



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



El contrato de fideicomiso y la transferencia inicial de los bienes fiduciario: análisis civil y tributario, impuesto a los sellos, ganancias y bienes personales

Ruíz de los Llanos, Gabriel Segundo

2007

Cita APA: Ruíz de los Llanos, G. (2007). El contrato de fideicomiso y la transferencia inicial de los bienes fiduciario : análisis civil y tributario, impuesto a los sellos, ganancias y bienes personales. Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado

Este documento forma parte de la colección de tesis de posgrado de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios". Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.

Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Carrera de Especialización en Tributación

Col. 1502/0014
0344
CATALOGADO

Trabajo Final:

**“El contrato de fideicomiso
y
la transferencia inicial de los bienes al fiduciario**

**(Análisis civil y tributario.
Impuestos de Sellos,
Ganancias y Bienes Personales)”**

Alumno: Gabriel Segundo Ruiz de los Llanos

Tutora: Dra. Liliana del Carmen Molas

Dep. F. Econ., N. 2007, N. 2926
R. S.
Trib. Econ.

**Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Agosto de 2007**

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
Profesor Emérito Dr. ALFREDO L. PALACIOS

Indice

1. Introducción

- I. El objeto de estudio
- II. La función histórica de la transmisión de la propiedad de bienes en el *fideicommissum* romano y en el *use* anglosajón.
- III. El *trust* en los sistemas jurídicos de derecho continental.

2. Aspectos básicos del fideicomiso.

- I. La definición del fideicomiso argentino.
- II. El contrato de fideicomiso. 1. Objeto. 2. Causa fin. 2.1. Causa fin del contrato de fideicomiso. 2.2. Causa fin del acto de transferencia de los bienes. 2.3. Causa fin del *pactum fiduciae*. 3. Estructura. 4. Efectos. 4.1. Creación de un patrimonio especial y autónomo de titularidad del fiduciario. 4.2. Configuración de la propiedad fiduciaria.
- III. La transferencia inicial de los bienes. 1. Noción de bienes. 2. La propiedad como titularidad jurídica y económica. 3. La causa fin de la transferencia de los bienes. 4. Gratuidad del acto traslativo de la propiedad de los bienes. 5. La tesis de Carregal: la transmisión de los bienes a título de confianza. 6. Refutación de la tesis de Carregal.
- IV. La propiedad fiduciaria. 1. Encuadre normativo. 2. El concepto de propiedad fiduciaria. 3. El fiduciante transmite la propiedad de los bienes no la propiedad fiduciaria de los bienes.
- V. El patrimonio en el derecho civil argentino. 1. Concepto y caracteres. 2. El patrimonio como universalidad jurídica. 3. El carácter necesario del patrimonio. 4. El patrimonio general y los patrimonios especiales. 5. El patrimonio como garantía común de los acreedores.
- VI. El patrimonio fideicomitado de la ley 24.441.
- VII. Conclusiones sobre los efectos de la transferencia inicial de los bienes.

3. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto de Sellos.

- I. La transferencia de los bienes al fiduciario es gratuita y no debe encontrarse gravada con el impuesto de sellos.
 1. El encuadre jurídico propuesto.
 2. El argumento de Soler. Crítica.
 3. El argumento de Carregal. Crítica.
- II. La distinción entre el título de transferencia de los bienes y el título del *pactum fiduciae*.
- III. El panorama interpretativo a nivel institucional.
- IV. El panorama legislativo y administrativo en las jurisdicciones locales.
 1. Ausencia de tratamiento fiscal específico.
 2. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de exclusión de objeto.
 3. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de exención del tributo.
 4. La transferencia de bienes gravada por falta de exención expresa que neutralice el gravamen.
 5. El caso de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.
 - 5.1. La imprecisa redacción del Código Fiscal y su reglamentación.
 - 5.2. Los dictámenes administrativos.
 - 5.2.1. El Informe Técnico 167-DAT-DTT-DGR-06 y la gravabilidad de la transmisión inicial de los bienes en un fideicomiso de garantía.
 - 5.2.2. El Informe Técnico 53-DAT-DTT-DGR-07 y la exclusión de objeto de la transmisión inicial de los bienes en un fideicomiso de administración.

- V. La interpretación de la AFIP-DGI. El Dictamen (DAL) N° 94/1999 del 5/10/1999. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de transferencia del dominio gravado por el impuesto de sellos.
- VI. La interpretación del Tribunal Fiscal de la Nación. La confusión del título de transferencia de los bienes con el título oneroso del contrato de fideicomiso (en rigor, *pactum fiduciae*).
 - 1. La causa “Iocco, Edgardo N. S. Apelación - Sellos”. (TFN, Sala “B”, sentencia del 22/10/2001).
 - 2. La causa “Spanier, Jorge E. s./apelación - sellos”. (TFN, Sala “B”, sentencia del 15/11/2002).
 - 3. La causa “Grupo República S.A. – Tachella Costa, Alejandro s/ apelación - sellos”. (TFN, Sala “A”, sentencia del 8/04/2002).
 - 4. Otras causas.
- VII. La interpretación judicial. La causa “Banco Finansur S.A.”. La confusión del título de transferencia de los bienes con el título oneroso del contrato de fideicomiso (en rigor, *pactum fiduciae*).

4. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto a las Ganancias.

- I. Tratamiento fiscal de la transmisión inicial de los bienes en el marco del negocio canalizado por la vía del fideicomiso.
- II. La transmisión de los bienes es a título gratuito.
- III. El criterio fiscal actual sobre el título de transferencia de bienes inmuebles en el marco de fideicomisos del tipo fiduciante beneficiario (art. 49, inc. d’ de la LIG).
 - 1. El Dictamen AFIP-DGI (DAT) 55/2005
 - 2. Los Dictámenes AFIP-DGI (DAT) 16/2006 y 18/2006.
- IV. Conclusiones.

5. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto a los Bienes Personales.

- I. La aplicación del IGMP sobre los bienes fideicomitidos y la aplicación del IBP sobre los derechos de fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios sobre los mismos: ¿un caso de doble imposición?
- II. El tratamiento de la salida de los bienes del patrimonio del fiduciante al fideicomiso.
- III. El tratamiento de la propiedad fiduciaria de los bienes en cabeza del fiduciario.
- IV. La calidad de créditos bajo el IBP de los derechos de beneficiarios y fideicomisarios sobre los bienes fideicomitidos.
- V. La individualización de los beneficiarios y fideicomisarios.
- VI. El caso Eurnekián. El IBP y la efectiva titularidad de los bienes. 1. La causa y los decisorios judiciales. 2. Los fideicomisos constituidos en el exterior y la posibilidad de ahuecamiento de la base imponible del IBP.
- VII. Conclusiones.

1. Introducción

I. El objeto de estudio

El contrato de fideicomiso que regula la ley 24.441¹ es *-grosso modo-* un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes (llamada fiduciante) le encarga a la otra (llamada fiduciario) la realización de determinados negocios jurídicos bajo un régimen de seguridad patrimonial especial. Llevar a cabo un negocio jurídico a través de la constitución de un fideicomiso brinda mayores seguridades que las que podrían lograrse a través de las vías jurídicas convencionales.

Ello se logra mediante la creación de un patrimonio especial (llamado patrimonio fideicomitado) que se destina exclusivamente a la realización del negocio jurídico y que se encuentra aislado legalmente de los riesgos de ejecución de los acreedores a los que se hallan expuestos los patrimonios personales del fiduciante y del fiduciario².

El patrimonio fideicomitado queda conformado, y el aislamiento patrimonial surte los efectos previstos por la ley, cuando el fiduciante separa de su patrimonio personal determinados bienes cuya titularidad jurídica le transmite al fiduciario, dejando constancia en el título de adquisición que ella se realiza para que éste último, su nuevo propietario, ejecute con ellos el negocio pactado con el fiduciante.

De tal modo el fiduciario pasa a ser el titular de un nuevo patrimonio especial, separado del suyo personal o general, asumiendo voluntariamente una serie de obligaciones relacionadas con la ejecución del negocio pactado. Entre tales obligaciones se hallan las vinculadas con el empleo y destino de los bienes transmitidos, los que por expresa disposición legal no puede incorporar a su propio patrimonio personal y al que tampoco puede derivar los beneficios obtenidos o producidos por ellos. La naturaleza de las obligaciones asumidas y la responsabilidad que ellas entrañan para el fiduciario justifican que su actividad sea remunerada, salvo que se pacte lo contrario.

Ello expuesto cuadra señalar que el trabajo analiza los efectos patrimoniales que genera la transmisión inicial de los bienes al fiduciario en el marco de un contrato de fideicomiso y el tratamiento que dicha transferencia debería tener en el Impuesto de Sellos –en todas las jurisdicciones locales de la República Argentina–, en el Impuesto a las Ganancias y en el Impuesto a los Bienes Personales.

Tal como fuera adelantado se parte de la premisa que la transmisión de los bienes convierte al fiduciario en su propietario³ y que dicha transmisión provoca cambios tanto en la composición del patrimonio del fiduciante como del fiduciario. La debida consideración de estos extremos resulta indispensable para que el negocio canalizado a través de la figura del fideicomiso no resulte indebidamente gravado y que con ello no se distorsione la eficiencia jurídico económica del instituto analizado.

Finalmente cabe resaltar que en la elaboración del estudio se han utilizado sólo aquellas teorías que han ayudado al autor a considerar la realidad jurídica que se intenta concebir abandonando conscientemente la revista erudita de opiniones ajenas que usualmente se presentan indiscriminadamente “en un pie de igualdad (con la igualdad de los huesos en el osario)” procediendo, en cambio, a su selección actualizada⁴. Ello no obsta, claro está, que se reseñen y contrasten aquellas opiniones que en mi opinión no resulten coincidentes con el enfoque propuesto pero cuyo tratamiento resulta ineludible para enriquecer el conocimiento del objeto de estudio que se presenta.

II. La función histórica de la transmisión de la propiedad de bienes en el *fideicommissum* romano y en el *use* anglosajón.

En sus orígenes el cambio de titularidad de los bienes con la finalidad de que el nuevo dueño llevase a cabo el ruego o encargo relacionado con su posterior uso o destino persiguió superar las limitaciones que presentaba el derecho hereditario.

Así ocurrió en Roma cuando como consecuencia de la sanción en el año 169 de la Ley Voconia promovida por el tribuno QUINTO VOCONIO SAXA -prohijada y defendida por CATÓN EL CENSOR- se prohibió a los ciudadanos de las clases altas⁵ que nombraran como herederos a una mujer. La ley tuvo por finalidad oponerse al progreso de la emancipación de la mujer a quien CATÓN consideraba causante de los desórdenes contemporáneos⁶.

Quienes no compartieron la política implementada optaron por burlar la ley transfiriendo sus bienes a personas que instituían formalmente como herederos –llamados fiduciarios- y que se obligaban moralmente a entregarlos a la esposa, a la hija o a la hermana que se deseaba amparar –llamada fideicomisaria-.

Dado que el sistema jurídico entonces vigente no contemplaba una acción que obligara al heredero así instituido a que entregase los bienes a la persona querida por el causante el cumplimiento del encargo dependía naturalmente de la confianza que se había depositado en aquél. Esta práctica se denominó *fideicommissum*⁷. Una vez que el mecanismo se extendió a los actos *inter vivos* para lograr otras finalidades llevó el nombre de *fiducia*⁸.

Varios siglos después en la Edad Media hubo de producirse un fenómeno similar en Inglaterra que llevó originalmente el nombre de *use* y que derivó en el actual *trust*. Debe destacarse que el análisis del *use* no puede escindirse del concepto que se tenía de la propiedad sobre la tierra bajo el derecho feudal⁹ el que se caracterizó por su función integradora de derechos políticos y económicos mediante la combinación del derecho de gobierno, con el derecho de uso y disposición de la tierra.

El *dominium* feudal (a diferencia de la concepción que el término técnico jurídico de dominio tiene en el derecho continental) estaba habitualmente limitado, dividido y compartido de muy diversas maneras. Una persona podía tener ciertos derechos sobre la tierra, válidos contra su señor, y a su vez el señor podía tener ciertos derechos sobre la misma tierra válidos contra su señor así como también otros derechos válidos contra el señor del señor que podía llegar a ser el rey. Esos derechos conflictivos eran inherentes a la tierra misma, concebida como una especie de entidad legal: así, una parcela de tierra podía ser considerada ‘al servicio’ de otra, en el sentido de que podían requerirse servicios que fueran transferidos de ella a la parcela ‘dominante’. De hecho, la tierra no era ‘poseída’ por nadie sino que era ‘ocupada’ por los superiores en una escala de ‘tenencias’ que remataba en el rey o en otro señor supremo¹⁰.

Por eso se ha dicho que “originalmente la relación entre señor y vasallo, dependiente de la doble propiedad de la tierra (de la que cada uno era, en sentido diferente, propietario) implicaba obligaciones para ambas partes: el señor le daba protección mientras el tenedor le debía una variedad de servicios diferentes”, de allí que el vocablo “tenencia (*tenure*) viene a significar todas las condiciones bajo las cuales un tenedor (*tenant*) posee la propiedad inmobiliaria bajo su señor”¹¹.

La razón que habría determinado el origen del *use* fue que a partir del siglo XII si bien los terratenientes podían disponer de “sus” tierras en vida no podían, en cambio, hacerlo en ocasión de su muerte vía testamento ya que el derecho de primogenitura del *common law* preveía que en caso de fallecimiento las tierras debían pasar íntegramente al hijo mayor¹².

Pese a la estrictez de las normas que los gobernaban los terratenientes quisieron continuar teniendo el control de disposición de sus tierras y poder proveer las futuras necesidades de sus hijos e hijas no beneficiados por las leyes del *common law* por lo que implementaron una práctica según la cual el terrateniente (el *feoffor*) transfería el título de propiedad de sus tierras a un intermediario o grupo de intermediarios (conocidos como *feoffes* to *uses*) que las adquirirían ‘to my use’¹³, lo que significaba tener su titularidad pero para el uso o beneficio del *feoffor* o de un tercero (conocido como el *cestui que use*) a quien se quería beneficiar. Si el *feoffor* así lo disponía podía retener en vida el derecho al goce de los beneficios que reportaba la propiedad (una suerte de *usufructo* del derecho continental). De esta manera los *feoffes* tenían un rol exclusivamente pasivo a menos que fueran instruidos para retransmitir el título de propiedad a un tercero¹⁴.

Vale destacar que bajo el *use* se consideraba al *feoffe to use*¹⁵ como el propietario legal de las tierras por encontrarse ellas bajo su nombre y al *cestui que use*¹⁶ como propietario en equidad por ser quien gozaba y tenía derecho a su utilidad. Tal es el origen del desdoblamiento del concepto de propiedad¹⁷ en el *common law*.

III. El trust en los sistemas jurídicos de derecho continental.

A diferencia de lo que ocurrió con el *fideicomiso* y con la *fiducia*, que dejaron de ser utilizados durante un largo tiempo para dejar paso a otras formas jurídicas con identidad propia, en Inglaterra el *use* no sólo no fue sustituido por otros mecanismos o prácticas jurídicas sino que fue objeto de evolución y regulación expresa¹⁸ a punto tal que adquirió la moderna forma del *trust*.

El *trust* es actualmente definido como el acuerdo por el cual una persona llamada *settlor* (equivalente al fiduciante) transfiere la propiedad a una o más personas llamadas *trustees* (equivalente a fiduciarios) para que la posean en beneficio de una o más personas llamadas *beneficiaries* (beneficiarios o *cestuis que trust*, que pueden ser el *settlor* o incluso los *trustees*) quienes, en caso de ser necesario, tienen derecho a ejecutar judicialmente el acuerdo¹⁹.

Entre sus principales características puede señalarse que el *trust* conserva, por tradición histórica, la concepción dual de *propiedad en legal* (que recae en el *trustee* por encontrarse bajo su nombre, administración y control) y *de equidad* (que recae en los *beneficiaries* por ser quienes gozan de su utilidad) a diferencia del carácter absoluto, exclusivo e indivisible (*unitario* lo llaman los ingleses) que presenta el derecho real de dominio en los sistemas jurídicos de derecho continental.

Además el *trust* permite crear un número ilimitado de derechos reales distintos en naturaleza y cantidad que los que comprende el *numerus clausus* de los sistemas jurídicos del derecho continental²⁰.

Ello así, cuadra señalar que las dispares características señaladas tornan inviable la implementación del *trust* del *common law* en los sistemas jurídicos de derecho continental, fundamentalmente por la diferente estructuración, denominación y efectos jurídicos que uno y otro sistema jurídico asignan a los derechos patrimoniales.

Esto último ha sido objeto de permanente estudio y discusión en foros internacionales²¹ habiéndose concluido que las instituciones civiles del sistema jurídico romanista son capaces de evolución y que lo que debe determinarse es el mejor medio para proveer el marco legal dentro del cual una nueva institución como el *trust* puede ser introducido²².

Bueno es señalar que hace unos años ya MOSSET ITURRASPE²³ y CARREGAL²⁴ advirtieron que la incorporación y regulación de la figura del fideicomiso en la Argentina debía hacerse respetando la tradición jurídica de nuestro país y en especial las disposiciones del Código Civil, evitando de tal modo el trasplante artificial en nuestro sistema jurídico de la figura del *trust* anglosajón.

Se entiende que la recomendación aludida ha sido tomada por el legislador en la redacción de la ley 24.441, por lo que también ha sido tenida en cuenta en este trabajo a fin de interpretar aquellos aspectos del instituto que, a pesar de no encontrarse claramente expuestos y definidos en el texto legal, en especial, los relacionados con: los efectos de la transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario, el alcance y la naturaleza de la propiedad fiduciaria y la titularidad efectiva del patrimonio fideicomitado, encuentran una razonable explicación en las bases y principios del Código Civil.

2. Aspectos básicos del fideicomiso.

I. La definición del fideicomiso argentino.

Según el art. 1º de la ley 24.441 hay “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”. Esta definición alude al fideicomiso constituido por contrato aunque también se prevé su constitución por testamento²⁵.

La definición transcripta no aporta demasiados elementos que permitan obtener un sentido general sobre el objeto y finalidad del instituto del fideicomiso, al que sólo puede arribarse luego de una lectura integral y armónica de la ley. Así pues, el fideicomiso no puede entenderse como una simple transmisión de bienes entre partes si no se analiza el para qué se realiza, o que finalidad se persigue con ella.

Por lo pronto, habría que decir tal como se hizo desde el inicio, que el fideicomiso sirve para la realización de negocios jurídicos bajo un régimen de seguridad patrimonial especial. El régimen prevé, en prieta síntesis, la creación de un patrimonio especial (llamado patrimonio fideicomitado) -que se encuentra aislado legalmente de los riesgos de ejecución de los acreedores a los que se hallan expuestos los patrimonios personales del fiduciante- para que el fiduciario lleve a cabo el negocio cuya ejecución le encarga el fiduciante.

Recién tomando en cuenta esta circunstancia es que cobra sentido abordar el expediente técnico de la transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario. Ello pues el patrimonio fideicomitado queda conformado, y con ello el aislamiento patrimonial antes citado comienza a surtir los efectos previstos por la ley, cuando el fiduciante separa de su patrimonio personal determinados bienes cuya titularidad jurídica le transmite al fiduciario, dejando constancia en el título de adquisición que ella se realiza para que éste último, su nuevo propietario, ejecute con ellos el negocio pactado con el fiduciante.

Efectuada esta introducción conceptual corresponde adentrarse pormenorizadamente en el análisis de los restantes elementos constitutivos del contrato de fideicomiso.

II. El contrato de fideicomiso. Objeto. Causa fin. Estructura. Efectos.

El contrato de fideicomiso legislado por la ley 24.441 puede ser analizado metodológicamente mediante el acercamiento a su objeto (lo debido, las obligaciones de las partes), a su causa fin (para qué se celebra), a su estructura (negocio jurídico complejo) y a los efectos básicos que produce (la denominada *propiedad fiduciaria* y el *patrimonio fideicomitado*).

1. Objeto

El *objeto* del contrato de fideicomiso se encuentra conformado por las obligaciones que genera para las partes intervinientes (fiduciante y fiduciario). Ellas son, sintéticamente, las siguientes. Para el fiduciante: (i) transmitir la propiedad de bienes determinados al fiduciario²⁶ con una expresa finalidad que excede la mera transferencia jurídica y (ii) abonar los gastos y la retribución por la actividad o gestión que se le encomienda al fiduciario con los bienes transmitidos, a menos que se hubiera pactado explícitamente que el fiduciario asume las obligaciones a título gratuito²⁷.

En cuanto al fiduciario son sus obligaciones: (i) adquirir la propiedad de los bienes que le transfiere el fiduciante para llevar a cabo el negocio estipulado, (ii) llevar a cabo la actividad o gestión pactada con el fiduciante²⁸ -que según la ley implica ejercer la propiedad de los bienes fideicomitados²⁹ a favor del beneficiario³⁰ durante un plazo o hasta el acaecimiento de una condición que no puede extenderse o cumplirse, respectivamente, más allá de los 30 años de su constitución³¹-, (iii) la prohibición de adquirir para sí los

bienes fideicomitados³² y (iv) retransmitir la propiedad de los bienes existentes al cabo del plazo o cumplimiento de la condición pactada³³.

2. Causa fin³⁴

Abordar la causa fin permite explicar el para qué del contrato de fideicomiso como negocio jurídico unitario, esto es, para entender su finalidad legal y diferenciarla de la causa fin y de la concreta función que cumplen los dos actos jurídicos que lo estructuran o conforman³⁵ (la transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario y el *pactum fiduciae*).

2.1. Causa fin del contrato de fideicomiso.

La causa fin del contrato de fideicomiso -esto es el propósito objetivo general que las partes contratantes siempre persiguen al celebrarlo- consiste en llevar a cabo un negocio jurídico específico con una seguridad patrimonial mayor que la que ordinariamente puedan prever las normas que lo regulen típicamente.

Ello fluye de diversas disposiciones de la ley 24.441 y se cristaliza básicamente 1) en la limitación de la responsabilidad patrimonial del fiduciario (titular del negocio) al grupo de bienes fideicomitados³⁶ y 2) en la reducción del riesgo de ejecución de los bienes fideicomitados a la acción de los acreedores exclusivamente vinculados con dicho patrimonio excluyéndose de su eventual ejecución a los acreedores personales del fiduciante y del fiduciario³⁷ que ninguna relación guardan con el mismo en virtud del efecto de aislamiento patrimonial que la ley asigna a los bienes involucrados en el negocio³⁸.

2.2. Causa fin del acto de transferencia de los bienes.

En cuanto a la causa fin de los actos jurídicos que conforman la estructura del fideicomiso puede decirse que la del acto de transferencia de los bienes al fiduciario es invariable, porque siempre es la misma independientemente del negocio jurídico que se canalice a través del fideicomiso, y también compleja en cuanto no sólo persigue aislar los bienes en un patrimonio especial sino además transferir al fiduciario las más amplias facultades de disposición y administración sobre los bienes derivadas de su titularidad.

En cuanto al alcance de las facultades cedidas con motivo de la transmisión de la titularidad de los bienes es pertinente aclarar lo que sigue. Para que el fiduciario lleve a cabo el negocio jurídico en cuestión es necesario que éste asuma en su condición de nuevo titular legal (y por ende económico) de los bienes una serie de obligaciones relacionadas con el ejercicio de dichas facultades y que constituyen, ni más ni menos, que una autolimitación del fiduciario frente al fiduciante en oportunidad de contratar. Lo que sucede es que la inmediata sucesión lógica del acto jurídico de transferencia de los bienes al *pactum fiduciae* provoca la ilusión de que las facultades de administración y disposición transmitidas al fiduciario vendrían siendo limitadas de antemano por el fiduciante como si éste conservara aún la propiedad sobre los bienes. Sin embargo, lo que sucede es que en primer lugar el fiduciario se convierte en su nuevo propietario (o en todo caso adquiere el derecho al perfeccionamiento de la titularidad sobre los mismos) y sucesivamente, casi simultáneamente, desde dicha nueva posición jurídica autolimita y orienta obligacionalmente el ejercicio de las amplias facultades adquiridas en función del cumplimiento del negocio jurídico específico en cuestión.

2.3. Causa fin del *pactum fiduciae*.

En cuanto a la causa fin del *pactum fiduciae* ella es la propia del emprendimiento (negocio jurídico específico) que las partes del fideicomiso (fiduciante/s y fiduciario/s) hayan previsto llevar a cabo al contratar. Teniendo presente la causa fin del negocio jurídico específico es que pueden analizarse e interpretarse los roles y funciones que tanto fiduciante/s, fiduciario/s, beneficiario/s y fideicomisario/s juegan en el negocio en cuestión.

3. Estructura

El contrato de fideicomiso queda comprendido en la definición de *negocio jurídico complejo* ya que una pluralidad de declaraciones o actos convergen para formar un solo negocio³⁹ con naturaleza jurídica propia⁴⁰.

El primero es el *acto traslativo de los bienes*. El acto constituye un *negocio patrimonial de atribución* en virtud del cual una parte (fiduciante) enriquece a la otra (fiduciario) por medio de un desplazamiento de derechos (patrimoniales) que conforman, por expresa disposición legal, un nuevo patrimonio especial en cabeza del que los recibe (fiduciario). Por otra parte se trata de un *negocio patrimonial de disposición* porque produce inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho existente para el fiduciante⁴¹.

El acto traslativo de los bienes importa un enriquecimiento objetivo para el fiduciario pero dicho enriquecimiento no produce un aumento del valor de su patrimonio personal ya que los bienes fideicomitados conforman un patrimonio especial legalmente separado de aquél del que tampoco puede obtener ningún beneficio personal.

En segundo lugar se encuentra el *pactum fiduciae* o contrato fiduciario en virtud del cual el fiduciario se obliga: (i) a realizar una determinada actividad o gestión con los bienes a él transferidos y (ii) a retransmitir a terceros la propiedad de los bienes existentes al cabo del contrato de fideicomiso. El *pactum fiduciae* puede entrañar la realización de tres clases de actos: (i) de obligación, (ii) de administración y (iii) de disposición⁴².

4. Efectos

4.1. Creación de un patrimonio especial y autónomo de titularidad del fiduciario

La transferencia de los bienes al fiduciario realizada con la finalidad especificada en el *pactum fiduciae* provoca su aislamiento legal inmediato en un nuevo patrimonio especial de su titularidad denominado *patrimonio fideicomitado*. Constituye un patrimonio autónomo que se encuentra gobernado por un régimen legal específico que lo diferencia del patrimonio general del fiduciario y que limita la eventual ejecución del mismo a la acción de los acreedores con quienes contrate o se relacione el fiduciario en cumplimiento del *pactum fiduciae*⁴³.

4.2. Configuración de la propiedad fiduciaria

Otro de los efectos del contrato de fideicomiso consiste en la configuración de la denominada *propiedad fiduciaria* sobre los bienes. Ella representa la idea de que el fiduciario asume su condición de titular o propietario de los derechos patrimoniales adquiridos (personales, reales o intelectuales) para ejercerlos de un modo y por un tiempo determinados.

Dado que las obligaciones asumidas por el fiduciario constituyen deberes de conducta relacionados con el ejercicio de los derechos patrimoniales que le han sido transferidos mal podría pensarse que él no resulta ser su efectivo propietario.

Esta confusión ha sido generada por una indebida interpretación de la expresión *dominio imperfecto* que el Código Civil utiliza para clasificar al derecho real de dominio fiduciario⁴⁴. En efecto, la 'imperfección' del derecho real de dominio fiduciario está referida al *modo de ejercicio* del derecho citado más no a su *constitución o estructura* ya que las obligaciones que asume el adquirente del derecho no tienen entidad para mutar la naturaleza y contenido de las facultades jurídicas que por definición entraña su titularidad (como sí ocurre con otros derechos reales que implican el desmembramiento de las facultades contenidas).

III. La transferencia inicial de los bienes.

1. *Noción de bienes.*

La transmisión de los bienes a la que alude la ley⁴⁵ comprende la transferencia de derechos patrimoniales⁴⁶, es decir, derechos reales, derechos personales (créditos), derechos intelectuales⁴⁷ o una combinación de cualesquiera de ellos. En consecuencia, no es adecuado reducir el universo de los derechos patrimoniales transmisibles en el marco de un contrato de fideicomiso al derecho real de dominio⁴⁸.

2. *La propiedad como titularidad jurídica y económica.*

La transmisión de la *propiedad de los bienes* equivale a la transmisión de su *titularidad* que entraña, correlativamente, la facultad de disposición de los mismos. La transmisión produce un cambio subjetivo en la relación de pertenencia del bien con su titular ya que el fiduciante deja de ser su propietario para pasar a serlo el fiduciario⁴⁹.

Para el fiduciario la transmisión de los bienes implica la atribución legal de su titularidad jurídica⁵⁰ que lógica e invariablemente conlleva la de su contenido económico⁵¹. No existe en nuestro sistema jurídico posibilidad técnica alguna que permita la transferencia de un bien desprovisto de su naturaleza económica.

Por ello no se comparte la visión de CARREGAL quien en oportunidad de referirse a la transmisión (fiduciaria) de un inmueble concluyera que ella “convierte al fiduciario en el soporte jurídico de la propiedad del inmueble, pero la titularidad del valor económico del bien así adquirido no le pertenece ni ingresa a su patrimonio”⁵².

