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

La imposición del fideicomiso a la luz de sus distintas modalidades

Parrondo, Alfredo Javier

2005

Cita APA: Parrondo, A. (2005). La imposición del fideicomiso a la luz de sus distintas modalidades. 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

Tesis Doctoral 001502/0616

CATALOGADO

POSGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN

Col. 1502/0616

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

TESIS: "LA IMPOSICIÓN DEL FIDEICOMISO A LA LUZ DE SUS DISTINTAS MODALIDADES"

top. Z. 211; Z. 21
P1
Trab. Posg.

Donación
Valor aprox.

Autor: Alfredo Javier Parrondo
Tutor: Jorge Gebhardt

Buenos Aires, febrero de 2006

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
Profesor Emerito Dr. ALFREDO L. PALACIOS

ÍNDICE

Pag.

Capítulo I. Conceptos iniciales

1.1. Introducción 10
1.2. Fideicomisos. Concepto 10
1.3. Antecedentes históricos 12
1.3.1. El derecho romano 12
1.3.1.1. El fideicommissum 13
1.3.1.2. El pactum fiduciae 14
1.3.2. El derecho germánico 16
1.3.3. El derecho anglosajón. El use 17
1.3.3.1. Aparición del trust 18
1.3.3.2. El mortgage 19
1.3.4. El fideicomiso latinoamericano 20
1.4. Los negocios fiduciarios 21
1.5. Distinción con los negocios indirectos 23
1.6. Distinción entre negocio fiduciario y simulado 24
1.7. El negocio subyacente 25
1.8. Propiedad y dominio fiduciarios 26
1.9. Naturaleza del dominio fiduciario 27
1.9.1. Caracteres 29
1.9.1.1. Absoluto 29
1.9.1.2. Exclusivo 30
1.9.1.3. Temporario 31
1.9.2.. Distinción de otros derechos reales 31
1.9.2.1. Dominio perfecto 32
1.9.2.2. Dominio revocable 32
1.9.2.3. Usufructo 33
1.9.2.4. Anticresis 34
1.10. Conclusiones 34

Capítulo II. Encuadre jurídico del patrimonio fiduciario

2.1. Introducción 36
2.2. El patrimonio fiduciario 36
2.2.1. Teoría del mandato irrevocable 36
2.2.2. Teoría de Navarro Martorell 37
2.2.3. Teoría del patrimonio único 37
2.2.4. Teoría del patrimonio autónomo sin titular 38
2.2.5. Teoría del desdoblamiento de la propiedad 39
2.2.6. Teoría de la ausencia de transmisión de la propiedad 39
2.2.7. Teoría del patrimonio de afectación 39
2.3. El régimen de la Ley N° 24.441 40
2.4. Características del patrimonio fiduciario 42
2.5. Conclusiones 44

Capítulo III. El contrato de fideicomiso

3.1. Introducción 30

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

Pág.

3.2. El contrato de fideicomiso. Concepto 45
3.3. Forma 45
3.4. Características 46
3.4.1. Consensual 46
3.4.2. Típico y nominado 47
3.4.3. Bilateral 47
3.4.4. Conmutativo 49
3.4.5. Oneroso o gratuito 49
3.4.6. Unitario 49
3.4.7. De tracto sucesivo 50
3.4.8. Formal 50
3.4.9. A favor de terceros 51
3.5. Diferencias con otras figuras jurídicas 52
3.5.1. Mandato 52
3.5.2. Donación 53
3.5.3. Depósito 54
3.5.4. Renta Vitalicia 55
3.5.5. Compraventa 56
3.6. Partes participantes 56
3.6.1. El fiduciante 56
3.6.2. El fiduciario 58
3.6.3. El beneficiario 59
3.6.4. El fideicomisario 60
3.7. Causales de extinción y efectos 60
3.7.1. Causales de extinción 60
3.7.1.1. Vencimiento del plazo fijado 61
3.7.1.2. Cumplimiento de la condición 61
3.7.1.3. Cumplimiento del plazo legal máximo 61
3.7.1.4. Revocación por el fiduciante 62
3.7.1.5. Cualquier otra causal prevista contractualmente 63
3.7.1.6. Insuficiencia patrimonial 63
3.7.1.7. Imposibilidad de cumplimiento de la condición fijada 63
3.7.1.8. Acuerdo de voluntades 64
3.7.1.9. Desaparición del beneficiario 65
3.7.1.10. Confusión 65
3.7.2. Efectos de la extinción 66
3.8. Conclusiones 66

Capítulo IV. Clasificación de los fideicomisos
4.1. Introducción 68
4.2. Criterios utilizados 68
4.2.1. Según el marco legal 68
4.2.2. Según la naturaleza del acto constitutivo 69
4.2.2.1. Contractual 69
4.2.2.2. Testamentario 69
4.2.2.3. Legal 70

Pág.

4.2.3. Según los sujetos participantes 70
4.2.4. Según la naturaleza de los bienes fideicomitidos 71
4.2.5. Según la finalidad perseguida 71
4.2.5.1. De administración 72
4.2.5.2. Traslativos de propiedad 72
4.2.5.3. De inversión 72
4.2.5.4. De garantía 73
4.2.5.5. De garantía y pago 73
4.2.5.6. Inmobiliarios 74
4.2.5.7. De beneficencia 74
4.2.5.8. De fondos de pensión 74
4.2.5.9. De seguros de vida 75
4.2.5.10. Otros tipos de fideicomisos 75
4.3. Conclusiones 75

Capítulo V. Tratamiento tributario en general del fideicomiso
5.1. Introducción 77
5.1. Planos de análisis 77
5.2.1. Transferencia de bienes por el fiduciante 77
5.2.1.1. Impuesto a las ganancias 79
5.2.1.2. Impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas 80
5.2.1.3. Impuesto al valor agregado 81
5.2.1.4. Impuesto sobre los ingresos brutos 81
5.2.1.5. Impuesto de sellos 82
5.2.1.5.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 84
5.2.1.5.2. Provincia de Buenos Aires 84
5.2.1.5.3. Catamarca 85
5.2.1.5.4. Córdoba 86
5.2.1.5.5. Corrientes 87
5.2.1.5.6. Chaco 87
5.2.1.5.7. Chubut 88
5.2.1.5.8. Entre Ríos 89
5.2.1.5.9. Formosa 89
5.2.1.5.10. Jujuy 90
5.2.1.5.11. La Pampa 91
5.2.1.5.12. La Rioja 91
5.2.1.5.13. Mendoza 92
5.2.1.5.14. Misiones 93
5.2.1.5.15. Neuquén 94
5.2.1.5.16. Río Negro 95
5.2.1.5.17. Salta 95
5.2.1.5.18. San Juan 96
5.2.1.5.19. San Luis 96
5.2.1.5.20. Santa Cruz 97
5.2.1.5.21. Santa Fe 98

Pág.

5.2.1.5.22. Santiago del Estero 99
5.2.1.5.23. Tierra del Fuego 100
5.2.1.5.24. Tucumán 100
5.2.2. Tratamiento de las operaciones del fondo 101
5.2.2.1. El fideicomiso como sujeto tributario 102
5.2.2.2. Impuesto a las ganancias 102
5.2.2.3. Impuesto al valor agregado 103
5.2.2.4. Impuesto a la ganancia mínima presunta 104
5.2.2.5. Impuesto sobre los bienes personales 104
5.2.2.6. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operatorias 105
5.2.2.7. Impuesto sobre los ingresos brutos 105
5.2.3. Atribución de rentas al beneficiario 106
5.2.3.1. Impuesto a las ganancias 106
5.2.3.2. Impuesto al valor agregado 106
5.2.4. Entrega de bienes remanentes al fideicomisario 107
5.2.4.1. Impuesto a las ganancias 107
5.2.4.2. Impuesto al valor agregado 107
5.2.4.3. Impuesto de sellos 107
5.2.5. Cesión de derechos de beneficio 108
5.2.5.1. Impuesto a las ganancias 108
5.2.5.2. Impuesto al valor agregado 108
5.3. Conclusiones 109

Capítulo VI. El fideicomiso de garantía
6.1. Introducción 111
6.2. Concepto 111
6.3. Diferencias con la prenda y la hipoteca 113
6.4. Ventajas de su utilización 114
6.5. Naturaleza jurídica 115
6.6. Estructura 117
6.7. Características y funcionamiento 118
6.8. Ejecución de la garantía 122
6.9. Regulación del fideicomiso de garantía en la legislación latinoamericana 123
6.10. Tratamiento tributario 125
6.10.1. Pronunciamientos administrativos dictados en la materia. Crítica 125
6.10.1.1. Dictamen Nº 20/96 (D.A.L.) 126
6.10.1.2. Dictamen Nº 34/96 (D.A.T.) 127
6.10.1.3. Dictamen Nº 49/97 (D.A.L.) 129
6.10.2. El fideicomiso de garantía y la realidad económica 129
6.10.3. Impuesto a las ganancias 131
6.10.4. Impuesto al valor agregado 132
6.10.5. Impuesto a la ganancia mínima presunta 132
6.10.6. Impuesto sobre los bienes personales 135

Pág.

6.10.7. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operatorias 135
6.10.8. Impuesto sobre los ingresos brutos 136
6.10.9. Impuesto de sellos 137
6.10.9.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 137
6.10.9.2. Provincia de Buenos Aires 138
6.11. Conclusiones 139

Capítulo VII. El fideicomiso público
7.1. Introducción 141
7.2. Concepto 141
7.3. Legislación comparada 142
7.4. Naturaleza jurídica 143
7.5. Sujetos intervinientes 146
7.6. Elementos caracterizantes 147
7.6.1. Competencia 147
7.6.2. Consentimiento 147
7.6.3. Habilitación previa 147
7.6.4. Objeto 147
7.6.5. Forma 148
7.6.6. Procedimiento de selección del cocontratante 148
7.6.7. Finalidad fiduciaria 148
7.7. Principales diferencias con el fideicomiso privado 148
7.8. Tratamiento tributario 149
7.8.1. La inmunidad fiscal del Estado 149
7.8.2. Impuesto a las ganancias 151
7.8.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta 152
7.8.4. Impuesto sobre los bienes personales 154
7.8.5. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias 155
7.9. Conclusiones 156

Capítulo VIII. El fideicomiso en el exterior (off-shore trust)
8.1. Introducción 157
8.2. Trust. Concepto 157
8.3. La dualidad del sistema inglés 158
8.3.1. El common law 158
8.3.2. La equity law 159
8.4. Naturaleza jurídica del trust 160
8.5. Partes 161
8.5.1. El settlor, creator o trustor 161
8.5.2. El trustee 162
8.5.3. El beneficiary o cestui que trust 163
8.6. Clases de trust 164
8.7. Objeto del trust 167
8.8. Características y funcionamiento *168*

Pág.

