tenía más de 65 años, cuando para el año 2019 ese porcentaje ha

¹ MOYANO, Mauricio. “Sobre las hipotecas revertidas”. La Ley. Año 2019. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1848/2019.-

ascendido a 11% y continuará en ascenso. Por otro lado, la expectativa de vida en Argentina es de 75 años para los hombres y 81 años para las mujeres. Ahora bien, los datos de los últimos censos indican que el 85% de los mayores de 65 años son propietarios de – al menos – un inmueble, siendo casi el 90% viviendas del tipo “A”². Cabe tener en consideración que el 70% de los mayores de 65 años cobra una jubilación y/o pensión, lo que explica por qué el 15% de mayores de 65 años aún continúa trabajando, es decir, por necesidad. Y a toda esta problemática se debe agregar que más del 70% de los jubilados cobra el haber mínimo (Al momento de realizarse este trabajo, Marzo del año 2024, la misma se encuentra en \$134.445³).

Pero para esto debemos enfrentar distintas vicisitudes, principalmente en nuestro país, son las variables: a) Económica: La inestabilidad financiera que rige a nuestro país hace décadas, torna dificultosa la implementación de mecanismos financieros debido a la imprevisibilidad futura; y b) Cultural: Una vez que las personas llegan al objetivo del techo propio, este suele permanecer incólume hasta el fallecimiento de la persona, siendo tradición en nuestro país que quede como herencia para su descendencia.

A partir de estas situaciones mencionadas, a lo largo del presente trabajo intentaré desarrollar mecanismos financieros, que deberán superar los obstáculos mencionados, y así intentar traer soluciones a nuestros adultos mayores. Por lo que tendremos que plantear que tipo de créditos se otorgaran (¿De un solo desembolso? ¿Desembolsos periódicos? ¿Como asegurar el valor con posibles inflaciones futuras?, ¿Quiénes pueden ser mutuantes? (¿Bancos? ¿Entidades financieras? ¿Cualquier privado?) Que mecanismos podemos utilizar para asegurar el cobro post mortem. ¿Hipoteca Inversa? ¿Anticresis? ¿Crédito revertido con garantía fiduciaria?

² "Casa tipo A: vivienda con salida directa al exterior (sus habitantes no pasan por pasillos o corredores de uso común) construida originalmente para que habiten personas. Generalmente tiene paredes de ladrillo, piedra, bloque u hormigón. No tiene condiciones deficitarias". Censo Nacional de Población de Hogares y Viviendas 2010. Cita online: "chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redatam.indec.gob.ar/redarg/CENSOS/CPV2010rad/Docs/base.pdf".-

³ El número de la jubilación mínima puede ser engañoso, porque hace meses que el actual y anterior gobierno, otorgan bonos para compensar el bajo nivel de la misma.

II.1 HIPOTECA INVERSA

Ateniendo todas las situaciones previamente mencionadas, muchos países han notado esta situación y han intentado, en pos, de brindarles un mejor pasar económico a sus ancianos mayores, un mecanismo financiero mediante el cual puedan convertir sus inmuebles, sus hogares, en dinero líquido, todo esto sin la necesidad de tener que entregarlo o perderlo (Es decir, conservando el mismo). Por lo que se convierte la vivienda en un conjunto de recursos económicos pero sin perder el uso y disfrute de la misma.

Con este objetivo algunos países de derecho latino han implementado en sus legislaciones (España, Francia, Italia, y Perú entre otros) un instituto proveniente del derecho anglosajon, y al que los últimos denominan como “reverse mortgage” el que ha sido traducido como “Hipoteca Inversa” o “Hipoteca Revertida” y que consiste en un préstamo de dinero (Mutuo) que se garantiza mediante una hipoteca, con la peculiaridad que el préstamo se realiza mediante la entrega de sumas periódicas hasta el fallecimiento del mutuario -quien no debe devolver el dinero mientras se encuentre con vida- y acaecida la muerte, el banco cobra el mutuo mas los intereses y gastos con la ejecución de la propiedad.