Justamente porque una de las principales diferencias que distingue al fideicomiso del *trust* anglosajón consiste en que en el fideicomiso la propiedad del fiduciario sobre los bienes no es objeto de desdoblamiento en *propiedad legal* (en el *trustee*) y en *propiedad económica* (en el *beneficiary*) como sí sucede con el *trust*.

A ello cabe agregar que los beneficiarios del fideicomiso no son dueños de los bienes fideicomitados ni de los frutos con ellos producidos. El derecho de los beneficiarios se circunscribe a exigir del fiduciario el cumplimiento de las obligaciones por él asumidas bajo el *pactum fiduciae* lo que se cristaliza en la posibilidad de exigirle rendición de cuentas⁵³, solicitar la liquidación del patrimonio fideicomitado en caso que el mismo resulte insuficiente a efectos de satisfacer las obligaciones contraídas por el fiduciario en la ejecución del fideicomiso⁵⁴ y a pedir la remoción judicial de aquél en caso de incumplimiento de sus deberes⁵⁵. Además la ley prevé que cuando el fiduciario no ejerza sin motivos suficientes las acciones necesarias para defender los bienes fideicomitados el beneficiario no tiene derecho para proceder por sí como podría hacerlo un propietario sino que debe pedirle autorización al juez para ejercer las acciones que tiendan a defender los bienes en sustitución de la inacción del fiduciario⁵⁶.

También es pasible de crítica la posición de CARREGAL cuando apunta que los bienes transferidos al fiduciario no ingresan a su patrimonio y que, por el contrario, quedan “en el patrimonio del fiduciante o se incorpora[n] al del beneficiario, de cumplirse el objeto del fideicomiso”⁵⁷.

Lo que omite señalarse es que durante la vida del fideicomiso los bienes que componen el patrimonio fideicomitado son de propiedad del fiduciario aunque ellos no puedan ingresar a su patrimonio personal por conformar un nuevo patrimonio especial separado de aquél.

3. *La causa fin de la transferencia de los bienes.*

Como se adelantara más arriba la finalidad del acto de transferencia de los bienes al fiduciario es siempre invariable, y también compleja, en el sentido que persigue tanto aislar los bienes en un patrimonio especial como conferirle al fiduciario las más amplias facultades de disposición sobre los mismos derivadas de su titularidad.

En éste último sentido puede agregarse que la transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario opera como una herramienta técnica para que éste pueda llevar a cabo el negocio comprendido en el *pactum fiduciae* dado que la adquisición de la titularidad de los bienes importa la de todas las facultades jurídicas que ellos comprenden (uso, goce y disposición).

La amplia cesión de las facultades operada como consecuencia de la transmisión de la titularidad de los bienes no debe confundirse con el modo de ejercerlas que el fiduciario pacta con el fiduciante –en forma sucesiva e inmediata a la adquisición de su titularidad (sea cual fuere la forma de perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad según el tipo de bien en cuestión)- y que constituye una autolimitación de las facultades cedidas en su condición de nuevo propietario de los bienes para alcanzar las metas y objetivos fijados en el contrato.

4. Gratuidad del acto traslativo de la propiedad de los bienes.

El acto de transferencia de los bienes es un acto realizado a título gratuito porque la atribución patrimonial al fiduciario se hace sin recibir una contraprestación o un contravalor a cambio⁵⁸.

Pero aunque se trata de un acto realizado a título gratuito él no constituye una *liberalidad*, o sea, un acto gratuito realizado *animus donandi*, es decir, con el propósito o intención de favorecer, beneficiar o gratificar a su destinatario⁵⁹. El interés del fiduciante no es altruista⁶⁰ ya que la transmisión de los bienes no se realiza con la finalidad de beneficiar económicamente al fiduciario sino que se la utiliza como medio técnico para producir el aislamiento legal de los bienes en un patrimonio especial y autónomo -protegido de los riesgos de ejecución de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario- y para dotar al fiduciario con todas las facultades jurídicas que le corresponden como propietario para llevar a cabo el negocio jurídico comprendido en el *pactum fiduciae*.

5. La tesis de CARREGAL: la transmisión de los bienes a título de confianza.

Se aborda la tesis de CARREGAL referida al *título* de transmisión de los bienes al fiduciario por haber sido seguida casi unánimemente por la doctrina argentina que se abocara al estudio del fideicomiso luego de la sanción de la ley 24.441.

CARREGAL sostiene que se configura el fideicomiso cuando “una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere *a título de confianza*, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido”⁶¹.

De lo expuesto se colige que el autor citado concibe al *título de confianza* como una especie de título diferente del título oneroso y del título gratuito distinguiéndolo de éstos últimos sobre la base de una expectativa satisfactoria de cumplimiento del encargo realizado al fiduciario⁶².

6. Refutación de la tesis de CARREGAL.

La tesis de CARREGAL es falsa en cuanto niega que el acto traslativo de los bienes en el fideicomiso es a título gratuito. Se advierte que dicha afirmación descansa en la errónea creencia de que el acto a título gratuito sólo se configura cuando media *animus donandi* o intención de liberalidad.

En verdad los actos a título gratuito no necesariamente constituyen liberalidades que tienen por intención beneficiar o gratificar a su destinatario. En efecto el art. 1139 del Código Civil no establece dicha exigencia en la clasificación que hace de los contratos ni en ninguna otra norma relacionada con la donación. Aún más, la doctrina ha señalado que en la práctica son múltiples los motivos que pueden animar a alguien a llevar a cabo una donación sin perseguir, necesariamente, fin altruista alguno⁶³.

La consecuencia es simple: el título de la atribución patrimonial realizada por el fiduciante al fiduciario es gratuito, toda vez que el concepto de gratuidad entraña siempre un juicio valorativo económico basado en la falta de contraprestación que, bajo el prisma jurídico, cualifica el título adquisitivo⁶⁴.

A mayor abundamiento cabe señalar que acudir al expediente de la *confianza* como título justificativo de la transmisión resulta técnicamente desacertado en la medida que no da cuenta de la existencia o inexistencia de contraprestación por la transferencia de los bienes al fiduciario. En consecuencia, cabe concluir que el fideicomiso no da lugar a un 'tercer' título de transmisión de los bienes aparte del título oneroso y del título gratuito.

IV. El *pactum fiduciae*

En segundo lugar se encuentra el *pactum fiduciae* o contrato fiduciario en virtud del cual el fiduciario se obliga: (i) a realizar una determinada actividad o gestión con los bienes a él transferidos y (ii) a retransmitir a terceros la propiedad de los bienes existentes al cabo del contrato de fideicomiso. El *pactum fiduciae* puede entrañar la realización de tres clases de actos: (i) de obligación, (ii) de administración y (iii) de disposición⁶⁵. De su lado el *pactum fiduciae* importa para el fiduciante la obligación de abonar al fiduciario los gastos y la retribución por la actividad o gestión encomendada con los bienes transmitidos, a menos que se hubiera pactado explícitamente la ausencia de remuneración por la actividad encomendada.

Como fuera expuesto anteriormente la causa fin del *pactum fiduciae* es la propia del emprendimiento (negocio jurídico específico) que las partes del fideicomiso (fiduciante/s y fiduciario/s) hayan previsto llevar a cabo al contratar. Teniendo presente la causa fin del negocio jurídico específico es que pueden analizarse e interpretarse los roles y funciones que tanto fiduciante/s, fiduciario/s, beneficiario/s y fideicomisario/s juegan en el negocio en cuestión.

V. La propiedad fiduciaria.

1. Encuadre normativo.

El art. 11 de la ley 24.441 señala que sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y por las disposiciones de la propia ley 24.441 cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas⁶⁶.

A su vez el art. 2662 del Código Civil modificado especialmente por el art. 73 de la ley 24.441 dispone que:

“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

2. El concepto de propiedad fiduciaria.

La propiedad fiduciaria o derecho fiduciario es el derecho de propiedad (real, creditorio o intelectual) adquirido exclusivamente con la finalidad de: 1) ejercer su titularidad orientada al cumplimiento de una serie de obligaciones vinculadas con un propósito especialmente acordado y 2) retransmitirlo a un tercero en caso de que aún subsistan bienes luego del cumplimiento del encargo.

La configuración de la denominada propiedad fiduciaria no importa la existencia de un nuevo derecho de propiedad porque ninguna sustancia jurídica resulta *ipso iure* transformada como consecuencia de la conjunción de la titularidad de un derecho con la asunción de obligaciones referidas directa o indirectamente a su ejercicio, es decir, al

comportamiento del propietario (el fiduciario) en relación a la utilización de las facultades y atribuciones de las que resulta titular.

Es interesante advertir que esta manera de combinar la transmisión de un derecho patrimonial con la asunción simultánea de una o más obligaciones por su nuevo titular no es extraña a nuestra tradición jurídica dado que ella ya se encontraba especialmente legislada como modalidad de los actos jurídicos a través de la institución del *cargo* o *modo* contemplado en los arts. 558 a 565 del Código Civil⁶⁷.

Volviendo al caso del contrato de fideicomiso es evidente que las obligaciones impuestas por ley al fiduciario (el adquirente del derecho)⁶⁸ o las asumidas por él en el contrato⁶⁹ no constituyen un gravamen cercenatorio de las facultades o atribuciones comprendidas por los derechos patrimoniales en cuestión como sí ocurre, en cambio, con los derechos reales en los que se verifica un desmembramiento de ciertas atribuciones del derecho de propiedad (los casos de usufructo, servidumbre, hipoteca, etc.)⁷⁰. Tal cosa sucede porque las obligaciones no tienen aptitud para alterar *ipso iure* la esencia o estructura de los derechos patrimoniales adquiridos por el fiduciario.

Las obligaciones asumidas personalmente por el fiduciario tienen la virtualidad de proyectarse exclusivamente sobre su conducta, en particular, para restringir su propia discrecionalidad en el ejercicio de los derechos patrimoniales adquiridos y para encaminar su voluntad al fiel cumplimiento de los propósitos y objetivos contemplados en el *pactum fiduciae*. Con ello quiere señalarse que las obligaciones asumidas no convierten al fiduciario en 'menos propietario'. O se es propietario, o no se lo es. Todo lo que puede ocurrir, en el peor de los casos, es que si el fiduciario incumple las obligaciones por él asumidas podrá ser responsabilizado civilmente mediante la correspondiente acción de daños y perjuicios⁷¹, y según las circunstancias del caso, también penalmente⁷².

3. El fiduciante transmite la propiedad de los bienes no la propiedad fiduciaria de los bienes.

El art. 1º de la ley 24.441 señala que hay fideicomiso cuando el fiduciante *transmita la propiedad fiduciaria* de bienes determinados al fiduciario. La expresión no es correcta porque como se advirtió en el punto anterior la propiedad fiduciaria es el resultado de la combinación de la transmisión de la titularidad de derechos patrimoniales con la asunción de obligaciones por parte del nuevo adquirente en relación al modo de su ejercicio.

En consecuencia la ley debió haberse referido a la *transmisión de la propiedad* a secas y no a la *transmisión de la propiedad fiduciaria*, expresión que ha generado no pocas confusiones interpretativas en torno a la entidad y alcance de la adquisición de los derechos patrimoniales por el fiduciario⁷³.

En abono de lo expuesto es elocuente que ninguno de los antecedentes legislativos tenidos en cuenta para la redacción de la ley 24.441⁷⁴ haga mención de la 'transmisión de la propiedad fiduciaria'⁷⁵ presentándose el giro expresivo como una infundada creación de nuestro legislador.

También debe advertirse que la expresión no guarda coherencia lógica porque el carácter 'fiduciario' de la propiedad alude a la restricción obligacional que pesa sobre el fiduciario en relación al modo en que debe ejercer derechos patrimoniales propios (*proprietas*) y que recién se configura cuando el fiduciario se obliga frente al fiduciante asumiendo obligaciones de ejercicio de derechos patrimoniales adquiridos que nunca existieron en cabeza del fiduciante. Por lo tanto como el fiduciante no transmite al fiduciario ninguna obligación personal propia relacionada con el ejercicio de los derechos transmitidos no resulta correcto hablar de *transmisión de la propiedad fiduciaria*.

VI. El patrimonio en el derecho civil argentino.

Antes de emprender el análisis de la naturaleza del patrimonio fideicomitado resulta imprescindible abordar el estudio del patrimonio como atributo esencial de la persona en el derecho civil argentino y su exégesis por la doctrina civilista.

1. *Concepto y caracteres.*

El patrimonio constituye el conjunto de los derechos y obligaciones de una persona susceptibles de apreciación pecuniaria⁷⁶.

Entre los caracteres del patrimonio merecen destacarse los que lo señalan como 1) una *universalidad jurídica* porque es la ley la que dispone que los distintos elementos que lo componen conforman una unidad, 2) *necesario* porque todo patrimonio tiene un titular y a toda persona corresponde un patrimonio general y 3) *único e indivisible* porque **ninguna persona puede ser titular de más de un patrimonio general, lo que no impide que se pueda ser titular de un patrimonio general junto a uno o más patrimonios especiales**⁷⁷.

2. *El patrimonio como universalidad jurídica.*

El patrimonio es una universalidad jurídica porque es una masa abstracta independiente de los elementos que lo integran, los cuales pueden ingresar o egresar, aumentar o disminuir, o aun ser nulos, sin que el patrimonio se altere o deje de ser tal. Por ello el patrimonio forma un todo complejo independiente de los bienes que lo componen, el que recibe un trato legal unitario⁷⁸.

Tanto el patrimonio general como los patrimonios especiales constituyen universalidades de derecho ya que unos como otros provienen de la ley y son tratados separada y unitariamente como conjuntos de bienes individuales⁷⁹.

3. *El carácter necesario del patrimonio.*

El patrimonio es una calidad dependiente e inseparable del ente personal de manera que no puede existir sino en él y éste no puede ser sin revestir esa propiedad. Ello significa que **todo patrimonio general o especial pertenece a un titular** (persona física o jurídica) y correlativamente **a toda persona corresponde necesariamente un patrimonio general**⁸⁰ **y eventualmente algún o algunos patrimonios especiales**. Ello excluye la posibilidad de concebir en nuestro derecho civil la existencia de patrimonios generales y/o especiales carentes de titular.

4. *El patrimonio general y los patrimonios especiales.*

La teoría clásica del patrimonio elaborada por AUBRY y RAU concibe al patrimonio como un atributo de la personalidad derivando lógicamente la existencia de un solo patrimonio por titular. A esta teoría se le opuso la doctrina alemana de VON TUHR que admite la coexistencia de un patrimonio general y de patrimonios especiales⁸¹.

En lo que toca a nuestro sistema jurídico nada hay en el articulado del Código Civil que obligue a adoptar la teoría clásica del patrimonio resultando compatible que un mismo sujeto de derecho sea titular de un único patrimonio general y de diversos patrimonios especiales, éstos últimos susceptibles de ser transferidos o de ser objeto de actos jurídicos separados que no comprometan al patrimonio general⁸².

5. *El patrimonio como garantía común de los acreedores.*

Es un principio fundamental de derecho que los bienes de una persona están afectados al pago de sus deudas, o en términos más completos, al cumplimiento de sus obligaciones⁸³.

Este es el sentido con que debe interpretarse la expresión según la cual los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores⁸⁴. Ahora bien, resulta necesario aclarar que este principio puede sufrir excepciones en caso que el deudor no sólo cuente con un patrimonio general sino además con otros grupos especiales de bienes dotados de autonomía patrimonial.

La autonomía patrimonial se verifica cuando un grupo de bienes del deudor que se encuentra reservado para un fin determinado y exclusivo (patrimonio especial) sólo puede resultar ejecutado por un cierto grupo de acreedores con exclusión de otros⁸⁵.

VII. El patrimonio fideicomitado de la ley 24.441.

El análisis precedente permite concluir que la ley 24.441 prevé la creación de un patrimonio *especial y autónomo* del fiduciario⁸⁶, resultado de la transferencia de la titularidad de los bienes que le hace el fiduciante con la finalidad especificada en el *pactum fiduciae*⁸⁷, y que lleva el nombre de *patrimonio fideicomitado*.

Cabe aclarar que el patrimonio fideicomitado es un patrimonio *especial* del fiduciario porque constituye un grupo de bienes diferenciado de su patrimonio general⁸⁸ y un patrimonio *autónomo* porque los bienes en él comprendidos se hallan *aislados* de la responsabilidad del fiduciario por los hechos y actos vinculados con su propio patrimonio general y/o con otros patrimonios especiales de los que pueda ser titular⁸⁹.

La autonomía patrimonial también se verifica por la circunstancia de que el fiduciario no se halla obligado a satisfacer las obligaciones derivadas de la responsabilidad objetiva contemplada en el art. 1113 del Código Civil ni las por él contraídas en la ejecución del fideicomiso con los bienes de su patrimonio general sino sólo con los bienes fideicomitados. En el primer caso la responsabilidad queda limitada al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño⁹⁰. En el segundo caso ante la insuficiencia de los bienes fideicomitados y la falta de otros recursos previstos contractualmente la responsabilidad queda limitada a los bienes fideicomitados cuya liquidación queda a su cargo, debiendo enajenarlos y distribuir el producido a los acreedores del fideicomiso según el orden de privilegios previstos para la quiebra⁹¹.

VIII. Conclusiones sobre los efectos de la transferencia inicial de los bienes.

La causa fin del contrato de fideicomiso regulado por la ley 24.441 consiste en llevar a cabo un negocio específico con una seguridad patrimonial mayor que si ese negocio fuera canalizado por las vías ordinarias que prevé el sistema jurídico. La seguridad patrimonial se obtiene mediante la creación de un patrimonio especial autónomo (el patrimonio fideicomitado) con los bienes que su original propietario (el fiduciante) le transmite a otra persona (el fiduciario) para que ésta última realice el negocio específico en cuestión. En este sentido es condición esencial de creación del patrimonio fideicomitado que la adquisición de los bienes por el fiduciario se haga con expresa mención de la finalidad que se persigue.

El titular del patrimonio fideicomitado es el fiduciario. El patrimonio fideicomitado es un patrimonio especial porque éste coexiste en forma separada junto al patrimonio general o personal del fiduciario. Asimismo, el patrimonio fideicomitado es autónomo porque no se halla gobernado por las normas generales del derecho de fondo sino que responde a una regulación específica (la ley 24.441) que aísla a los bienes fideicomitados de los riesgos de ejecución a los que ordinariamente se ven expuestos los patrimonios generales o personales del fiduciante y del fiduciario, esto es, de sus acreedores personales.

La transmisión de los bienes produce una disminución de valor en el patrimonio general del fiduciante con motivo de la salida de los bienes de su patrimonio que no es compensada por ninguna contraprestación o contravalor por parte del fiduciario. En este sentido la atribución patrimonial al fiduciario es realizada a título gratuito ya que la ausencia de contraprestación es lo que determina la calificación económica del título de transferencia de los bienes. Por otro lado la transmisión de los bienes produce un enriquecimiento objetivo

en cabeza del fiduciario que en lugar de aumentar el valor de su patrimonio general -por no incorporarse a éste- conforman un nuevo patrimonio especial de su titularidad (el patrimonio fideicomitido).

Resulta apropiado formular algunas aclaraciones acerca de las razones jurídico económicas que justifican la gratuidad del acto de transmisión de los bienes al fiduciario. Ya que la finalidad de la transmisión de los bienes no es la de beneficiar económicamente al fiduciario (porque no hay *animus donandi* sino que ella es instrumental en tanto el cambio de titularidad de los bienes es empleado como medio técnico para aislarlos legalmente e invertir jurídicamente al fiduciario con todas las facultades que entraña la calidad de propietario y así poder ejecutar las obligaciones que voluntariamente ha asumido frente al fiduciante) carecería de sentido que éste abonara una contraprestación por su adquisición.

Aunque la expresión propiedad fiduciaria pudiera generar algún tipo de confusión en cuanto al alcance del derecho que el fiduciario tiene sobre los bienes lo cierto es que una vez que ellos les son transmitidos éste resulta ser su nuevo propietario. Es precisamente bajo esta nueva calidad de propietario que el fiduciario se obliga frente al fiduciante a emplear tales bienes de un modo y por un tiempo expresamente estipulados con el objetivo de realizar el negocio específico pactado con aquél. Aunque el fiduciario nunca dispone ni administra los bienes para su propio beneficio –en razón de las obligaciones legales y convencionales asumidas- esta circunstancia no lo hace menos propietario de los mismos ya que nunca pierde las facultades jurídicas que la titularidad de los mismos implica. Aún si se diera el caso de que el fiduciario defraudare las expectativas del fiduciante en el cumplimiento del encargo esto no lo haría perder su condición de propietario porque el régimen legal no prevé expresamente esa consecuencia sino que deja abiertas las vías de la reparación civil y la del reproche penal respectivo.

En lo que se refiere al contenido económico de los derechos patrimoniales de los que resulta titular el fiduciario no existe posibilidad legal alguna de que el mismo pueda ser separado de su titularidad jurídica por expresa definición del Código Civil. En rigor de verdad esta aparente disociación entre lo jurídico y lo económico que sostiene parte de la doctrina se basa en una errada apreciación del papel instrumental que realmente cumple la transferencia de la titularidad jurídica de los bienes al fiduciario. En todo caso, que los bienes no tengan valor económico para el fiduciario sólo significa que dicho contenido económico no engrosa su propio patrimonio general por lo que ellos no resultan legalmente aprovechables en términos de patrimonio personal. Pero sí tienen valor económico en relación al patrimonio especial que conforman y del que el fiduciario resulta ser titular aunque con la restricción obligacional de no poder derivar los beneficios producidos por dicho patrimonio especial a su propio patrimonio personal. Una interpretación contraria dejaría sin sustento lógico jurídico el funcionamiento del patrimonio fideicomitido ya que los bienes que lo integran son los que emplea el fiduciario para hacer frente a las obligaciones de contenido patrimonial en la ejecución del negocio específico canalizado por la vía del fideicomiso.

Las conclusiones precedentes resultan determinantes a la hora de evaluar el impacto que las normas tributarias pueden tener en los efectos causados por la atribución patrimonial señalada.

3. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto de Sellos.

- I. La transferencia de los bienes al fiduciario es gratuita y no debe encontrarse gravada con el impuesto de sellos.

1. El encuadre técnico propuesto.

Dado que la transferencia de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario motivada en un contrato de fideicomiso es siempre realizada a título gratuito, sea cual fuere el negocio jurídico específico instrumentado, ella constituye un supuesto de exclusión del impuesto de sellos que sólo alcanza a los actos realizados a título oneroso⁹².

La justificación jurídica y económica del título gratuito del acto de transferencia de los bienes radica en que su finalidad (la causa fin del acto) no pasa por beneficiar económicamente al fiduciario. Tan es así que por expresa disposición de la ley 24.441 no sólo está prohibido que él pueda aprovechar los bienes e ingresarlos a su patrimonio personal sino que además con motivo de la transmisión se conforma automáticamente un patrimonio especial de su titularidad separado de aquél. Así, la gratuidad del acto se justifica porque con la transferencia no se persigue beneficiar económicamente al fiduciario sino darle una herramienta técnico jurídica (que consiste en todas las facultades derivadas de su condición de propietario) que le permita ejecutar las obligaciones asumidas bajo el *pactum fiduciae*. En consecuencia, el carácter instrumental de la transmisión de la propiedad unido a la imposibilidad legal del fiduciario de pretender hacer valer cualquier interés personal que pudiese llegar a tener sobre los bienes transferidos da sentido a la ausencia de contraprestación con motivo de dicha transferencia convirtiendo el acto en uno gratuito.

2. El argumento de SOLER. Crítica.

Por lo antes expuesto no puede compartirse el argumento de SOLER quien para justificar la no gravabilidad de la transferencia de los bienes señala que “[e]l acto de transmisión del dominio o de la propiedad, ni es ni gratuito ni oneroso para el fiduciario, ya que su valor económico es ‘cero’ para él y neutro como tal; recibe los bienes a título de confianza, para cumplir los fines instruidos por el fiduciante ... [la] transferencia fiduciaria no es onerosa porque el fiduciario no le da nada a cambio del bien al fiduciante y tampoco es gratuita, porque éste no le dona la propiedad a aquél, quien la recibe sólo para ejecutar el encargo”⁹³.

El yerro consiste en defender la idea de que el acto no es gratuito porque no existe *animus donandi* de parte del fiduciante, pasando por alto que en el derecho civil no todo acto gratuito constituye necesariamente una *liberalidad*, es decir, un acto realizado con la finalidad o intención de favorecer, beneficiar o gratificar a la otra parte sino que el mismo puede obedecer a fines diversos tal como ocurre en el fideicomiso en que mediante dicha transferencia legal y económica se provee al fiduciario de una herramienta técnica para que éste ejecute y cumpla las metas y objetivos fijados en el *pactum fiduciae*.

3. El argumento de CARREGAL. Crítica.

Tampoco concitan adhesión los fundamentos esgrimidos por CARREGAL para defender la posición de que la 'transferencia de la propiedad fiduciaria' no se halla sujeta al impuesto de sellos, aunque sí se coincida con el resultado propuesto. El autor citado señala que "la transferencia fiduciaria convierte al fiduciario en el soporte jurídico de la propiedad del inmueble, pero la titularidad del valor económico del bien así adquirido no le pertenece ni ingresa a su patrimonio. Queda en el patrimonio del fiduciante o se incorporará al del beneficiario, de cumplirse el objeto del fideicomiso ... Por tal razón sería irracional gravar la transferencia fiduciaria, pues allí no hay transferencia económica"⁹⁴.

La afirmación precedente implica desconocer que el patrimonio fideicomitado tiene entidad jurídica y económica propia y que por definición representa un grupo especial de bienes (créditos y deudas) susceptibles de apreciación económica cuya titularidad recae exclusivamente en el fiduciario. Contrariamente a lo sostenido por CARREGAL hay transferencia económica (indisolublemente unida a la titularidad jurídica) porque el acto importa un acto de atribución patrimonial (*ergo* económica) del fiduciante al fiduciario.

A ello debe agregarse que la gratuidad de la transferencia de los bienes justificada en la circunstancia de que el fiduciario no debe beneficiarse personalmente con ellos (y en consecuencia no tenga sentido que éste abone contraprestación alguna) no significa que tales bienes carezcan intrínsecamente de valor ni sean susceptibles de apreciación pecuniaria. Todo lo contrario. Se encuentran en el patrimonio especial del fiduciario (patrimonio fideicomitado) pero deben responder por las deudas que contraiga el fiduciario en cumplimiento de las obligaciones por él asumidas bajo el *pactum fiduciae*.

En tal sentido el patrimonio fideicomitado expresa su composición cualitativa en activos (créditos) y pasivos (deudas) y su valor global puede representarse cuantitativamente mediante la deducción de los pasivos de los activos (patrimonio fideicomitado neto). Ello demuestra que si no hubiera transferencia económica de los bienes (distinción que no resulta ajustada a la naturaleza del derecho continental) el fiduciario no podría hacer frente a las obligaciones asumidas bajo el *pactum fiduciae*. La circunstancia legal de que él no pueda aprovecharse personalmente de su valor nada tiene que ver con la naturaleza y composición intrínsecas del patrimonio fideicomitado sino que está relacionada con la finalidad instrumental de la transferencia (legal y económica) de la propiedad en el fideicomiso.

II. La distinción entre el título de transferencia de los bienes y el título del *pactum fiduciae*.

Otra cuestión que ha dado lugar a confusiones interpretativas viene dada por la identificación que se hace del título del acto de transferencia de los bienes con el título del *pactum fiduciae* cuando éste es oneroso.

Una cosa es el acto jurídico de transferencia de los bienes al fiduciario y otra es el *pactum fiduciae* que concurre con aquél para dar forma al acto jurídico complejo 'contrato de fideicomiso'. El título de la transferencia de los bienes al fiduciario es gratuito porque éste no tiene que cumplir una contraprestación para adquirirlos. En cambio el título del *pactum fiduciae* puede ser gratuito u oneroso según que se haya pactado o no el pago de una remuneración por la actividad del fiduciario, presumiéndose oneroso en caso de silencio de las partes.

Con frecuencia se advierte que el contrato de fideicomiso es calificado de oneroso cuando el fiduciario recibe una remuneración por la ejecución de las obligaciones asumidas bajo aquella parte del contrato que constituye técnicamente el *pactum fiduciae*. En rigor de verdad debería aclararse que en tal caso el contrato de fideicomiso es gratuito en relación al acto de transferencia de los bienes al fiduciario y oneroso en relación al *pactum fiduciae*.

Si no se tiene en cuenta esta distinción se corre el riesgo de que al calificarse al contrato de fideicomiso de oneroso se extienda indebidamente dicha calificación al acto de transferencia de los bienes y se alcance con el impuesto al acto de transferencia de los bienes como si éste hubiera sido llevado a cabo a título oneroso cuando ello no es así⁹⁵.