8.9. Diferencias con el fideicomiso 169
8.10. Finalidades perseguidas con los off-shore trusts 170
8.10.1. Distribución de bienes 170
8.10.2. Protección legal 170
8.10.3. Planificación fiscal 171
8.11. Legislación comparada 173
8.11.1. Bahamas 173
8.11.2. Chipre 174
8.11.3. Gibraltar 174
8.11.4. Isla de Man 174
8.11.5. Malta 174
8.11.6. Principado de Liechtenstein 174
8.12. Situación de los trust frente a los convenios para evitar la doble imposición internacional 174
8.13. Residencia fiscal del trust 176
8.14. Tratamiento fiscal en la Argentina 178
8.14.1. Impuesto a las ganancias 178
8.14.1. Impuesto al valor agregado 179
8.14.1. Impuesto a la ganancia mínima presunta 179
8.14.1. Impuesto soabre los bienes personales 180
8.15. Oponibilidad fiscal del trust 181
8.16. Conclusiones 183

Capítulo IX. El fideicomiso financiero
9.1. Introducción 185
9.2. La securitización de activos 185
9.2.1. Fundamentos que justifican su utilización 187
9.2.2.. Estructuras de securitización 188
9.2.3. Vehículos utilizados 189
9.3. Fideicomisos. Concepto 190
9.4. Requisitos 190
9.5. Pasos seguidos para la implementación de la operatoria 191
9.6. Contenido del contrato 191
9.6.1. Los bienes objeto del contrato 191
9.6.2. Duración del fideicomiso 192
9.6.3. Destino de los bienes a la finalización del contrato 192
9.6.4. Derechos y obligaciones del fiduciario 192
9.6.5. Elementos adicionales exigidos por la Comisión Nacional de Valores 193
9.7. Sujetos intervinientes 193
9.7.1. El originante (u originator) 193
9.7.2. El fiduciario financiero 194
9.7.3. El organizador 195
9.7.4. El administrador o servicer 195
9.7.5. El tomador o colocador (o underwriter) 196
9.7.6. Los inversores 196

Pág.

9.7.7. El depositario 196
9.7.8. El garante 196
9.7.9. La calificadora de riesgo 196
9.7.10. El proveedor de fondos 197
9.8. Los títulos fiduciarios 198
9.9. Similitudes y deferencias con los fondos comunes de inversión 200
9.10. Casos particulares de fideicomisos financieros 200
9.10.1. Securitización de flujos futuros de fondos 201
9.10.2. Titulización de créditos con revolving 201
9.10.3. Fondos de inversión directa 202
9.10.4. Fideicomisos de inversión en capital de riesgo 203
9.10.5. Fideicomisos de reestructuración de pasivos bancarios 203
9.11. Tratamiento tributario del fideicomiso financiero 204
9.11.1. Impuesto a las ganancias 204
9.11.1.1. Tratamiento de los fideicomisos que cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 70.2 de la reglamentación 206
9.11.1.1.1. Finalidad de titulización de activos 207
9.11.1.1.2. Naturaleza de los bienes fideicomitidos 207
9.11.1.1.3. Homogeneidad de los activos fiddeicomitidos 207
9.11.1.1.4. Colocación por oferta pública 209
9.11.1.1.5. Plazo de duración del fideicomiso y de los activos fideicomitidos 211
9.11.1.1.6. No sustitución de los activos fideicomitidos 212
9.11.1.1.7. Fuente de los beneficios 213
9.11.2. Impuesto al valor agregado 214
9.11.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta 216
9.11.4. Impuesto sobre los bienes personales 216
9.11.6. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias 217
9.11.5. Impuesto sobre los ingresos brutos 218
9.11.7. Impuesto de sellos 221
9.11.7.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 221
9.11.7.2. Provincia de Buenos Aires 221
9.11.7.2.1. Contrato de fideicomiso 222
9.11.7.2.2. Emisión y suscripción de los títulos fiduciarios 222
9.11.7.2.3. Cesión fiduciaria de los activos 224
9.12. Tratamiento fiscal de los títulos emitidos 224
9.12.1. Pronunciamiento del Fisco sobre la procedencia de la exención del artículo 83 de la Ley Nº 24.441 225
9.12.2. Impuesto a las ganancias 225
9.12.2.1. Resultados derivados de la negociación de los valores fiduciarios 225
9.12.2.2. Resultados provenientes de la tenencia de los títulos fiduciarios 226
9.12.2.3. Rendimientos provenientes de los títulos 227
9.12.2.3.1. Títulos de deuda 227
9.12.2.3.2. Certificados de participación 227

Pág.

9.12.3. Impuesto al valor agregado 228
9.12.4. Impuesto sobre los bienes personales 228
9.12.5. Impuesto a la ganancia mínima presunta 229
9.12.6. Impuesto sobre los ingresos brutos 229
9.12.7. Impuesto de sellos 231
9.13. Conclusiones 231

Capítulo X. Aspectos contables de los fideicomisos
10.1. Introducción 232
10.2. El fideicomiso como ente contable
10.3. El Informe Nº 28 de la F.A.C.P.C.E. 232
10.3.1. Clases de fideicomisos 233
10.3.2. Pautas sobre registración contable 233
10.3.2.1. Transmisión fiduciaria con contraprestación 235
10.3.2.1.1. Tratamiento cuando la transmisión fiduciaria se asimila a una operación de venta 236
10.3.2.1.2. Tratamiento cuando la transmisión fiduciaria no se asimila a una operación de venta 236
10.3.2.2. Transmisión fiduciaria sin contraprestación 237
10.3.2.3. Registraciones en los libros del fiduciario 237
10.3.2.4. Contabilización de los certificados de participación 237
10.3.2.5. Estados contables del fideicomiso 238
10.3.2.6. Información complementaria en los estados contables del fiduciario y del fiduciante 239
10.4. Conclusiones 239

Consideraciones finales 241

Apéndice de jurisprudencia administrativa
Dictamen Nº 20/1996 (DAL) 243
Dictamen Nº 34/1996 (DAT) 250
Dictamen Nº 11/1997 (DAT) 258
Dictamen Nº 49/1997 (DAL) 262
Dictamen Nº 85/1997 (DAL) 266
Dictamen Nº 59/1999 (DAT) 269
Dictamen Nº 94/1999 (DAL) 274
Dictamen Nº 23/2000 (DAL) 276
Dictamen Nº 17/2002 (DAT) 280
Dictamen Nº 19/2003 (DAT) 284
Dictamen Nº 46/2003 (DAL) 289
Dictamen Nº 49/2003 (DAL) 293
Dictamen Nº 59/2003 (DAL) 297
Dictamen Nº 63/2003 (DAL) 299
Dictamen Nº 11/2004 (DAL) 305
Dictamen Nº 17/2004 (DAT) 308
Dictamen Nº 47/2004 (DAT) 312

Pág.

Dictamen Nº 55/2004 (DAL) 321
Dictamen Nº 74/2004 (DAT) 326
Dictamen Nº 18/1999 – Dir. Técnica Tributaria – D.P.R. Bs. As. 332
Dictamen Nº 21/1999 – Dir. Técnica Tributaria – D.P.R. Bs. As. 350

Bibliografía 353

CAPITULO I

CONCEPTOS INICIALES

1.1. INTRODUCCIÓN

El fideicomiso es un mecanismo elástico y flexible que permite desarrollar todas las necesidades lícitas que los sujetos determinen, lo cual explica el gran desarrollo que ha tenido esta figura jurídica en todo el mundo, tanto en países desarrollados como en desarrollo.

La importancia de este instrumento se fundamenta en que en virtud de sus características resulta una herramienta que ofrece seguridad, reduce el riesgo del negocio a la operatoria objetiva del patrimonio, no existe riesgo subjetivo, y además ofrece liquidez a través de la colocación de los títulos representativos del patrimonio.

En nuestro país, la Ley Nº 24.441 -bajo el título de "Financiamiento para la vivienda y la construcción"- regula entre otras cuestiones este instituto, teniendo por objeto otorgar liquidez a entidades que poseen activos inmovilizados -inmuebles, facturas a cobrar, etc.-, a través de posibilitarles el aporte de los mismos a un fideicomiso para constituir un patrimonio de afectación y de esta forma habilitar numerosas operaciones.

Las formas mayormente utilizadas dentro de la amplia gama de opciones posibles han sido los fideicomisos financieros y los fideicomisos en garantía, razón por la cual, luego de encarar el tema en forma genérica, profundizaremos en mayor medida su análisis.

El primero de ellos es utilizado como vehículo de securitización o titulización de un activo -hipoteca, prenda, inmuebles, facturas-, lo cual permite otorgar liquidez a activos inmovilizados, cobrando autonomía económica y pudiendo ser ofrecido a la vez como garantía de la emisión de títulos que tendrían ese respaldo.

La segunda de las opciones mencionadas se utiliza para obtener garantías seguras en préstamos para la construcción, apuntando a constituirse en una herramienta para la reactivación de este sector de la economía, en un mercado que en el contexto económico dado al momento de su regulación legal, no ofrecía garantías. También puede ser utilizado en otras operatorias en donde se busca captar fondos para desarrollar un proyecto de inversión en particular.

1.2. FIDEICOMISO. CONCEPTO.

El fideicomiso tiene sus orígenes en la fiducia romana, "...negocio de confianza que permitía la transferencia de un bien a una persona de amistad

con el objeto que ésta diera a dicho bien algún destino determinado o para que el mismo sirviera de garantía de algún crédito"[1].

La doctrina citada agrega que "... consiste en una operación de transferencia de un bien a la persona a la cual se adiciona un encargo o una gestión vinculados con dicho bien. Pero el aspecto más importante de la operatoria es que se reconoce un patrimonio separado 'ad-hoc", desafectado del patrimonio del transmisor de dicho bien (fiduciante) y del receptor del mismo (fiduciario), siendo una unidad patrimonial autónoma afectada a la finalidad perseguida en el contrato en cuestión".

Kiper y Lisoprawski, expresan, por su parte, que "La transmisión de la propiedad del bien a título de confianza significa que no lo recibe a título onerosos ni a título gratuito", aclarando que dicha particularidad no debe confundirse con el carácter de onerosos o gratuito que posee el propio contrato de fideicomiso, ya que ".... éste será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados, onerosidad que se presume salvo convención en contrario".

Podemos decir que se trata de un contrato en virtud del cual una persona transfiere "en confianza" la propiedad de determinados bienes a otra para que esta los administre hasta que se produzca el cumplimiento de una determinada condición, ocurrida la cual se les da su destino definitivo.