Es decir, estamos frente a una modalidad hipotecaria que garantiza un crédito proveniente de un mutuo, el que puede ser desembolsado por medio de un pago único o sumas periódicas por un plazo determinado (Las que pueden ser vitalicias hasta la muerte del mutuario), y la gran diferencia con la hipoteca clásica Argentina, radica en que su ejecución se halla diferida en el tiempo, por lo que no se ejecutará hasta la muerte del tomador (Y/o su ultimo beneficiario) del crédito.

Aunque en rigor, se debe separar el negocio de su garantía, por lo que en este instituto no estamos frente a una hipoteca inversa propiamente dicha, sino que lo inverso es la línea de crédito, ya que el tomador recibirá las sumas periódicas de dinero, y éste capital mas los intereses devengados no serán pagados por el sino por sus herederos, garantizando este pago mediante una hipoteca sobre el inmueble. Por esta

circunstancia Nelson Cossari y Daniel Luna lo denominan “Mutuo exigible post mortem”⁴.

El préstamo debería otorgarse en sumas periódicas y mensuales hasta el fallecimiento del deudor, y acaecido este momento los herederos podrán cancelar el préstamo, en el plazo previamente estipulado, abonando la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses, sin que exista compensación alguna. En cambio, si los herederos deciden no abonar los mencionados débitos, el acreedor podrá ejecutar la hipoteca para el cobro de su crédito con los intereses devengados, quedando – si existiere – el remanente para los herederos.

II.2. Derecho Comparado

España.

La hipoteca inversa llegó a España en el año 2007 mediante la ley 41/2007, y en poco tiempo se volvió el mecanismo financiero para el crédito de personas mayores por excelencia. La mencionada ley destina un capítulo a las Hipotecas Inversas indicando requisitos, entre los cuales se destacan:

- a) Solicitante mayor de 65 años;
- b) Deudor disponga del crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;
- c) La deuda solo sea exigible por el acreedor una vez fallecido el deudor o el último de sus beneficiarios (Si fue estipulado por contrato);
- d) La hipoteca haya sido tasada y asegurada contra daños;
- e) Estos créditos solo podrán ser concedidos por entidades de crédito, establecimientos financieros, y entidades aseguradoras;
- f) Al fallecimiento del deudor, los herederos podrán cancelar el crédito total o adeudado sin que les cobren comisión por cancelación anticipada; g) Beneficiario puede ser un mayor que conviva con el solicitante o en situación de dependencia del mismo.

⁴ Cita en TUMMINELLO, José Pablo. “Hipoteca inversa o del mutuo hipotecario exigible post mortem”. La Ley. 27/11/2014. Cita online: TR LALEY AR/DOC/3220/2014.

Un dato relevante de la sociedad española es que la vivienda en propiedad constituye la principal forma de acumulación de riqueza, según el banco de España el 88,5% de la población entre 65 y 74 años, y el 87,8% de los mayores de 74 años tiene una vivienda en propiedad. Por lo que en algunos años se dará la paradoja de que muchos jubilados no podrán cubrir sus necesidades con sus ingresos, pero al mismo tiempo dispondrán de una vivienda en propiedad con un valor de mercado importante⁵.

Por dicha circunstancia se ha desarrollado en España en el año 2007 la hipoteca inversa que si bien no es el único producto que permite transformar los activos inmobiliarios en renta, si es el más conocido. En el preámbulo de la mencionada ley dice “Hacer liquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen en España y la mayoría de los países desarrollados la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida”.

Dicha Ley nos establece una las mayores ventajas de la Hipoteca Inversa, y esta radica en que la renta que percibe la persona mayor no tributa siendo este uno de sus mayores incentivos proporcionados por la administración para desarrollar comercialmente el producto, esto se debe a que la administración no considera renta al saldo, lo que hace que estén exentas de tributación. También gozan de distintas exenciones impositivas estatales y reducción en las tasas de inscripciones registrales.

Estados Unidos.

Comienza a aplicarse en la década de los 80⁶ En este país las hipotecas inversas el crédito se devuelve cuando la propiedad se vende o deja de ser la vivienda del deudor o este fallece. El solicitante debe tener como mínimo 62 años, y la vivienda estar libre de gravámenes.