III. El panorama interpretativo a nivel institucional.

Las conclusiones arribadas en los puntos anteriores en torno a que la transferencia de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario constituye un supuesto de exclusión del impuesto de sellos en virtud del carácter gratuito que reviste la misma y la inconveniencia de asociar la eventual onerosidad del contrato de fideicomiso (en rigor del *pactum fiduciae*) con el título de transferencia de los bienes no resultan uniformemente plasmadas en las legislaciones locales que estructuran los hechos imposables del gravamen que deben ajustar sus legislaciones a las directivas contenidas en la ley de coparticipación federal de impuestos⁹⁶, ni en la contestación de las consultas que las administraciones tributarias provinciales y nacional evacúan a contribuyentes y responsables ni en la resolución de las contiendas que los diferentes niveles institucionales están llamados a resolver entre éstos y aquéllas (en el presente caso se analizan exclusivamente las decisiones del Tribunal Fiscal de la Nación y de la Justicia Nacional). Más aún, en ocasiones se arriba a soluciones interpretativas opuestas e inconciliables con el enfoque propuesto en este trabajo.

Por razones expositivas se analiza el tratamiento dispensado por cada uno de los niveles institucionales involucrados a saber: a) normas y dictámenes de las jurisdicciones locales (Provincias y ciudad Autónoma de Buenos Aires), b) interpretación de la AFIP-DGI, c) resoluciones jurisdiccionales y judiciales de rango nacional (Tribunal Fiscal de la Nación y Justicia Nacional).

IV. El panorama legislativo y administrativo en las jurisdicciones locales.

1. Ausencia de tratamiento fiscal específico.

En este apartado se agrupan todos aquellos casos de Provincias cuyas legislaciones fiscales no contienen ninguna disposición relacionada con la transferencia inicial de los bienes en un contrato de fideicomiso. Aquí se incluyen aquellas legislaciones fiscales que no contienen ningún tipo de referencia a la instrumentación o constitución de fideicomisos como también aquellas que si bien contemplan a los contratos de fideicomiso como hechos imposables o exentos del gravamen omiten, sin embargo, toda referencia a la transferencia de los bienes al fiduciario. Así, se observa que:

1. La legislación fiscal de nueve provincias omite considerar el tratamiento del fideicomiso en el impuesto de sellos, y por ende, la transmisión de la propiedad de los bienes del

fiduciante al fiduciario. Tales son los casos de Formosa⁹⁷, Jujuy⁹⁸, La Rioja⁹⁹, Neuquén¹⁰⁰, Salta¹⁰¹, San Luis¹⁰², Santa Cruz¹⁰³, Santiago del Estero¹⁰⁴ y Tierra del Fuego¹⁰⁵.

Como se expusiera con anterioridad en estos casos debe interpretarse que las transferencias de bienes del fiduciante al fiduciario quedan al margen del gravamen por tratarse de un supuesto de exclusión de objeto en virtud del carácter gratuito del acto en cuestión¹⁰⁶.

2. En otras cuatro provincias si bien se grava la celebración de contratos de fideicomiso o su constitución la legislación específica no contiene mención alguna respecto del acto de transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario. Tales son los casos de Chubut y de Entre Ríos que alcanzan con una alícuota del 10‰ (diez por mil) los contratos de fideicomiso¹⁰⁷ mientras que las Provincias de La Pampa y de San Juan gravan con el 10‰ (diez por mil) y el 1,5% (uno coma cinco por ciento), respectivamente, la constitución de fideicomisos tomando como base imponible la retribución pactada a favor del fiduciario durante todo el tiempo del contrato¹⁰⁸.

Dado que la transferencia de los bienes reviste carácter gratuito dicho acto no integra el hecho imponible "contrato oneroso" por lo que el valor de los mismos debe excluirse del cómputo de la base imponible del impuesto que recaiga sobre la instrumentación o constitución de los fideicomisos en cuestión.

3. Otro grupo de provincias contiene exenciones que alcanzan a los contratos de fideicomiso y a los actos y contratos celebrados en su marco y omiten mencionar en forma específica el acto de transferencia de los bienes.

Tales son los casos de la Provincia de Catamarca que exime en forma general a los contratos de fideicomiso¹⁰⁹, las Provincias de Corrientes¹¹⁰ y de Chubut¹¹¹ que eximen los actos y contratos llevados a cabo en el marco de fideicomisos inmobiliarios, las provincias de Buenos Aires¹¹² y de Santa Fé¹¹³ que eximen los actos –entre ellos los contratos de fideicomiso- vinculados con el desarrollo de la actividad forestal promocionada por la ley nacional 25.080 y la provincia de Santa Fé¹¹⁴ que exime los actos vinculados con la instrumentación de fideicomisos financieros.

Cabe señalar que las exenciones reseñadas sólo se encuentran dirigidas a neutralizar el pago del impuesto sobre los actos onerosos llevados a cabo con motivo de los fideicomisos allí contemplados y en consecuencia no resultan de aplicación a las transferencias de bienes realizadas entre fiduciante y fiduciario que se hallan fuera del ámbito de imposición del tributo por ser actos realizados a título gratuito.

2. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de exclusión de objeto.

En consonancia con el enfoque propuesto en este trabajo sólo dos provincias (Buenos Aires y Santa Fé) contemplan la transferencia de los bienes al fiduciario como un supuesto de exclusión de objeto del impuesto de sellos.

1. En el caso de la Provincia de Buenos Aires si bien su Código Fiscal no prevé la transmisión de la propiedad de los bienes del fiduciante al fiduciario en el gravamen¹¹⁵ la Dirección de Técnica Tributaria de la Dirección Provincial de Rentas interpretó que tales transmisiones no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos. En dos oportunidades por considerarla no onerosa¹¹⁶ y en otra por considerar que se trataba de un acto realizado a 'título de confianza'¹¹⁷.

Se coincide con aquellos casos en que la Dirección de Rentas señaló que las transferencias de bienes no se encuentran alcanzadas por el impuesto por tratarse de un acto 'no oneroso' (y por ende gratuito) pero se disiente de aquel en que se señaló que ello ocurría por tratarse de un acto a 'título de confianza' dado que la 'confianza' no es apta para describir la existencia o ausencia de contraprestación que determine la gratuidad u onerosidad del acto.

2. En el caso de la Provincia de Santa Fé la Administración Provincial de Impuestos interpretó que "la transmisión de la propiedad fiduciaria del fiduciante al fiduciario,

incluida en los contratos de fideicomisos constituidos de acuerdo con las disposiciones establecidas por la Ley Nacional 24.441, queda fuera del ámbito del Impuesto de Sellos sólo cuando dicha transmisión no conlleve contraprestación ni liberalidad alguna del fiduciario al fiduciante”¹¹⁸.

Se coincide con el criterio expuesto ya que la transferencia de los bienes es un acto realizado a título gratuito que por definición excluye cualquier tipo de contraprestación, tratándose en consecuencia de una transferencia no onerosa.

3. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de exención del tributo.

Un grupo de provincias exime del impuesto de sellos ciertas transferencias de bienes del fiduciante al fiduciario dependiendo del caso en cuestión.

Así ocurre con Córdoba (exime la transmisión de los bienes y/o deudas fideicomitidas en cualquier tipo de fideicomiso y especialmente en el fideicomiso financiero¹¹⁹), Corrientes (exime la transferencia de inmuebles o del derecho real de superficie en el fideicomiso forestal¹²⁰), Río Negro¹²¹ y Santa Fé¹²² (eximen las cesiones de créditos hipotecarios en el caso de fideicomisos inmobiliarios), y Tucumán¹²³ (exime la transferencia de los bienes que hagan los fiduciantes a los fiduciarios en el caso de fideicomisos financieros).

Un caso especial lo presenta la Provincia de Misiones cuyo Código Fiscal¹²⁴ exime “el acto de transferencia del dominio a la fiduciaria a los efectos de la constitución del patrimonio de afectación ... siempre que se trate de un acto gratuito” pero lo grava en forma general cuando se dé el requisito de onerosidad del acto o cuando la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario es llevada a cabo en el marco de un fideicomiso de garantía¹²⁵.

Se estima que la política legislativa llevada a cabo por las provincias analizadas no resulta técnicamente adecuada por cuanto no resulta posible eximir del impuesto un acto que por su carácter gratuito se encuentra fuera del ámbito de imposición del tributo. Por el contrario, la implementación de este tipo de exenciones aparte de resultar técnicamente desacertada puede inducir a errores de interpretación que importen considerar gravados casos de exclusión de objeto por la sola circunstancia de no encontrarse expresamente exentos.

En el caso particular de Misiones cuadra señalar que “la transferencia del dominio a la fiduciaria a los efectos de la constitución del patrimonio de afectación” no resulta un supuesto de exención sino de exclusión de objeto. Por lo demás cuadraría interpretar que el hecho de considerarse gravada la transferencia de los bienes cuando no “se trate de un acto gratuito” o cuando ella se realiza en el marco de un fideicomiso de garantía respondería a aquellos casos en los que el bien hubiera ingresado inicialmente al patrimonio fideicomitado en forma gratuita pero que por motivos relativos al negocio jurídico específico en cuestión culminaron ingresando en el patrimonio general del fiduciario a título oneroso. Tal sería el caso del fiduciario que reviste la condición de garante de una obligación del fiduciante y ejecuta el bien produciéndose la transferencia del mismo del patrimonio fideicomitado al patrimonio personal del fiduciario.

4. La transferencia de bienes gravada por falta de exención expresa que neutralice el gravamen.

Este es el caso de la Provincia del Chaco¹²⁶ cuya legislación no contiene disposición específica alguna sobre el punto pero su Dirección General de Rentas¹²⁷ interpreta que la transferencia de los bienes debe considerársela gravada por no estar contemplada su exención en el Código Tributario.

No se coincide con la interpretación arribada ya que si el acto de transferencia de los bienes es gratuito el mismo se encuentra al margen de la imposición del tributo por lo que resulta superflua una norma exentiva que neutralice un hecho imponible inexistente.

5. El caso de la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5.1. La imprecisa redacción del Código Fiscal y su reglamentación.

El Código Fiscal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires grava los instrumentos por los que se transfiere el dominio o el otorgamiento de la posesión de inmuebles situados en la ciudad Autónoma de Buenos Aires con motivo de contratos celebrados a título oneroso¹²⁸ y por vía de su decreto reglamentario considera comprendidas entre aquellas a las transferencias de inmuebles realizadas como consecuencia de una operación de fideicomiso¹²⁹.

La reglamentación del Código Fiscal parecería incluir a las transferencias de inmuebles realizadas como consecuencia de una operación de fideicomiso entre aquellas transferencias de dominio realizadas con motivo de contratos celebrados a título oneroso.

Lo que no resulta claro de la norma es si se refiere a la transferencia inicial del dominio del fiduciante al fiduciario (mal denominado 'dominio fiduciario' ya que éste se configura recién con la autolimitación de las facultades de administración y disposición que pacta el fiduciario con el fiduciante luego de adquirir la propiedad de los bienes) o de las posteriores que tengan lugar como consecuencia de lo estipulado en el *pactum fiduciae*.

En caso que se pretendiera gravar la primer transferencia de dominio del fiduciante al fiduciario podría considerarse que la reglamentación es ilegal por pretender gravar una transferencia de dominio gratuito cuando el Código Fiscal se refiere a transferencias de inmuebles llevadas a cabo en virtud de contratos celebrados a título oneroso¹³⁰ amén de contradecir la clara directiva que contiene la ley de coparticipación federal de impuestos de gravar sólo actos a título oneroso¹³¹. También se ha considerado la posibilidad de que en realidad el decreto haya querido establecer la gravabilidad cuando el fiduciario vendiera inmuebles a terceros o cuando la operación que subyace en el fideicomiso es onerosa "y esto es así cuando el fideicomisario paga una contraprestación que tiene relación con el valor de los inmuebles que recibe, al fiduciario o al fiduciante. La cuestión a dilucidar es en qué momento corresponderá la gravabilidad: cuando el inmueble ingresa al fideicomiso o cuando sale de él. Si bien en principio nos inclinamos por la segunda opción, creemos que deberá analizarse cada contrato en particular para verificar en qué momento se produce realmente la transferencia"¹³².

5.2. Los dictámenes administrativos.

5.2.1. El Informe Técnico 167-DAT-DTT-DGR-06 y la gravabilidad de la transmisión inicial de los bienes en un fideicomiso de garantía.

La Dirección General de Rentas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires consideró gravada con el impuesto de sellos la transferencia del dominio fiduciario de un inmueble llevada a cabo con fines de garantía por considerar que se reunían los elementos constitutivos del hecho imponible del Impuesto de Sellos "esto es, la transmisión de la propiedad formalizada en instrumentos públicos y onerosidad de la transmisión".

A fin de justificar la onerosidad de la transmisión se acudió a una cita de Lisoprawski en la que el autor señala que "cuando el fideicomitente transmite la propiedad fiduciaria de bienes con finalidad de garantía, no disminuye necesariamente su patrimonio si, a cambio de ello, recibe alguna contraprestación (presente o futura), ya sea que él (por vía del contrato de fideicomiso) se autodesigne beneficiario o fideicomisario, o bien la contraprestación provenga de un tercero. En cualquiera de estos casos lo que hace el fiduciante es cambiar la naturaleza de su activo. No hay allí gratuidad o liberalidad. En el fideicomiso en garantía, el fiduciante, a cambio de la transmisión de [I] bien al fiduciario, adquirirá respecto de éste (y su patrimonio separado) un derecho personal a la restitución si cumple como es debido con la obligación garantizada (Teoría y práctica del fideicomiso, pág. 6, Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski)".

No se comparten las conclusiones arribadas en la cita transcripta ya que en el fideicomiso de garantía la transferencia inicial de los bienes al fiduciario (su entrega) es gratuita tanto

como su transferencia posterior al fiduciante (su devolución, en caso que éste haya cumplido la obligación garantizada) porque en ambos casos ninguno de ellos da algo a cambio equivalente (contravalor) por la transferencia de los bienes.

Por lo demás mal puede considerarse a la devolución de la garantía (la transferencia del dominio del inmueble del fiduciario al fiduciante) como la contraprestación de la transferencia inicial, ya que la causa fin de la transferencia inicial del inmueble consiste en aislar la cosa que se da en garantía en un patrimonio fideicomitido, para alejarla de los riesgos de ejecución a los que se vería expuesta ante los acreedores del fiduciante, sin que el fiduciario cobre suma alguna por dicha transferencia de dominio, la que constituye una herramienta técnica para que el fiduciario sólo disponga de ella en virtud de las obligaciones asumidas en el *pactum fiduciae*, y la devuelva, también gratuitamente al fiduciante en caso que éste haya cumplido con la obligación garantizada. Por ello es que no puede hablarse de contraprestación cuando los mismos bienes son los que vuelven al patrimonio original del que salieron. En consecuencia, es un contrasentido decir que el fiduciario abona un contravalor al ‘devolver la garantía’ porque son los mismos bienes los que cambian de patrimonio sin haberse pagado por ellos nada a cambio en ninguno de los dos casos.

En conclusión, dado que ninguna de las dos transferencias es onerosa el impuesto estaría repercutiendo sobre un hecho imponible inexistente, lo que no obsta a que llegado el caso, la ciudad Autónoma de Buenos Aires decidiera alcanzar con el impuesto la instrumentación de garantías, caso en el que sería menester el dictado de una norma legal que así lo contemplara expresamente en virtud del principio constitucional *nullum tributum sine lege*.

5.2.2. El Informe Técnico 53-DAT-DTT-DGR-07 y la exclusión de objeto de la transmisión inicial de los bienes en un fideicomiso de administración.

A través de este dictamen la Dirección General de Rentas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires consideró exenta del impuesto de sellos la transferencia inicial de los bienes del fiduciante al fiduciario en un fideicomiso de administración por el que el fiduciante (hija del fiduciario) transmitió al fiduciario (padre del fiduciante) el ‘dominio fiduciario’ de un inmueble por el plazo de 30 años para administrarlo a favor del beneficiario (hija del fiduciante y nieta del fiduciario) y re transmitir el dominio del mismo al fiduciante al cabo del mismo en calidad de fideicomisaria del mismo.

Si bien se comparte la política de no gravar la transferencia inicial del inmueble al fiduciario por no constituir el hecho imponible previsto en el art. 335 del Código Fiscal (t.o. 2006)¹³³ se discrepa con el requisito previsto en el art. 334 del citado cuerpo a tal efecto. En efecto el dictamen hace hincapié en que en la escritura de transferencia del ‘dominio fiduciario’ del inmueble¹³⁴ se dejó expresa constancia del carácter gratuito del acto¹³⁵ encuadrándolo en el supuesto de exclusión de objeto previsto en el art. 334 del Código Fiscal (t.o. 2006) que requiere que la gratuidad del acto surja en forma expresa de las cláusulas de la escritura pública respectiva¹³⁶.

Se considera innecesaria la exigencia normativa de consignar en forma expresa el carácter gratuito del acto ya que el mismo surge de la naturaleza propia del acto de transferencia inicial de los bienes del fiduciante al fiduciario, aún tratándose de partes que revistan el carácter de ‘comerciantes’.

V. La interpretación de la AFIP-DGI.

El Dictamen (DAL) N° 94/1999 del 5/10/1999. La transferencia de bienes considerada como un supuesto de transferencia del dominio gravado por el impuesto de sellos.

A raíz de una consulta formulada por la Escribanía General del Gobierno de la Nación¹³⁷ la AFIP entendió que las transferencias de bienes inmuebles llevadas a cabo mediante un contrato de fideicomiso se encontraban alcanzadas por el art. 2° del Decreto 114/93 (modificado por el Decreto 2291/1994) que dispone que “estará sujeta al impuesto de sellos

la formalización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles”¹³⁸.

Para arribar a dicha conclusión el organismo fiscal interpretó que la norma citada tenía por finalidad “sujetar al gravamen no solo a las escrituras públicas de compraventa, sino también a aquellas que formalicen todo otro tipo de contrato cuyo objeto sea transferir el dominio de inmuebles”. Asimismo agregó que “en el caso bajo análisis, en la escritura pública se plasmaría un contrato de fideicomiso, negocio que la normativa en cuestión no la prescribe expresamente como excluida, ni como exenta del tributo”.

Finalmente remitió a lo resuelto en el Dictamen AFIP-DGI (DAL) 49/97 en que estableció que “tal como ha sido dictaminado anteriormente, se estima que la constitución de dominio fiduciario se encuentra alcanzada por el Impuesto de Sellos”¹³⁹.

No se comparte la conclusión arribada en el dictamen analizado puesto que tratándose de la transferencia gratuita del dominio de inmuebles la aplicación del gravamen colisiona con la obligación asumida por la Nación en la ley 23.548 de observar la directiva contemplada en el art. 9º –inc. b, ap. II- de la ley 23.548 en cuanto a que el impuesto de sellos debe recaer sobre actos, contratos y operaciones de carácter oneroso¹⁴⁰.

VI. La interpretación del Tribunal Fiscal de la Nación. La confusión del título de transferencia de los bienes con el título oneroso del contrato de fideicomiso (en rigor, *pactum fiduciae*).

En oportunidad de decidir causas relacionadas con la aplicación del impuesto de sellos regido por el Decreto 114/93 el Tribunal Fiscal de la Nación consideró que la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario se encontraba gravada por entender configurada la onerosidad que requiere la norma. Así lo interpretó en las siguientes causas:

1. La causa “Iocco, Edgardo N. s. Apelación – Sellos” (TFN, Sala “B”, sentencia del 22/10/2001).

Los hechos de la causa revelan que el contribuyente había celebrado un contrato de mutuo con un tercero quien le solicitó le otorgara una garantía a fin de asegurar el cumplimiento del pago del préstamo por parte de aquél. A fin de constituir la garantía el contribuyente (fiduciante) le transfirió el ‘dominio fiduciario’ de un inmueble de su propiedad (bien fideicomitado) al otorgante del préstamo (fiduciario) quien debía velar por el estricto cumplimiento del contrato de mutuo y a cuya finalización (siempre y cuando se hubiere cancelado aquel en tiempo y forma) debía declarar extinguido el fideicomiso por escritura pública y retransmitir el dominio del inmueble al dueño original (fiduciante).

En los considerandos del fallo se hizo hincapié en tres aspectos. Primero que al “configurarse el fideicomiso” se había producido una “transferencia de dominio de inmuebles” conforme lo exigido por el artículo 2º del Decreto 114/1993. Se arribó a esta conclusión porque la norma citada “incluye un concepto amplio de dominio, por lo que se refiere tanto al perfecto, como al imperfecto del art. 2507 del Código Civil”. En segundo lugar se dijo que “se trata de un acto sometido a condición y las obligaciones a que dan origen, a efectos del impuesto de sellos, se consideran como puras y simples (arts. 7 y 10 ley del impuesto de sellos t.o. 1986)”. Por último se sostuvo que por “la naturaleza del acto surge la onerosidad del mismo siendo, por otra parte, de aplicación, como alega la demandada, el art. 1º del decreto N° 2156/86, reglamentario de la ley del impuesto de sellos”.

El punto relevante del fallo consiste en asignarle al acto de transferencia de los bienes una onerosidad de la que carece y que se justifica dogmáticamente al señalar que ella surge de “la naturaleza del acto” sin enunciarse los extremos fácticos y jurídicos que convalidarían tal conclusión. Cuadra recordar, como se hizo anteriormente, que en el fideicomiso la transferencia de la propiedad de los bienes al fiduciario no requiere contraprestación o contravalor de su parte, y por esta circunstancia, al tratarse de un acto jurídico a título gratuito el mismo queda al margen del objeto de imposición del impuesto.

Tampoco podría confundirse el carácter invariablemente gratuito del acto de transferencia de la propiedad de los bienes con la gratuidad u onerosidad del *pactum fiduciae*. En efecto, el contrato de fideicomiso es gratuito u oneroso según que el fiduciario perciba (contrato oneroso) o no (contrato gratuito) una remuneración por el cumplimiento del encargo del fiduciante (ejecución de las obligaciones a su cargo con motivo del fin del negocio jurídico instrumentado a través del fideicomiso en cuestión). Sobre el particular resulta aplicable la crítica formulada por la doctrina que en casos similares señalara que lo que pretende hacer el Tribunal Fiscal es “arrastra[r] la onerosidad del contrato de fideicomiso hacia el acto de transferencia de dominio fiduciario del bien, y así la considera sujeta al gravamen que sólo alcanza actos onerosos, según surge no sólo de su articulado, sino también de los requisitos que la ley de coparticipación federal de impuestos –ley convenio a la que han adherido todas las jurisdicciones del país- impone para la gravabilidad (cfr. Ley 23548 art. 9 ap. 2)”¹⁴¹.

2. La causa “Spanier, Jorge E. s./apelación – sellos” (TFN, Sala “B”, sentencia del 15/11/2002).

El Tribunal consideró gravada con el Impuesto de Sellos la escritura que instrumentó la transferencia del dominio fiduciario de un inmueble con fines de administración por entender que existía una transferencia de dominio a título oneroso y confirmó la resolución determinativa de oficio de la AFIP-DGI imponiéndole las costas al escribano público interviniente, responsable del ingreso del impuesto.

Los hechos habían sucedido de la siguiente manera: una Sociedad “A” (fiduciante) había transmitido a una Sociedad “B” (fiduciario) el dominio fiduciario de varias unidades de un edificio ubicado en la Capital Federal (bienes fideicomitidos) a fin de que ésta se encargara de venderlos y con el resultado de dichas ventas proceder a la cancelación de un crédito a favor de una Sociedad “C” ubicada en la República Oriental del Uruguay con actividad financiera (beneficiario). El fiduciario no abonó precio alguno por la operación, sino que por el contrario, había percibido una retribución por la actividad que le encomendara el fiduciante (venta de las unidades y cancelación de un crédito con el producido).

A fin de considerar gravada la transferencia del dominio fiduciario el Tribunal hizo hincapié en tres aspectos: 1) En primer lugar se remitió al precedente “Iocco” señalando que el artículo 2º del Decreto 114/1993 “contiene un concepto amplio de dominio, que incluye tanto al pleno como al imperfecto o fiduciario”, 2) En segundo término se sostuvo que el acto en cuestión importaba una transferencia (de dominio) para lo cual se citó a Mario Carregal (“*El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas*”, Universidad de Buenos Aires, 1982, pág. 42) en cuanto señalara que “... todo acto por el cual se constituye un fideicomiso, es traslativo de la propiedad, o sea que a través de él se transmite el título para disponer de los bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines perseguidos” y 3) Por último señaló que en cuanto a la onerosidad del acto resultaba de aplicación el art. 1º del decreto N° 2156/86, reglamentario de la ley del impuesto de sellos, que establece que el impuesto de sellos no se aplicará a los actos a título gratuito y que: “cuando se tratare de actos que se rijan por normas o costumbres que hagan presumir la onerosidad, su carácter gratuito deberá resultar de cláusulas expresas en ese sentido. En los actos entre comerciantes las cláusulas deberán dar razón de la excepción” agregando el Tribunal que “ésta última parte de la norma parece haber recogido el principio consagrado en el artículo 218, punto 5 del Código de Comercio en cuanto determina que ‘los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos’”, deduciendo de todo esto que “si el acto es gratuito se lo debe enunciar con ‘cláusulas expresas’ y, más, si es entre comerciantes debe explicarse el porqué se aparta de la regla de onerosidad que preside su actuación (en la especie se trataba de dos sociedades anónimas).

No se comparte la interpretación realizada por el Tribunal Fiscal por las mismas apreciaciones que se efectuaran al analizar lo decidido en “Iocco” y se reitera la necesidad de que debe tomarse en cuenta la naturaleza gratuita del acto de transferencia de la

propiedad de los bienes para no considerarlo alcanzado por el impuesto de sellos a tenor de la directiva contenida en la ley 23.548.

Por lo demás se estima que no es acertada la remisión que el Tribunal Fiscal hace a las normas del derecho comercial para interpretar si la transferencia fiduciaria de los bienes debe o no considerarse efectuada a título gratuito u oneroso porque la ley 24.441 remite a las normas del Código Civil que rigen la propiedad fiduciaria, a las disposiciones de la ley 24.441 cuando se trate de cosas y a las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas que, huelga decirlo, se rigen por el derecho civil (art. 11).

3. La causa “Grupo República S.A. – Tachella Costa, Alejandro s/apelación – sellos” (TFN, Sala “A”, sentencia del 8/04/2002).

La causa llegó a conocimiento del Tribunal Fiscal de la Nación con motivo de las apelaciones deducidas por el escribano público interviniente (Alejandro Tacchella Costa) en la escrituración de la transferencia del dominio fiduciario de tres inmuebles con fines de administración y por el fiduciario del fideicomiso (Grupo República S.A.) contra la resolución de la AFIP-DGI que determinó de oficio la obligación de pago del impuesto de sellos sobre la instrumentación de dicha transferencia. El contrato de fideicomiso disponía que el fiduciario (Grupo República S.A.), a quien se transfería el dominio fiduciario de tres inmuebles, se encargaría de la venta de aquellos y de la administración de los fondos obtenidos por su realización aplicándolos a la cancelación de deudas del fiduciante (Banco Feign S.A.) mediante la designación de sus acreedores como beneficiarios del fideicomiso.

El Tribunal Fiscal confirmó la determinación de oficio de la AFIP-DGI y consideró gravada la escritura de transferencia del dominio fiduciario de los inmuebles en base al siguiente razonamiento: 1) el legislador reguló el fideicomiso en forma “autónoma” con rasgos distintivos respecto de la concepción civilista en la materia, señalando que si bien “según el art. 2412 del Código Civil existe imposibilidad de separación patrimonial, pues el patrimonio de una persona constituye una universalidad jurídica no susceptible de división en partes determinadas por sí mismas”, en cambio, “la ley 24.441 establece una excepción a esta regla de unicidad e indivisibilidad del patrimonio, más sin derogar o modificar en forma especial a éste”, 2) el fiduciante que “al afectar bienes o derechos en fideicomiso los separa de su patrimonio, deja de ser su ‘propietario’ (cfr. art. 14)”, 3) el dominio que ostenta el fiduciario es un “dominio fiduciario” que encuadra en el art. 2º del Dto. 114/93, toda vez que éste dice que el hecho imponible nace también en razón de “... cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles ...”, concluyendo que esa hipótesis de incidencia contempla por tanto al “dominio imperfecto” y 4) el fiduciario percibe según lo estipulado en el acuerdo una suma de dinero en concepto de honorarios y, por la administración de los bienes, una comisión, en virtud de lo cual concluye que no puede considerárselo “como un negocio neutro”.

Tampoco se comparte la interpretación que el Tribunal Fiscal hizo en esta causa de calificar de onerosa la transferencia de los bienes que el fiduciante efectúa al fiduciario tomando en cuenta el carácter oneroso del contrato de fideicomiso en base a las mismas razones que se expusieron al comentar la causa “Iocco”.

4. Otras causas.

En otras causas en que intervino el Tribunal Fiscal se discutió el mantenimiento de la exención del impuesto de sellos respecto de la adquisición de inmuebles con destino a la construcción de viviendas porque sus adquirentes originales habían transferido posteriormente el ‘dominio fiduciario’ de los mismos a entidades financieras para garantizar el repago de préstamos que las entidades les habían realizado a fin de financiar su construcción¹⁴². Si bien en estos casos no se controversió la naturaleza de la ‘transferencia fiduciaria’ de los bienes el Tribunal Fiscal reiteró la postura de que tales transferencias constituyen transmisiones de dominio gravadas bajo el Decreto 114/93 que no desnaturalizan la finalidad ‘destino vivienda’ declarada por los adquirentes de los inmuebles.