En cuanto a nuestra legislación de fondo, cabe señalar que esta figura se encontraba receptada -aunque con "... una tipicidad incipiente ..." en palabras de Bettina Freire- en el articulo 2662, el cual decía que "dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutiva, o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

Dicha redacción se vio modificada tras la entrada en vigencia de la Ley Nº 24.441, siendo su nuevo texto el siguiente: "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".

Cabe resaltar que fue precisamente la Ley Nº 24.441 la cual brindó una definición legal de este tipo de contratos. En tal sentido, su artículo 1º establece que "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transfiere o se obligue a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes determinados o determinables 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 al fideicomisario".

[1] **MARTÍN**, Julián, Tratamiento impositivo de operaciones financieras, pág. 313.

1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A los fines de adentrarnos en la naturaleza de esta figura del derecho nacional e identificar las fuentes que lo nutrieron, resulta menester primero describir las distintas etapas de su evolución histórica. En tal sentido, cabe señalar que el fideicomiso reconoce su origen en el derecho romano, desde donde se traslada al derecho germánico.

Otro pilar fundamental es el trust, figura que según algunos autores comparte un tronco común con el fideicomiso romano-germánico, mientras que para otros se trata de una creación inédita del derecho anglosajón.

1.3.1. EL DERECHO ROMANO

El fideicomiso adoptó en Roma dos modalidades distintas: el fideicomiso o fideicommisum, y la fiducia o pactum fiduciae, cuyas características analizaremos en el punto siguiente. Ambas términos provienen de la palabra "fides", que en latín se traduce como "confianza", lo cual constituye el elemento central de este instituto: se transmiten los bienes a una persona porque se confía en su honradez y buena fe para llevar a cabo un determinado encargo que se le encomienda.

Inicialmente, esta práctica estaba al margen de toda protección jurídica, quedando librado el cumplimiento del encargo a la buena fe y conciencia del "fiduciarius". Tanto el fiduciante como el fideicomisario (esto es, el destinatario último de los bienes) carecían de toda acción legal tendiente a lograr el cumplimiento del gravamen fiduciario. De este modo, estamos ante un negocio fiduciario "puro", basado únicamente en la confianza que se depositaba en la persona a la que se entregaban los bienes.

En tal sentido, Clusellas y Ormaechea expresan que el fideicomiso romano comenzó "...siendo un negocio basado únicamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente. El primero transmitía al segundo la propiedad de un bien y le encomendaba que hiciera uso de las facultades de dueño conforme a sus instrucciones, indicándole a quien debía, finalmente, entregar las cosas recibidas en fiducia. Estas instrucciones, que además eran en general nuncupativas, impartidas en forma oral, sólo eran conocidas por el tradens y el acipiens, y sólo se generaba para el fiduciario la obligación natural de respetarlas y cumplirlas. Podía libremente usar y abusar del derecho de dominio que recibía y no podía ser obligado por acción judicial alguna"[2].

No obstante, como veremos, con el correr del tiempo se fueron recortando las primitivas facultades del fiduciario, limitándose las posibilidades de abuso sobre los bienes confiados y priorizando la realidad subyacente conformada por la auténtica voluntad del transmitente. Nacieron así las primeras acciones de naturaleza legal que permitían al constituyente o al fideicomisario

[2] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina. Contratos con garantía fiduciaria, pág. 30.

reclamar ante el pretor el cumplimiento del encargo encomendado. Pasamos así del negocio fiduciario "puro" al negocio fiduciario "impuro", el cual no está sometido ya a la buena fe del adquirente sino que se encuentra amparado por controles y regulaciones legales.

1.3.1.1. El fideicommissum

Este instituto consistía en un instrumento testamentario, nacido a partir de las múltiples prohibiciones que en materia sucesoria preveía el derecho romano. Precisamente, se recurría a esta figura para facilitar al testador los actos de última voluntad, permitiéndole transmitir sus bienes a una persona que carecía de la denominada "testameti factio" (esto es, era incapaz de sucederlo) y soslayando de este modo la prohibición legal. También recurrían al "fideicommiseum" quienes no estando habilitados a testar según la ley romana (no poseían la "factio testamenti activa", como era el caso, por ejemplo, de los peregrinos), querían transmitir sus bienes mortis causa[3].

Al respecto, Javier Barbieri comenta que "El fideicomissum nació como un encargo de liberalidad mortis causa sin sanción jurídica. Se encomendaba a la persona que, por ley o por testamento, debía recoger los bienes hereditarios para que diera a éstos un destino determinado o ejecutase cualquier otra disposición del causante. La debilidad jurídica del instituto, proveniente de la falta da acción para exigir su cumplimiento, era superada por las ventajas que concedía su utilización, que principalmente eran dos: la carencia de toda formalidad legal y la posibilidad de recurrir a este medio alcanzar fines que de otro modo no se podían obtener"[4].

Básicamente, consistía en instituir un heredero ("heres fiduciaris") que recibía formalmente la herencia, sólo para transmitirla a su vez a quien era el verdadero destinatario de la disposición testamentaria. Constituía un ruego amistoso, desprovisto de las formalidades establecidas por el ordenamiento legal para el testamento; muchas veces no se exteriorizaba a través de éste, como se exigía en el caso de los legados, sino a través de una simple carta o escrito, e incluso en forma oral. Se podían transmitir tanto objetos singulares (fideicomiso singular) como la universalidad o una cuota parte de la herencia (fideicomiso universal).

Al heredero graciado también se lo denominaba "fiduciarius", y a quien debía transmitirle éste los bienes "fideicomisario". Para que la figura fuera procedente, se requería necesariamente la aceptación del "fiduciarius", quien no siempre accedía a ello atento a la responsabilidad que acarreaba el cumplimiento del encargo fiduciario. A los efectos de impulsar dicha acepta-

[3] Con relación a este punto, López de Zavalía explica que "Un incapaz de testar puede favorecer al incapaz de recibir ... Dependiendo todo de la buena fe del fiduciario, sin más garantía que esa buena fe y la repulsa social que la violación de esa buena fe acarreara, el fideicomiso originario no tiene porque reconocer otros límites que los que derivan de su esencia impregnada de buena fe, de confianza". Fideicomiso. Leasing, Letras hipotecarias ..., pág. 29.

[4] **BARBIERI**, Javier. El fideicomiso desde sus origines hasta el derecho actual, pág. 1351.

ción, en determinada época se decidió asignarle como retribución una cuarta parte de la herencia ("cuarta falcidia").

Inicialmente, la observancia del encargo quedaba librada exclusivamente a la buena fe y conciencia de los fiduciarios ('heredi fidei committere"), pero ante los frecuentes abusos cometidos por éstos, el Emperador Augusto se vio obligado a someter al fideicommissum al control jurisdiccional de los jefes de la administración, los cónsules. Así, pasó a otorgarse a esta figura una suerte de reconocimiento administrativo, que habilitaba al fideicomisario a solicitar a los cónsules su ejecución ("extraordinaria cognitio"). A partir de entonces se reconoció al fideicomisario tanto derechos como obligaciones.

Posteriormente, Claudio procedió a designar dos pretores fideicommiseum (reducidos luego a uno por Tito), encargados de velar por el cumplimiento de los fines del fideicomiso, al mismo tiempo que se atribuía idéntica facultad a los gobernadores de provincia. Finalmente, durante el reinado de Justiniano, el fideicomisario adquirió un derecho real, en lugar del derecho de crédito, pudiendo reivindicar los bienes fideicomitidos incluso ante un adquirente de buena fe. Así, los fideicomisos pasaron a asemejarse a los legados, imponiéndose para ambos la misma regulación jurídica.

Otra variante del "fideicommiseum" estaba dada por las sustituciones fideicomisarias, cuya finalidad era perpetuar la voluntad del causante a lo largo de varias generaciones. A través de dichas sustituciones, el testador transmitía sus bienes al fiduciario, quien la gozaría hasta su fallecimiento, momento en el cual debía ser transferida al fideicomisario. De este modo, se imponía un heredero al heredero. Esta institución se proyectó en diversos regímenes, entre ellos el mayorazgo del derecho español, el que permitía la transmisión indivisa del patrimonio familiar en cabeza del primogénito[5].

Con relación a esta última posibilidad, observa Carregal que la aptitud del fideicommisum para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley, contribuyó a su desprestigio, especialmente en los sistemas legales en los que el orden sucesorio estaba rigurosamente reglamentado[6]. Así, resabio de esta figura son los artículos 3723 y 3730 de nuestro Código Civil, que prohíben la sustitución fideicomisaria.

1.3.1.2. El pactum fiduciae

Se trataba de un acto inter vivios, de tipo contractual, mediante el que se producía la transmisión de la propiedad plena de la cosa anexada a una convención o "pactum fiduciae"; en virtud de esta última, el adquirente se obligaba a su vez frente al transmitente a restituirla o a transmitirla a un tercero una vez cumplidos ciertos fines. En tal sentido, Bonfante define a la fiducia como "... una convención por la cual una de las partes (fiduciario) al recibir de la otra (fiduciante) una cosa en la forma de la mancipatio o la in iure cesio,

[5] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina, op. cit., pág. 33.
[6] **CARREGAL**, Mario A. El fideicomiso, pág. 20.

asume la obligación de hacer uso de aquella con un fin determinado, y al menos por regla general, restituirla una vez logrado el fin"[7].

A través de este instituto se podían alcanzar distintos fines. Se podían presentar así las siguientes alternativas:

a) **Fiducia cum amico contracta**: se transmitía un bien a otro para que éste lo usara y disfrutara gratuitamente en su propio provecho, con la obligación de restituirlo a su primitivo dueño cuando este se hiciera presente. Se trataba de un negocio de colaboración o custodia, en el cual la transmisión de la propiedad perseguía como única finalidad el resguardo de determinados bienes. A diferencia de la fiducia cum creditore, en este caso la fiducia se constituía a favor del fiduciante o de un tercero beneficiario y no del fiduciario, quien si bien poseía la titularidad la ejercía por cuenta ajena. No obstante, frente al resto de las personas el fiduciario se comportaba como dueño de la cosa; podía enajenarla, administrarla, celebrar contratos sobre ella y defenderla del ataque de terceros.

b) **Fiducia cum creditore contracta**: tenía por finalidad garantizar el pago de una deuda mediante la transmisión de la propiedad de una cosa, la que debía ser restituida al deudor (mancipatio dans) una vez que este hubiese hecho efectivo el pago[8]. En caso de incumplimiento, el acreedor (mancipatio accipiens) estaba autorizado a conservar definitivamente los bienes adquiridos (cláusula de comiso o lex comisoria) o a enajenarlos para cobrar su acreencia (pactum vendendo), aun en el supuesto de que el monto de ésta resultara inferior al valor de la cosa transmitida. Constituye el antecedente de la prenda y la hipoteca.