Perú.

A pesar de que en Latinoamérica se ha planteado la idea de las hipotecas inversas como en Chile, o con proyectos de ley como en Argentina⁷, solo se ha llegado a legislar en Peru, cuando en el año 2018 el Ministerio de Economía y Finanzas reglamentó la

⁵ DEVESA CARPIO y otros. “Análisis financiero-fiscal de la hipoteca inversa en España”. Año 2012. Revista Innovar. Pág. 2.

⁶ DODDA, Zulma A. “Hipoteca inversa o revertidas una opción financiera para apersonas mayores propietarias” Seminario Laureano Moreyra – Academia Nacional del Notariado. 11, 12 y 13 de mayo 2021. Pág 34.

⁷ Proyecto de Ley número 1411-D-2018 bajo el nombre de “Ley de Hipoteca Inversa para personas mayores” de María Graciela Ocaña y Dina Rezinovsky,

Ley 30.741, aunque la misma aún no ha tenido la recepción que tuvo en España siendo un mecanismo financiero poco utilizado por el mencionado país.

II.3. Dificultades para su implementación

La hipoteca inversa encuadra perfectamente en el concepto de Hipoteca establecido en nuestro Código Civil en el artículo 2205⁸, y la convención inicial determinará las pautas del crédito, esto quiere decir, que en ese momento surgirá como será el esquema de pagos (Normalmente periódico), como así también si el monto es determinado o determinable; y respecto a la especialidad, Zulma Dodda nos dice “La especialidad en cuanto al crédito se establece en la convención inicial, aun en las hipotecas revertidas vitalicias, ya que superado el monto del valor de la propiedad la renta que se abone no será parte del crédito sino de la cobertura del seguro”⁹.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, existen grandes dificultades para la aplicación de este instituto, entre estas podemos mencionar: a) El imperante mercado financiero argentino, el que como todos sabemos es impredecible y de una volatilidad muy alta, con lo cual debemos plantearnos si la hipoteca inversa con la legislación actual es posible, pero también si es viable, es decir, si no necesitaría una legislación especial para poder prosperar. b) Tema cultural, una doctrina económica sostiene que las personas acrecentan su patrimonio en su etapa activa, pero no para asegurarse su futuro en la ancianidad, sino que prefieren mantener esos bienes y ajustar sus gastos a los fines de transmitir una herencia a sus sucesores. c) Judicial: Existe una realidad tajante que es que para que las entidades financieras accedan a brindar estos créditos tienen que tener asegurado su cobro, y a diferencia de las hipotecas clásicas, en las que el mutuario devuelve el dinero en vida y ante un incumplimiento de pago se ejecuta la propiedad, en la hipoteca inversa o revertida el acreedor no va a tener derecho a cobro sino hasta el fallecimiento de la persona, con todas las vicisitudes que

⁸ Código Civil y Comercial. Artículo 2205: “... *Derecho Real de Garantía, que recae sobre uno o mas inmuebles individualizados, que continúan en poder del contribuyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producto el crédito garantizado...*”

⁹ DODDA, Zulma A. “*Hipoteca inversa o revertidas una opción financiera para apersonas mayores propietarias*” Seminario Laureano Moreyra – Academia Nacional del Notariado. 11, 12 y 13 de mayo 2021. Pág 36.

pueden suceder en el transcurso de esos años, y sin contar el tiempo que podría conllevar una ejecución hipotecaria en un sistema judicial cada día más colapsado.