En cuanto al mantenimiento de la interpretación del Tribunal Fiscal sobre la onerosidad del acto de transferencia del ‘dominio fiduciario’ de los inmuebles se reproducen las mismas observaciones que se formularan al comentar las causas “Iocco”, “Spanier” y “Grupo República S.A.”.

VII. La interpretación judicial. La causa “Banco Finansur S.A.”. La confusión del título de transferencia de los bienes con el título oneroso del contrato de fideicomiso (en rigor, *pactum fiduciae*).

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el 12/06/2006¹⁴³ una sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación confirmatoria a su vez de una resolución de la AFIP-DGI que determinó de oficio la obligación tributaria del Banco Finansur SA en el impuesto de sellos que interpretó que la transferencia del dominio fiduciario está gravada en el art. 2º del Decreto 114/93 por revestir el carácter de onerosa.

La Cámara reprodujo los fundamentos esbozados por el Tribunal Fiscal de la Nación a fin de considerar gravada la transferencia del dominio fiduciario en el sentido que “en los términos del artículo 1139 del CC, que considera que los contratos son onerosos cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les son concedidas sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle ... [y] que en el caso de análisis, el fiduciario percibirá según lo estipulado en el contrato de fideicomiso una remuneración por su actuación en tal carácter, por lo tanto no puede considerárselo como un negocio neutro”.

Lo paradójico del razonamiento del fallo de Cámara es que tras pronunciarse por la gravabilidad de la operación se señala a renglón seguido que “los agravios de la actora no logran desvirtuar los extremos vinculantes del pronunciamiento recurrido a lo que cabe agregar que la transmisión del dominio del inmueble que realiza el Banco Almafuerce Coop. Ltda., importa la existencia de un desprendimiento de bienes de una hacia otra de las partes y que dicho desprendimiento conlleva un empobrecimiento de una de ellas –como sucede en los actos a título gratuito-”.

No se comparte la solución de la Cámara que califica de onerosa la transferencia de los bienes que el fiduciante efectúa al fiduciario tomando en cuenta el carácter oneroso del contrato de fideicomiso por las razones que se expusieron oportunamente.

4. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto a las Ganancias.

I. Tratamiento fiscal de la transmisión inicial de los bienes en el marco del negocio canalizado por la vía del fideicomiso.

Este apartado contempla exclusivamente el impacto bajo el Impuesto a las Ganancias (en adelante el "IG") que la transmisión inicial de los bienes tiene en cabeza del fiduciante en el contrato de fideicomiso ordinario o común. Empero, ello no importa circunscribir el análisis a la sola transmisión fiduciaria de los bienes sino extenderlo al destino ulterior que tales bienes pueden tener como consecuencia de las relaciones jurídicas nacidas a partir del *pactum fiduciae*, comprendiendo incluso, el retorno de los mismos bienes al patrimonio del fiduciante o el ingreso a su patrimonio de otros bienes diferentes a los originalmente transferidos al fiduciario.

Si bien la Ley de Impuesto a las Ganancias (en adelante la "LIG") no contiene ninguna previsión expresa sobre la salida de los bienes del patrimonio del fiduciante al fiduciario su tratamiento bajo la ley del gravamen seguirá, en definitiva, la suerte del tratamiento fiscal dispensado globalmente al negocio instrumentado por la vía del fideicomiso. Con independencia de que la transferencia de los bienes al fiduciario cuenta con características propias que nunca varían lo cierto es que dicha transferencia debe ser considerada en forma integral junto con los efectos que el negocio genera en los patrimonios del fiduciante, fiduciario, beneficiarios y fideicomisarios. Ello por cuanto la transferencia inicial de los bienes al fiduciario constituye el punto de partida -el requisito *sine qua non*- para que se ejecute el negocio previsto en el *pactum fiduciae*.

En particular, desde la óptica del fiduciante habrá de analizarse si el negocio genera ganancias, si ellas les son atribuibles (como beneficiario) y si el *pactum fiduciae* prevé que los bienes por él aportados para la realización del negocio -en caso de existir al cabo de su ejecución- retornan a su patrimonio (como fideicomisario de los bienes) o tienen otro destino.

Ello establecido, y para el caso que el fideicomiso de que se trate arroje ganancias, ellas tendrán diferente tratamiento bajo la LIG según se trate de:

- 1) Las ganancias derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario (salvo cuando se trate de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V -beneficiario del exterior-) en cuyo caso la LIG establece que ellas constituyen ganancias de la tercera categoría¹⁴⁴ que tributan en cabeza de los fiduciantes beneficiarios¹⁴⁵, por lo que su decreto reglamentario prevé que el fiduciario debe atribuir al fiduciante, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria¹⁴⁶ a fin de que éste los incluya en la liquidación de su declaración jurada personal.
- 2) Las ganancias derivadas de los restantes fideicomisos en cuyo caso la LIG les otorga el mismo tratamiento que a las sociedades de capital alcanzando a todas las rentas obtenidas por los mismos con la alícuota del 35%¹⁴⁷.

El razonamiento que inspira este análisis y que fue adelantado en la primera parte de este trabajo, parte de considerar que la causa fin del contrato de fideicomiso consiste en llevar a cabo un negocio cualquiera con una seguridad patrimonial mayor que la que prevé ordinariamente el sistema jurídico mediante el engarce de dos actos jurídicos con naturaleza jurídica propia (la transmisión inicial de los bienes y el *pactum fiduciae*) que también cuentan con una causa fin que permite interpretar sus contenidos y efectos. De este modo puede integrarse el acto de transferencia de los bienes al fiduciario con el *pactum fiduciae* dado que la causa fin del primero consiste en aislar los bienes en un patrimonio especial (seguridad patrimonial) y transferir al fiduciario las más amplias facultades de disposición y administración sobre los bienes derivadas de su titularidad (herramienta técnica del

fiduciario) para que a través del *pactum fiduciae* el fiduciario lleve a cabo los negocios específicos allí pactados (causa fin del *pactum fiduciae*).

En conclusión, no hay una sola solución aplicable a la transferencia inicial de los bienes al fiduciario porque su tratamiento fiscal no depende exclusivamente de su gratuidad sino además de otros factores esenciales a considerar en el IG, a saber: si el negocio encarado por el fideicomiso arroja o no arroja ganancias, si la posición que asume el fiduciante en el fideicomiso es exclusivamente como aportante de los bienes (fiduciante), o si además es receptor de las ganancias que arroje el fideicomiso (beneficiario) y/o además si él ha sido previsto como destinatario final de los bienes remanentes o subsistentes una vez ejecutado el negocio (fideicomisario de los bienes).

II. La transmisión de los bienes es a título gratuito.

En lo que se refiere a la transmisión inicial de los bienes al fiduciario cabe estar a los comentarios y conclusiones sobre su gratuidad formulados al inicio de este trabajo¹⁴⁸.

Originalmente el Fisco Nacional participó de esta posición adoptada en una serie de consultas relacionadas con la aplicación del Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas (en adelante “ITI”).

Así en el Dictamen 103/2001 señaló que “para que el objeto del impuesto proceda la transferencia del bien debe efectuarse a cambio de una contraprestación, no siendo el caso el de un bien cedido en fideicomiso” concluyendo que “las operaciones de transmisión de bienes inmuebles con carácter fiduciario no generan hecho imponible alguno en el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas”.

En el Dictamen 8/2002 manifestó que “la constitución de un fideicomiso de administración –más allá de que se considere que a través del mismo sólo se transmite un dominio desmembrado y no pleno- a título gratuito no se encuentra alcanzado por el impuesto a las transferencias de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas”.

Finalmente en el Dictamen 17/2002 -analizando un fideicomiso cuyo objeto versaba sobre: 1) la administración e inversión de los bienes fideicomitados y la constitución de garantías a favor de uno o más acreedores que indicara el fiduciante y 2) en el que en cualquiera de los supuestos de extinción del fideicomiso el beneficiario-fideicomisario tenía derecho a recibir el remanente de los bienes fideicomitados, luego de canceladas todas las obligaciones contraídas por el fiduciante- concluyó que como del contrato de fideicomiso analizado “no surge que el fiduciante reciba una contraprestación correlativa a la entrega que realiza al fiduciario, [el]lo ... conduce a sostener que en principio la operatoria que nos ocupa se encuentra fuera del ámbito de imposición del gravamen, debido a la ausencia de onerosidad ... Atento ello, cabe concluir que, en la transferencia fiduciaria del inmueble al fiduciario, no se produce la generación del hecho imponible dispuesto por la ley del tributo [nota del autor: se refiere al ITI], por cuanto se encuentra ausente el elemento fundamental que caracteriza al mismo –la onerosidad de la transferencia-”.

III. El criterio fiscal actual sobre el título de transferencia de bienes inmuebles en el marco de fideicomisos del tipo fiduciante beneficiario (art. 49, inc. d’ de la LIG).

1. El Dictamen (DAT) 55/2005

También en el marco de una consulta referida a la aplicación del ITI el Fisco Nacional revirtió su criterio original respecto de la gratuidad del título de transferencia del dominio fiduciario de inmuebles expuesto en los dictámenes 103/2001, 8/2002 y 17/2002 a través del Dictamen (DAT) 55/2005 en el que consideró que -en un fideicomiso de construcción en el que los fiduciantes beneficiarios aportan el inmueble y los fondos necesarios para su construcción- la transferencia fiduciaria del inmueble es realizada a título oneroso porque “tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario”

consistente en la adjudicación de las respectivas unidades funcionales del edificio construido a los fiduciantes beneficiarios¹⁴⁹.

En crítica al pronunciamiento administrativo RAMOGNINO señala que la transferencia de los bienes al fideicomiso no es onerosa porque es realizada a “título de confianza”, y en consecuencia, “el valor de incorporación de los bienes fideicomitidos será el costo que tenían dichos bienes para el fiduciante”¹⁵⁰ observando que “[e]n todos aquellos casos en que el fiduciante sea beneficiario, podría interpretarse ... que la transmisión de los bienes en propiedad fiduciaria es onerosa, ya que el fiduciante siempre recibiría un bien o derecho como ‘contraprestación’ de la transmisión en fiducia” agregando que “en nuestra opinión, la realidad económica demuestra que se trata de un sujeto (fiduciante) que decide construir sobre un terreno, para luego enajenar las unidades construidas; pero para seguridad jurídica del negocio y atraer a los potenciales compradores, ‘aisla el patrimonio afectado’ mediante la transmisión de la propiedad fiduciaria, no constituyendo un acto de disposición a título oneroso en los términos del art. 3 de la ley de impuesto a las ganancias ni del artículo 9 de la ley 23.905”¹⁵¹.

En punto a la ausencia de onerosidad se comparte la posición del autor citado aunque se disiente en cuanto a que ella se deba porque la transmisión es realizada a ‘título de confianza’. En rigor se trata de una transferencia realizada a título gratuito porque el fiduciario no paga contraprestación alguna por la adquisición de los bienes. Ello es lo que determina la calificación del título como gratuito. No obsta a la gratuidad del acto que el mismo no sea realizado con el ánimo o intención de beneficiar a otro (liberalidad) ya que la causa fin no necesariamente tiene que consistir en beneficiar al destinatario del bien. En efecto, también son gratuitos, aunque no liberalidades, aquellos actos que no persiguen dicha finalidad como es el caso de las ‘transferencias fiduciarias’ en que el fiduciante, lejos de favorecer al fiduciario -quien además tiene vedado legalmente beneficiarse con los bienes transmitidos-, lo coloca en la posición jurídica de dueño como medio técnico para arribar al resultado deseado: aislar los bienes conforme lo establece la ley para llevar a cabo uno o más negocios con seguridades patrimoniales mayores que las ordinarias previstas por el ordenamiento jurídico.

En segundo término debe remarcarse que los bienes recibidos por los fiduciantes beneficiarios no deben ser calificados como la ‘contraprestación’ que reciben ‘por’ la transmisión de los bienes al fiduciario ya que, en términos generales, los bienes que ingresan al patrimonio de un fiduciante beneficiario constituyen el resultado (positivo, negativo o neutro) del negocio iniciado con los bienes transmitidos gratuitamente al fiduciario.

En este sentido se advierte un uso inapropiado de la locución “contraprestación”¹⁵² para describir algo que técnicamente no lo es, tendencia que parecería haberse originado en el Informe N° 28 producido por la Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal en agosto de 1997¹⁵³.

2. Los Dictámenes (DAT) 16/2006 y 18/2006

En el Dictamen (DAT) 16/2006 el Fisco consideró que las transferencias de inmuebles efectuadas por el fiduciario a los fiduciantes beneficiarios como consecuencia de la adjudicación de las unidades funcionales de un edificio construido por un fideicomiso debían ser consideradas realizadas a título oneroso porque éstos abonaban por tales unidades adelantos de dinero y cuotas periódicas en función a su participación en el fondo fiduciario¹⁵⁴. A similar conclusión se arribó en el Dictamen (DAT) 18/2006¹⁵⁵.

En contra de lo sostenido por el Fisco URRETS ZAVALÍA señala que allí no se configuran las características de onerosidad del acto por tratarse de “un fideicomiso o consorcio fiduciario para la construcción al costo ... [cuyo] objeto o finalidad última no es el lucro por la diferencia entre el costo de la construcción y el dinero obtenido por la comercialización de las unidades, para su distribución entre los inversores fiduciantes beneficiarios y fideicomisarios, sino tan sólo la construcción de un edificio y la ulterior escrituración de las

unidades adjudicadas a cada fiduciante beneficiario y fideicomisario, en proporción a sus respectivos aportes para la ejecución de la obra”¹⁵⁶.

Al respecto se formulan los mismos comentarios que los realizados en oportunidad de comentar el Dictamen (DAT) 55/2005 agregándose que respecto de las transferencias realizadas por el fiduciario a los fiduciantes beneficiarios ellas no son onerosas sino gratuitas ya que si el fiduciario no ha dado nada a cambio por la adquisición de los bienes a él transferidos mal puede encuadrarse como ‘contraprestación’ a la transferencia de los mismos u otros bienes que el fiduciario realiza a los fiduciantes beneficiarios como consecuencia de la ejecución del *pactum fiduciae*.

IV. Conclusiones.

El análisis de los efectos que la transferencia fiduciaria de los bienes puede tener en cabeza del fiduciante en el marco de un contrato de fideicomiso bajo el IG debe partir de la premisa que ella se realiza a título gratuito porque el fiduciario nada abona al fiduciante por la adquisición de los bienes. Dado que en esta instancia no existe beneficio alguno para el fiduciante –porque la salida de los bienes disminuye su patrimonio sin contraprestación alguna- no existe razón para sujetar la transferencia fiduciaria bajo el IG.

En segundo término habrá de relacionarse la disminución producida en el patrimonio del fiduciante con motivo de la salida de los bienes con los eventuales resultados que el negocio específico instrumentado bajo el *pactum fiduciae* pueda representar para él a fin de determinar la existencia de ganancias o pérdidas –deducibles o no, según el caso- bajo el IG, siempre y cuando el fiduciante asuma adicionalmente la posición contractual de beneficiario del fideicomiso. En caso contrario la salida de los bienes de su patrimonio representará una pérdida no deducible bajo el IG máxime si éste no reviste la condición de destinatario final de los bienes involucrados en el fideicomiso (fideicomisario).

Ahora bien, se advierte que el criterio de onerosidad con que el Fisco Nacional califica a la transferencia fiduciaria de los bienes (si bien bajo otros gravámenes como el ITI y el IVA en los dictámenes 55/2005, 16/2006 y 18/2006) puede impactar negativamente en los costos de implementación de fideicomisos por pretenderse gravar dichas transferencias con el IG sobre la base de aquel criterio.

Podría aventurarse que el criterio fiscal de onerosidad tendría su origen en el tratamiento análogo del contrato de fideicomiso con figuras asociativas (específicamente sociedades civiles o comerciales) en el que se equipararía la transferencia fiduciaria de los bienes a los aportes que realizan los socios a la sociedad de la que formarán parte.

Ello se deduce del razonamiento de la administración tributaria de considerar que cualquier ingreso de bienes en el patrimonio del fiduciante con posterioridad a la transferencia fiduciaria constituiría la ‘contraprestación’ por la entrega inicial de los bienes al fiduciario, calificándosela así de ‘onerosa’. Esta lógica interpretativa de la transferencia fiduciaria de los bienes se habría inspirado en las conclusiones arribadas en el Informe n° 28 del C.P.C.E.C.F. seguido por parte de la doctrina para asimilar el tratamiento de las entregas fiduciarias a los aportes societarios¹⁵⁷.

Sin embargo se ha visto que las partes intervinientes en un contrato de fideicomiso llevan a cabo un negocio determinado con un grupo de bienes que se aíslan legalmente para dotar al mismo de una seguridad patrimonial especial transfiriendo a tal efecto su propiedad al fiduciario que no paga contraprestación alguna al fiduciante. En tal sentido la transferencia de los bienes al fiduciario no sólo es gratuita sino que además éste no puede aprovecharse económicamente con tales bienes por lo que tampoco representa para él un beneficio que pueda encontrarse alcanzado por el objeto de imposición del IG.

En este sentido resulta apropiado traer a colación lo sostenido en las conclusiones del 8° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina¹⁵⁸ en las que se puntualizó que “[l]as transferencias de bienes del fiduciante al fiduciario y de éste hacia los beneficiarios y/o fideicomisarios, no deberían quedar alcanzadas por el gravamen¹⁵⁹ cuando no exista

contraprestación en virtud de ellas entre los sujetos intervinientes en el negocio fiduciario, dado que de otro modo se impediría el desarrollo de los negocios subyacentes a través de la figura del contrato fiduciario”¹⁶⁰.

Adicionalmente resulta menester aclarar que el eventual ingreso de bienes en el patrimonio del fiduciante –en su calidad de beneficiario del fideicomiso y/o fideicomisario de los bienes- con motivo de la realización del negocio instrumentado en el *pactum fiduciae* no califica de onerosa a la transmisión fiduciaria de los bienes –no alcanzada por el IG- sino que remite al análisis de los resultados de dicho negocio que sí habrán de evaluarse en tal caso como una pérdida o un beneficio atribuible al fiduciante bajo el IG.

Así las cosas cuadra señalar que la política fiscal de considerar que las transferencias fiduciarias son realizadas a título oneroso importaría en definitiva aplicar indebidamente el IG sobre manifestaciones de riqueza inexistentes, y por ende de nula capacidad contributiva, desalentando la utilización del fideicomiso como medio para implementar negocios con una seguridad patrimonial mayor.

Ello establecido se advierte que el principal desafío que enfrenta la administración tributaria en la fiscalización de los negocios encaminados por la vía del fideicomiso consiste en apreciar debidamente la naturaleza gratuita e instrumental de la transferencia fiduciaria que escapa del objeto de imposición del IG (evitando tratarla como un aporte societario ya que la causa fin del fideicomiso dista notoriamente de la causa fin de la sociedad) y luego recién evaluar si del abanico de relaciones jurídicas emergentes del *pactum fiduciae* se derivan beneficios (o pérdidas) para el fiduciante cuyo tratamiento corresponderá ser encuadrado técnicamente en alguna de las dos variantes previstas por la LIG: sea como ganancias atribuibles directamente al fiduciante beneficiario (art. 49, inc. d’, LIG) o como ganancias atribuibles al fideicomiso (art. 69, apartado a), pto. 6, LIG).

5. La transferencia inicial de los bienes en el Impuesto a los Bienes Personales.

En este capítulo se aborda el tratamiento que corresponde asignar a las partes intervinientes en un fideicomiso no financiero bajo el Impuesto a los Bienes Personales¹⁶¹ (en adelante “IBP”).

Originalmente el Decreto 780/95 contemplaba a los fideicomisos no financieros como sujetos pasibles del IBP y designaba al fiduciario como responsable del ingreso del impuesto calculado sobre el valor de los bienes que integraban el patrimonio fideicomitado, dejándose expresa constancia que los bienes entregados por los fiduciantes -personas físicas o sucesiones indivisas- no debían conformar la base imponible del IBP a incorporar en sus declaraciones juradas¹⁶². Sin embargo el decreto no contemplaba el tratamiento aplicable a la titularidad de los derechos emergentes del contrato de fideicomiso que eventualmente pudieran corresponder a los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios.

Con posterioridad tales fideicomisos pasaron a ser sujetos del tributo creado por la ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (en adelante el “IGMP”)¹⁶³ interpretando el propio organismo fiscal que a raíz de su sanción el patrimonio fideicomitado dejaba de encontrarse gravado con el IBP para pasar a estarlo con el IGMP¹⁶⁴.

La Ley de Impuesto a los Bienes Personales (en adelante la “LIBP”) grava la tenencia de activos al 31 de diciembre de cada año¹⁶⁵ por parte de personas físicas y sucesiones indivisas del país en relación con los bienes que posean tanto en Argentina como en el resto del mundo y por parte de personas físicas y sucesiones indivisas del exterior por los bienes que posean en nuestro territorio¹⁶⁶ pero no contempla expresamente el tratamiento de los derechos emergentes de un contrato de fideicomiso no financiero del que eventualmente pudieran ser titulares los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios lo que conduce a determinar la incidencia del impuesto en cuestión sobre tales derechos.

I. La aplicación del IGMP sobre los bienes fideicomitados y la aplicación del IBP sobre los derechos de fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios sobre los mismos: ¿un caso de doble imposición?

Uno de los interrogantes que plantea el tratamiento del IBP en cabeza de los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios respecto de los derechos sobre los bienes fideicomitados es si como consecuencia de su aplicación concurrente con el IGMP en cabeza del fideicomiso no se estaría gravando una misma manifestación de riqueza por medio de dos impuestos cuyos objetos de imposición son sustancialmente análogos¹⁶⁷.

Una posible solución legal consistiría en prever que la ley del IBP disponga que no corresponde a fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios personas físicas y sucesiones indivisas incluir en la base imponible del IBP los derechos sobre los bienes que integran el patrimonio fideicomitado cuando el fideicomiso sea sujeto del IGMP¹⁶⁸.

II. El tratamiento de la salida de los bienes del patrimonio del fiduciante al fideicomiso.

Los bienes que el fiduciante transfiere al fideicomiso no se encuentran alcanzados por el IBP en cabeza de éste dado que al dejar de ser su titular ello produce una disminución cuantitativa y cualitativa de su patrimonio general que acarrea una disminución de la base imponible del gravamen¹⁶⁹.

III. El tratamiento de la propiedad fiduciaria de los bienes en cabeza del fiduciario.

Los bienes fideicomitados de los que el fiduciario resulta ser propietario fiduciario tampoco se encuentran alcanzados por el IBP en cabeza de éste. Si bien la transmisión de los bienes produce un enriquecimiento objetivo en cabeza del fiduciario lo cierto es que dicho enriquecimiento se traduce en la conformación de un patrimonio especial de su titularidad

separado de su propio patrimonio personal del que tiene prohibido beneficiarse por expresa disposición legal.

En consecuencia dado que el patrimonio fideicomitado no constituye una manifestación de riqueza de la que el fiduciario pueda aprovecharse económicamente resultaría ilógico gravarla con el IBP por no existir capacidad contributiva a su respecto. Por ello se considera acertada la solución de gravar dicha manifestación de riqueza considerando como sujeto del impuesto a los fideicomisos no financieros¹⁷⁰. Era la solución del Decreto 780/95 respecto del IBP y la actual de la ley 25.063 respecto del IGMP.

IV. La calidad de créditos bajo el IBP de los derechos de beneficiarios y fideicomisarios sobre los bienes fideicomitados.

Se entiende que los derechos sobre los bienes fideicomitados que tienen los beneficiarios y fideicomisarios bajo un contrato de fideicomiso se hallan enmarcados en la noción de 'créditos' alcanzados por el art. 19 -inc. 1- de la LIBP¹⁷¹ y, por lo tanto, alcanzados por el IBP.

A dicha conclusión se arriba porque el fiduciario asume bajo el contrato de fideicomiso la obligación de distribuir los resultados del mismo a los beneficiarios y la de transmitir la propiedad de los bienes existentes al cabo de su ejecución a los fideicomisarios (pudiendo coincidir la figura del fiduciante con éstas dos últimas) entrañando tales obligaciones el derecho correlativo de los beneficiarios y fideicomisarios de exigir su respectivo cumplimiento, derecho que queda encuadrado en la definición de crédito que trae el art. 496 del Código Civil que dispone que "el derecho a exigir la cosa que es objeto de la obligación, es un crédito, y la obligación de hacer o no hacer, o de dar una cosa, es una deuda".

En consecuencia no se comparte la posición de parte de la doctrina que considera que si el fiduciante fuera al mismo tiempo fideicomisario entonces el derecho a la reincorporación de los bienes existentes al cabo de la ejecución del fideicomiso no se encontraría alcanzado con el IBP por no hallarse expresamente enumerado en el listado de bienes comprendido en el art. 19 de la ley¹⁷². Se entiende que el término 'créditos' es omnicompreensivo de las hipótesis que pueden presentarse bajo dicho concepto sin que la actual redacción de la LIBP permita excluir alguna de ellas de su ámbito de imposición en cuyo caso se requeriría una disposición legal expresa en tal sentido.

En otro orden de ideas tampoco se comparte la posición de parte de la doctrina que considera que el derecho que le asiste al beneficiario, fiduciante o no, de percibir las utilidades o de recibir el bien no caracteriza como crédito a los efectos del IBP por tratarse de "un derecho a que acontezca un hecho futuro, en algunos casos no cuantificable"¹⁷³ o, como se ha dicho también, por tratarse de "un derecho en expectativa, el que incluso es posible que nunca se transforme en dominio en caso de resolverse el contrato por insuficiencia patrimonial o por imposibilidad de cumplimiento de la condición"¹⁷⁴.

A este respecto cabe señalar que una vez celebrado el contrato de fideicomiso los derechos y obligaciones que de él emanan quedan incorporados a los patrimonios personales de los sujetos intervinientes sin que a ello obste la circunstancia de que los derechos en cuestión puedan o no resultar plenamente satisfechos dado que lo que justifica la imposición es la posibilidad real o potencial de su goce y disfrute¹⁷⁵. Ello se evidenciaría, por ejemplo, en la posibilidad de que beneficiarios y fideicomisarios cedan onerosamente sus respectivas posiciones contractuales a terceros en forma anticipada al cumplimiento del plazo o condición previstos para el cobro de aquellos.

En cuanto a la valuación de los derechos analizados -y frente a la ausencia de normas específicas de valuación de esta clase de derechos- parte de la doctrina se ha inclinado por aplicar la norma correspondiente a los certificados de participación y títulos representativos de deuda de fideicomisos financieros¹⁷⁶. En contra de esta opinión se ha sostenido que en lugar de aplicarse analógicamente dicha norma la LIBP debería contener en forma expresa

la participación en fideicomisos no financieros como hecho imponible y también definir su valuación¹⁷⁷.

V. La individualización de los beneficiarios y fideicomisarios.

La doctrina ha planteado el interrogante acerca de la imposibilidad de atribuir los derechos alcanzados por el IBP al beneficiario y fideicomisario en caso que éstos no se hallen individualizados en el contrato de fideicomiso¹⁷⁸.

Ello plantearía el dilema respecto de si tales bienes debieran o no estar alcanzados por el gravamen. Se entiende que correspondería inclinarse por la primera de las hipótesis ya que la circunstancia de no hallarse determinado el sujeto titular del patrimonio no obsta a la existencia de la manifestación de riqueza cuyo objeto alcanza el IBP.

Dado que la falta de individualización de los beneficiarios o fideicomisarios entrañaría la imposibilidad de imputar la manifestación de riqueza a algún sujeto en particular sería necesario que una futura reforma legal o reglamentaria del IBP previera la actuación del fiduciario para que identifique, valúe, practique e ingrese la retención del gravamen sobre la base de algún parámetro predeterminado y el mismo sea imputado como pago a cuenta del IBP que en definitiva corresponda tributar al sujeto una vez que ésta haya sido individualizado. Por razones de transparencia esta operatoria del fiduciario debería encontrarse reflejada contablemente en el fideicomiso.

VI. El caso Eurnekián. El IBP y la efectiva titularidad de los bienes.

1. La causa y los decisivos judiciales.

En el caso se discutió el tratamiento de los fondos aportados por Eduardo Eurnekian en su calidad de settlor (fiduciante) a dos trusts constituidos en el exterior -regidos por las leyes de las Islas Cayman y de Bahamas- que debían ser administrados por los trustees (fiduciarios) en vida de aquél y transmitidos a sus herederos (los beneficiarios del *trust*) una vez producido su fallecimiento.

Eurnekian había incorporado en su declaración jurada del impuesto a las ganancias las sumas de dinero giradas a los *trusts* calificándolas como donaciones efectuadas en el exterior, y en consecuencia, al haberse desprendido de su titularidad no las incluyó como bienes propios en las declaraciones juradas del IBP.