Con relación a esta figura, López de Zavalía afirma que "La fiducia romana tenía efectos puramente personales. El fiduciante transfería la propiedad plena y, en consecuencia, carecía de los derechos de persecución y de preferencia. Si el acreedor (en la fiducia cum creditore) o aquél a quien se había transmitido la cosa con fines de guarda, uso (en la fiducia cum amico), si, resumiendo, el fiduciario enajenaba la cosa a un tercero, nada podía reclamar el fiduciante contra éste; si el fiduciario caía en insolvencia tampoco podía el fiduciante oponerse a los acreedores"[9].

Vemos nuevamente aquí que el cumplimiento de la manda estaba librado exclusivamente a la buena fe del adquirente. Sin embargo, y tal como anticipáramos en párrafos anteriores, esta situación cambió posteriormente,

---

[7] Citado por Lidia **CALEGARI DE GROSSO**. El fideicomiso dentro del proceso de adaptación del trust a los conceptos del derecho civil, pág. 998.

[8] **CLUSELLAS** y **ORMAECHEA** explican el funcionamiento de este esquema de la siguiente forma: "... el deudor mancipaba a s acreedor la cosa por un sestercio, es decir transmitía determinados bienes mediante una venta ficticia, pero solo fiduciariamente, pactándose que una vez saldada la deuda, la cosa sería reintegrada al deudor por una nueva mancipación". Op. cit., pág. 31. Debemos recordar aquí que la mancipatio consistía en un contrato de cambio de una cosa por dinero, el cual se transformó con el tiempo en un negocio formal de transferencia de la propiedad.

[9] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, Fernando J., Fideicomiso. Leasing. Letras Hipotecarias ..., pág. 27.

acordándose al constituyente primero una acción infamante in factum y, finalmente, en el año 659, la "actio fiduciae", por la que podía reclamar rendición de cuentas al fiduciario y la restitución de la cosa o el resarcimiento de daños en el caso que se hubiera transmitido la cosa a un adquirente de buena fe. A su vez, el fiduciario tenía "fiduciae contraria", mediante la cual podía reclamar el resarcimiento de los gastos incurridos.

Pese a estos remedios legales, los riesgos jurídicos que acarreaba la celebración de este contrato para el fiduciante, derivados de la desproporción entre las facultades conferidas al fiduciario y la finalidad perseguida, motivaron que el mismo fuera cayendo en desuso con el transcurso del tiempo, a medida que otras figuras jurídicas, como el comodato, el depósito, el mandato, la prenda y la hipoteca, permitían la consecución de sus mismos fines aunque con una mayor protección jurídica.

1.3.2. EL DERECHO GERMÁNICO

Si bien con ciertas diferencias, la fiducia romana renace en el antiguo derecho germánico a través del Salmann[10], el cual dio posteriormente lugar a la figura del Treuhand.

Al igual que acontecía en el derecho romano, esta institución fue utilizada para múltiples propósitos: beneficiar mediante actos intervivos o mortis causa a quien no podía ser calificado directamente como sucesor ("manus fidelis"); celebración de responsales dentro del derecho de familia; garantizar un crédito (si bien se limitaba la entrega a bienes inmuebles), etc.

Cabe señalar que la fiducia de origen germánico presenta como elemento distintivo de su par romana que mientras en ésta el poder del fiduciario era absoluto, en la primera el trehuhander adquiría una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real erga omnes, de modo que todo acto de abuso por parte del fiduciario provocaba ipso jure el retorno de la cosa a su primitivo propietario o a sus herederos, incluso en perjuicio de terceros adquirentes[11].

De este modo, el poder reconocido al fiduciario (treuhander) se encontraba restringido en función de la finalidad perseguida. Al respecto, Kipper y Lisoprawski explican que dentro de este esquema "... la transmisión es efectuada bajo condición resolutoria, estableciéndose una propiedad limitada en virtud de la retracción automática a que queda sujeto el bien a favor del fiduciante, que restablece su primitiva condición de titular del derecho, lo que le permite, incluso, reivindicar el bien de cualquier tercero que lo detente"[12].

---

[10] Esta figura es definida como "... la persona intermediaria que realiza la transmisión de n bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo". Cfr. **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, op. cit., pág. 31.

[11] **ORELLE,** José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge. Financiamiento de la Vivienda y de la construcción. Ley 24.441, pág. 75.

[12] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 3.

La presencia de esta condición resolutoria dotaba a este contrato de plenas garantías jurídicas, lo cual ha llevado a algunos juristas a negarle el carácter de negocio fiduciario, ello ante la ausencia de la situación de peligro que caracteriza a este último y al no existir una desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido[13].

La condición resolutoria también ha motivado que una corriente de pensamiento vislumbre que en el fideicomiso del derecho germánico no se produce una transmisión definitiva del dominio al fiduciario, sino, por el contrario, una separación entre la propiedad formal -el "dominium legitimun"-, ejercida por este último –la cual legitimaba su accionar frente a terceros-, y la denominada propiedad material –el "dominium naturale"- que conservaba el fiduciante. Esta concepción de tipo feudal, de fraccionamiento del derecho de propiedad, fue posteriormente recogida por el derecho anglosajón a través del trust.

1.3.3. EL DERECHO ANGLOSAJÓN. EL USE

Otro antecedente lo constituye el use, cuya utilización se remonta a la Edad Media como medio para eludir las confiscaciones en tiempos de guerra dinásticas y las subsecuentes persecuciones que se abatían sobre los vencidos. También se recurría a esta figura con la finalidad de eludir el pago de los tributos feudales, las prohibiciones del marido de testar en favor de la esposa o la legislación que impedía a las congregaciones religiosas detentar la propiedad de bienes inmuebles (Ley de manos muertas o "status of mortmain", promulgada en Inglaterra en el año 1217).

Básicamente, el use consistía en que una persona –settlor- transfería a otra -feoffee to use- el domino de las tierras que poseía, "... con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona (cestui que use) tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas del verdadero propietario". Advertimos que si bien quien era designado en carácter de "feoffee to use" recibía la plena propiedad de la cosa, no ejercía ésta en su propio beneficio, sino atendiendo el encargo fiduciario de destinarla al uso exclusivo del "cestui que use", que podía ser el mismo "settlor".

En un principio, las obligaciones del cesionario sólo quedaban sujetas a su conciencia y creencias religiosas, dado que, al no ser reconocida esta institución por el sistema jurídico anglosajón (el common law), aquél podía disponer del bien como cualquier otro propietario. No obstante, y como veremos más adelante, con el correr del tiempo los conflictos entre el feoffee y el cestui que use se resolvieron a través de los tribunales de equidad.

[13] **KIPER**, El Régimen jurídico del dominio fiduciario, pág. 61. No obstante, Martorell (citado por el mismo autor) considera que este instituto presenta al igual que la fiducia romana la característica desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido.

1.3.3.1. APARICIÓN DEL TRUST

Como explicamos más arriba, el use podía ser utilizado tanto para fines legítimos no previstos en las leyes como también para perseguir propósitos fraudulentos. Esta última utilización del use, sumado al propósito de prevenir la pérdida de prerrogativas de los señores feudales y confiscar los bienes de la iglesia –beneficiarias de los uses- llevó a que Enrique VIII, forzara al parlamento inglés a dictar una ley tendiente a la supresión de esta figura (Statute of Uses), en virtud de la cual se reconoció al cestui que use la propiedad absoluta de los bienes recibidos.

Esta norma, al transmutar al use en posesión legal, suponía la defunción de esta práctica consuetudinaria, pues a partir de su sanción las cortes del common law desconocieron la titularidad del feofee sobre los bienes recibidos. Esto, en los hechos significaba contradecir la intención perseguida por el feofor de dividir los atributos de la propiedad, de manera que ni el feoffee ni el cestui que use fueran los dueños absolutos del trust.

No obstante, el Estatuto de Uses no tuvo los efectos esperados. En primer lugar, porque éste abarcaba sólo los supuestos de 'real property"(esto es bienes inmuebles), de manera tal que un sinnúmero de casos quedaban excluidos de su ámbito. Tampoco quedaban alcanzados por la limitación legal los denominados "active uses", que eran aquellos uses donde el feoffe tenía la propiedad por un tiempo determinado pero a la vez debía cumplir con determinadas obligaciones.

Otra forma de eludir al Estatuto de Usos fue recurrir a una antigua regla, no derogada por la nueva normativa, que establecía que un use sobre otro use carecía de validez, lo cual, combinado con las disposiciones sancionadas, conducía en los hechos a los mismos efectos que los emanados del use original. Esto se puede vislumbrar a través del siguiente ejemplo: si John transfiere la propiedad a William "to the use of" Henry "to the use of" Arthur, y atento que el segundo use carece de efecto, el Estatuto designaba titular legal a Henry, y Arthur carece de todo derecho, aunque protegido por la confianza dispensada a Henry, situación similar a la que se arribaría en la hipótesis de un use instrumentado entre John, Henry y Arthur antes de la reforma.

Tanto estos últimos como aquellos uses no afectados por el Estatuto de Usos fueron reconocidos por los tribunales de la Cancillería, especialmente a partir del siglo XVII, en virtud del impulso que diera Lord Nottinghan al principio, aludido por Joaquín de Arespacochaga, de que la equidad sigue al derecho estricto. Al respecto, Calegari de Grosso sostiene que durante su gestión, el Canciller Nottighan "...obligó a los tribunales de equidad a precisar con mayor exactitud hasta qué punto las doctrinas de derecho estricto interpretaban con fidelidad una política realista, investigación de la que resultó la construcción del sistema jurídico del trust".

En igual sentido, Malumian, Diplotti y Gutiérrez, citando a Luis Correa Larguía, expresan que "Para el tribunal de la Cancillería, las obligaciones en confianza generadas por el trust otorgaban un derecho de carácter equitativo (equity), que obligaba al trustee a cumplir fielmente el encargo fiduciario del settlor, en provecho del beneficiario. A este último la Cancillería le atribuía aplicando la equity law, la propiedad en equidad de los bienes transferidos por el fiduciante, sancionando los fraudes que pudieran cometer el trustee con penas de prisión y la confiscación de sus propios bienes. Sin embargo, los tribunales que aplicaban derecho común (Common Law) rechazaban las demandas planteadas por los beneficiarios que reclamaban por los abusos o fraudes cometidos por el trustee, ya que para el Common Law el titular de los bienes era quien tenía su propiedad legal"[14].

En cuanto a la aparición del término "trust", los autores ofrecen diversos argumentos. Así, los tratadistas recién citados explican que el nombre "trust" fue utilizado para aquellos intereses poseídos por una persona en equidad, precisando que "Aquellas relaciones nacidas con posterioridad al Statute of uses, denominadas trusts por la chancillería, sólo se referían a los antiguos trust activos o especiales y aquellos casos de trust generales o pasivos que el Statute no pudo destruir".