II.4 La hipoteca inversa en el sistema jurídico Argentino

Un punto importante en nuestro país es el tema de la legislación, ya que se ha debatido si es necesaria una legislación específica sobre hipotecas inversas para su implementación, con lo cual muchos autores coinciden que con la legislación actual podrían implementarse (Algunos autores ya lo mencionaban con la legislación anterior¹⁰, y ese fue el criterio unánime en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹¹), lo que me parece posible pero no suficiente. Lo que pretendo observar es que una implementación de un mecanismo complejo como el que estamos observando no debe hacerse a la ligera y sin tener en cuenta todas las vicisitudes que puede conllevar, es decir, para que las hipotecas inversas no tengan un destino como las hipotecas en la década de los 2000 en Estados Unidos, se necesita una legislación específica que asegure a ambas partes, ya sea al adulto que recibe el crédito que éste no se depreciará en el tiempo, (Es decir que no se desvalorizará a periodos inflacionarios), que podrá soportar inestabilidades en el mercado de cambio como en el mercado inmobiliario, se deberá indicar cuáles serán las exenciones (Tributarias, administrativas y notariales) de las que gozará y demás condiciones.

Todas estas situaciones, necesitan una legislación especial para que este tipo de hipotecas no terminen en una catástrofe económica o financiera como tantas veces nos tienen acostumbrados en nuestro país. Por lo que recalco que poder aplicar un instrumento de estas características con nuestra legislación es posible, pero no suficiente, necesitamos cubrir todas las situaciones posibles antes de su entrada en vigencia para que un instrumento que puede ser muy útil no termine siendo un arma contra los jubilados o termine perjudicando a las entidades prestatarias las que lo descartaran y no utilizaran más, también en perjuicio de nuestros ancianos que perderían una oportunidad de vivir en mejores condiciones sus últimos años de vida.

¹⁰ TUMINELLO, José Pablo. *"Hipoteca Inversa o del Mutuo hipotecario exigible Post Mortem"* La Ley. Año 2014. Cita TR LALEY AR/DOC/3220/2014.

¹¹ XXI Jornadas de Derecho Civil del año 2007. Tema IV. *Modernas Garantías Reales*.

III. Anticresis.

La reforma del Código nos otorga la siguiente definición del derecho real de Anticresis en su artículo 2212, "...Derecho real de garantía que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda...". Es decir, que es un derecho concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir frutos para imputarlos al pago de una deuda, o en nuestro caso podrían ser imputado para pagar los intereses del crédito.

Es un derecho real accesorio, garantiza el cumplimiento de un crédito antecedente, a diferencia de lo que pueden otorgar otros derechos reales de garantía, la anticresis, en el que puede aplicarse el obtenido de los frutos al capital cuando este no llevara intereses, yendo a nuestro caso esto se torna complejo, debido a que no va a haber frutos sobre el inmueble en cuestión debido a que quedará en cabeza del deudor para que siga habitando en él.

Por lo mencionado se desprende que al igual que la Hipoteca Inversa o Revertida es un derecho real accesorio, que garantiza la obligación, pero a diferencia de esta, la anticresis se centra en la aplicación de los frutos, es decir, a una reinversión, con lo que podría ser un alquiler de una vivienda, y no es justamente la finalidad de este trabajo indagar en dicho supuesto.

Pero por otro lado, no deberíamos descartar este instituto para un futuro -en el que con otro enfoque- podría ser de gran utilidad. Es decir, si este tipo de créditos se expande y no solo se otorga para una sola vivienda, sino que se puede hacer sobre varias (Suponiendo un adulto mayor con dos o más propiedades), podría tener una gran utilidad la anticresis, para aplicarse en otras propiedades que no sean la vivienda y con los frutos poder capitalizarlos pudiendo darle diferentes tipos de utilidades.

IV. 1. FIDEICOMISO EN GARANTIA

El Fideicomiso en garantía es un contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad de uno o mas bienes a un fiduciario con el fin de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designándose como beneficiario al acreedor o a un tercero, en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.¹²

Es decir, es un mecanismo para garantizar obligaciones. En la revista notarial número 935 se describe básica y simplificada como “... *El fideicomiso en garantía un deudor actual o potencial, o un tercero por el deudor, transfiere fiduciariamente uno o mas bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad y administrarla, designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante, con los acreedores que indique el fiduciante, a destinar los bienes o su producido a atender las obligaciones garantizadas que no sean cumplidas...*”¹³.