Advertido ello por el Fisco Nacional se le imputó a Eurnekian el presunto incumplimiento de las obligaciones tributarias vinculadas con el IBP por los períodos fiscales 1995, 1996, 1997 y 1998 entendiéndose que con ello se configuraba el delito de evasión tributaria -previsto en el art. 2º -inc. a)- de la ley 23.771 respecto de los dos primeros hechos y el previsto en el art. 2º -inc. a)- de la ley 24769- por entender que en base al principio de la realidad económica aquél, pese a haber transferido las sumas dinerarias a los *trusts* señalados, mantenía la disponibilidad indirecta de ellas al haberse reservado contractualmente la designación y remoción de los miembros del comité de inversión que debía instruir a los fiduciarios acerca del modo de administración de los fondos.

Iniciado el juicio la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico tuvo oportunidad de expedirse sobre el hecho al resolver un incidente de apelación el 6 de agosto de 2003. En tal oportunidad la Sala A, por mayoría decidió, en sintonía con la autoridad impositiva y el fiscal interviniente en el procesamiento de Eurnekian, con base en el principio de la realidad económica que la creación de los *trusts* había constituido una simulación y la utilización de una forma jurídica inadecuada que revelaba el propósito de evadir el IBP. Para ello el Dr. Hendler sostuvo que como “los respectivos trustees sólo podían, en vida del instituyente (es decir Eduardo Eurnekian), administrar los fondos ajustándose a las indicaciones de un comité integrado por personas que el mismo instituyente se reservó designar y remover en cualquier momento a su exclusivo arbitrio”, entonces “el imputado nunca se desprendió de los bienes que dijo haber donado gratuitamente”. Criterio al que adhirió el Dr. Repetto quien interpretó que “no puede

entenderse que las sumas cuestionadas hubieran efectivamente salido del patrimonio del imputado debido a que éste conservaría su poder de disposición hasta el último día de su vida”¹⁷⁹.

Un año después, esto es el 13 de agosto de 2004 el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 acogió una excepción de falta de acción por inexistencia del delito planteado por la defensa de Eurnekian y sobreseyó a los imputados del delito imputado por la fiscalía.

Al así decidir el tribunal, evaluando que no se había verificado el hecho imponible bajo el IBP, tuvo en cuenta que era un error analizar los trusts a la luz de la ley 24.441 por entender que si bien es de la esencia de ambos el traspaso del dominio del fiduciante al fiduciario la existencia de un “protector” (en el caso el mismo Eduardo Eurnekian) “no se encuentra prevista en la ley argentina, pero es de uso corriente en los países de derecho anglosajón, siendo esto último lo que hace posible el comité de control en los contratos, sin que ello implique suposición de alguna reserva indirecta del fiduciante respecto de la propiedad de los bienes que integran el fideicomiso”. En tal sentido en la sentencia se apuntó que “las convenciones contractuales no pueden ser consideradas, por el mero contenido, como instrumentos de evasión fiscal, al permitir que el hecho imponible no se concrete para la ley argentina” dado que “hubo un efectivo traspaso de la propiedad del fiduciante al fiduciario, y el hecho de que aquél mantuviera una vigilancia –indirecta- sobre éste a fin de cerciorarse del cumplimiento de sus fines al constituir el trust, no altera dicha circunstancia”.

A fin de justificar la inexistencia del hecho imponible bajo el IBP el tribunal consideró que ella “surge de la falta de normas en el orden nacional aplicables al fideicomiso constituido en el extranjero. Al respecto, la primera regulación surgió con el decreto 780/1995 (al margen de su constitucionalidad), seguido de la ley 25063, pero ambos tienen por sujeto pasivo del tributo al propio fideicomiso. Ello se complementa con la imposición en materia de bienes personales, en el país, solamente si se da la circunstancia del artículo 26 de la ley del gravamen, esto es, por las inversiones que tuviera en el país, no habiéndose acreditado que ellas existieran, pero, en todo caso, hubiera sido obligación del fideicomiso y no del fiduciante. En cambio, el fiduciante que se ha desprendido de la propiedad de sus bienes, una vez salidos de su dominio, no puede constituirse en sujeto pasivo del tributo en cuestión, bajo el pretexto de una simulación que no se encuentra probada en modo alguno”.

En tal sentido, a fin de excluir cualquier posibilidad de ocultamiento el tribunal tuvo en cuenta que “el contribuyente en sus declaraciones del impuesto a las ganancias exteriorizó las donaciones a los trusts, lo cual excluye toda posibilidad de ocultamiento del destino de los bienes, no habiendo su obrar infringido la normativa nacional antes citada”¹⁸⁰.

2. Los fideicomisos constituidos en el exterior y la posibilidad de ahuecamiento de la base imponible del IBP.

El resultado al que se arribó en la decisión del Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 en la causa “Eurnekian” instala la necesidad de adaptar la redacción de la LIBP a fin de evitar que por intermedio de la constitución de fideicomisos en el exterior se pretenda evitar el pago del impuesto produciendo un importante ahuecamiento de la base del gravamen¹⁸¹.

Se descarta de antemano la posibilidad de que tales fideicomisos sean gravados con el IGMP por evidentes razones de limitación de la jurisdicción fiscal de nuestro país. En todo caso habría de analizarse la posibilidad de alcanzar los derechos de los beneficiarios y/o fideicomisarios de fideicomisos constituidos en el exterior –cuando se trate de personas físicas y/o sucesiones indivisas residentes en nuestro país- estableciendo un mecanismo legal que permita identificar y valorar tales derechos o participaciones en fideicomisos al 31 de diciembre de cada año y que permita tomar como pago a cuenta del IBP el tributo análogo pagado en el exterior sobre tales derechos.

VII. Conclusiones.

Los derechos que beneficiarios y fideicomisarios personas físicas y sucesiones indivisas tienen sobre el patrimonio de un fideicomiso no financiero constituyen 'créditos' alcanzados por el art. 19 -inc. 1- de la LIBP.

Lo expuesto plantea una serie de interrogantes relacionados, por un lado, con la política fiscal adoptada en torno al patrimonio de los fideicomisos no financieros, y por el otro, con aspectos de técnica tributaria vinculados con la aplicación y determinación del IBP.

En relación a lo primero ha de señalarse que a través del modelo de imposición patrimonial actual se estaría plasmando un caso de doble imposición que podría desalentar la utilización de los fideicomisos por gravarse la misma manifestación de riqueza con dos tributos análogos. Ello por cuanto los bienes integrantes del fideicomiso se encontrarían alcanzados con el IGMP en cabeza del fideicomiso y concurrentemente con el IBP en cabeza de los beneficiarios y fideicomisarios (a través de la gravabilidad de los derechos sobre aquellos). Esta situación debería ser contemplada y evaluada por la administración tributaria a fin de proponer los cambios legislativos necesarios.

En lo que se refiere específicamente a la aplicación y determinación del IBP el tema de mayor importancia se relaciona con las dudas que plantearía la gravabilidad de estos derechos, por lo que se considera prudente el dictado de una norma que los incluya en forma expresa como bienes alcanzados con el impuesto. Como la razón de su imposición patrimonial radica en que el titular de tales derechos cuenta con la posibilidad real o potencial de su goce y disfrute resulta irrelevante considerar si ellos son o no actualmente exigibles, bastando con que ellos se encuentren jurídicamente -y por ende económicamente- incorporados al patrimonio del sujeto pasivo.

En tal sentido la ley del tributo debería prever que tanto los beneficiarios como los fideicomisarios de fideicomisos no financieros personas físicas y sucesiones indivisas son sujetos pasivos del IBP en relación a los derechos de que resulten ser titulares.

Por el contrario no deberían ser considerados sujetos pasivos del IBP ni el fiduciante (persona física y sucesión indivisa) en relación a los bienes transmitidos al fideicomiso, ni el fiduciario (persona física y sucesión indivisa) respecto de los bienes sobre los cuales ejerce la propiedad fiduciaria.

En el primero de los casos porque el fiduciante pierde la titularidad de los bienes al transferirlos al fideicomiso, careciendo de lógica continuar gravándolos como si se encontraran en su patrimonio, y en el caso del fiduciario porque aunque los bienes fideicomitados conformen un patrimonio especial de su titularidad ellos no representan para él una manifestación de riqueza de la que pueda aprovecharse legítimamente en forma personal.

El texto actual de la LIBP no permite determinar la capacidad contributiva de los beneficiarios y fideicomisarios por lo que se impone la necesidad de implementar un mecanismo de valuación de los derechos que integran el patrimonio fideicomitado en los fideicomisos no financieros.

Otro tanto ocurre respecto de la actividad de fiscalización y recaudación del gravamen por el organismo fiscal cuando no resulte posible individualizar -sea en oportunidad de celebrarse el contrato de fideicomiso o aún después de ello- a los beneficiarios y fideicomisarios. En tal caso habría de idearse un mecanismo legal en virtud del cual se facultase al fiduciario a retener e ingresar el impuesto correspondiente al Fisco y atribuir su pago a quien correspondiera una vez que el sujeto pasivo resultara identificado.

En lo que se refiere a la instrumentación de fideicomisos en el exterior se plantea la necesidad de adaptar las disposiciones legales vigentes a fin de incluir dentro del objeto de imposición del IBP los derechos que los beneficiarios y fideicomisarios personas físicas y sucesiones indivisas residentes en el país tienen en relación a tales fideicomisos subsanando el ahucamiento actual de la base imponible del gravamen.

En tal sentido sería deseable contar con un mecanismo legal que no sólo permitiera identificar y valorar tales derechos sino además tomar como pago a cuenta del IBP el tributo análogo pagado en el exterior.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIAL

1. NORMATIVA

REPÚBLICA ARGENTINA (NORMAS NACIONALES)

- Código Civil
- Proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por el Poder Ejecutivo por decreto 468 del 19 de marzo de 1992 (elevado el 26 de marzo de 1993 al Ministro de Justicia de la Nación) en *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Proyecto de Código Civil elaborado por la comisión creada por Decreto 685/95
- Código Penal
- Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628 (t.o. Decreto 649/97 y modif.). Decreto reglamentario N° 1344/98 (modif. por Decreto 254/99).
- Ley de Coparticipación Federal de Impuestos N° 23.548.
- Ley de reforma tributaria N° 23.966 (Impuesto a los Bienes Personales).
- Ley de financiamiento de la vivienda y la construcción N° 24.441. Texto, proyectos y debate parlamentario en Antecedentes parlamentarios, Ley 24.441, Año II, N° 4, La Ley, Buenos Aires, Junio de 1995. Decreto N° 780/95 (reglamentación de aspectos registrales e impositivos).
- Ley de reforma tributaria N° 25.063 (Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta).
- Ley de Impuesto de Sellos (Decreto 114/93).
- Resolución (SGLTI-AFIP) 3/2006.

(CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES)

- Código Fiscal año 2007: t.o. Decreto N° 109/07 (B.O.C.B.A. 17/01/2007).
- Decreto N° 1335/2004, reglamentario del Título XII –Impuesto de Sellos- del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (t.o. en 2004) (B.O.C.B.A. N° 1994 del 2 de agosto de 2004).
- Ley N° 874 (BOCBA N° 1536 del 30/09/2002).

(NORMAS PROVINCIALES)

Provincia de Buenos Aires

- Código Fiscal: ley 10.397, t.o. Resolución 120 M.E. (ADLA LXIV-D, pág. 4638), con las modificaciones introducidas por las leyes 13.297 (LA 2005-A, pág.635), 13.404 (Circular Rentas 01/2006 del 4/01/2006) y 13.405 (Boletín La Ley 1/2006, pág. 55).
- Ley n° 12.443 modif. por ley 12.576 (B.O. 28/12/2000-) de adhesión a la Ley Nacional de Inversiones para Bosques Cultivados N° 25.080.

Provincia de Catamarca

- Código Tributario: Ley 5022 (ADLA LXI-B, pág. 2002, B.O. 19/01/2001).

Provincia del Chaco

- Código Tributario: Decreto ley 2444/62 -t.o. en 1968- ADLAXXX-A, pág. 942 y modif. <http://legislatura.chaco.gov.ar/InformacionLegislativa>

Provincia de Chubut

- Código Fiscal de Chubut: ley 5450 (B.O. 9/01/2006).
- Ley de obligaciones tributarias: Ley 5451 (B.O. 10/01/2006).

Provincia de Córdoba

- Código Tributario: Ley 6006 –t.o. según Decreto 270/2004 (ADLA LXIV-C, pág. 3158), modificada por ley 9201 (ADLA LXV-A, pág. 754).

Provincia de Corrientes

- Código Fiscal: texto según Decreto Ley 215 ordenado al 15/12/2001 por el Decreto Ley N° 215/2001 (B.O. 10/12/2001, ADLA LXII-A, pág. 916).
- Ley 5340 (B.O. 16/03/2004) de adhesión a la Ley Nacional de Inversiones para Bosques Cultivados N° 25.080 (B.O. 19/01/99).

Provincia de Entre Ríos

- Código Fiscal: Ley 6505 y modif. -t.o. 2000- (ADLA LX-D, pág. 4914), modificada por la Ley 9621 (B.O. 01/06/2005, ADLA LXV-C, pág. 3205) actualizada por el Decreto 3567/2006 (B.O. 7/08/2006).
- Ley impositiva para el año 2005: Ley 9622 actualizada por el Decreto 3567/2006 (B.O. 7/08/2006).
- Ley de Impuesto de Sellos: ley 2407 -t.o. 1994-, ADLA LIV-D, pág. 5546, modif. por ley 3913, ADLA LXV-B, pág. 2260.
<http://www.rionegro.gov.ar/hacienda/dgr/sellos.php>

Provincia de Formosa

- Código Fiscal: Ley 865
- Ley Impositiva: Ley 954

Provincia de Jujuy

- Código Fiscal: Ley 3202 y sus modificatorias -t.o. 2001-.
- Ley Impositiva: Ley 4652 (B.O.P. 30/12/92).
<http://www.rentas.jujuy.gov.ar>

Provincia de la Pampa

- Código Fiscal: ley 271 y modif. -t.o. según Decreto 1639/2006 (B.O. 18/08/2006).
- Ley impositiva para el año 2007: ley 2314 (B.O. 28/12/2006)
<http://www.dgr.lapampa.gov.ar>

Provincia de la Rioja

- Ley de Sellos n° 6183
- Código Tributario: Ley 6402 y modificatorias.
- Ley Impositiva Bienal 2006/2007.
<http://www.dgiplarioja.gov.ar>

Provincia de Mendoza

- Código Fiscal: texto ordenado en 2007 según ley 7638 (B.O. 7/02/2007).
<http://www.rentasprueba.mendoza.gov.ar>

Provincia de Misiones

- Ley 2860 y modificatorias; la más reciente la ley 4255 (B.O. 13/01/2006).
<http://www.dgr.misiones.gov.ar>

Provincia del Neuquen

- Código Fiscal: Ley 1889 (B.O. 7/12/87).

Provincia de Río Negro

- Ley impositiva para el año 2007: ley 4159 (B.O.P. 11/01/2007).
- Ley de Impuesto de Sellos: ley 2407 -t.o. 1994- (ADLA LIV-D, pág. 5546) modif. por ley 3913 (ADLA LXV-B, pág. 2260).
<http://www.rionegro.gov.ar/hacienda/dgr/sellos.php>

Provincia de Salta

- Código Fiscal: Decreto-Ley 9/75 y modif. -t.o. Decreto 2039/2005- (B.O.P. 27/10/2005), ADLA LXV-E, pág. 5474.
- Ley Impositiva: ley 6611 y modif.
<http://www.dgrsalta.gov.ar>

Provincia de San Juan

- Ley impositiva para el año 2007: ley 7778 (B.O. 11/01/2007).

Provincia de San Luis

- Código Tributario: Ley N° VI-0490-2005 del 23/11/2005
- Ley Impositiva para 2006: Ley N° VIII-0254-2005 del 28/09/2005, modificada por leyes N° VI-0490-2005 *cit.* y N° VIII-0496-2006.
<http://www.diputadosanluis.gov.ar>

Provincia de Santa Cruz

- Código Fiscal: Ley N° 1410 del 8/07/81

Provincia de Santa Fé

- Código Fiscal: texto ordenado por el Decreto 2350/97 (B.O. 20/01/98, ADLA LVIII-A, pág. 1423), modificado por las leyes 11.558 del 28/06/98 y 12.559 (B.O. 2/08/2006).
- Resolución General (Administración Provincial de Impuestos) N° 016/05 del 20/12/2005.

Provincia de Santiago del Estero

- Código Fiscal: Ley N° 6.792 (B.O.P. 6/01/2006)
- Ley Impositiva para 2006: Ley N° 6794 (B.O.P. 9/01/2006)
<http://www.sde.gov.ar/boletinoficial>.

Provincia de Tierra del Fuego

- Ley de Sellos: ley territorial N° 175 -modif. por leyes 201, 247, 250 y 381- y ratificada por ley N° 89 (B.O.P. 23/08/93) con las modificaciones de la ley N° 492 (B.O.P. 01/11/00).
<http://www.dgrtdf.gov.ar>

Provincia de Tucumán

- Código Tributario: Ley 5121 (B.O.P. 10/06/2003) modificada por la ley 7720 (B.O.P. 20/04/2006).
<http://rentastucuman.dynu.com>

ESTADOS EXTRANJEROS

- Código de Comercio de la República de Colombia.
<http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/comercio/codcom2.htm>
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de los Estados Unidos Mexicanos.
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/162.htm>
- Ley 17/1941 (Gaceta Oficial del 6/03/41) y 1/1984 de la República de Panamá.
- Código Civil de Québec (Canadá) sancionado el 18 de diciembre de 1991.
<http://www.canlii.org/qc/legis/loi/ccq/20050211/tout.html>
- Ley 19.301 de la República de Chile. <http://www.bcn.cl/leyes/30668>

2. INFORMES, DICTÁMENES, RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN, RESOLUCIONES JUDICIALES

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA CAPITAL FEDERAL

- Comisión de Estudios sobre Contabilidad. Informe N° 28 de agosto de 1997.
- 8° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina. Conclusiones.
<http://www.consejo.org.ar/congresos/8legtributa.htm#conc>.

DICTÁMENES NACIÓN

- Dictamen AFIP-DGI (DAL) 49/1997
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 59/1999
- Dictamen AFIP-DGI (DAL) 94/1999
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 103/2001
- Dictamen AFIP-DGI (DAL) 8/2002
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 17/2002
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 17/2004
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 55/2005
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 16/2006
- Dictamen AFIP-DGI (DAT) 18/2006

DICTÁMENES CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

- Informe Técnico 167-DAT-DTT-DGR-06
- Informe Técnico 53-DAT-DTT-DGR-07

DICTÁMENES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

- Informe Técnico N° 21/99 del 17/05/99 (DGRPB)
- Informe Técnico N° 99/00 del 13/07/00 (DGRPB)
- Informe Técnico N° 224/00 del 6/12/2000 (DGRentas).

FALLOS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN

- Sala "A", resolución del 8/04/2002 in re: "Grupo República S.A. – Tachella Costa, Alejandro s/apelación – sellos"
- Sala "A", resolución del 29/04/2004 in re: "Diseños Urbanos SA s/ recurso de apelación – impuesto de sellos"
- Sala "B", sentencia del 22/10/2001 in re: "Tocco, Edgardo N. s. Apelación – Sellos"
- Sala "B", sentencia del 15/11/2002 in re: "Spanier, Jorge E. s./apelación – sellos"
- Sala "B", resolución del 5/09/2003 in re: "Oscar S. Magariños SA s/apelación – sellos"
- Sala "D", resolución del 29/05/2006 in re: "Torres del Libertador 8000 SA s/ recurso de apelación".

FALLO DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL ECONÓMICO N° 1

- Sentencia del 13/08/2004, in re "Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769 – Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769".

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONÓMICO

- Sala A, resolución del 6 de agosto de 2003, in re "Eurnekian, Eduardo s/ infracción ley 23771 y 24769 – causa N° 1094/2004-".

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

- Sala V, sentencia del 12/06/2006 in re: "Banco Finansur SA".

3. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- *Oxford Dictionary of Law*, Third Edition, Edited by Elizabeth A. Martin, Oxford University Press, Great Britain, 1996.
- Diccionario ilustrado, Latín, Spes Editorial, Barcelona, 2003.
- J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, Tomo I, 14ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- JANE BALL, *The Boundaries of Property Rights in English Law*, vol 10.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2006), <http://www.ejcl.org/103/art103-1.pdf>.
- AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- HAROLD J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- GRAZIELLA BERTOCCHI, *The Law of Primogeniture and the Transition from Landed Aristocracy to Industrial Democracy*, Università' di Modena e Reggio Emilia, CEPR and IZA, Italy, January 2006(http://www.economia.unimore.it/Bertocchi_Graziella/papers/primoweb.pdf).
- GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Sucesiones, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1958.
- ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- E. F. CAMUS, *Curso de Derecho Romano*, Tomo III, Sucesiones, Universidad de la Habana, 1938.
- MARCO TULLIO CICERÓN, *La República y las leyes*, Edición de Juan M.ª Núñez González, Ediciones Akal, Madrid, 1989.
- SANTOS CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.
- RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Naturaleza de la donación*, LL-1997-B, pág. 1398.
- CARLOS COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1947.
- JUDITH FORD, *The decline in the Use of Latin for Will- and Testament-making in Early Sixteenth-century Bedfordshire*, pág. 2, Open University (<http://www.tyndale.org/Reformation/1/ford.html>)
- FRANCESCO GALGANO, *El negocio jurídico*, Traducción realizada por FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ y LORENZO PRATS ALBENTOSA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

- EDMUNDO GATTI, *Propiedad y Dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- EDMUNDO GATTI - JORGE H. ALTERINI, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- HÉCTOR LAFAILLE, *Curso de Obligaciones*, Tip. A. G. Rezzónico, Buenos Aires, 1926.
- HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Parte General, Volumen I, Traducción de la edición alemana por JOSÉ MARÍA NAVAS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.
- SERGIO LE PERA, *La "Naturaleza Jurídica"*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.
- JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, 2ª edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964.
- JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS y JORGE H. ALTERINI, *Código Civil anotado. Doctrina-jurisprudencia.*, Tomo IV-A, 2ª reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- JORGE MOSSET ITURRASPE, *Las reiteradas amputaciones al artículo 1791 del Código Civil: ¿Donación o liberalidad?*, JA-Doctrina 1972-Serie Contemporánea, pág. 476.
- JUAN CARLOS RÉBORA, *Derecho de las Sucesiones*, Segunda Edición, Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952.
- RAYMUNDO M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, 5ª edición aumentada y corregida, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931.
- WILLIAM SHARP MCKECHNIE, *Historical Introduction to Magna Carta (1914)*, The online library of liberty, Liberty Fund, Inc. 2005 (<http://oll.libertyfund.org/Home3/Ebook.php?recordID=0346>).
- ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.
- SJEF VAN ERP, *Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, vol. 7.2. ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (June 2003), <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.
- FEDERICO VIDELA ESCALADA, *La causa final en el derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
- ALEXANDER VOLOKH, *Property Rights and Contract Form in Medieval Europe*, (January 29, 2007), <http://ssrn.com/abstract=960166>.

4. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

- LUIS O. ANDORNO, *La propiedad fiduciaria*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 2005-A, pág.239.
- JAVIER ENRIQUE AYUSO y JAVIER MARTÍN LEMMA, *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de "de Luca" y "Eurnekian"*, LL-2005-C, pág.1155.
- SEBASTIAN J. BAGLIETTO, *Aplicación y problemática del contrato de fideicomiso*, LL-1996-A, 1265.
- RODOLFO BATIZA, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1976.
- MARIO BONFANTI, *Significado actual del fideicomiso*, JA-1999-III, pág. 782.
- NÉSTOR CÁCERES en *Encuadre tributario de los fideicomisos inmobiliarios financieros*, ERREPAR (D.T.E.), Tomo XXVII, pág. 783, agosto de 2006.
- LYDIA CALEGARI DE GROSSO, *El fideicomiso dentro del proceso de adaptación del trust a los conceptos del derecho civil*, JA-1996-III, 995.
- MADELEINE CANTIN CUMYN, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires - Trust vs Fiducie in a business context*, XV^e Congrès International de Droit Comparé tenu sous les auspices de l'Académie internationale de droit comparé à la Faculté de droit University College,

Bristol, Angleterre, Juillet 1998, *Introduction*, Etablissements Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 1999.

- MARIO A. CARREGAL, *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- MARIO A. CARREGAL, *Problemas registrales del fideicomiso*, LL,2000-A, 1059.
- ALBERTO P. COTO, *Aspectos tributarios del fideicomiso*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- JORGE M. DADI, *Análisis legal del fideicomiso. Trabajo de Autor*, en 8º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.
- NANCI ETEROVICH, *El impuesto sobre los bienes personales y las participaciones en fideicomisos no financieros*, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXVIII, marzo de 2007.
- PEDRO M. GIRALDI, *Fideicomiso (ley 24.441)*, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ELIAS P. GUASTAVINO, *Actos fiduciarios*, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, Buenos Aires, 1968.
- ELIAS P. GUASTAVINO, *Fideicomisos, "leasings", letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441*, LL, 1995-B, 1061.
- JORGE R. HAYZUS, *Fideicomiso. Finalidades en los ámbitos familiar y de negocios. Funciones del fiduciario. Patrimonios separados. Protección de los beneficiarios. Administración.*, Buenos Aires, 2000.
- JORGE R. HAYZUS, *El patrimonio fideicomitado. En procura de esclarecimiento.*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- ELENA I. HIGHTON – JORGE MOSSET ITURRASPE – MARTÍN E. PAOLANTONIO – JULIO CÉSAR RIVERA, *Reformas al Derecho Privado. Ley 24.441.*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- CLAUDIO M. KIPER – SILVIO V. LISOPRAWSKI, *Tratado de Fideicomiso*, 2ª edición actualizada, LexisNexis, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- CESAR LEVENE, *El trust del Derecho común anglosajón*, RADT (16), Sección Doctrina, págs. 81-135.
- JOSÉ D. LITVAK – JORGE GEBHARDT, *El impuesto sobre los bienes personales. Imposición sobre el Patrimonio. Teoría, Técnica y Práctica*, 2ª edición ampliada y actualizada, ERREPAR, Buenos Aires, 2003.
- JOSÉ D. LITVAK – JORGE GEBHARDT, *El impuesto a la ganancia mínima presunta. La imposición sobre base presunta. Teoría, Técnica y Práctica*, ERREPAR, Buenos Aires, 1999.
- FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, Tomo 5, Parte Especial (4), Capítulo XXVII: El fideicomiso (trust), Zavallía, Buenos Aires, 1995.
- PETER JOSEPH LOUGHLIN, *International trusts. The domestication of the trust: bridging the gap between common law and civil law* (2003), <http://www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm>
- FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *Trust and Corporation*, en *The collected papers of Frederic William Maitland*, Volume III: Essays Part 4, Cambridge, University Press, 1911.
- N. MALUMIÁN, A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, *Fideicomiso y securitización. Análisis Legal, Fiscal y contable*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- BETTINA V. FREIRE, *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios.*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- MARTA LINARES DE URRUTIGOITY – IRENE PUJOL DE ZIZZIAS, *Dominio fiduciario sobre inmuebles (calificación registral de los actos de enajenación del fiduciario)*, JA-1996-II, 748.
- LILIANA MOLAS, *Polémica sobre el impuesto de Sellos por actos fiduciarios con inmuebles*, El Cronista Comercial, Sección Economía & Política, pág. 10, diario del 3/03/2005
- LUIS MOISSET DE ESPANÉS – MARÍA DEL PILAR HIRUELA, *Algunos lineamientos generales del fideicomiso de la ley 24.441*, <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *El fideicomiso (ley 24.441)*, Revista del Notariado, 1995, Número extraordinario, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Aspectos registrales del fideicomiso*, JA-1995-III, 725.
- LILIANA DEL CARMEN MOLAS, *Fideicomiso. Aspectos tributarios. Informe de Relator.*, en 8º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.
- CARLOS A. MOLINA SANDOVAL, *El fideicomiso en la dinámica mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia.*, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- JORGE MOSSET ITURRASPE, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, II Tomos, EDIAR, Buenos Aires, 1974-1975.
- JORGE MOSSET ITURRASPE, *Fideicomiso y negocios fiduciarios*, Revista de Derecho Privado y comunitario, 2001-3, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MARIANO NAVARRO MARTORELL, *La propiedad fiduciaria. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciarios. La propiedad fiduciaria.*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950.
- JOSÉ MARÍA R. ORELLE – CRISTINA N. ARMELLA – JORGE R. CAUSSE, *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24.441*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.
- ALICIA PUERTA DE CHACÓN, *El dominio fiduciario en la ley 24.441 ¿Nuevo derecho real?*, JA-1988-III, 824.
- RAFAEL RAMOGNINO, *Fideicomisos no financieros ante los impuestos a las ganancias y ganancia mínima presunta*, Doctrina Tributaria Errepar (D.T.E.), Tomo XXVII, pág. 519, junio de 2006.
- AUSTIN WAKEMAN SCOTT, *The law of trusts*, Little, Brown and Company, Boston, 1939.
- OSVALDO H. SOLER, *El Impuesto de Sellos*, La Ley, págs. 157/159, Buenos Aires, 2001.
- NELLY A. TAIANA DE BRANDI – LUIS LLORENS, *El fideicomiso y la relación jurídica subyacente*, LL-1996-A, 1417.
- PEDRO URRETS ZAVALÍA, *Consortio fiduciario para la construcción al costo. Tratamiento impositivo*, Doctrina Tributaria Errepar (D.T.E.), Tomo XXVIII, pág. 1151, diciembre de 2006.
- GABRIELA A. VAZQUEZ, *Dominio fiduciario: ¿unidad o pluralidad de regímenes?*, JA-1988-III, 843.