En cambio, López de Zavalía considera que la voz se origina en los supuestos de uses sobre uses, donde el primero, alcanzado por el Estatuto de Usos, conservaba su nombre, mientras que el segundo era designado como "trust", de lo cual se deduce que el Henry de nuestro anterior ejemplo era el trustee, y Arthur el cestui que trust. El mismo autor añade que con el correr del tiempo, se suprimió la necesidad del segundo fiduciario, con lo que el "trust" pasó a ocupar el mismo lugar que tenía el use antiguamente.

1.3.3.2. EL MORTGAGE

Con relación a esta institución, Federico de Castro y Bravo[15] refiere que para seguridad de quien hacía un préstamo, se transmitía la propiedad con la que el deudor había de garantizar el pago. El mecanismo empleado era el de la enajenación formal ("Conveyance") de la propiedad plena ("in fee simple") de la finca al acreedor. Si el deudor pagaba al acreedor, éste asumía la obligación de restituirle el inmueble.

El mismo autor afirma que pronto intervino la equity en auxilio del deudor, sobre todo a partir de la intervención de Lord Nottinghan en 1675, y que desde entonces la evolución de la figura no se ha detenido hasta su prohibición en 1925 (law of property act).

---

[14] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Fideicomiso y Securitización. Análisis legal, fiscal y contable, pág. 12. Los autores efectúan una trascripción de la obra de Correa Larguía titulada "El fideicomiso. Características y aplicación práctica en los sistemas de ahorro y préstamo".

[15] Citado por Claudio **KIPER,** op. cit. pág. 66.

Con relación a esta figura, Kiper observa que en ella "...se producía el desdoblamiento de la propiedad, pues tanto el acreedor como el deudor tenían sobre la misma cosa derechos dominales diversos, lo que, a su vez, se apoyaba en la duplicidad del ordenamiento jurídico inglés". Agrega que presentando gran similitud con la fiducia cum creditore contracta, se le ha negado, al igual que a ésta, su naturaleza de negocio fiduciario, atento a no contraerse en interés ajeno sino en el propio –ya que se pretende garantizar el crédito del acreedor-, criterio que no es compartido por el autor, con asidero en que "... puede faltar la relación de confianza o amistad sin menoscabo de la calificación de fiduciaria"[16].

1.3.4. EL FIDEICOMISO LATINOAMERICANO

A principios del siglo XX el contacto entre los hombres de negocios y profesionales mexicanos y estadounidenses conllevó a que los primeros se familiarizaran con las ventajas del trust anglosajón, suscitándose por ende el interés de tratar de introducir dicha figura en los ordenamientos legales de raíz continental. De este modo, se dejo de lado el negocio fiduciario del modelo romano romano, basado sólo en la confianza y en la buena fe[17].

Sin embargo, el citado propósito chocó con un obstáculo insalvable, dado que el trust exige para su existencia y comprensión del sistema de doble propiedad, concepto inaceptable en los sistemas jurídicos de base romanista, en los cuales uno de los atributos del dominio es el de la exclusividad.

La dificultad descripta motivó el proceso encarado no consistiera en una simple adaptación del trust anglosajón a la legislación de derecho continental, para dar paso a la creación de una figura novedosa, el fideicorniso latinoamericano, en la cual comulgan principios tanto del common law, como es la transmisión de la propiedad al fiduciario y el hecho de que éste constituye un dueño en interés ajeno-, y del civil law, . De este modo, el fideicomiso latinoamericano, nacido a partir del instituto anglosajón, no se identifica plenamente con aquél sino que posee elementos propios.

El primer país de la región que contó con normas específicas sobre esta figura fue Panamá, a partir del proyecto elaborado en el año 1920 por el jurista Ricardo Alfaro. Posteriormente se sumaron México, con la sanción de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador, Venezuela, Chile y, finalmente, a partir de 1995, Argentina con la Ley Nº 24.441.

---

[16] **KIPER**, Claudio. Régimen jurídico del dominio fiduciario, pág. 66.

[17] Esta decisión ha sido justificada por **MALUMIÁN**, **DIPLOTTI** y **GUTIÉRREZ** al observar que "... la utilización de la fiducia tal como fue concebida originariamente por el Derecho romano, es decir dejar librado el destino de los bienes fideicomitidos en la confianza del fiduciario, sería una institución destinada al fracaso en la actualidad, ya que el mundo de la inversión tiene como pilares principales la seguridad jurídica y la cuantificación del riesgo', ,motivo por el cual "... se fue vislumbrando en el instituto del trust del derecho anglosajón como la figura a imitar y adaptar en nuestro derecho continental". Op. cit., pág. 74.

1.4. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

Antes de adentrarnos en el estudio del fideicomiso, debemos señalar que esta figura se ubica entre los negocios fiduciarios, denominación que distingue a todos aquellos actos o negocios en los que la confianza es el factor decisivo para su celebración. Quedan comprendidos dentro de esta categoría, además del contrato bajo análisis, el mandato, la prenda con desplazamiento, el depósito, el comodato y el mutuo.

Al respecto, Kiper define al negocio fiduciario como "...una declaración de voluntad a través de la cual el fiduciante enviste a otro, el fiduciario, de una posición jurídica frente a terceros, como medio que excede al fin práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su realización limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos"[18].

Por su lado, Regelsberger[19] sostiene que el negocio fiduciario es aquél que "...se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellas saben- exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito ...", en tanto que para Grasetti[20] consiste en "...una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transfirente o un tercero".

Estas distintas conceptualizaciones nos permiten avizorar dos aspectos del negocio: uno interno, conformado por el pacto obligacional acordado por las partes y que envuelve una pretensión de restitución conforme a la finalidad prevista en el negocio, y otra externa, real, en la que la transmisión propiamente dicha se hace oponible frente a terceros.

Debemos añadir que la propia estructuración de este negocio jurídico motiva a que gran parte de la doctrina identifique como elementos caracterizantes de aquél , por una parte, la confianza depositada en el fiduciario con la consiguiente potestad de abuso por parte de éste, y por la otra la desproporción que se produce entre el fin querido por las partes (por ejemplo, garantizar una deuda) y el medio utilizado (v.g. la transmisión de dominio de un bien).

Sobre el primero de los elementos apuntados, Kiper y Lisoprawski[21] consideran que no se advierte la mentada desproporción o excedencia entre el medio jurídico elegido y el fin económico o práctico perseguido, desde que el negocio concebido de esta forma fue realmente querido por las partes a los fines de obtener ventajas que de otro modo no podrían alcanzar. Así, la

[18] **KIPER**, Claudio. Op. cit., pág. 77.
[19] Citado por **LOPEZ DE ZAVALIA.** Op. cit., pág. 381.
[20] Citado por **RODRÍGUEZ AZUERO**. Contratos bancarios. Su significación en América Latina, pág. 613.
[21] **KIPER**, Claudio. Op. cit., pág. 82.

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

transmisión de la propiedad de un bien en el marco de un fideicomiso en garantía no hace otra cosa que lo que las partes han pretendido en la práctica, esto es transmitir el dominio a otro hasta que se efectúe el pago prometido y se recupere nuevamente la cosa. "No importa si ulteriormente la cosa vuelve o no al dominio del deudor", afirman los autores antes citados, "Lo cierto y jurídicamente concreto es que la propiedad la detenta el fiduciario fáctica y jurídicamente, en forma incontrastable, hasta tanto se cumpla la condición. Habría exceso si la cosa ab initio quedara en poder del acreedor"[22].

Con relación a la segunda nota caracterizante a que refiriéramos más arriba, la confianza, cabe puntualizar que si bien ésta se encuentra presente en otras instituciones del derecho de obligaciones, ella adquiere en algunos contratos un rango tan predominante que su mera ausencia o ciertos aspectos dudosos en la conducta de la contraparte, sin llegar a ser antijurídicos, pueden constituir motivo suficiente para dejar sin efecto el negocio.

Sobre este particular, Garrigues[23] advierte que en el verdadero negocio fiduciario el fiduciante se juega todo a la pura confianza en la persona que recibe una atribución patrimonial (fiduciario) para el cumplimiento de determinada finalidad económica resultante de lo pactado, poniendo ello de relieve como característica del negocio fiduciario la posibilidad de abuso (con apariencia de legalidad para los terceros)por parte de la persona en quien se confía. Precisamente, este poder de abuso deriva de la transmisión al fiduciario de facultades jurídicas que éste ha de utilizar en interés del fiduciante (y esto es lo que debe hacer), pero que también puede hacer en interés propio (esto es lo que no debe, pero puede hacer).

El citado autor distingue a los negocios fiduciarios así definidos, de los negocios de confianza (a los que Messineo denomina negocio de fiducia), conjunto que abarca a todos aquellos negocios jurídicos que, si bien implican que una de las partes confía a otro el manejo de sus intereses, se encuentran previstos y regulados en todos sus efectos por la ley, la cual concede a la parte que deposita su confianza los medios legales necesarios para garantizar la leal ejecución del contrato.

Vinculada pues a la confianza se encuentra la potestad de abuso del fiduciario con relación al encargo que se le ha confiado, y a ella le sucede la

[22] Ya con anterioridad Kiper también había negado la afirmación de que la atribución patrimonial sea indispensable para obtener el fin práctico perseguido, pues las partes podrían haber recurrido a alguna figura jurídica en la cual no se produzca la transmisión de dominio.
Así pues, entiende que "... el medio jurídico empleado por las partes es el resultado del ejercicio de la libertad contractual, ya que en este campo rige el principio de la autonomía de la voluntad. El ordenamiento jurídico, en materia de derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones, por lo que la elección que realicen del medio jurídico a emplear (v.gr. venta o hipoteca) no significa que ese sea el único medio posible ... sino que es el que ellas han considerado que era el que mejor contemplaba sus intereses en orden al fin práctico perseguido. Muchas veces la elección será acertada, y en otras las partes celebrarán negocios jurídicos que no son los más convenientes". Cff. El dominio fiduciario, pág.

[23] Citado por **FARINA**. Contratos comerciales modernos, pág. 359.

situación de peligro a la que queda expuesto el fiduciante de que el fiduciario pueda actuar sin seguir fin tenido en vista al concertar el negocio. Así, y como bien destacan Kiper y Lisoprawski, citando a Guastavino, "... la situación de peligro es el nervio del negocio fiduciario. Sobre todo en aquellos países en que no está legislado. Tal nombre lo recibe precisamente por depender su nacimiento de un elemento espiritual (Fides, fiducia, confianza) que es su raíz o alma, y al mismo tiempo el puente que explica como llegaron a conectarse en un solo acto el efecto traslativo real y el efecto creditorio, y su privilegio".