Este tipo de Fideicomiso surgen como una herramienta de reemplazo respecto de las garantías reales. Atento a lo planteado surge que esta clase de fideicomiso constituye un patrimonio de afectación en seguridad de una deuda, lo cual encuadra, dentro una noción general de garantía, como es el de la garantía real de Hipoteca.

Por lo que el fin del fideicomiso en garantía seria que una vez comprobado el acaecimiento de un hecho (Vencimiento del plazo para el pago, en este caso sería el fallecimiento del deudor) el fiduciario procederá a disponer de la cosa con su producido neto desinteresará al acreedor y el remanente liquido que restare lo restituirá a los herederos del fiduciario (El deudor/tomador del crédito, que se encuentra fallecido).

IV.2. Diferencias con las garantías reales

¹² KIPER y LISOPRAWISKY. Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización, Ed. Depalma, 1996, pág. 312.

¹³ LOZANO, Romina y otros. “*Fideicomiso en Garantía*”. Revista Notarial de la Provincia de Buenos Aires número 935 año 2000.

La característica común en la hipoteca y la anticresis se destaca en su carácter accesorio a la obligación que garantizan, mientras que el fideicomiso en garantía es un contrato autónomo y principal, y sus fines se inician y agotan en el mismo.

Se destaca como diferencia el hecho que en las garantías reales solamente existen dos sujetos, el acreedor y deudor, en tanto que en la fiducia necesariamente existen cuatro sujetos fiduciante, fiduciario, beneficiario y fideicomisario, aunque una persona puede tener más de un rol.

Otra característica esencial de la fiducia respecto de las garantías reales es que el bien dado en garantía se transfiere al dominio del fiduciario, desprendiéndose de su patrimonio, no quedando afectados a las vicisitudes del patrimonio del deudor.

Por último, una diferencia trascendental es que en el fideicomiso en garantía es posible pactar la realización privada de los bienes, con lo que a la hora de ejecutar el bien para saldar la deuda puede conllevar un tiempo significativamente menor al que nos acostumbramos las garantías reales en procesos judiciales.

Respecto al crédito garantizado podemos aclarar que en la hipoteca surge el principio de especialidad, es decir que el crédito garantizado debe ser determinado o determinable, en cambio en el fideicomiso se pueden garantizar obligaciones de monto variable, o que no han sido sujeto de determinación, es decir, podríamos garantizar un crédito determinado, determinable, o uno que aun no ha sido determinado ni se ha establecido su determinación (Claramente para brindar la seguridad jurídica que se necesita en la operación que estamos mencionando necesitamos determinar montos o que sean determinables).

En la hipoteca el inmueble permanece en cabeza del deudor, como ya fue mencionado, esto difiere totalmente en el fideicomiso donde el inmueble queda en cabeza de la fiducia, sin perjuicio de que puede existir un contrato de locación o comodato en favor del deudor.

Por todos estos puntos mencionados, considero al fideicomiso en garantía como una herramienta muy importante para brindarle confianza al acreedor respecto del cobro de su crédito (Principalmente en cuanto a celeridad), ya que si solo nos centramos en el deudor posiblemente generemos un instrumento eficiente para la parte deudora, pero no sea así para la acreedora, ya que la parte otorgante del crédito tendría una situación totalmente diferente, a pesar de tener un inmueble gravado con una hipoteca

a su favor, con todas las vicisitudes económicas, financieras o legales que pueden ocurrir en nuestro país y luego de tantos años desde que se otorga el crédito hasta que se produce su retorno, necesariamente tener que pasar por un proceso judicial para ejecutar un inmueble puede ser muy engorroso y probablemente las entidades financieras o bancarias no encontrarían un atractivo en esta herramienta, mientras que en el fideicomiso tienen un aspecto preferencial de pago, debido a que el inmueble no se encuentra en patrimonio del deudor, sumado a que no puede ser atacado por otros acreedores del deudor, y tiene ejecución extrajudicial -si se pactó en la convención que dió origen a la fiducia- el fideicomiso puede transmitir el inmueble sin necesidad de sentencia judicial, (Esto se conoce como garantía autoliquidable).