NOTAS REFERENCIALES

¹ B.O. 16/01/95

² Ley 24.441, arts. 1, 14, 15 y 16.

³ Por evidente que pueda resultar la afirmación existen opiniones contrarias que serán oportunamente discutidas.

⁴ CARLOS COSSIO, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª edición, págs. 121-122, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1947.

⁵ Aquellos inscriptos en el censo con una fortuna superior a 100.000 ases.

⁶ Progreso que según la visión de aquél parecían favorecer las leyes hereditarias entonces vigentes.

⁷ MARCO TULLIO CICERÓN, *La República y las leyes*, R. III. 17, Edición de Juan M.^a Núñez González, Ediciones Akal, Madrid, 1989; E. F. CAMUS, *Curso de Derecho Romano*, Tomo III, Sucesiones, Cap. XVI, Universidad de la Habana, 1938; JUAN CARLOS RÉBORA, *Derecho de las Sucesiones*, Segunda Edición, Tomo II, §543, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952; GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Sucesiones, Tomo II, §1367, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1958.

⁸ Así en Roma la figura también asumió la forma de contrato entre vivos con el nombre de *fiducia* y según la finalidad perseguida se la distinguió en *fiducia cum creditore* y *fiducia cum amico*. En ambas la persona transmitía la propiedad de una cosa a otra y agregaba al acto de transmisión de la propiedad un convenio por el cual el adquirente se comprometía a volverla a transmitir a su original dueño o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes. La *fiducia cum creditore* se configuraba cuando el deudor de una obligación (fiduciante) entregaba a su acreedor (fiduciario) la propiedad de una cosa en garantía de su cumplimiento con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago. En la *fiducia cum amico* ella se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario, a quien le confiaba la administración de un bien propio, especialmente cuando se emprendían largos viajes, transfiriéndole el dominio para permitir que sus facultades con relación al bien fueran los más amplias posibles. Cfr. MARIO ALBERTO CARREGAL, *El fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, págs. 21-24, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

⁹ El feudalismo llegó a Inglaterra en el año 1066 como consecuencia de la conquista normanda a manos de Guillermo el Conquistador. Éste devenido en rey había arrendado (enfeudado; *enfeoffing*) toda la tierra de Inglaterra a sus primeros tenedores o inquilinos (*tenants*) a condición de que le dieran un ejército de cerca de cinco mil caballeros montados. Éstos a su vez habían arrendado gran parte de la tierra a subinquilinos, a condición de que aportaran cierto número de tales caballeros. El derecho de aportar caballeros era inseparable de la tierra, de la que se decía que se tenía al servicio del caballero. La tenencia de la tierra o *fee* (*feod*, *feud*, *fief*) no podía dividirse de manera tal que privara al señor superior del servicio de su caballero y de otros “derechos feudales” (llamados incidentes de tenencia). Aparte del servicio del caballero se encontraban los siguientes incidentes de tenencia: 1) alivio (*relevium*): suma de dinero pagadera por el heredero por autorización para renovar los lazos con el señor, rotos a la muerte del predecesor del heredero; 2) primera *seisin*: el derecho del señor de primera posesión de la tierra hasta que se pagara el alivio; 3) patronato: el derecho del señor de administrar el feudo y apropiarse los ingresos, mientras el heredero fuese u menor o una mujer soltera; 4) matrimonio: el derecho del señor a escoger al marido de la heredera, siempre que ella consintiera; 5) reversión (*escheats*): la devolución de la tierra al señor si el ocupante ya no era capaz de prestar servicios por haber quedado proscrito o aprisionado por una felonía, o por haber llegado a su fin la línea de sucesión; 6) multa por enajenación: cantidad pagadera al señor a la venta o donativo de la tierra por el ocupante a otro; y 7) ayudas: pagos para ayudar al señor a cumplir con varias obligaciones. Cfr. HAROLD J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, págs. 460-461; pág. 642 nota 41, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

¹⁰ HAROLD J. BERMAN, *op. cit.*, págs. 327-328.

¹¹ WILLIAM SHARP MCKECHNIE, *Historical Introduction to Magna Carta (1914)*, Part II, pág. 34, The online library of liberty, Liberty Fund, Inc. 2005 (<http://oll.libertyfund.org/Home3/Ebook.php?recordID=0346>).

¹² Recién a partir de 1540 con la Ley de Testamentos (*Statutes of Wills*) se permitió que en caso de así desearlo el causante podía excluir al primogénito de su testamento. En consecuencia, a partir de dicha ley el derecho de primogenitura sólo regía en caso que no se hubiera dejado testamento alguno que dispusiera una distribución diferente de los bienes. Cfr. GRAZIELLA BERTOCCHI, *The Law of Primogeniture and the Transition from Landed Aristocracy to Industrial Democracy*, Università di Modena e Reggio Emilia, CEPR and IZA, Italy, January 2006 (http://www.economia.unimore.it/Bertocchi_Graziella/papers/primoweb.pdf). Además de ella otros fueron los motivos que, aunque en menor medida, habrían dado lugar a su empleo. Así, por ejemplo, si el terrateniente dejaba un heredero mayor de edad debía pagar a su señor el *relevium* por la transferencia hereditaria del feudo. Si dejaba un heredero menor de edad el señor podía quedarse con las ganancias que produjera la tierra quizás hasta por un plazo de veinte años y, según el caso, vender el matrimonio del heredero. Por último, y en el peor de los casos, si el terrateniente no dejaba herederos la propiedad de la tierra revertía (*escheats*) íntegramente al señor.

¹³ Según MAITLAND la frase *ad opus* era empleada en el latín vulgar como equivalente a “en su representación”. Con el tiempo las personas educadas en el antiguo francés de la época habrían cambiado de lugar la *p* latina para escribir *al oeps* o *al eops*. Finalmente bajo la lengua inglesa, en que no resulta de fácil pronunciación la *u* francesa, tales expresiones habrían comenzado a mezclarse con el vocablo francés *use*. En consecuencia el inglés para la expresión *ad opus meum* (en mi representación) habría terminado convirtiéndose en *to my use* (para mi uso). Cfr. FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *Equity A Course of Lectures*, pág. 23, Cambridge University Press, 1949 citado por RODOLFO BATIZA, *El fideicomiso. Teoría y práctica*, 3ª edición, págs. 33-35, Editorial Porrúa, México, 1976; FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *Trust and Corporation*, pág. 113.

¹⁴ FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *Trust and Corporation*, en *The collected papers of Frederic William Maitland*, Volume III: Essays Part 4, págs. 113-114, Cambridge, University Press, 1911; JUDITH FORD, *The decline in the Use of Latin for Will- and Testament-making in Early Sixteenth-century Bedfordshire*, pág. 2, Open University (<http://www.tyndale.org/Reformation/1/ford.html>)

¹⁵ Posteriormente devenido en el *trustee* bajo el *trust* y de algún modo semejante -aunque no igual- al fiduciario en el fideicomiso.

¹⁶ Que luego adoptara el nombre de *beneficiary* en el *trust*, siendo equivalente -pero no igual- al beneficiario en el fideicomiso.

¹⁷ El origen de la división de la propiedad en *legal* y *de equidad* no responde a la elaboración de una teoría jurídica sobre cuya base se hubiera sistematizado concienzudamente tal rama del derecho inglés. Por el contrario la distinción surgió como consecuencia del tardío reconocimiento que los tribunales de equidad hicieron de los derechos de los *beneficiaries* de los *uses* frente al incumplimiento (*breach*) de los compromisos asumidos por los *feoffes to use*. En sus comienzos los tribunales del *common law* rechazaron los reclamos presentados por los *beneficiaries* ya que consideraban que los *feoffes to use* por ser los propietarios legales de las tierras no se hallaban jurídicamente obligados a cumplir los compromisos asumidos ya que no existían precedentes en el *common law* que registraran este tipo de contiendas. En consecuencia los compromisos asumidos por los *feoffes to use* revestían en la práctica más el carácter de deberes de conciencia que de obligaciones jurídicas propiamente dichas (una suerte de nuestras obligaciones naturales) ya que no había acciones jurisprudencialmente creadas por los tribunales para defender esta clase de intereses. Aparte de la estrictez formal que conducía a los tribunales del *common law* a restringir el reconocimiento de los derechos de los *beneficiaries* lo cierto es que tampoco existía interés político en que tales reclamos fueran resueltos favorablemente porque ello podía significar para el rey, único señor no vasallo, una merma importante de poder por las consecuencias que una posible ejecución generalizada de testamentos podía acarrear contrariando las normas del *common law*. Dado que el incumplimiento de los encargos asignados a los *feoffes to use* comenzó a ser cada vez más frecuente la ausencia de protección oficial que velara por los intereses de los afectados produjo el descontento generalizado de la población, situación que hubo de ser atendida por las autoridades a través de la figura del Canciller, primer ministro del rey. Se sugiere que la primera intervención del Canciller en la resolución de este tipo de reclamos, que dio origen a una nueva clase de tribunales llamados de *equidad* que coexistieron con los tribunales del *common law*, tuvo una finalidad eminentemente práctica relacionada con la necesidad de resolver algún caso de probable repercusión pública que habría servido de base para descomprimir la situación entonces imperante y dar pie al establecimiento de un nuevo orden jurisdiccional menos formalista. Cfr. FREDERIC WILLIAM MAITLAND, *Trust and Corporation*, págs. 113-115.

¹⁸ Una reseña de dicha evolución puede encontrarse en AUSTIN WAKEMAN SCOTT, *The law of trusts*, Vol. I, §1.2-§1.10, págs. 11-28, Little, Brown and Company, Boston, 1939.

¹⁹ *Oxford Dictionary of Law*, Third Edition, Edited by Elizabeth A. Martin, Oxford University Press, Great Britain, 1996.

²⁰ Ello se debe a que como ha sido visto más arriba el derecho feudal vio florecer múltiples derechos reales, en especial sobre los inmuebles, en virtud de la posibilidad que beneficiaba al señor de imponer a sus vasallos las más variadas prestaciones (dinero, especie, servicios personales) que se configuraban como derechos reales. Es así que la reacción contra el estado de cosas propio del feudalismo comenzada antes de la Revolución Francesa (1789) se consolida con ella al quedar libre la tierra de las cargas que las gravaban, lo que empieza a verse reflejado en las legislaciones modernas (el Código italiano de 1942 y el Código Civil alemán) que marcan una decidida tendencia hacia el *numerus clausus*. El *numerus clausus* apunta a la determinación típica de los derechos reales y a su contenido *in abstracto*. El número cerrado, es tal, porque fija la amplitud de la utilidad que otorgan los derechos reales: así el dominio se configura como la mayor expresión de facultades (sometimiento de la cosa a la voluntad del titular); el usufructo como el uso y goce conforme al destino impuesto por el constituyente; el uso como usufructo limitado a las necesidades del usuario y de su familia; la habitación como uso específico sobre una casa; la servidumbre como el derecho a una determinada utilidad (cualesquiera sea ella) de un inmueble. Cfr. EDMUNDO GATTI - JORGE H. ALTERINI, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, págs. 77-83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

²¹ Cfr. PETER JOSEPH LOUGHLIN, *International trusts. The domestication of the trust: bridging the gap between common law and civil law* (2003), <http://www.jurisconsultsgroup.com/trusts.htm>; SJEF VAN ERP, *Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, vol. 7.2. ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (June 2003), <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>; JANE BALL, *The Boundaries of Property Rights in English Law*, vol 10.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2006), <http://www.ejcl.org/103/art103-1.pdf>.

²² MADELEINE CANTIN CUMYN, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires - Trust vs Fiducie in a business context*, XV^e Congrès International de Droit Comparé tenu sous les auspices de l'Académie internationale de droit comparé à la Faculté de droit University College, Bristol, Angleterre, Juillet 1998, *Introduction*, Etablissements Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 1999.

²³ JORGE MOSSET ITURRASPE, *Fideicomiso y negocios fiduciarios*, Revista de Derecho Privado y comunitario, 2001-3, pág. 8, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001. Allí se refiere la mención formulada en la VII Convención Notarial, ciudad de Buenos Aires, celebrada el 12 de mayo de 1978.

²⁴ MARIO ALBERTO CARREGAL, *El Fideicomiso. Regulación jurídica y posibilidades prácticas*, págs. 34-35, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982. No es ésta la posición de BONFANTI para quien en forma dogmática afirma que "prudentemente habría que resignar lo codicístico al altílo de las cosas, no inútiles sino necesitadas de superación" en MARIO BONFANTI, *Significado actual del fideicomiso*, JA-1999-III, pág. 782.

²⁵ Ley 24.441, art. 3°.

²⁶ Ley 24.441, arts. 1º y 4 –inc.a-.

²⁷ Ley 24.441, art. 8.

²⁸ Ello puede entrañar una amplia gama de prestaciones de dar, de hacer y de no hacer determinadas básicamente por el tipo de negocio a llevar a cabo con los bienes fideicomitidos.

²⁹ Tienen éste carácter los transmitidos originalmente por el fiduciante al fiduciario (arts. 1, 4 –inc.a-), otros que puedan ser incorporados al fideicomiso luego de su constitución (art. 4 –inc. b-) y los que adquiera el fiduciario con los frutos de aquellos o con el producido de actos de disposición de los mismos (art. 13).

³⁰ Ley 24.441, arts. 1, 2 y 4 –inc. c-. Beneficiario puede ser el fiduciante u otra persona distinta al fiduciario. La fórmula que emplea la ley debe interpretarse en el sentido que la obligación que pesa sobre el fiduciario consiste en atribuir al beneficiario las ventajas patrimoniales obtenidas como consecuencia de la gestión, administración y disposición de los bienes fideicomitidos.

³¹ A menos que éste fuere un incapaz, en cuyo caso podrá superar dicho límite, extendiéndose hasta su muerte o el cese de su incapacidad (ley 24.441, art. 4 –inc. c-).

³² Ley 24.441, art. 7. Obligación que entraña prestaciones de no hacer. Como se verá más abajo la expresión “adquirir para sí” debe ser entendida en el sentido de que los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido no pueden integrar el patrimonio general del fiduciario.

³³ La obligación de transmitir los bienes que existan al cabo de la vida del fideicomiso también debe hacerse a personas distintas del fiduciario –llamados fideicomisarios-, lo que entraña prestaciones de dar y de hacer (ley 24.441, arts. 1 y 26). Fideicomisario puede ser el fiduciante, los beneficiarios u otras personas distintas del fiduciario.

³⁴ La causa es la razón de ser del negocio jurídico, es la determinación del propósito o de la finalidad de su realización. Así se ha dicho que mientras el objeto responde a la pregunta “qué se debe” (*quid debetur*) la causa contesta la cuestión “por qué” se debe (*cur debetur*) o ¿“para qué se debe”? Es la respuesta al “por qué” o “para qué” la persona emite una declaración jurídica de voluntad; es la razón determinante de un acto y el porqué de la realización del negocio, ya que todas las acciones humanas están guiadas por fines ya que nadie adquiere o da en locación, o dona, porque sí, sólo un orate o un demente realiza actos de atribución patrimonial sin tener en mira un destino inmediato. En cuanto al significado de causa ver RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, págs. 173-174, Astrea, Buenos Aires, 1992; ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 2B, comentario al art. 953, págs. 566-567, Hammurabi, Buenos Aires, 1998. Es gráfica la explicación de STOLFI para quien “[c]ualquiera que transmite un derecho o renuncie al mismo o asuma una obligación no pretende transferir o perder algo pura y simplemente, sino que lo hace con esta o aquella finalidad; por ejemplo, para hacer una donación o para cumplir una obligación precedente, conceder créditos o cambiar una cosa por la de otro, etc.; así que el negocio es, en el fondo, el medio técnico al que se recurre para conseguir uno de esos fines típicos *donandi causa, credendi causa, solvendi causa*, etcétera. Esta finalidad típica es la causa del negocio, y si la misma falta el contrato es nulo por defecto de la operación económica en vista de la cual se perfeccionó” (STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, cit. por COMPAGNUCCI DE CASO, *op. cit.*, págs.173-174). ROCA SASTRE examina la causa en función de las respuestas a tres “por qué”: 1) ¿por qué emito mi voluntad? porque quiero vender (éste es un fin “orgánico” que no vale como causa pues queda retenido en la voluntad jurídica); 2) ¿por qué quiero vender? para obtener el precio (causa objetiva); 3) ¿por qué quiero obtener el precio? para efectuar una operación, donarlo, etc. (estos son los motivos, que a veces pueden integrar la noción de causa –motivos causalizados) (citado por BUERES en ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON, *op. cit.*, Tomo 2B, pág. 566). Ver también RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, comentario al art. 502 del Código Civil, en ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON, *op. cit.*, Tomo 2A, págs. 38-39.

³⁵ Como expone VIDELA ESCALADA “[l]a causa final aparece, pues, en todos los actos jurídicos, con su doble significado: la finalidad general, uniforme, igual para todos los actos de la misma naturaleza, donde tiene su pleno valor como causa categórica y obra como instrumento de calificación, operación que no es, por cierto, exclusiva del contrato, sino que resulta aplicable para todos los actos jurídicos, donde puede calificarse ya un negocio específico individual o una categoría compleja de actos y, también, como finalidad propia de cada acto en particular, donde adquieren importancia los motivos, la cual puede variar según la naturaleza del negocio ...”. FEDERICO VIDELA ESCALADA, *La causa final en el derecho civil*, pág. 188, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

³⁶ Ley 24.441, art. 16.

³⁷ Ley 24.441, art. 15.

³⁸ Ley 24.441, art. 14.

³⁹ Cfr. SANTOS CIFUENTES, *Negocio jurídico*, §117, pág. 236, Astrea, Buenos Aires, 1986; AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tomo 4, 1ª reimpresión, pág. 295, Depalma, Buenos Aires, 1988.

⁴⁰ SERGIO LE PERA, *La "Naturaleza Jurídica"*, págs. 82-83, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971.

⁴¹ SANTOS CIFUENTES, *op. cit.*, §114, págs. 227-229; RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio ...*, págs. 85-86; AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil ...*, Tomo 4, pág. 289.

⁴² El acto jurídico o negocio de obligación no provoca por sí e inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho, sino que crea una obligación; su efecto jurídico inmediato o primario es el de constituir un deber de conducta. Los actos de administración se relacionan con el rendimiento, conservación y goce de ese patrimonio que forma el capital. Los actos de disposición disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio, o bien comprometen el porvenir de dicho patrimonio por largo tiempo. Cfr. SANTOS CIFUENTES, *op. cit.*, §114, págs. 228-233; RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio ...*, págs. 81 y 83; AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil ...*, Tomo 4, págs. 289-293.

⁴³ Ley 24.441, arts. 1, 14, 15, 16, 17.

⁴⁴ Código Civil, art. 2661.

⁴⁵ Ley 24.441, art. 1º.

⁴⁶ Los bienes son los objetos materiales (cosas) e inmateriales (derechos) susceptibles de valor económico (Código Civil, arts. 2311 y 2312).

⁴⁷ JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, Tomo II, 2ª edición actualizada, núm. 1293, pág. 188, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964.

⁴⁸ Como es común advertir en gran cantidad de obras doctrinarias.

⁴⁹ El cambio de titularidad de los bienes es posible porque, en principio, todos los bienes que forman parte del patrimonio son negociables y están destinados a transmitirse. La transmisión implica un acto de desprendimiento y enajenación a un tercero, siendo la expresión enajenar típica porque significa pasar a otro (*alienare*) lo propio, es decir la propiedad (*proprietas*). Si bien en su acepción verdadera la palabra propiedad sólo comprendía las cosas corporales ese término también se ha extendido a las cosas incorpóreas para designar el derecho exclusivo de usar y disponer de ellas. Cfr. HÉCTOR LAFAILLE, *Curso de Obligaciones*, Tomo I, números 300 y 301, pág. 163, Tip. A. G. Rezzónico, Buenos Aires, 1926; Diccionario ilustrado, Latín, Spes Editorial, Barcelona, 2003, voces: *alieno; proprietas*; EDMUNDO GATTI, *Propiedad y Dominio*, págs. 58 y 66, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, Parte General, Volumen I, Traducción de la edición alemana por JOSÉ MARÍA NAVAS, págs. 158-170, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

⁵⁰ RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio ...*, pág. 24.

⁵¹ Tal como se desprende de la definición de cosas y bienes que traen los arts. 2311 y 2312 del Código Civil y sus respectivas notas, como asimismo la del contenido del objeto de los actos jurídicos comprendida en el art. 953 y la de la esencia de la prestación de los contratos mencionada en el 1169 del Código Civil y su nota).

⁵² MARIO A. CARREGAL, *Problemas registrales del fideicomiso*, LL,2000-A, 1059.

⁵³ Ley 24.441, art. 7.

⁵⁴ Ley 24.441, art. 16.

⁵⁵ Ley 24.441, art. 9, inc. a).

⁵⁶ Ley 24.441, art. 18.

⁵⁷ MARIO A. CARREGAL, *Problemas registrales del fideicomiso*, LL,2000-A, 1059.

⁵⁸ RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio ...*, pág. 87. No existe duda alguna sobre su encuadre en la noción de gratuidad que trae el art. 1139 del Código Civil, que aunque referida a la clasificación de los contratos resulta de aplicación a los actos jurídicos en general, cuando señala que "los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte".

⁵⁹ MOSSET ITURRASPE señala que para que haya liberalidad es necesario el espíritu de liberalidad, que se desprende no sólo de la gratuidad, de la ausencia de compensación –como también, bajo otro aspecto, de la

ausencia de coercibilidad- sino, además, y sobre todo, del propósito de beneficiar al destinatario de ella, que es el elemento subjetivo o razón de la ventaja patrimonial o enriquecimiento. Cfr. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Las reiteradas amputaciones al artículo 1791 del Código Civil: ¿Donación o liberalidad?*, JA-Doctrina 1972-Serie Contemporánea, pág. 476. Ver asimismo RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Naturaleza de la donación*, LL-1997-B, pág. 1398.

⁶⁰ GALGANO indica que pueden concurrir dos elementos que permiten la identificación del concepto de liberalidad: uno es la ausencia de obligación, que permite distinguir el acto de liberalidad del acto gratuito creado en ejecución de una obligación civil, del cumplimiento de las obligaciones naturales y de las llamadas liberalidades de uso; el otro es la naturaleza no patrimonial del interés que tiende a satisfacer el disponente, la cual permite separar el acto de liberalidad del acto gratuito carente de causa liberal, incluso cuando éste último sea un acto absolutamente espontáneo, no resultante de una obligación, jurídica o natural. Cfr. FRANCESCO GALGANO, *El negocio jurídico*, Traducción realizada por FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ y LORENZO PRATS ALBENTOSA, §25. La causa liberal, págs. 111-114, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.

⁶¹ MARIO ALBERTO CARREGAL, *op. cit.*, pág. 47.

⁶² Así señala que: “[e]l fiduciario debe recibir la propiedad del bien a título de confianza, ya que no lo recibe a título oneroso ni a título gratuito ... la intención del transmitente no es que el adquirente reciba el bien ‘para quedarse con él’ sino para que en forma transitoria esté bajo su dominio, o sea titular del derecho de propiedad sobre el bien transmitido, hasta tanto se cumpla el plazo o la condición a que está subordinado” (*op. cit.*, pág. 48). Más adelante profundiza su punto de vista remarcando la finalidad tenida en cuenta por el fiduciante en el acto patrimonial de atribución: “Creemos conveniente intentar ciertas precisiones sobre lo que queremos significar cuando empleamos la expresión ‘a título de confianza’. Por ‘título’ de transmisión entendemos la motivación, subyacente en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Representa, en alguna medida, el ‘porqué’ del acto y el interrogante que conlleva tiene una respuesta: se transmite el bien ‘porque’ se tiene la confianza necesaria en que el adquirente hará cumplir el encargo, así como el vendedor entrega el bien ‘porque’ recibe por él un precio, y el donante lo hace ‘porque’ desea beneficiar al donatario” (*op. cit.*, pág. 74). Finalmente agrega que: “[n]o podemos calificar, entonces, al acto de transferencia del dominio fiduciario como un acto a título oneroso, simplemente porque nada da el adquirente a cambio del bien. Empero, tampoco será un acto a título gratuito porque la propiedad no se ‘regala’ al adquirente fiduciario, quien recibe el dominio solamente como un medio para la mejor ejecución del encargo respecto del bien transmitido. No responde a un propósito de liberalidad, ni existe *animus donandi* en el transmitente. De allí que la transferencia se realiza únicamente a título de confianza mediante un ‘acto fiduciario’ o ‘acto fiduciario’ [*sic*], que constituye otra categoría dentro de la clasificación de los actos jurídicos, junto con los onerosos y los gratuitos” (*op. cit.*, pág. 75).

⁶³ AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil ...*, Tomo 9, pág. 6; RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Naturaleza ...*, pág. 1398.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. III, N° 498, pág. 121, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona 1986, cit. por RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO en *Naturaleza ...*, pág. 1394. En nota señala que cuando se habla de “gratuidad” se está refiriendo más al título o modo de acceder que al propio acto. De allí la referencia corriente al “título oneroso” o “gratuito”.

⁶⁵ El *acto jurídico o negocio de obligación* no provoca por sí e inmediatamente la pérdida o gravamen de un derecho, sino que crea una obligación; su efecto jurídico inmediato o primario es el de constituir un deber de conducta. Los *actos de administración* se relacionan con el rendimiento, conservación y goce de ese patrimonio que forma el capital. Los *actos de disposición* disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que forman el capital del patrimonio, o bien comprometen el porvenir de dicho patrimonio por largo tiempo. Cfr. SANTOS CIFUENTES, *op. cit.*, §114, págs. 228-233; RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio ...*, págs. 81 y 83; AUGUSTO C. BELLUSCIO, EDUARDO A. ZANNONI, *Código Civil ...*, Tomo 4, págs. 289-293.

⁶⁶ Ley 24.441, art. 11.

⁶⁷ Genéricamente puede definirse al cargo o modo como la obligación excepcional que se impone al adquirente de un derecho. VÉLEZ SÁRSFIELD proporciona su definición de “modo” en la nota al art. 558 del Código Civil cuando señala que “las convenciones que tienen por objeto transferir un derecho sobre bienes, pueden contener disposiciones sobre la suerte ulterior de la cosa transmitida por medio de una obligación contratada por el que la recibe”. Si bien el cargo se encuentra genéricamente regulado en el Código Civil con efectos que no coinciden plenamente con los establecidos respecto del instituto del fideicomiso lo cierto es que en la estructura jurídica del cargo o modo se verifica también la conjunción de un derecho con una obligación sin que la asunción de ésta última entrañe la modificación intrínseca del primero.

⁶⁸ Las obligaciones que emanan directamente de la ley 24.441 en torno al ejercicio de los derechos adquiridos son el deber de conducirse “con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios” (art. 6), la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitados (art. 7), la prohibición de disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando no lo requieran los fines del fideicomiso (art. 17, *contrario sensu*) y la de entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores cuando se extinga el fideicomiso (art. 26).

⁶⁹ Las asumidas en el contrato de fideicomiso son principal y genéricamente las que describe la ley con motivo de la adquisición de los derechos por el fiduciario como configurativas del fideicomiso consistentes en ejercer la propiedad de los bienes adquiridos en beneficio de quien se designe en el contrato y transmitir esa titularidad al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario (art. 1°). Asimismo constituyen obligaciones derivadas del contrato las relacionadas con el modo de incorporación de otros bienes al fideicomiso (art. 4 –inc. b-), la observancia del plazo o condición a que se sujeta la duración de la propiedad fiduciaria (art. 4 –inc. c-) y la obtención del consentimiento del fiduciante o del beneficiario para disponer o gravar los bienes fideicomitados en caso que ello hubiera sido pactado (cfr. arg. art. 17).

⁷⁰ Siempre en el marco de los derechos reales se ha dicho que “si bien la plenitud de facultades del propietario se concibe como un bloque unitario, en el que figuran todas las posibilidades de actuación sobre la cosa, basta con que éstas figuren en ‘potencia’, no de un modo efectivo. Diversas circunstancias y especiales normas creadas directamente por el legislador o por la autonomía individual en la zona a ella reservada, pueden en cada caso privar al propietario de tales o cuales atribuciones –enajenar, disfrutar, etc.-; pero aquél carácter de plenitud que nace de su título tiene una virtud expansiva que hace que, de un modo automático, en el instante en que la eficacia de aquellas circunstancias y normas cesa, revierten a él, sin más, como recobrando su situación natural, todas las atribuciones que le faltasen. Esta característica típica es la bautizada por los tratadistas modernos con la expresión: ‘elasticidad del derecho de propiedad’”. Cfr. J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, Tomo I, §113, págs. 219-220, 14ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

⁷¹ Código Civil, arts. 496, 497, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 511, 512.