En igual sentido, Farina[24] comenta que "La esencia del negocio fiduciario en sentido estricto está, entonces, en la contraposición entre el poder y el deber del fiduciario, de modo que, para frenar los poderes que éste recibe y oponerle los deberes a que se ha comprometido, el negocio fiduciario surge como un acto complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena y uno obligaciones, que tiende a moderar los efectos de aquella transmisión. En este sistema, cada uno de los negocios produce sus efectos propios independientemente del otro. El efecto del negocio obligacional no consiste en anulár los efectos del negocio transmisivo, ni en condicionarlo (al menos en la concepción romanista del negocio fiduciario), sino en imponer al fiduciario la obligación de reparar los daños causados por su conducta desleal, pero dejando intacta la validez de la transmisión real operada frente a terceros de buena fe".

El mismo autor sintetiza la situación afirmando que "...el negocio fiduciario es un negocio de efectos complejos que resulta de los derechos y obligaciones que emergen de dos vínculos de índole y de efectos diferentes, puestos recíprocamente en antítesis, pero inescindibles: a) un contrato real positivo (la transferencia de la propiedad o del crédito o de la titularidad de un derecho tiene lugar de un modo perfecto e irrevocable), y b) un contrato obligatorio negativo (obligación del fiduciario de hacer sólo un cierto uso del derecho adquirido para restituirlo después al transmitente o a un tercero). Este segundo contrato tiende a preservar los derechos del fiduciante, por cuanto éste puede exigir al fiduciario que utilice su potestad jurídica sólo para ciertos fines y obligarle a la restitución del derecho o de su equivalente y, en caso de violación, al resarcimiento del daño. Pero el convenio negativo no afecta la eficacia de la transferencia, no la limita ni la subordina, sino que base a la posibilidad de exigir reparación por vía de una obligación personal del fiduciario".

1.5. DISTINCIÓN CON LOS NEGOCIOS INDIRECTOS

Una vez descriptos los elementos caracterizantes de los negocios fiduciarios, resulta útil distinguirlos de los negocios indirectos. Al respecto, la doctrina sostiene que existe negocio jurídico indirecto "... cuando las partes, en un caso concreto, recurren a determinado instituto para alcanzar –consciente y consensualmente- fines prácticos distintos de aquéllos que son propios de ese negocio jurídico"[25]. En términos semejantes se caracteriza al negocio indirecto

[24] **FARINA**, Juan M. Op. cit., págs. 359/60.
[25] **FARINA**, Juan M. Op. cit., pág. 353.

como "negocio oblicuo", pues las partes para alcanzar un efecto jurídico que les interesa obtener por razones prácticas, se sirven de una vía jurídica distinta.

Mosset Iturraspe[26] enseña que en el negocio indirecto las partes concretan real y efectivamente un negocio jurídico, pero además de querer el fin que es típico y normal del negocio adoptado, también persiguen la obtención de fines ulteriores, que son extraños a éste.

Esta caracterización de los negocios indirectos ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que éstos engloban a los negocios fiduciarios. No obstante, y si bien ambas especies poseen notables semejanzas, existen elementos que los diferencian.

Como característica común a ambos puede señalarse la situación de peligro que implica para una parte el hecho de que la otra esté en condiciones de impedir u obstaculizar el logro del fin que ha movido a su celebración. Entre sus diferencias podemos destacar que en el negocio indirecto puede estar ausente la traslación ostensible del derecho de propiedad sobre una cosa o un bien[27], oponible a terceros, el cual, por el contrario, siempre está presente en el negocio fiduciario.

1.6. DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO FIDUCIARIO Y SIMULADO

Resulta interesante también distinguir el negocio fiduciario del negocio simulado, el cual puede ser definido como aquél que presenta una apariencia contraria a la realidad, sea porque es absolutamente distinto de como aparece en la realidad.

En cuanto a las diferencias entre ambas categorías de negocios, cabe puntualizar que en el negocio fiduciario existe una voluntad que se plasma a través del convenio fiduciario celebrado entre las partes. Por el contrario, en la simulación se produce divergencia intencional entre la voluntad y la declaración, la cual es común a ambos contratantes y es concertado por ellos.

Otra diferencia fundamental reside en que en el negocio fiduciario se produce un real traspaso de los bienes, cosa no querida en la simulación. Al respecto, Messineo expresa: "Desde luego, la función práctica del negocio 'fiduciario' es diversa a la del negocio simulado'; en el negocio 'fiduciario', se está en presencia del traspaso (efectivo) de un derecho de una persona (fiduciante) a otra (fiduciario), estando de acuerdo en que tal traspaso debe servir para fines determinados". Por su parte, Kiper y Lisoprawski agregan que "En el negocio fiduciario no hay intención de ocultar la transmisión oponible erga omnes ni de engañar a terceros, lo que si acontece en la simulación relativa"[28].

[26] Citado por **FARINA**. Op. cit., pág. 355.
[27] Tal como ocurre con en lso casos de mandato irrevocable con fines de garantía o de sociedad.
[28] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 23.

1.7. EL NEGOCIO SUBYACENTE

El rasgo que distingue al fideicomiso de los restantes negocios fiduciarios es la transferencia de la propiedad, la cual se realiza en un marco de confianza. Ello significa que la motivación subyacente del fideicomiso está dada por la confianza que se tiene en que el adquirente del bien cumplirá el encargo encomendado.

De este modo, los bienes no se transmiten no en forma gratuita, no se regalan al fiduciario, sino para que este cumpla con el deseo que tuvo en mente el fiduciante al disponer de los bienes fideicomitidos. Por lo tanto, la transmisión fiduciaria no constituye un fin en si mismo, sino que constituye un medio o vehículo que otorga mayores seguridades a la concreción de un determinado negocio. Así pues, siempre existirán otras relaciones subyacentes que constituyen los verdaderos negocios de fondo, el auténtico fin perseguido por el fiduciante al constituir el fideicomiso.

Cabe agregar que aún cuando la transmisión al fiduciario es efectuada "en confianza", ello no significa que estemos en presencia de un negocio carente de onerosidad. En tal sentido, discrepamos con Freire, quien afirma que "Si la transferencia se produce a otro título, ya sea gratuito u oneroso, habrá, en todo caso, un acto simulado, pero no un fideicomiso". Podemos advertir que dicha tesitura colisiona con la existencia, entre otros ejemplos, del fideicomiso financiero, donde el originante ciertamente se desprende muchas veces de sus valores o derechos a cambio de una contraprestación. Por el contrario, entendemos que la calificación otorgada a la transmisión de la propiedad no puede ser establecida examinando dicha transacción en forma aislada y dependerá del análisis del negocio en su conjunto, atendiendo tanto a la intención del fiduciante como a las distintas prestaciones asumidas por cada uno de los sujetos participantes. No importa a este respecto que la contraprestación no se produzca en forma concomitante a la entrega fiduciaria sino que sea posterior a ella.

En virtud de ello adherimos a la postura de Hayzus[29], quien clasifica las aplicaciones del fideicomiso según el beneficio sea acordado a título gratuito o con la expectativa de una contraprestación. Dicho autor afirma que en el primer caso (dentro del cual agrupa a los fideicomisos de liberalidad, de beneficencia y testamentarios) el instituto está motivado por un animus donandi, mientras que en el segundo (donde incluye a los fideicomisos inmobiliarios, en garantía de obligaciones, de garantía y de titulización de créditos) obra como una de las partes en un cuerdo de negocios.

Por otra parte, y como bien advierten Brandi y Llorens[30], opinamos que este instituto no puede ser utilizado para alcanzar fines contrarios al orde-

[29] **HAYZUS**, Jorge R. Op. cit., pags. 2/3.

[30] **BRANDI**, Nelly A, Taiana de, y **LLORENS**, Luis R. El fideicomiso y la relación jurídica subyacente, pág. 1418.

namiento civil, o dicho en otros términos, para la consecución de un negocio que no podría realizarse bajo otros medios, como por ejemplo la transmisión onerosa o gratuita de bienes de un cónyuge al otro[31].

1.8. PROPIEDAD Y DOMINIO FIDUCIARIOS

Como hemos podido apreciar en párrafos anteriores, uno de los rasgos esenciales del fideicomiso es la transmisión al fiduciario de la titularidad de determinados bienes, a la cual alude el artículo 1° de la Ley N° 24.441 bajo la expresión "propiedad fiduciaria". En igual sentido, el artículo 11 del mismo marco legal prevé que sobre los bienes fideicomitidos "...se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Título VII del Libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando no sean cosas".

Al respecto, Clusellas y Ormaechea consideran que "La constitución de la propiedad fiduciaria no es otra cosa que la transmisión a título de confianza para que quien la reciba cumpla con el encargo que le fue encomendado, dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas en el contrato constitutivo", agregando que "Se transmite la propiedad de bienes en general, y en particular el dominio de cosas, porque se tiene la confianza de que el fiduciario ejercerá esa propiedad para cumplir el encargo encomendado"[32].

En cuanto a su conceptualización, y a falta de una definición legal expresa, Puerta de Chacón define a la propiedad fiduciaria en los siguientes términos: "Es el derecho patrimonial temporal que adquiere el fiduciario sobre los bienes fideicomitidos por causa del fideicomiso" [33].

Ahora bien, cabe tener en cuenta que, como observa Orelle[34], el artículo 73 del anteproyecto de ley que sirvió de base a la actual legislación sobre Financiamiento de la Vivienda y la Construcción originalmente tenía una redacción diferente a la ahora vigente, al disponer que "... sobre los bienes fideicomitidos se constituye un dominio fiduciario..." –el subrayado nos pertenece-. De este modo, el legislador expresamente cambió la expresión "... dominio fiduciario ..." por la de "...propiedad fiduciaria ...", lo cual, al poseer ésta una connotación más amplia que la del dominio, importa ampliar el ámbito de aplicación de la figura no sólo a las cosas, sino también a los derechos.

Por lo tanto, si bien el ordenamiento legal habla algunas veces de dominio fiduciario y otras de propiedad fiduciaria, podemos inferir que constituyen conceptos distintos, siendo uno –la propiedad fiduciaria- abarcativa del otro –el dominio fiduciario-.

---

[31] Excepto que dicha transmisión tuviera por objeto cumplir con un mandato legal, como sería la de prestar alimentos.

[32] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina, op. cit., pág. 71.

[33] **PUERTA DE CHACÓN**, Alicia. El dominio fiduciario en la Ley 24.441. ¿Nuevo derecho real? Trabajo publicado en el libro Tratado teórico práctico de fideicomiso, Tomo I, pág. 90.

[34] **ORELLE,** José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge, op. cit., pág. 138.