Todas estas variables hacen que el fideicomiso en garantía sea una opción más que viable para garantizar el cumplimiento del pago del crédito, permitiendo una fácil realización, costos y tiempos menores para el reembolso debido a su garantía autoliquidable, como así también tiene la garantía de no verse afectado por la quiebra del deudor. Con lo que el acreedor tendría una garantía mayor de cobro, sin contar gastos menores al no tener una hipoteca que levantar, ni un proceso judicial para poder hacerse del bien.

IV. 3. Aspectos tributarios

A la hora de tratar los aspectos tributarios de un fideicomiso debemos tener una absoluta cautela, ya que cada uno de ellos tiene un sinfín de singularidades, por lo que debemos analizar en profundidad cada caso, siempre a la luz del principio de realidad económica. Esto es así, ya que debemos evitar que estos fideicomisos sean utilizados como pantallas o velos, para ocultar otros fines que sean violatorios del orden jurídico.

En el caso particular mencionado, nos encontraríamos lisa y llanamente frente a un Fideicomiso en Garantía, y la finalidad o el objetivo a cumplir de este fideicomiso sería una función de garante, sin que se le atribuyan resultados, en esos términos considero

que nos encontraríamos frente al carácter de un contribuyente, debido a que no tendría capacidad contributiva con su accionar¹⁴.

La incidencia tributaria se daría en dos aspectos, la faz nacional y la faz local o provincial, una primera sin gravámenes y una segunda que actualmente se encuentra gravada.

Con anterioridad a que la ley del tributo tuviera regulación sobre los fideicomisos el ente fiscal nacional tuvo oportunidad de emitir varios dictámenes y resoluciones respecto del tratamiento impositivo a otorgar en la utilización de fideicomisos en garantía. Y respecto al impuesto a las ganancias, existe Dictamen de la Dirección de Asesoría Legal de la DGI bajo el número 49/1997 (Siguiendo la línea del 34/1996 de la misma asesoría) por el que concluye que los fondos fiduciarios en garantía no tienen aptitud, en principio, para asumir la calidad de contribuyente directo, y necesariamente la ley debería atribuirle tal carácter¹⁵.

En la misma línea que lo mencionado en el párrafo pasado la doctrina ha señalado que nos encontramos frente a un fideicomiso de garantía, en principio, no se encontraría sujeto al pago de los impuestos al valor agregado y a las ganancias, por carecer de actividad susceptible de generar hechos imposables¹⁶. Es decir, podríamos resumir esta postura en que claramente el patrimonio fiduciario constituye un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante, el que en principio, en los términos del artículo 5 inc. c) de la ley 11.683 cuando el patrimonio destinado a un fin determinado sea considerado por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución de un hecho imponible será susceptible de gravamen, pero en el caso particular de los fideicomisos en garantía, suponemos un estado estático y no evolutivo, constituyendo una unidad patrimonial, pero no así económica con un sentido de productividad, ya que el patrimonio fiduciario en garantía no tiene un fin propio sino que es un mero instrumento.

Respecto a la incidencia tributaria con respecto al organismo recaudador de las provincias, correspondería hablar de sellos, en principio, en el caso de Buenos Aires

¹⁴ DIPIETROMICA, Viviana. "Régimen tributario de la Actuación Notarial" 2da edición. Año 2008. Editorial Ab. Perrot. Pág. 228.

¹⁵ Boletín Oficial de la Dirección General Impositiva del 21/8/1997.

¹⁶ DIPIETROMICA, Viviana. "Régimen tributario de la Actuación Notarial" 4ta edición. Año 2023. Editorial Ab. Perrot. Versión E-book Pág. 203.

el organismo recaudador es A.R.B.A.¹⁷, quien ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los fideicomisos en garantía en varias oportunidades mediante los informes 24/2000, 206/2003, 224/2004, y 45/2009, habiendo concluido en que la transferencia fiduciaria resulta alcanzada por el Impuesto de Sellos, ello pues se cumplen los tres requisitos configuradores del hecho imponible (Territorialidad, onerosidad e instrumentación), y los equipara en la alícuota de gravamen a los créditos hipotecarios¹⁸. Respecto a la base imponible, se menciona que se debe liquidar sobre la suma garantida. Siguiendo este tratamiento, de equiparación a los créditos hipotecarios, la alícuota de gravamen en nuestra provincia sería del 1,8%, pero en los lugares donde se han implementado este tipo de mecanismos se le han brindado exenciones para el fomento de su uso. Es decir, considero que las demarcaciones deberían realizar exenciones en el impuesto de sellos para este tipo de mecanismos.