⁷² Código Penal, art. 173, inc. 12 (agregado por la ley 24.441): “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece [prisión de un mes a seis años]: ... El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes”.

⁷³ Entre ellas, la más común consiste en afirmar que el fiduciario no es propietario del derecho adquirido, lo que no sólo es inconciliable con la realidad sino que además entra en colisión con lo dispuesto por el art. 3270 del Código Civil en cuanto señala que “[n]adie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”.

⁷⁴ El Mensaje del Poder Ejecutivo que acompañara al proyecto de ley enviado al Congreso pone de resalto que el texto ha seguido en lo sustancial al proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la comisión designada por el Poder Ejecutivo por decreto 468 del 19 de marzo de 1992, que fuera elevado el 26 de marzo de 1993 al Ministro de Justicia de la Nación (en adelante el “Proyecto 1993”). El Proyecto 1993, a su vez, tuvo como fuentes al Código de Comercio de la República de Colombia, la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito de los Estados Unidos Mexicanos, la ley 17/1941 de la República de Panamá –pese a que había sido derogada por la ley 1/1984 que estableció un nuevo régimen de fideicomiso en dicho país- y el Código Civil de Québec (Canadá) sancionado el 18 de diciembre de 1991. Asimismo el Mensaje señala como fuente a la ley 19.301 de la República de Chile (Antecedentes parlamentarios, Ley 24.441, Año II, N° 4, págs. 68-69, La Ley, Buenos Aires, Junio de 1995).

⁷⁵ Las fuentes tomadas en cuenta señalan: 1. Proyecto 1993: “Art. 1296: Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (fideicomisario)”.

2. Código de Comercio de Colombia: “Art. 1226: La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

3. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México: “Artículo 381: En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

4. Ley 17/1941 de la República de Panamá: “Artículo 1°- El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena el que lo transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario” (la ley resultó derogada por el art. 42 de la ley 1/1984). En la definición comprendida en el art. 1° de la ley 1/1984 se alude a la transmisión de la propiedad en los siguientes términos: “Artículo 1: El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente”.

5. Código Civil de Québec: “1260. La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer”.

También es un dato significativo de que en la regulación del fideicomiso prevista en el Proyecto de Código Civil elaborado por la comisión creada por Decreto 685/95, elevado al Ministro de Justicia de la Nación el 18

de diciembre de 1998 (en adelante el “Proyecto 1998”), si bien se menciona que se ha seguido en general el ordenamiento y criterio fundantes de la ley 24.441 lo cierto es que ha sido eliminada la mención a la transmisión de la propiedad fiduciaria tal como surge de su art. 1452 que al definir al contrato de fideicomiso dice que “[p]or el contrato de fideicomiso el fiduciante o fideicomitente se compromete a transmitir la propiedad de bienes al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio del beneficiario que se designe en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

⁷⁶ La doctrina civilista es unánime al señalar que la definición del art. 2312 del Código Civil relativa a que el patrimonio es el conjunto de bienes de una persona es incompleta, remarcando que el patrimonio se compone de un activo y de un pasivo; el activo está formado por los bienes que posee la persona; el pasivo lo forman las cargas que la gravan, es decir, las obligaciones o deudas que pesan sobre ella. El Código al referirse en su definición únicamente a los bienes, no ha sido para excluir de él las cargas que lo gravan sino para referirse, de acuerdo a un antiguo adagio, a los bienes que quedan una vez deducidas las cargas que pesan sobre el patrimonio; *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Cfr. RAYMUNDO M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, 5ª edición aumentada y corregida, §1305, pág. 602, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931; JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS y JORGE H. ALTERINI, *Código Civil anotado. Doctrina-jurisprudencia.*, Tomo IV-A, comentario al art. 2312, 2ª reimpression, págs. 15-17, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988; ELENA I. HIGHTON y SANDRA WIERZBA, comentario al art. 2312 del Código Civil en ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON, *op. cit.*, Tomo 5A, págs. 23-26.

⁷⁷ ELENA I. HIGHTON y SANDRA WIERZBA, *op. cit.*, pág. 25.

⁷⁸ ELENA I. HIGHTON y SANDRA WIERZBA, *op. cit.*, pág. 23.

⁷⁹ JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, §1291, págs. 172-173, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

⁸⁰ JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, §1292, pág. 173, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001; ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3: El objeto del derecho, §1727, pág. 658, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

⁸¹ El fundamento de esta última teoría no reside en la persona del titular sino en los fines que es dable obtener con los bienes. Así se ha dicho que “[e]l patrimonio resulta de un conjunto de derechos que reciben unidad por corresponder a un mismo sujeto; de esta unidad se deriva que los hechos jurídicos y las relaciones que atañen al titular producen sus efectos sobre todos los derechos que en cada momento integran el patrimonio” “En cambio la unidad se pierde cuando un conjunto de derechos cuyos elementos posiblemente son mutables, está regido por normas especiales. En el ámbito del patrimonio existe, entonces, una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y susceptibles de desarrollo económico propio de la misma manera que aquél. Háblase en este caso de patrimonio especial o de bien especial”. A. VON TUHR, *Teoría general del derecho civil alemán*, ed. Bs. As., 1946, t. I, vol. 1º, pág. 406 en JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, §1289, págs. 171-172, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001. En el mismo sentido se ha dicho que está bien mantener el concepto del patrimonio como unidad de elementos de valores económicos pero vinculándolo al objeto que persigue la ley; la universalidad jurídica sólo es admisible en cuanto nos limitemos al fin por el cual la unificación haya sido establecida. ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3: El objeto del derecho, §1760, pág. 673, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

⁸² En tal sentido se ha identificado el patrimonio general como el definido por el art. 2312 del Código Civil en tanto conjunto de bienes de una persona que engloba a todos los bienes que quedan a disposición del titular para cualesquiera fines sin encontrarse comprendidos en un régimen legal especial. Mientras que los patrimonios especiales son aquellos conjuntos de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial. Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, §1290, pág. 172, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001; ELENA I. HIGHTON y SANDRA WIERZBA, *op. cit.*, pág. 25. Entre los patrimonios especiales Borda menciona a los siguientes: 1) el patrimonio de la herencia aceptada con beneficio de inventario; 2) el mismo patrimonio, si los acreedores del causante hacen valer la separación de patrimonios; 3) el patrimonio del ausente, después de dada la posesión definitiva de los herederos; 4) la masa de bienes del deudor que ha sido desapoderado de sus bienes por efecto del concurso civil o la quiebra; 5) la masa de bienes integrantes del fondo de comercio.

⁸³ Es racional que ello sea así, porque cuando se contrata con una persona y se dejan a cargo de ella obligaciones pendientes, el acreedor lo hace siempre teniendo en cuenta la medida de su responsabilidad pecuniaria, calculada por el monto de los bienes que se encuentran en su patrimonio. Cfr. RAYMUNDO M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Parte General, 5ª edición aumentada y corregida, §1333, pág. 618, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931.

⁸⁴ Con lo que se quiere hacer notar que todos los bienes del deudor están afectados al pago de sus deudas, y que por ello mismo los acreedores pueden dirigirse sobre dichos bienes y ejecutarlos a fin de obtener la satisfacción de sus créditos. Cfr. JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, §1306, pág. 181, 19ª edición actualizada con las nuevas leyes por PATRICIO RAFFO BENEGAS, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001. De la idea que el patrimonio es esa universalidad de derechos y obligaciones se

deduce que aquéllos están afectados al cumplimiento de éstas. Esa afectación tanto responde a una necesidad lógica-jurídica como a una necesidad del tráfico. Cuando el cumplimiento no puede obtenerse en especie entonces sólo procede el resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 505, inc. 3º). Así, el acreedor, provisto de un ‘poder de agresión’ contra el patrimonio del deudor, procede a ‘ejecutar’ los bienes de éste, lo que se traduce en la venta forzosa de ellos hasta obtener la satisfacción de su crédito. Esos bienes del deudor afectados al cumplimiento de sus obligaciones son los ‘presentes y futuros’. Cfr. ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3: El objeto del derecho, §1761, págs. 681 a 683, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

⁸⁵ La autonomía patrimonial es perfecta si los acreedores no pueden ejecutar los otros bienes del deudor y, a su vez, los acreedores ordinarios no pueden agredir los bienes del patrimonio reservado. Es imperfecta si los acreedores pueden también satisfacerse, pero en subsidio, sobre los bienes no reservados, o cuando los acreedores ordinarios pueden ejecutar los bienes que quedan una vez percibidos sus créditos los acreedores a quienes la ley les afecta esos bienes reservados. Cfr. la referencia a MESSINEO y su Manual de Derecho Civil (t. I, §26, págs. 223 y 234, núms. 2 y 3) en ALBERTO G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3: El objeto del derecho, §1766, pág. 710, nota 136, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1969.

⁸⁶ Pese a la imprecisión comprendida en el art. 14 de la ley que establece que “[l]os bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante”.

⁸⁷ Ley 24.441, art. 1.

⁸⁸ Por lo demás, puede señalarse que la aclaración que hace la ley en el art. 14 en torno a que el patrimonio fideicomitado es un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante es innecesaria y sobreabundante por el simple hecho que los bienes que lo conforman salen del patrimonio del fiduciante con motivo de su enajenación al fiduciario. La misma observación corresponde hacerse respecto de la previsión contenida en el art. 15 referida a que “[t]ampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante”, salvo por la aclaración que formula a continuación respecto de la viabilidad de “la acción de fraude”.

⁸⁹ Así la ley prevé que “[l]os bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario” (art. 15). Los bienes fideicomitados también se hallan aislados de las consecuencias derivadas por hechos y/o actos verificados por el fiduciante en la medida que al ser enajenados al fiduciario no forman más parte de la garantía común de los acreedores del fiduciante, ello claro está, a menos que se demuestre que el fideicomiso se constituyó con la finalidad de defraudarlos.

⁹⁰ Ley 24.441, art. 14.

⁹¹ Ley 24.441, art. 15.

⁹² Ya se ha visto que la transferencia de la propiedad de los bienes es gratuita porque el fiduciante realiza una atribución patrimonial al fiduciario sin que éste realice contraprestación o abone contravalor alguno a cambio por dicha transferencia, circunstancia que objetiva y jurídicamente determina el carácter gratuito del acto. De tal modo el fiduciante al transmitir la titularidad legal y económica de los bienes convierte al fiduciario en su propietario logrando con ello el efecto de aislamiento patrimonial contemplado en la ley 24.441 que asigna mayor seguridad al negocio encarado por la vía del fideicomiso.

⁹³ OSVALDO H. SOLER, *El Impuesto de Sellos*, La Ley, págs. 157/159, Buenos Aires, 2001.

⁹⁴ MARIO A. CARREGAL, *Problemas registrales del fideicomiso*, LL,2000-A, 1059.

⁹⁵ En referencia a resoluciones del Tribunal Fiscal de la Nación que se analizarán con detalle más abajo la doctrina ha tenido oportunidad de señalar que se “confunde la escritura por la cual se transmite la propiedad fiduciaria de un inmueble de un fiduciante a un fiduciario –la que por definición no es onerosa ...- con el contrato de fideicomiso por el cual el fiduciante delimita las funciones, derechos y obligaciones del fiduciario, y estipula la retribución de este último por la tarea, el que en consecuencia es onerosos. El Tribunal arrastra la onerosidad del contrato de fideicomiso hacia el acto de transferencia de dominio fiduciario del bien, y así la considera sujeta al gravamen que sólo alcanza actos onerosos, según surge no sólo de su articulado, sino también de los requisitos que la ley de coparticipación federal de impuestos –ley convenio a la que han adherido todas las jurisdicciones del país- impone para la gravabilidad (cfr. Ley 23548 art. 9 ap. 2). Ver: MOLAS, LILIANA, *Polémica sobre el impuesto de Sellos por actos fiduciarios con inmuebles*, El Cronista Comercial, Sección Economía & Política, pág. 10, diario del 3/03/2005.

⁹⁶ Nótese que la adhesión que las Provincias a la ley de coparticipación federal N° 23.548 (B.O. 26/01/88) entraña la obligación, entre otras, de adaptar la estructuración de los hechos imposables del impuesto de sellos a las características generales allí contempladas. Así el art. 9º -inc. b, ap. II- de la ley establece que el impuesto de sellos deberá recaer sobre **actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia**, y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades financieras regidas por la ley 21526. **Por lo expuesto y a tenor de lo dispuesto en la ley 23.548 el acto de transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario constituye técnicamente un supuesto de exclusión de objeto del impuesto de sellos por tratarse de un acto llevado a cabo a título gratuito.**

⁹⁷ Código Fiscal (ley 865) y Ley Impositiva (ley 954).

⁹⁸ Código Fiscal (ley 3202 y sus modificatorias -t.o. 2001) y Ley Impositiva (ley 4652, B.O.P. 30/12/92). Ver: <http://www.rentas.jujuy.gov.ar>

⁹⁹ Ley 6183, que eliminó la mayoría de los hechos imponible del impuesto de sellos subsistiendo únicamente “la formalización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles” (art. 22); Código Tributario (ley 6402 y modificatorias) y Ley Impositiva Bienal 2006/2007. Ver: <http://www.dgiplarioja.gov.ar>

¹⁰⁰ Código Fiscal (ley 1889, B.O. 7/12/87).

¹⁰¹ Código Fiscal (Decreto-Ley 9/75 y modif. -t.o. Decreto 2039/2005-, B.O.P. 27/10/2005, ADLA LXV-E, pág. 5474) y Ley Impositiva (ley 6611 y modif.). Ver: <http://www.dgrsalta.gov.ar>.

¹⁰² Código Tributario (ley N° VI-0490-2005 del 23/11/2005) y Ley Impositiva para 2006 (ley N° VIII-0254-2005 del 28/09/2005, modificada por sus pares N° VI-0490-2005 *cit.* y N° VIII-0496-2006). Ver: <http://www.diputadossanluis.gov.ar>

¹⁰³ Código Fiscal (ley N° 1410 del 8/07/81)

¹⁰⁴ Código Fiscal (ley N° 6.792, B.O.P. 6/01/2006) y Ley Impositiva para 2006 (ley N° 6794, B.O.P. 9/01/2006). Ver: <http://www.sde.gov.ar/boletinoficial>.

¹⁰⁵ Ley de Sellos (ley territorial N° 175 -modif. por leyes 201, 247, 250 y 381- y ratif. por ley N° 89 -modif. por ley N° 492, B.O.P. 23/08/93 y B.O.P. 01/11/00 respectivamente). Ver <http://www.dgrtdf.gov.ar>

¹⁰⁶ El único caso anómalo que se apartaría de la concepción expuesta es el de la Provincia del Chaco que interpretaría que la transferencia se encontraría gravada por no encontrarse expresamente exenta en el Código Tributario.

¹⁰⁷ **La ley de obligaciones tributarias de la Provincia de Chubut** (ley 5451 -B.O. 10/01/2006-) grava con el impuesto de sellos: 1. “las fianzas u otras obligaciones accesorias, incluyendo la constitución de prendas [y] fideicomisos en garantía” a una tasa del 10‰, estableciendo un sellado mínimo de 100 módulos (art. 17 –inc. n-); 2. el “mutuo con fideicomiso en garantía” a una tasa del 10‰ (art. 18 –inc. d-); y 3. el “contrato de leasing y fideicomiso (salvo lo exceptuado en el Código Fiscal)” a una tasa del 10‰ (art. 21 –inc. i-). Sin embargo, se exime del gravamen a “todos los actos y contratos principales, accesorios y/o consecuentes en operatorias globales o individuales, emitidos en el marco de la Ley 24.441 relacionados con la construcción de vivienda única, familiar y permanente” aclarando que “no quedan exentos el Fideicomiso Testamentario y el Leasing sobre cosas muebles” (art. 29). **La ley impositiva para el año 2005 de la Provincia de Entre Ríos** establece que se deberá pagar una alícuota del 10‰ (diez por mil) “por contratos de fideicomisos” (ley 9622 actualizada por el Decreto 3567/2006 -B.O. 7/08/2006-, art. 12 –inc. 15-). Debe destacarse además que ni tales leyes ni los respectivos códigos fiscales contemplan como hecho imponible el acto de transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario (Código Fiscal de Chubut -ley 5450, B.O. 9/01/2006-. Código Fiscal de Entre Ríos -ley 6505 y modif. -t.o. 2000-, ADLA LX-D, pág. 4914, modificada por la ley 9621 -B.O. 01/06/2005-, ADLA LXV-C, pág. 3205, y actualizada por el Decreto 3567/2006 -B.O. 7/08/2006-)

¹⁰⁸ La ley impositiva para el año 2007 de la Provincia de La Pampa (ley 2314, B.O. 28/12/2006, ver <http://www.dgr.lapampa.gov.ar>) grava con una alícuota del 10‰ (diez por mil) “la constitución de fideicomisos, sobre la retribución pactada a favor del fiduciario multiplicada por el tiempo total estipulado” (art. 13 –inc. 13-). La ley impositiva para el año 2007 de la Provincia de San Juan (ley 7778, B.O. 11/01/2007) grava con una alícuota del 1,5% (uno coma cinco por ciento) “la constitución de fideicomisos, sobre la retribución pactada a favor del fiduciario multiplicada por el tiempo total estipulado” (art. 3 – apartado D, pto. 7-). Del mismo modo ni ellas ni los respectivos códigos fiscales prevén como hecho imponible la transmisión de los bienes del fiduciante al fiduciario. (Código Fiscal de La Pampa -ley 271 y modif., t.o. según Decreto 1639/2006, B.O. 18/08/2006. Sólo se exime del gravamen “la creación, emisión y transferencia de letras hipotecarias, en los términos del Título III de la ley nacional 24.441”, art. 274-inc. 41).

¹⁰⁹ El Código Tributario de la Provincia de Catamarca (ley 5022, ADLA LXI-B, pág. 2002, B.O. 19/01/2001) declara exentos “los contratos de fideicomiso, los contratos, operaciones o instrumentos que permitan la emisión, suscripción, colocación o transferencia de títulos de participación y de letras hipotecarias instituidos por la Ley N° 24.441” (art. 229 –inc. 34-).

¹¹⁰ El Código Fiscal de la Provincia de Corrientes (texto según Decreto Ley 215 ordenado al 15/12/2001 por el Decreto Ley N° 215/2001 -B.O. 10/12/2001-, ADLA LXII-A, pág. 916) declara exentos del impuesto de sellos “la constitución de fideicomisos para la construcción de inmuebles, en las condiciones que fije la reglamentación. La exención no comprende la transferencia del o los bienes a los beneficiarios o fideicomisarios” (art. 194 –inc. c’-).

¹¹¹ **La ley de obligaciones tributarias de la Provincia de Chubut** (ley 5451 -B.O. 10/01/2006-) exime del gravamen a “todos los actos y contratos principales, accesorios y/o consecuentes en operatorias globales o

individuales, emitidos en el marco de la Ley 24.441 relacionados con la construcción de vivienda única, familiar y permanente” aclarando que “no quedan exentos el Fideicomiso Testamentario y el Leasing sobre cosas muebles” (art. 29).

¹¹² La Provincia de Buenos Aires adhirió mediante la ley 12.443 (modif. por ley 12.576 (B.O. 28/12/2000) a la Ley Nacional de Inversiones para Bosques Cultivados N° 25.080 declarando exentos del impuesto de sellos “a todos aquellos actos jurídicos relacionados con cada una de las actividades a que hace referencia el artículo 3° de la Ley 25.080. Esta exención alcanza a la aprobación de estatutos y celebración de contratos sociales, contratos de fideicomiso, reglamentos de gestión y demás instrumentos constitutivos y su inscripción, cualquiera fuera la forma adoptada jurídica para la organización del emprendimiento, así como su modificación o las ampliaciones de capital y/o emisión y liberalización de acciones, cuotas partes, certificados de participación y todo otro título de deuda o capital a que diere lugar la organización del proyecto aprobado en el marco de la mencionada ley nacional” (art. 5).

¹¹³ El Código Fiscal de la Provincia de Santa Fé (texto ordenado por el Decreto 2350/97 -B.O. 20/01/98-, ADLA LVIII-A, pág. 1423, modificado por las leyes 11.558 del 28/06/98 y 12.559 -B.O. 2/08/2006-) exime “Los actos, contratos y operaciones comprendidos en la Ley de Inversiones para los Bosques Cultivados -N° 25.080-; la aprobación de estatutos y celebración de contratos sociales, contratos de fideicomiso, reglamentos de gestión y demás instrumentos constitutivos y su inscripción, modificación o las ampliaciones de capital y emisión y liberalización de acciones, cuotas partes, certificados de participación y todo otro título de deuda o capital a que diere lugar la organización del proyecto aprobado en el marco de la mencionada ley” (art. 183 -inc. 44-).

¹¹⁴ El Código Fiscal de la Provincia de Santa Fé (texto ordenado por el Decreto 2350/97 -B.O. 20/01/98-, ADLA LVIII-A, pág. 1423, modificado por las leyes 11.558 del 28/06/98 y 12.559 -B.O. 2/08/2006-) exime “Los actos, contratos y/u operaciones celebrados por una entidad financiera comprendida en la ley 21526 en carácter de fiduciaria de fideicomisos constituidos en el marco de la ley 24441, con el objeto de otorgar créditos, certificados de garantía, otras formas de financiamiento y aportes de capital; sus accesorios y garantías, con destino a empresas de los sectores agropecuarios, industrial, minero y de la construcción que desarrollen o realicen actividades en la Provincia, de acuerdo a los requisitos que establezca el Poder Ejecutivo para la obtención de la exención. Esta exención no alcanza a las actividades hidrocarburíferas y sus servicios complementarios, así como los supuestos previstos en el artículo 21 del Título III, Capítulo IV de la ley nacional 23966 y sus modificatorias” (art. 183 -inc. 45-).

¹¹⁵ El Código Fiscal (ley 10.397, t.o. Resolución 120 M.E., ADLA LXIV-D, pág. 4638, con las modificaciones introducidas por las leyes 13.297, LA 2005-A, pág. 635, 13.404 -Circular Rentas 01/2006 del 4/01/2006- y 13.405, Boletín La Ley 1/2006, pág. 55) no contiene mención alguna acerca de la transmisión de la propiedad de bienes del fiduciante al fiduciario. En cuanto se refiere a la ley 24.441 sólo exime expresamente “la creación, emisión y transferencia de letras hipotecarias, en los términos del Título III de la Ley 24.441” (art. 274 -inc. 49-).

¹¹⁶ En el Informe Técnico N° 21/99 del 17/05/99 se sostuvo que “se trata de una transferencia de dominio a título de confianza por el cual el fiduciante no recibe contraprestación alguna. De allí que se la ha reputado no onerosa”. En igual sentido en el Informe Técnico N° 99/00 del 13/07/00 se advirtió que se había pagado el impuesto erróneamente en la escritura de transferencia al fiduciario, consignando que dicha suma podía imputarse al pago de otros aspectos del contrato de fideicomiso eventualmente alcanzados por el gravamen.

¹¹⁷ En el Informe Técnico N° 224/00 del 6/12/2000 se sostuvo que “... la transferencia en fiducia, esta transferencia inicial del inmueble para conformar el patrimonio fiduciario, no se encuentra alcanzada por el impuesto. En efecto, esta subdirección ya se ha expedido respecto al punto, tomando como referencia lo dicho por la doctrina respecto a que ‘constituye un acto a título de confianza, lo que significa que no puede calificársela en rigor de verdad, de onerosa o gratuita’”.

¹¹⁸ Resolución General N° 016/05 del 20/12/2005 (art. 1°).

¹¹⁹ El Código Tributario de Córdoba (ley 6006 -t.o. según Decreto 270/2004-, ADLA LXIV-C, pág. 3158, modificada por ley 9201, ADLA LXV-A, pág. 754) declara exentos 1: “Los actos, contratos y/u operaciones que instrumenten operatoria de créditos con transmisión de dominio fiduciario - Titulización de Hipoteca-Ley Nacional N° 24.441” (art. 221 -inc. 43-), 2: “El Contrato de fideicomiso financiero, celebrado entre el Banco de la Provincia de Córdoba y Córdoba Bursátil S.A.” aclarándose que la exención “comprende a los actos e instrumentos que con motivo del contrato sean suscriptos entre fiduciante y fiduciario” (art. 221 -inc.44-), y 3: “Los contratos de fideicomisos constituidos de acuerdo a las disposiciones establecidas por la Ley Nacional N° 24.441, en relación exclusivamente a la transmisión de los bienes y/o deudas fideicomitidas” (art. 221 -inc. 47-).

¹²⁰ Mediante la ley 5340 (B.O. 16/03/2004) la provincia adhirió a la Ley Nacional de Inversiones para Bosques Cultivados N° 25.080 (B.O. 19/01/99) -que instituyó el régimen de promoción de inversiones en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes- y consagró el ‘Régimen de Emprendimientos Forestales’ que exime del gravamen1: “[l]a aprobación de estatutos y celebración de contratos sociales, contratos de fideicomiso, reglamentos de gestión y demás instrumentos constitutivos y su inscripción, cualquiera fuere la forma jurídica adoptada para la organización del emprendimiento, así como su

modificación o las ampliaciones de capital y/o emisión y liberalización de acciones, cuotas partes, certificados de participación y todo otro título de deuda o capital a que diere lugar la organización del proyecto aprobado en el marco de la Ley 25.080 ... tanto para el otorgante como para el receptor” (art. 7), y 2: “[I]os contratos que formalicen la transferencia del dominio fiduciario de inmuebles o del derecho real de superficie forestal que se instrumenten con el fin de constituir un fideicomiso cuyo objeto sea un emprendimiento forestal regulado por la Ley 25.080 se encontrarán exentos del pago del Impuesto de Sellos. La posterior transferencia del dominio de los inmuebles fideicomitados a terceros se encontrará sujeta al pago del impuesto de sellos conforme la alícuota del uno por ciento (1%)” (art. 8)

¹²¹ En el caso de la Provincia de Río Negro la Ley impositiva para el año 2007 (ley 4159, B.O.P. 11/01/2007) grava, por un lado, “las inhibiciones voluntarias, fianzas, avales, constitución de fideicomiso en garantía u otras obligaciones accesorias” con una alícuota del 10% (diez por mil) mientras el monto imponible no supere los tres millones de pesos (\$3.000.000) y cuando el monto imponible supere dicha cifra se aplicará un importe fijo de treinta mil pesos (\$30.000) al que se le adicionará el 5% (cinco por mil) sobre el excedente de tres millones de pesos (\$3.000.000) (art. 3° -inc. ñ-), y por el otro, la Ley de Impuesto de Sellos (ley 2407 -t.o. 1994-, ADLA LIV-D, pág. 5546, modif. por ley 3913, ADLA LXV-B, pág. 2260, ver ‘ley base’ en <http://www.rionegro.gov.ar/hacienda/dgr/sellos.php>) declara exentas “las cesiones de créditos hipotecarios para la constitución de fondos fiduciarios (conforme lo establecido en la ley nacional N° 24.441), y las cesiones de dichos réditos realizadas entre instituciones financieras regidas por la ley nacional N° 21.526 y modificatorias, cuando su objeto sea la obtención de fondos para financiar la construcción, ampliación o refacción de viviendas” encuadradas en la exención establecida en el inciso 7) del art. 56 referida a operaciones relacionadas con la vivienda única, familiar y de ocupación permanente (art. 56 -inc. 49-).

¹²² El Código Fiscal de la Provincia de Santa Fé (texto ordenado por el Decreto 2350/97 -B.O. 20/01/98-, ADLA LVIII-A, pág. 1423, modificado por las leyes 11.558 del 28/06/98 y 12.559 -B.O. 2/08/2006-) exime “Los actos, contratos y/u operaciones que instrumenten operatorias de créditos con transmisión de dominio fiduciario ‘Titulización de Hipoteca – Ley Nacional N° 24.441’ – o cualquier otra operatoria destinada a préstamos para la construcción o compra de vivienda nueva. Alcanza también a los actos y contratos que instrumenten la adquisición de dominios y derechos reales de tales inmuebles y la constitución de los reglamentos de copropiedad y administración de inmuebles bajo el Régimen de Propiedad Horizontal” (art. 183 -inc. 42-).

¹²³ El Código Tributario de la Provincia de Tucumán (ley 5121 -B.O.P. 10/06/2003- y modificada por la ley 7720 -B.O.P. 20/04/2006, ver: <http://rentastucuman.dynu.com>) exime del impuesto de sellos “los instrumentos, por medio de los cuales se formalicen, la transferencia de bienes que realicen los fiduciantes a favor de los fiduciarios –en tanto estos últimos sean sujetos de derecho que se encuentren autorizados por la Comisión Nacional de Valores o el Banco central de la República Argentina- como consecuencia de los contratos de fideicomiso financiero previstos en el artículo 19 de la Ley N° 24.441 y la que en el futuro la reemplace o sustituya. Idéntico tratamiento corresponderá otorgar a las transferencias que se produzcan con posterioridad a la finalización del contrato a favor del fiduciante, y/o del fideicomisario” (art. 257 -inc. 44-).