En tal sentido, Linares de Urritigoity y Pujol de Zizzias expresan que "... si bien, generalmente, las palabras propiedad y dominio se emplean como sinónimo, aludiendo específicamente al derecho real más extenso y más complejo, que puede recaer sobre una cosa determinada regulado en el Código Civil, en cambio –según el uso más específico- se reserva el termino 'dominio' para indicar el derecho real sobre una cosa, técnicamente considerada (objeto material susceptible de tener un valor: art. 2231 del Cod. Civ.), sea ésta inmueble o mueble, registrable o no registrable. Y, en rigor técnico, se utiliza el vocablo 'propiedad' con un significado más amplio, que abarca no sólo al dominio en si mismo (derecho real sobre una cosa) sino también la titularidad de otros derechos reales y aun de derechos personales o de crédito"[35].

De la opinión vertida podemos extractar que la propiedad fiduciaria consiste en un derecho subjetivo patrimonial sobre bienes fideicomitidos, mientras que el dominio fiduciario constituye un derecho subjetivo patrimonial que importe poder jurídico únicamente sobre cosas fideicomitidas. O en palabras de Clusellas y Ormaechea, "Cuando el fiduciante se obliga a la transferencia de bienes que no son cosas, hablamos de propiedad fiduciaria: cuando la obligación recae sobre cosas, hablamos de dominio fiduciario"[36].

Más allá de la distinción practicada, debemos finalmente aclara que tanto uno como el otro reconocen como causa fuente un negocio jurídico obligacional, caracterizándose por permanecer transitoriamente en cabeza del fiduciario, sin ingresar a su patrimonio personal, y formar una masa separada, una universalidad, un patrimonio de afectación, a los efectos de que aquél cumpla con el encargo encomendado y luego la transmita a quien corresponda.

Debemos agregar que ambos conceptos llegan más allá de la mera restitución de lo mismo que fuera recibido en fiducia, ya que el fiduciario deberá ejercitar los derechos recibidos, aún cuando por esa vía se extingan, operándose entonces en el patrimonio fiduciario la subrogación real prevista por el artículo 13 de la Ley Nº 24.441.

1.9. NATURALEZA DEL DOMINIO FIDUCIARIO

A los efectos de analizar la naturaleza jurídica del dominio fiduciario, cabe recordar en primer término que el artículo 2507 CCiv. preceptúa que el dominio puede ser perfecto o pleno, o imperfecto o menos pleno. El mismo dispositivo indica que el dominio será imperfecto "... cuando debe resolverse al fin de cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc.". Esta norma es complementada por el artículo 2661, el que reza: "Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fi-

[35] Citados por **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Fideicomiso y Securitización. Análisis legal, fiscal y contable, págs. 68.
[36] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina. Contratos con garantía fiduciaria, pág. 71.

duciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil".

De los preceptos reseñados puede colegirse que existen tres supuestos distintos de dominio imperfecto: a) el dominio revocable; b) el dominio fiduciario; c) el dominio gravado con derechos reales constituidos a favor de terceros, denominado comúnmente dominio desmembrado.

En lo propiamente atinente a la conceptualización legal del dominio fiduciario, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Nº 24.441, el artículo 2662 Cciv. lo definía como aquél "...que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa a un tercero".

Dicho concepto original fue modificado por el artículo 73 del cuerpo legal antes referido, el cual reemplazó el texto del artículo 2662 por el siguiente: "Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, que 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".

De este modo, puede caracterizarse a este derecho como un caso de dominio imperfecto o menos pleno, cuya titularidad es ejercida por el fiduciario, sin que se esté en presencia de un derecho real de carácter autónomo distinto a los enumerados por el artículo 2503 del código Civil.

Corresponde aquí mencionar que existe un sector de la doctrina que cuestiona la aseveración formulada, considerando que estamos ante un nuevo derecho real distinto al dominio, premisa que basan en el hecho de que el fiduciario puede ser removido, debe obrar en beneficio de otra persona, percibe una retribución, que se encuentran restringidas sus facultades de disposición sobre el patrimonio fideicomitido y no puede transmitir éste a sus herederos, entre otras.

No obstante, nos adscribimos a la opinión de Kiper y Lisoprawski[37], en el sentido de que "... no puede soslayarse que el fiduciario puede disponer de la cosa (art. 17, ley Nº 24.441); más aún, hará adquirir a los terceros el dominio pleno y no restringido, lo que revela su condición de dueño. Justamente, gozar de esta facultad es lo que distingue al dominio de los demás derechos reales"[38].

De igual modo, disentimos respetuosamente con Orelle[39], quien sustenta la tesis del dominio desmembrado –esto es, un dominio compartido

[37] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Tratado de Fideicomiso, pág. 40.
[38] También se expresa en este sentido **LASCALA**, Práctica del fideicomiso, pág. 24.
[39] **ORELLE**, José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge. Op. cit., pág. 91.

entre fiduciario y beneficiario- y también con Giraldi[40], para quien el fiduciario desempeña el papel de administrador de un patrimonio ajeno.

Por lo tanto, consideramos que estamos en presencia de un derecho de dominio ejercido por el fiduciario en términos reales, constreñido en términos obligacionales a las disposiciones contenidas en el pacto de fiducia subyacente, el cual le sirve de causa.

Sin embargo, dicho dominio, reiteramos, no resulta pleno o perfecto, dado que uno de los caracteres que tipifica a este último se encuentra afectado.

1.9.1. Caracteres

Como hemos visto, el dominio fiduciario es regulado por la legislación de fondo como un dominio imperfecto, significando ello que se trata de un derecho real de dominio que se ve afectado en alguno de los elementos que caracterizan al dominio perfecto, y que podemos anticipar: la perpetuidad. Por lo tanto, podemos avizorar que el dominio fiduciario presentará como características ser absoluto, exclusivo, pero temporario.

1.9.1.1. Absoluto

El domino fiduciario, al revestir el carácter de derecho de dominio, si bien imperfecto, es absoluto, en tanto otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre el patrimonio fideicomitido, sin implicar ello que su ejercicio sea limitado y sometido al arbitrio individual de quien lo posee.

Sobre el particular, Kiper y Lisoprawski opinan que "La existencia en el título constitutivo de modalidades resolutorias no lo privan de dicho carácter, pues pendiente su cumplimiento el titular del dominio fiduciario goza, en principio, de las mismas que le corresponden al titular del dominio pleno. La única salvedad es que sus facultades se hallan limitadas temporalmente, pero mientras dure su derecho éstas le son inherentes"[41].

Coinciden con este punto de vista Clusellas y Ormaechea, quienes sostienen que "En cuanto titular del derecho real de dominio, el fiduciario gozará de este derecho, con todas las facultades materiales y jurídicas que son propias del dueño, con carácter absoluto, dejando a salvo las restricciones que

[40] **GIRALDI**, Pedro M. Fideicomiso (Ley 24.441), pág. 30. Este autor se"pregunta "¿qué clase de dueño resultaría ser quien no dispone de la cosa ni disfruta de sus frutos, y que puede ser despojado de aquélla; quien no transmite su derecho a sus herederos universales, debe dar razón de lo que hace con su propiedad y recibe una remuneración por su trabajo?". Y se responde: "Por decantación se le debe considerar el administrador autónomo y sin representación de un patrimonio ajeno. No empece a lo dicho la inscripción registral de los bienes a nombre del fiduciario. Se trata de un recurso técnico impuesto por la carencia de personalidad del fideicomiso que no desvirtúa el carácter de las funciones de aquél".

[41] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 51.

se le impongan por vía de contrato o testamento, y siempre que fueran expresamente dispuestas al fundar el patrimonio de afectación ..."[42].

En razón de tratarse de un derecho de dominio, aunque imperfecto, su titular gozará de los tres elementos básicos que los romanos atribuían a aquél; la facultad que se posee respecto de la cosa consistente en servirse o usar de ella para gozar de todos los beneficios que pueda prestar -el ius utendi-; la facultad de percibir, gozar y apropiarse, sin limitación externa alguna, de todos los frutos que la cosa genera -el ius fruendi-; y, finalmente, la facultad de disponer de la cosa, tanto consumiéndola como enajenándola –el ius abutendi-.

No obstante, cabe aclarar que la caracterización del dominio como exclusivo no significa que sea ilimitado. Así, en el caso del ius utendi, podrá usar de los bienes para sí en la medida que sea necesario para el ejercicio de la función a la que se obliga. En cuanto al ius fruendi, incorporará los frutos al patrimonio fideicomitido (esto es, al patrimonio sobre el cual ejerce dominio) en tanto no se encuentre obligado por el pacto de fiducia a darles otro destino.

Esta aparente contradicción es resuelta por López de Zavalía[43] recurriendo a la siguiente explicación: "... al título de enajenación se adiciona un pacto de fiducia con efectos personales. Por la doctrina de los derechos reales (el fiduciario) puede usar para sí; por la doctrina de los derechos creditorios (ex pacto de fiducia) no debe usar para 'si ... Por la doctrina de los derechos reales hace suyos los frutos, pero por la de los derechos creditorios su importe corresponderá (previas las deducciones correspondientes) al beneficiario".

Y resume con estas palabras: "...la imperfección del dominio y la restricción real para enajenar se explican por la teoría de los derechos reales, en tanto que la cercenación que –de hecho- se opera respecto de las consecuencias económicas, se justifican en la teoría de los derechos personales".

1.9.1.2. Exclusivo

El dominio fiduciario también se caracteriza por ser exclusivo, es decir que dos personas no pueden ejercer simultáneamente el dominio sobre la misma cosa. En consecuencia, se dice que confiere a su titular la facultad de excluir a los terceros en su relación con el bien del cual se posee su dominio.

Al respecto, debemos recordar que el artículo 2506 Cciv. prevé que "....el dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada uno en el todo el dominio de una cosa; más pueden ser propietarias en común de la misma cosa". En la nota a este artículo, el Codificador sostiene que la exclusividad constituye una de las diferencias entre el derecho personal y el real, explicando que "Muchas personas pueden ser, cada una por el todo, acreedoras de una misma cosa, sea por una misma obligación, cuando ha sido contratada para

[42] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina, op. cit., pág. 58.
[43] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**. Op. cit., pág. 73.

con muchos acreedores solidarios, sea por diferentes obligaciones de un mismo deudor o de diferentes deudores. La razón es, porque es imposible que lo que me pertenece en el todo, pertenezca al mismo tiempo a otro; pero nada impide que la misma cosa que me es debida, sea también debida a otro".

Debemos añadir que este carácter exclusivo del dominio fiduciario resulta acorde con los sistemas de derecho de raigambre continental, en el cual es imposible la coexistencia de dos derechos de dominio sobre una misma cosa y al mismo tiempo –caso contrario, nos encontraríamos frente a un condominio-, a diferencia de lo que ocurre en los derechos inglés y germánico, los cuales admiten el fraccionamiento del derecho de propiedad.