Lo mencionado se desprende análogamente de lo que han ido especificando las asesorías de AFIP o DGI y ARBA a lo largo de los años, pero es menester remarcar que una implementación de este tipo de fideicomisos debería tener resoluciones propias, las que considero, deberían mantener las situaciones planteadas, y podrían tener exenciones en aquellos tributos (Impuesto de Sellos) que aún no lo tengan, solo para este caso de transferencia fiduciaria, para así generar un incentivo económico en quienes decidan avanzar con este mecanismo financiero.

IV. 3. Aplicación Privada.

Siendo una herramienta práctica para el acreedor también podríamos pensar en que no solo sea un contrato con entidades bancarias o financieras, sino que otros tipos de personas, como pueden ser sociedades o colegios profesionales, apliquen sus recursos a capitalizar o mantener el valor de sus ahorros mediante estos mecanismos de inversión, generando una mayor oferta crediticia para las personas mayores,

¹⁷ Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁸ Agrega el mencionado informe de ARBA 45/2009 que en sus antecedentes se estimó que la transferencia fiduciaria debía considerarse onerosa, por cuanto se realizaba con la finalidad de garantizar un crédito y no a título de confianza, de modo tal que se equiparó la instrumentación del fideicomiso en garantía – en lo que al impuesto de sellos se refiere – a la instrumentación de créditos hipotecarios

aumentando la competencia y mejorando la eficiencia de los mismos, tal vez, trayendo mayor posibilidad de elección.

Imaginando la situación que una sociedad, colegio profesional, etc, realizara un crédito vitalicio periódico, por el que la persona deudora entregara el dominio de su vivienda u otra propiedad mientras constituye un comodato vitalicio, y una vez acaecido el fallecimiento del deudor se produce la transmisión del dominio fiduciario. Si no llegare a cubrirse con los pagos realizados el valor del inmueble, el mismo se transferirá pero con el resultado del mismo se devolverá el crédito con sus intereses hasta el momento, y el remanente quedaría para los herederos.

Para esto el fideicomiso de garantía es claramente una salida mucho más practica para el acreedor, fomentando este tipo de contratación.

V. CONCLUSIÓN.

A lo largo de este trabajo he intentado plasmar aquellos institutos que puedan complementar un crédito con el fin de prestar una ayuda a nuestros ancianos. Creo que al ser un crédito periódico durante tantos años, se necesita una herramienta que permita brindar una seguridad absoluta de cobro a los acreedores ya que sino nadie estaría dispuesto a realizar esos devengamientos por tanto tiempo.

La mayoría del mundo que accede a estos tipos de créditos lo hacen mediante la garantía de la hipoteca, en este caso la llamada hipoteca inversa o revertida, un mecanismo muy útil pero que creo que en nuestro país no inspira la suficiente confianza en los posibles dadores de los créditos, debido a las contingencias que podrían conllevar con el transcurso de los años, desde las problemáticas con los deudores y/o sus herederos hasta la dilación en la ejecución hipotecaria y/o cambios de gobierno con abruptos cambios en su política, que compliquen o dilaten las futuras ejecuciones judiciales.

Respecto del derecho de anticresis, lo considero que es una figura planeada para un préstamo distinto al que se intenta plantear en este trabajo y pero que podría ser de utilidad en otro tipo de créditos como fue mencionado anteriormente.

Por último, encuentro en la figura del Fideicomiso en Garantía una posible solución a estas interrogantes ya que la garantía autoliquidable de la misma debido al dominio fiduciario podría dar la seguridad jurídica y de cobro que requieren las entidades para realizar el préstamo crediticio, y luego recuperar la inversión mediante la disposición del bien, y cancelación del crédito.