¹²⁴ Ley 2860 y modificatorias, entre ellas la más reciente la ley 4255 (B.O. 13/01/2006). Ver <http://www.dgr.misiones.gov.ar>

¹²⁵ Así el art. 183 bis I dispone: “Contratos de fideicomiso o Transferencia Fiduciaria ...: Los contratos de transmisión de la propiedad fiduciaria de muebles e inmuebles resultan alcanzados por el Impuesto, siempre que se cumplan los requisitos configuradores del hecho imponible a saber: territorialidad, onerosidad e instrumentación. En los actos de constitución y transferencia fiduciaria, cuando el desplazamiento de los bienes en favor del fiduciario se produce en seguridad de una deuda propia del transmitente, la base imponible del impuesto será la suma garantida. En los contratos de fideicomiso de administración, el impuesto se liquidará a la alícuota del 10% (diez por mil) sobre la retribución periódica pactada con el fiduciario. En los casos de contratos de fideicomiso financiero el impuesto se liquidará sobre el monto de la suma garantida aplicando la alícuota del 10% (diez por mil). El acto de transferencia del dominio a la fiduciaria a los efectos de la constitución del patrimonio de afectación no tributará el impuesto de esta ley, siempre que se trate de un acto gratuito. Se reputará oneroso el acto de adjudicación de unidades funcionales debiendo liquidarse el impuesto tomando como base imponible el valor asignado a las unidades funcionales a adjudicarse o la valuación fiscal de las mismas el que fuere mayor”.

¹²⁶ Código Tributario (Decreto ley 2444/62 -t.o. en 1968- ADLAXXX-A, pág. 942 y modif.). Ver <http://legislatura.chaco.gov.ar/InformacionLegislativa>

¹²⁷ Según fuera informado extraoficialmente por personal de esa Dirección sobre la base de un dictamen no publicado que trataría una operación de fideicomiso financiero.

¹²⁸ Código Fiscal año 2007, t.o. Decreto N° 109/07 (B.O.C.B.A. 17/01/2007). El art. 332 define como hecho imponible del impuesto de sellos “la formalización de escrituras públicas o cualquier otro instrumento, de cualquier naturaleza u origen, por las que se transfiere el dominio o se otorgue la posesión de inmuebles situados en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de cualquier contrato a título oneroso”.

¹²⁹ Decreto N° 1335/2004, art. 1°, Anexo I -inc. k-, reglamentario del Título XII -Impuesto de Sellos- del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (t.o. en 2004) (B.O.C.B.A. N° 1994 del 2 de agosto de

2004) que dice: “Reglamentación del artículo 315 [nota del autor: corresponde al ahora art. 332 del Código Fiscal]: Las operaciones alcanzadas por el Impuesto de Sellos, sin perjuicio de otras que pudieran surgir, son las transferencias de inmuebles que se realicen como consecuencia de las siguientes operaciones: ... k) Fideicomiso, excepto los contratos vinculados con el Decreto N°2.021/GCABA/2001.

¹³⁰ Así la doctrina especializada ha señalado “que el decreto podría ser inconstitucional por exceder a la ley, ya que considera gravada una transmisión de dominio fiduciario que no encuadra en la definición legal, ya que ni es transmisión de dominio –el dominio fiduciario es limitado a lo que el contrato permite hacer al fiduciario- ni es onerosa. Y no es onerosa porque el fideicomiso tiene en todos los casos la misma realidad formal: una transferencia a título de confianza desde el fiduciante hacia el fiduciario, y una transferencia final en cumplimiento del mandato desde el fiduciario hacia el fideicomisario.” (MOLAS, LILIANA, *Polémica sobre el impuesto de Sellos por actos fiduciarios con inmuebles*, El Cronista Comercial, Sección Economía & Política, pág. 10, diario del 3/03/2005). Se comparte la crítica formulada a excepción de la mención relativa a que no se transmite el dominio del bien puesto que como ha sido visto con anterioridad el dominio fiduciario no se transmite ex ante como un derecho real limitado sino que es el resultado de la transmisión del dominio que el fiduciante hace al fiduciario y la subsiguiente autolimitación de las facultades de administración y disposición que el fiduciario pacta con el fiduciante en su condición de nuevo propietario de los bienes.

¹³¹ Ley 23.548, art. 9° -inc. b, ap. II-.

¹³² MOLAS, LILIANA, *Polémica sobre el impuesto de Sellos por actos fiduciarios con inmuebles*, El Cronista Comercial, Sección Economía & Política, pág. 10, diario del 3/03/2005.

¹³³ Actual art. 332 del texto ordenado en el año 2007.

¹³⁴ Se reitera la observación en punto a que a tenor de la tesis propuesta en este trabajo no se transfiere el dominio fiduciario sino el dominio pleno y luego el fiduciario autolimita sus facultades de administración y disposición sobre los bienes en el mismo contrato de fideicomiso.

¹³⁵ En la escritura se habría establecido “[q]ue en virtud de las características del presente contrato de fideicomiso de administración, [se] deja expresa constancia que si bien el mismo es jurídicamente NEUTRO, a los efectos impositivos es a título GRATUITO, (porque el fiduciario, como padre de la fiduciante, y abuelo de la beneficiaria, ha renunciado expresamente a cualquier honorario por su actuación, y porque la presente transferencia de dominio fiduciario sobre el inmueble referido, es también a título GRATUITO, ya que no existe contraprestación alguna a favor de la fiduciante por ser una transmisión en ‘fiducia’ (confianza), y porque al finalizar el fideicomiso, el inmueble tiene que ser restituido en dominio pleno a la nombrada fiduciante, como fideicomisaria”.

¹³⁶ El art. 335 del Código Fiscal (t.o. 2006) (actual art. 334 del t.o. 2007) establece que “El impuesto de sellos no se aplica a los actos que se realizan a título gratuito. El carácter gratuito debe resultar de cláusulas expresas en tal sentido contenidas en la respectiva escritura pública o instrumento pertinente, en los actos entre comerciantes las cláusulas deben dar razón de la gratuidad ...”.

¹³⁷ Ella tuvo lugar con motivo del Proyecto de Licitación Pública Nacional e Internacional para la Construcción de la Ciudad Judicial que tenía por objeto la construcción de un complejo edilicio en terrenos del Estado Nacional (ubicados en la zona de Puerto Madero) en el que se iba a concentrar físicamente la actividad de todos los fueros de la justicia nacional. La estructura del negocio a formalizar una vez adjudicada la licitación consistía en dos etapas: 1. En la primera el Estado Nacional (fiduciante) transferiría al adjudicatario (fiduciario) los terrenos de propiedad de aquel donde se llevaría a cabo la construcción edilicia (patrimonio fideicomitido constituido por terrenos y construcciones a realizar) con la finalidad de: a) “quedar a salvo de eventuales insolvencias o trabas judiciales de las partes contratantes” y b) garantizar a la adjudicataria “la intangibilidad del dominio mientras dure la construcción y el posterior contrato de leasing con opción de compra a favor del Estado Nacional”; 2. En la segunda etapa, una vez construido el complejo edilicio, la adjudicataria (fiduciario) alquilaría la obra realizada al Estado Nacional (fiduciante) con cláusula de opción de compra a favor de éste, sirviendo la estructura del fideicomiso para garantizar el pago de los cánones del leasing por parte del Estado Nacional al adjudicatario.

¹³⁸ B.O. 1/02/93. El Decreto 114/93 rigió en la ciudad de Buenos Aires hasta el 31 de diciembre de 2002. En virtud de la reforma de la Constitución nacional operada en 1994, que confirió autonomía a la ciudad de Buenos Aires, ésta derogó el Decreto 114/93 (ADLA LIII-A, pág. 174, B.O. 1/02/93) mediante la Ley N° 874 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires vigente a partir del 1° de enero de 2003 (BOCBA N° 1536 del 30/09/2002).

¹³⁹ Lo paradójico del asunto es que el Dictamen AFIP-DGI (DAL) 49/97 remite a su vez a lo “dictaminado anteriormente” sin que de dicho dictamen surja el concreto precedente, norma o doctrina en que apoyara dicha conclusión.

¹⁴⁰ El art. 8° de la ley 23.548 establece que “La Nación, de la parte que le corresponde conforme a esta ley, entregará a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al Territorio Nacional de Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos, la que no podrá ser inferior en términos constantes a la suma transferida en 1987. Además la Nación asume, en lo que resulte aplicable, las obligaciones previstas

en los incisos b) c), d) e) y f) del artículo 9º, por sí y con respecto a los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción sean o no autárquicos”.

¹⁴¹ MOLAS, LILIANA, *Polémica sobre el impuesto de Sellos por actos fiduciarios con inmuebles*, El Cronista Comercial, Sección Economía & Política, pág. 10, diario del 3/03/2005.

¹⁴² TFN, Sala “B”, resolución del 5/09/2003 in re: “Oscar S. Magariños SA s/apelación – sellos”; TFN, Sala “A”, resolución del 29/04/2004 in re: “Diseños Urbanos SA s/ recurso de apelación – impuesto de sellos” y TFN, Sala “D”, resolución del 29/05/2006 in re: “Torres del Libertador 8000 SA s/ recurso de apelación”.

¹⁴³ CNACAF, Sala V, sentencia del 12/06/2006 in re: “Banco Finansur SA”.

¹⁴⁴ El art. 49, inciso agregado a continuación del inc. d) por la Ley 25.063 (Título III, art.4º, inciso n) (en adelante “art. 49, inc. d”) establece que “constituyen ganancias de la tercera categoría: ... las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V”.

¹⁴⁵ La Resolución (SGLTI-AFIP) 3/2006 del 28/07/2006 dispone que “De conformidad con los artículos 49 y 50 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, los resultados de un fideicomiso no financiero en el que coincide el carácter de fiduciante y el de beneficiario –interpretando que se trata de residentes en el país- tributarán en cabeza de los mencionados fiduciantes-beneficiarios”.

¹⁴⁶ Cuarto artículo agregado a continuación del art. 70 del decreto reglamentario por el art. 1º, inc. a) del Decreto 254/99. “Artículo 70.4 - Cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el Título V de la ley, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria. A los efectos previstos en el presente artículo resultará de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 50 de la ley, considerándose a los fines de la determinación de la ganancia neta del fiduciante-beneficiario tales resultados como provenientes de la tercera categoría.”

¹⁴⁷ A su vez el art. 69 dispone que “las sociedades de capital, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas: a) Al 35% (treinta y cinco por ciento): ... 6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante -beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V”.

¹⁴⁸ “2. Aspectos básicos del fideicomiso”, Apartado “III. La transferencia inicial de los bienes”, en especial el punto “4. Gratuidad del acto traslativo de la propiedad de los bienes”.

¹⁴⁹ En el contrato de fideicomiso se había estipulado que el fiduciario -a quien el Fiduciante “A” había transmitido el dominio fiduciario de un terreno y los Fiduciantes “B” se habían comprometido a realizar aportes dinerarios- llevara a cabo la inversión necesaria para construir un edificio a ser sometido al régimen de propiedad horizontal, a cuya finalización correspondía adjudicar a los fiduciantes las unidades funcionales terminadas, correspondiéndole al Fiduciante “A” una cantidad mayor que a los Fiduciantes “B” individualmente considerados. El Fisco entendió que “las características del negocio subyacente al contrato, conducen a afirmar que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante [“A”], tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario, la cual emerge con claridad del contrato de fideicomiso ... donde se detallan los bienes que corresponderá adjudicarle cuando culmine la obra”. En tal sentido se citó la obra “Fideicomiso y Securitización” de Malumián, Diplotti y Gutiérrez donde los autores citados señalan que “son ejemplos de transferencias fiduciarias que acceden a la categoría de onerosas frente al impuesto a las ganancias aquellas por las cuales se recibe a cambio dinero, títulos fiduciarios, derechos de beneficiario, bienes materiales, etc.”. Finalmente concluyó que “la transferencia de dominio realizada por la fiduciante [“A”] en el marco del contrato que nos ocupa reviste carácter oneroso, resultando en consecuencia alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas”.

¹⁵⁰ Este tratamiento lo extiende a la restitución de los bienes al fiduciante beneficiario tras considerar que “[s]i sostuvimos que no hubo una transferencia a título oneroso ni gratuita por la transmisión del dominio en fiducia, en el momento en que se restituye el bien, el valor de transferencia será el costo incurrido. Esta interpretación nos conduce a concluir que, por el patrimonio que “entra y sale” del fideicomiso al fiduciante beneficiario no debe reflejarse una diferencia de valor, ya que no ha trascendido a un tercero”. RAMOGNINO finaliza la exposición diciendo que “[e]n nuestro ejemplo analizado: si el fiduciante aporta un terreno y será beneficiario de unidades construidas, éstas se ‘reincorporarán’ a su patrimonio al costo proporcional que tenía el terreno cuando se cedió en propiedad fiduciaria, más el costo proporcional de la construcción. Nos parece ésta la solución más razonable, ya que quien entrega un bien (fiduciante) a un sujeto a título de confianza para que cumpla un encargo (fiduciario) y, una vez cumplido éste, le ‘devuelva’ el bien según lo estipulado (fiduciante beneficiario) no debe reconocer una ganancia por tenencia, la cual sería la diferencia entre el costo efectivamente incurrido y el valor de mercado al momento de la restitución. Va de suyo que, por estas unidades construidas el fideicomiso tampoco generará una ganancia neta gravable, pues el valor de

incorporación será igual al valor de transferencia al fiduciante beneficiario, por lo que el resultado neto tendería a cero”.

¹⁵¹ RAFAEL RAMOGNINO, *Fideicomisos no financieros ante los impuestos a las ganancias y ganancia mínima presunta*, Doctrina Tributaria Errepar (D.T.E.), Tomo XXVII, pág. 519, junio de 2006. En el mismo sentido se pronuncia URRETS ZAVALÍA para quien “en un fideicomiso inmobiliario como la mayoría de los casos en que el dueño del terreno lo aporta fiduciariamente a cambio de departamentos o unidades del proyecto de obra de que se trate, dicha transmisión así como los aportes dinerarios que efectúen los fiduciantes de capital en un fideicomiso para la construcción al costo, son por regla transmisiones fiduciarias, y como tales sin valor patrimonial o ‘no onerosas’”, concluyendo que a partir de una estricta interpretación de la realidad económica y jurídica del negocio subyacente, cuya irrelevancia señala el dictamen (DAT) 55/2005, salvo casos excepcionales de supuestos aportes fiduciarios que encubran verdaderas ventas o transferencias onerosas de otro tipo, la transmisión fiduciaria de un inmueble a un fiduciario con motivo de un contrato de fideicomiso para la construcción de un edificio u otro proyecto inmobiliario parecido, no podrá ser considerada onerosa a los fines impositivos ni a ningún otro efecto jurídico”. Ver: PEDRO URRETS ZAVALÍA, *Consortio fiduciario para la construcción al costo. Tratamiento impositivo*, Doctrina Tributaria Errepar (D.T.E.), Tomo XXVIII, pág. 1151, diciembre de 2006.

¹⁵² Así por ejemplo COTO considera como transferencias a título oneroso a los “fideicomisos donde la transferencia de la propiedad fiduciaria presenta claros ribetes de onerosidad” citando como ejemplos los casos de los “fideicomisos inmobiliarios, en los cuales quien transfiere la propiedad del terreno al fondo fiduciario, sobre el cual se desarrollará un emprendimiento inmobiliario, obtiene como contraprestación de dicha transferencia el derecho a recibir una determinada cantidad de unidades funcionales, una vez que la obra se encuentre concluida” y de los “fideicomisos financieros, donde la transferencia tiene por objeto generar un flujo de fondos para el fiduciante, mediante la securitización de los activos fideicomitados, manifestándose la onerosidad en la obtención de fondos por parte del fiduciante, a cambio de la transmisión fiduciaria de sus activos para su posterior utilización” (ALBERTO P. COTO, *Aspectos tributarios del fideicomiso*, pág. 37, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006). En el mismo sentido MALUMIÁN para quien “son ejemplos de transferencias fiduciarias que acceden a la categoría de onerosas frente al impuesto a las ganancias aquellas por las cuales se reciba a cambio dinero, títulos fiduciarios, derechos de beneficiario, bienes materiales, etc.” (N. MALUMIÁN, A. DIPLOTTI, P. GUTIERREZ, *Fideicomiso y securitización. Análisis Legal, Fiscal y contable*, pág. 282, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2006).

¹⁵³ El empleo del término ‘contraprestación’ deriva del Informe N° 28 producido por la Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal en agosto de 1997 (en adelante el “Informe N° 28 C.P.C.E.C.F.”) que al tratar contablemente la transmisión de los bienes en los libros del fiduciante designa a la ‘transmisión fiduciaria con contraprestación’ como la transmisión fiduciaria “por la que el fiduciante recibe una contraprestación (por ejemplo, dinero, obligaciones negociables o certificados de participación)” y que “se registrará como una operación de venta en los libros del fiduciante, cuando éste, al transferir la propiedad fiduciaria, transfiera efectivamente el control de los bienes fideicomitados” y designa a la ‘transmisión fiduciaria sin contraprestación’ como la transmisión fiduciaria por la que el fiduciante no recibe ninguna contraprestación “y además existe una probabilidad remota de que el fiduciante readquiera los bienes fideicomitados”.

¹⁵⁴ En el dictamen citado se concluyó que “el fideicomiso construye sobre inmueble propio, que transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios o a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso y que tal transferencia se efectúa a título oneroso, toda vez que los fiduciantes-beneficiarios abonan cuotas en función a su participación, restando establecer -tal como surge del antecedente citado en el párrafo precedente- si persigue fin de lucro con la operatoria de que se trata, aspecto éste que lleva a evaluarla en cuanto a su desarrollo y concreción en forma integral. A estos efectos cabe hacer hincapié en algunos términos de la contratación en cuanto a que frente a incumplimientos de sus aportes de fondos se prevé que la fiduciaria reciba un interés compensatorio y punitivo, existiendo la facultad de resolver el contrato respecto del deudor moroso y reemplazar al fiduciante original por otro que suscriba el contrato de adhesión. Además, si la fiduciaria no obtiene un reemplazante podrá tomar financiación externa o a sustituir a tal fiduciante por la totalidad de los fiduciantes quienes adquirirán en función de sus aportes los derechos sobre las unidades cuya adjudicación le correspondía al excluido. En tal contexto se interpreta que la intención que motiva a los fiduciantes-beneficiarios y a los cesionarios es la de adquirir un inmueble constituyendo las sumas entregadas aportes a cuenta del valor de dicho bien, destacándose además que determinadas cláusulas contractuales -tales como la resolución del contrato respecto del deudor moroso y su reemplazo- llevan a considerar que la operatoria tiene por objeto la construcción y comercialización de un inmueble lo cual evidencia el fin de lucro a que se refiere el mencionado inciso d) del artículo 4° de la ley”.

¹⁵⁵ En dicha oportunidad se destacó que “no se aplica al fideicomiso la figura del consorcio organizado en condominio por cuanto el primero a diferencia del consorcio transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes beneficiarios o eventualmente a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso y que tal transferencia se efectúa a título oneroso, toda vez que los fiduciantes-beneficiarios abonan cuotas en función a su participación, considerándose momento de la transferencia del inmueble, al acto de adjudicación de las respectivas unidades a los fiduciantes beneficiarios”.

¹⁵⁶ PEDRO URRETS ZAVALÍA, *Consortio fiduciario para la construcción al costo. Tratamiento impositivo*, Doctrina Tributaria Errepar (D.T.E.), Tomo XXVIII, pág. 1151, diciembre de 2006.

¹⁵⁷ Es la postura de COTO para quien “[l]a transferencia citada se asimila a una venta por aplicación del primer párrafo del art. 3º de la ley del impuesto, que define el concepto de enajenación como ‘(...) la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso (...)’” y, tras puntualizar que “[i]ndependientemente del tratamiento para el fiduciante, desde el punto de vista del fondo fiduciario, la incorporación del bien al mismo refleja, como contrapartida el nacimiento del derecho de los beneficiarios sobre el patrimonio del fondo”, aclara en nota al pie que “[s]i bien no es exactamente lo mismo, podríamos asimilarlo a un aporte societario, donde la contrapartida a los bienes que constituyen el activo de la sociedad es el patrimonio neto, que refleja entre otras cosas el derecho de los socios o accionistas sobre el patrimonio social” (ALBERTO P. COTO, *op. cit.*, pág. 37).

¹⁵⁸ Celebrado en la ciudad Autónoma de Buenos Aires entre el 13 y el 15 de junio de 2006. Las conclusiones pueden verse en <http://www.consejo.org.ar/congresos/8legtributa.htm#conc>.

¹⁵⁹ Nota del autor: haciendo referencia al IG.

¹⁶⁰ <http://www.consejo.org.ar/congresos/8legtributa.htm#conc>

¹⁶¹ Ley 23.966 (B.O. 20/08/91) y modificatorias.

¹⁶² El art. 13 del Decreto 780/95 (B.O. 27/11/95) establece que “Quienes con arreglo a la Ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la Ley Nº 11683 (t.o. 1978 y sus modificaciones) por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bienes personales sobre el valor de los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a las disposiciones del Título VI de la Ley Nº 23.966 y sus modificaciones, sin considerar el mínimo exento previsto en el artículo 24 de dicha norma legal. Los bienes entregados por los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, no integrarán la base que las mismas deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante fuera una empresa, dichos bienes no integrarán su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos”.

¹⁶³ Ley 25.063 (B.O. 30/12/98). El art. 1º dispone “Establécese un impuesto a la ganancia mínima presunta aplicable en todo el territorio de la Nación, que se determinará sobre la base de los activos, valuados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley ...” y el art. 2º señala que: “Son sujetos pasivos del impuesto: ... f) Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley”.

¹⁶⁴ Tal es la interpretación de la AFIP-DGI a través del Dictamen (DAT) 59/99 que señala que “en lo atinente al impuesto sobre los bienes personales corresponde aclarar que, desde la implementación de la citada reforma tributaria, corresponde a los fideicomisos constituidos en el país, conforme la ley 24441 –excepto los financieros previstos en sus arts. 19 y 20–, la calidad de sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por el cual tributarán en función de sus activos al cierre del ejercicio (art. 6, ley 25063); por lo tanto, no resulta aplicable, desde la fecha indicada, el art. 13 del Dto. 780/95, por el cual el fondo debía tributar en virtud del gravamen sobre los bienes personales, aplicándose la tasa respectiva a la misma base imponible prevista para el impuesto creado a partir de la promulgación de la aludida ley 25063”. Posición reiterada en el Dictamen (DAT) 17/2004 en que se puntualizó que el fideicomiso de garantía allí analizado no resultaba sujeto pasivo del impuesto.

¹⁶⁵ Art. 16.

¹⁶⁶ Art. 17.

¹⁶⁷ Al respecto MOLAS se formula la pregunta en otros términos cuando dice que “La duda surge respecto de los derechos personales contra el fiduciario sobre todo en cabeza del fideicomisario –ya que el crédito por los posibles beneficios para el beneficiario es mucho más indeterminable– en todos los casos de fideicomisos comunes; y ante el vacío legislativo la pregunta es si con la gravabilidad en el IGMP de todo el patrimonio fideicomitado en cabeza del fideicomiso queda cubierta la imposición sobre tal derecho en el impuesto que nos ocupa [el IBP]. Esta duda no surge en el IGMP ya que, como se dijo anteriormente, allí está claramente explicitado que queda cubierta” (LILIANA DEL CARMEN MOLAS, *Fideicomiso. Aspectos tributarios. Informe de Relator*, pág. 102, en 8º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006).

¹⁶⁸ A modo de ejemplo puede señalarse el caso del Decreto 780/95 que al contemplar gravados en el IBP a los fideicomisos no financieros disponía que los bienes entregados por los fiduciantes –personas físicas o sucesiones indivisas– no debían conformar la base imponible del IBP a incorporar en sus declaraciones juradas. Lo mismo ocurre en el IGMP cuando el art. 3º de la Ley 25.063 establece que están exentos de dicho impuesto: “f) Los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del

artículo 2º y, en el caso de fideicomisos financieros, los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en la proporción atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario”. El sentido de la norma es claro: evitar una doble gravabilidad (JOSÉ D. LITVAK – JORGE GEBHARDT, *El impuesto a la ganancia mínima presunta. La imposición sobre base presunta. Teoría, Técnica y Práctica*, pág. 170, ERREPAR, Buenos Aires, 1999).

¹⁶⁹ A idéntica conclusión arriba ETEROVICH que señala que “El fiduciante entrega en forma irrevocable la propiedad fiduciaria de los bienes, los que son separados de su patrimonio y sobre los cuales no puede ejercer ningún acto de disposición. En consecuencia, el aporte de bienes a un fideicomiso los excluye del activo del fiduciante y, en razón de ello, interpretamos que no integrarán la base imponible del impuesto sobre los bienes personales” (NANCI ETEROVICH, *El impuesto sobre los bienes personales y las participaciones en fideicomisos no financieros*, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXVIII, marzo de 2007).

¹⁷⁰ En igual sentido ETEROVICH quien tras apuntar que “El fiduciario ejerce una titularidad formal condicionada a las cláusulas del contrato de fideicomiso, no incrementa su patrimonio personal con la incorporación de los bienes involucrados y los recibe bajo la obligación de someterlos al destino convenido por el fiduciante para el cumplimiento de un encargo” concluye que “este patrimonio adquiere una autonomía que lo disgrega del común de los bienes del fiduciario y, en nuestra opinión, no corresponde su inclusión dentro del monto que como contribuyente éste debe declarar alcanzado por el impuesto” (NANCI ETEROVICH, *op. cit.*).

¹⁷¹ El art. 19 de la LIBP establece que “se consideran situados en el país: ... l) los créditos, incluidas las obligaciones negociables previstas en la Ley 23.576 y los debentures –con excepción de los que cuenten con garantía real, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el inciso b)- cuando el domicilio real del deudor esté ubicado en su territorio”.

¹⁷² Cfr. COTO, *op. cit.*, pág. 127

¹⁷³ NANCI ETEROVICH, *op. cit.*

¹⁷⁴ En referencia al Decreto 780/95 lo hacen FLAVIA I. MELZI, ALEJANDRA SCHNEIR Y VICENTE O. DÍAZ en *Conceptualización del sujeto tributario en el contrato de fideicomiso impuesto sobre los bienes personales y las participaciones en fideicomisos no financieros*, citado por NANCI ETEROVICH, *op. cit.*

¹⁷⁵ En tal sentido se postulan las teorías que justifican esta clase de imposición que sostienen que “la propiedad de un patrimonio, aunque improductivo, representa por sí misma una reserva de poder adquisitivo para su propietario, susceptible de ser empleado en cualquier momento en sustitución o adición al rédito. Esta posición parte del supuesto de que la capacidad contributiva no la da sólo el consumo de bienes o servicios privados, sino la posibilidad potencial de estos consumos, representado por el poder de adquisición de que dispone el individuo con independencia de su utilización real” (COSCIANI). También se ha sostenido que “poseer una propiedad en forma de activos disponibles otorga al poseedor una capacidad imponible como tal” (KALDOR) y que “la capacidad contributiva no se mide sólo por la renta o por el ingreso, sino también por la tenencia de patrimonio, que es fuente y garantía de seguridad contra riesgos económicos, de poder de gastos futuros o de reserva, de garantía para la obtención de créditos, de renta potencial o virtual, de posibilidad de no consumir los ingresos y de acumularlos, de posición social, poder e influencia (ROSS)”. Ver JOSÉ D. LITVAK – JORGE GEBHARDT, *El impuesto sobre los bienes personales*, págs. 30 y 31, ERREPAR, Buenos Aires, 2003.

¹⁷⁶ Es la posición de NÉSTOR CÁCERES en *Encuadre tributario de los fideicomisos inmobiliarios financieros*, ERREPAR (D.T.E.), Tomo XXVII, pág. 783, agosto de 2006. El art. 22 de la LIBP establece que: “Los bienes situados en el país se valorarán conforme a: ... i) Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en el caso de fideicomisos financieros, que se coticen en bolsas o mercados: al último valor de cotización o al último valor de mercado al 31 de diciembre de cada año. Los que no coticen en bolsas o mercados se valorarán por su costo, incrementado, de corresponder, con los intereses que se hubieran devengado a la fecha indicada, o en su caso, en el importe de las utilidades del fondo fiduciario que se hubieran devengado a favor de sus titulares y que no les hubieran sido distribuidas al 31 de diciembre del año por el que se determina el impuesto”.

¹⁷⁷ NANCI ETEROVICH, *op. cit.*

¹⁷⁸ En opinión de MOLAS “es indudable que estamos frente a créditos en cabeza del beneficiario y del fideicomisario, créditos que hasta podrían no ser atribuibles a nadie porque es posible que dichos sujetos no estén determinados al momento de firmarse el contrato” (LILIANA DEL CARMEN MOLAS, *op. cit.*, pág. 102).

¹⁷⁹ JAVIER ENRIQUE AYUSO y JAVIER MARTÍN LEMMA, *El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de “de Luca” y “Eurnekian”*, LL-2005-C, pág.1155.

¹⁸⁰ Tribunal oral en lo penal económico N° 1, sentencia del 13/08/2004, Causa 6261 “Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769 – Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769”.

¹⁸¹ LILIANA DEL CARMEN MOLAS, *op. cit.*, pág. 102.