VI. Ponencias:

- La Hipoteca Inversa es una valiosa herramienta financiera de nuestros adultos mayores para el acceso a créditos, cuya eficacia dependerá de lograr superar las complicaciones económicas y culturales de nuestro país.
- Con la legislación actual es posible la implementación de las Hipotecas Inversas y/o revertidas, pero no suficiente para su desarrollo sustentable. Dado las vicisitudes propias del mencionado mecanismo financiero y los vaivenes económicos de nuestro país, considero necesario una legislación propia para dicho instituto como tienen países como España o Perú. Ya que considero que hay que tomar todos los recaudos previos posibles para que algo que viene a beneficiar a un determinado grupo, con el tiempo no sea un perjuicio.
- No considero al Derecho Real de Anticresis sea el vehículo de garantía idónea que permita la utilización de este tipo de línea de crédito.
- El fideicomiso en garantía es una importante herramienta que podría ser utilizada para garantizar el cobro del crédito, y sus características de autoliquidación como de ejecución extrajudicial, le dan un aspecto de mayor practicidad y seguridad para el acreedor que la hipoteca inversa y/o revertida.
- El acreedor en esta clase de créditos puede ser tanto una institución crediticia como cualquier otra persona jurídica que cumpla con los requisitos establecidos en la normativa especial de la figura.
- Ya sea que ésta línea de créditos se implemente bajo la garantía Real o Fiduciaria, necesita legislación tributaria especial, teniendo exenciones fiscales, administrativas y notariales para fomentar su utilización.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa:

- Ley 340 (Código Civil de la Nación)
- Ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación)
- Ley 11.683 (Procedimiento Fiscal)
- Boletín Oficial de la Dirección General Impositiva del 21/8/1997
- Informes del Agente de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires números 24/2000, 206/2003, 224/2004, y 45/2009

Doctrina:

- BORKA, Nancy A., CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, SALIERNO, Karina V., SPINA, Marcela V., ZITO FONTAN, Otilia del Carmen. “*Herramientas notariales para la protección de los colectivos vulnerables*”. Año 2023. Revista Notarial.
- CLUSELLAS, Gabriel Eduardo. Código Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado.
- D’ALESIO, Carlos M. “*El rol del notariado ante el fenómeno mundial del envejecimiento de la población*”. Seminario Laureano Moreyra – Academia Nacional del Notariado. 16 y 17 de noviembre de 2017.
- DEVESA CARPIO y otros. “*Análisis financiero-fiscal de la hipoteca inversa en España*”. Año 2012. Revista Innovar.
- DODDA, Zulma A. “*Hipoteca inversa o revertidas una opción financiera para apersonas mayores propietarias*” Seminario Laureano Moreyra – Academia Nacional del Notariado. 11, 12 y 13 de mayo 2021.
- DIPIETROMICA, Viviana. “*Régimen tributario de la Actuación Notarial*” 2da edición. Año 2008. Editorial Ab. Perrot.
- DIPIETROMICA, Viviana. “*Régimen tributario de la Actuación Notarial*” 4ta edición. Año 2023. Editorial Ab. Perrot. Versión e-book.
- HERSALLIS, Marcelo J. Coord. “*Incidencias del Código Civil y Comercial*” Editorial Hammurabi. 1ra Edición. Año 2015.
- KIPER y LISOPRAWISKY. “*Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización*” Ed. Depalma. Año 1996.
- LOZANO, Romina y otros. “*Fideicomiso en Garantía*”. Revista Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires número 935.

- LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto. “*Crédito vitalicio con garantía hipotecaria*” XXXIV Jornadas Notariales Argentinas, año 2023. Tema 1.
- MOYANO, Mauricio. “*Sobre las hipotecas revertidas*”. La Ley. Año 2019. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1848/2019.
- TUMMINELLO, José Pablo. “*Hipoteca inversa o del mutuo hipotecario exigible post mortem*”. La Ley. 27/11/2014. Cita online: TR LALEY AR/DOC/3220/2014.