En igual sentido, expresan Kiper y Lisoprawski[44] que "...como dos dominios no pueden coexistir porque el carácter de exclusivo impone la incompatibilidad absoluta con la pertenencia a más de una persona, y como el titular fiduciario adquiere el dominio de la cosa transmitida, deben ser descartadas de plano aquellas teorías que indican la permanencia en cabeza del fiduciante de la propiedad material. Tampoco nos parece factible la idea de que el fiduciario sea propietario frente a todos menos frente al fiduciante, porque ha sido justamente este último quien le transmitió el dominio, razón por la cual no podría alegar la inoponibilidad de la enajenación ...".

1.9.1.3. Temporario

A diferencia de lo que acontece con el dominio pleno o perfecto, el dominio fiduciario reconoce un límite temporal, el cual esta dado por la obligación de entregar la cosa -o la que adquiera en su reemplazo por subrogación real- a quien se le hubiera indicado en el pacto de fiducia, una vez cumplida la condición resolutoria o al vencimiento del plazo fijado.

De este modo, el dominio fiduciario constituye un derecho real temporario, no destinado a durar indefinidamente sino que se encuentra sujeto a la imposición de un plazo o condición. Sin embargo, esta falta de perpetuidad no despoja a su titular del señorío que ejerce sobre la cosa, del cual sigue siendo propietario hasta tanto se cumpla con el citado plazo o condición resolutoria.

1.9.2. DISTINCIÓN DE OTROS DERECHOS REALES

Luego de describir las características que posee el dominio fiduciario, entendemos interesante proceder a distinguirlo de otros derechos reales, lo cual será de utilidad a la hora de intentar abordar el tratamiento tributario de los negocios fiduciarios.

[44] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 55.

1.9.2.1. DOMINIO PERFECTO

Ambas especies de dominio, perfecto y fiduciario, otorgan a su titular la potestad de usar, gozar y disponer de la cosa, a la vez que ambos se adquieren en virtud de la concurrencia de la tradición y el modo, en el caso de actos entre vivos, o por testamento. Sin embargo, el titular fiduciario se encuentra limitado en su accionar a aquellos actos vinculados a los fines del fideicomiso y que no hayan sido expresamente prohibidos por el fiduciante.

Otra diferencia sustancial que distingue a uno y otro radica en la perpetuidad que caracteriza al dominio perfecto frente a la ya apuntada temporalidad del dominio fiduciario.

Cabe añadir a lo expuesto que en el caso del dominio fiduciario, los bienes fideicomitidos no ingresan en el patrimonio propio del fiduciario como sucedería en caso de ejercer sobre los mismos un dominio pleno, no siendo transmisibles a sus herederos.

1.9.2.2. DOMINIO REVOCABLE

Ambos pertenecen a la categoría de dominio imperfecto, presentando como característica común su temporalidad, dado que su duración se encuentra subordinada al cumplimiento de un evento resolutorio. Asimismo, en ambos supuestos se ejerce un derecho sobre cosa propia, el cual puede tener por fuente un acto entre vivos o un acto testamentario[45].

No obstante, exhiben grandes diferencias, siendo una de las más destacadas que operada la resolución en el caso del dominio revocable, la cosa debe restituirse a su anterior titular, mientras que en el dominio fiduciario debe transmitirse a quien indica el contrato, quien no siempre será el primitivo propietario.

Otra distinción importante radica en el hecho de que en el caso del dominio revocable, los actos de disposición generan, respecto de terceros, derechos sujetos a resolverse al presentarse el evento resolutorio –excepto que se trate de adquirentes de buena fe y a título oneroso-, en tanto que en el caso del dominio fiduciario los actos de disposición llevados a cabo por el fiduciario durante la vida del fideicomiso se mantienen firmes.

Asimismo, en el caso del dominio revocable los bienes recibidos forman parte del patrimonio del adquirente, lo que no acontece en el dominio fiduciario, donde pasan a formar un patrimonio separado, "hueco" de contenido económico para su titular formal.

---

[45] Debemos aclarar, tal como advierten **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, que el dominio revocable, también puede derivar de cláusulas implícitas o tácitas que reconozcan su fuente inmediata en la ley (como por ejemplo el caso de revocación de la donación por ingratitud del donatario), supuesto que no se da en el dominio fiduciario. Op. cit., pág. 71.

En virtud de ello, en caso de fallecimiento del fiduciario, los bienes fideicomitidos no se transmiten a sus herederos universales, sino a un nuevo fiduciario designado como sustituto por el contrato o el juez. En cambio, si muere el titular del dominio revocable, éste pasa a sus herederos, aunque sujeto a las misma limitación resolutoria.

1.9.2.3. USUFRUCTO

El Código Civil define al usufructo como el derecho real "...de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia"[46].

La semejanza entre este derecho real y el fideicomiso está dada en que ambos son temporarios, pero mientras el usufructo implica un desmembramiento del dominio en favor del usufructuario, en el fideicomiso se produce una transmisión de la propiedad al fiduciario. Por lo tanto, el usufructo importa un derecho real que es ejercido sobre una propiedad ajena, creándose una suerte de nuda propiedad, a diferencia del fiduciario, quien ejerce un derecho sobre cosa propia.

Por lo tanto, siendo el fiduciario, aunque temporalmente, dueño del bien, puede disponer del mismo y darle el destino que entienda más conveniente conforme los fines perseguidos por el fideicomiso. En cambio, el usufructuario sólo tiene derecho a usar y gozar de la cosa, pero sin alterar su sustancia. Ello se ve ratificado por las disposiciones contenidas en el artículo 2810 de la legislación de fondo, el cual dispone que "El usufructo perfecto no da al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo y debe conservarlas para devolverlas al propietario, acabado del usufructo".

Al respecto, Kiper y Lisoprawski señalan que "El título que sirve de causa al dominio fiduciario trasnmite la propiedad de la cosa, con las facultades de usar, gozar y disponer de ella; el usufructuario sólo se le transmite el ius utendi y el ius fruendi, pues carece del ius abutendi. Sólo tiene el goce de la cosa"[47].

Asimismo, en el caso de usufructos constituidos a favor de personas físicas, éstos se extinguen sólo por la muerte de su titular –excepto que se hubiera pactado un plazo de duración-, mientras que el dominio fiduciario se extingue por el cumplimiento de la condición o vencimiento del plazo que se hubiera fijado en el contrato.

---

[46] Cfr. Artículo 2807. Debemos señalar que el artículo siguiente distingue el usufructo perfecto y el cuasiusufructo, definiendo al primero como "... el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la sustancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo o por el uso que se haga", en tanto que el segundo es "... el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese o cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etc.". En el presente punto nos trataremos el usufructo perfecto. Para estudiar las diferencias entre el fideicomiso y el cuasiusufructo, se puede consultar a **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, , op. cit. págs. 72 a 74.

[47] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit. pág. 71.

1.9.2.4. ANTICRESIS

Conforme se desprende del artículo 3239 del Código Civil, se conoce por anticresis "...el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándole a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si o se debe intereses".

Podemos colegir de lo expuesto que el anticresis constituye un derecho real sobre cosa ajena otorgado al acreedor para garantizar el crédito que éste posee a su favor, a diferencia del fideicomiso, que si bien puede tener como propósito el garantizar una deuda asumida por el fiduciante, también puede perseguir otros fines.

Sin embargo, la diferencia más trascendente radica en que mientras mediante anticresis sólo se transmite al acreedor la posesión del inmueble, en el fideicomiso, se otorga al fiduciario el dominio, aunque imperfecto, de la cosa. Ello se encuentra en consonancia con lo dispuesto por el artículo 3252 del Código Civil, el cual prohíbe al acreedor tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda en caso de incumplimiento al vencimiento de ésta.

Como consecuencia de lo expresado se desprende que el anticresista es titular de un derecho accesorio que únicamente le permite los frutos del inmueble a los efectos de imputarlos contra el capital adeudado y sus intereses, mas sin poder gravar con una hipoteca o servidumbre el bien. En cambio, el fiduciario, en su carácter de dueño, tiene el derecho de disposición sobre la cosa.

También el dominio fiduciario se distingue del anticresis en su objeto, pues mientras el primero puede comprender tanto bienes corporales como inmateriales, el segundo sólo puede recaer sobre inmuebles.

Asimismo, varía la forma de extinción de uno y otro derecho, dado que el anticresis se agota al desaparecer el crédito que le sirve de causa, mientras que el dominio fiduciario perdura hasta el cumplimiento del plazo o condición fijado.

1.10. CONCLUSIONES

Si bien el fideicomiso latinoamericano reconoce sus antecedentes históricos en la fiducia romana y el trust anglosajón, no se identifica plenamente ni con uno ni con otro y, habiendo adoptado elementos de ambos institutos, ha dado paso al nacimiento de una figura novedosa con características propias.

Cabe agregar a ello que el fideicomiso no consiste en un negocio en sí mismo, sino que por el contrario es un medio para la consecución de un ne-

gocio subyacente tenido en vista por las partes al momento de su concertación. No obstante, ello no debe llevar a confundirlo con el negocio simulado, en el cual las partes ocultan la finalidad realmente perseguida para engañar a terceros. Por el contrario, en el fideicomiso los contratantes buscan alcanzar la finalidad económica que declaran, si bien utilizan un medio (la transmisión de dominio) que puede resultar excesivo para tal fin.

Como hemos visto, la esencia de esta figura, que permite diferenciarla de otros negocios jurídicos que poseen algunos aspectos en común con el fideicomiso, radica en la transmisión de la propiedad efectuada por el fiduciante en favor del fiduciario, la cual se efectúa en principio a "título de confianza", es decir que responde a una motivación subyacente, el encargo o manda encomendada por el propietario original de los bienes cedidos.

En virtud de operarse una transferencia en la titularidad de los bienes, el fiduciario adquiere la calidad de dueño del patrimonio fideicomitido, sobre el cual ejerce, en caso de estar integrado por cosas, un derecho real de dominio, si bien desprovisto de uno de sus caracteres: la perpetuidad.

CAPÍTULO II

El PATRIMONIO FIDUCIARIO. ENCUADRE JURÍDICO

2.1. INTRODUCCIÓN

El fideicomiso latinoamericano halla su nacimiento a partir de la imposibilidad de receptar en la legislación civilista de origen romano, una figura propia del derecho anglosajón, como es el trust. Si bien dicho propósito existió, chocó con un obstáculo insalvable: la ausencia de un sistema legal dual que permita un desmembramiento del derecho de propiedad, el cual posee, en los países de corte civilista, el rasgo de la exclusividad.

La necesidad de vencer la dificultad descripta e incorporar este instituto a las legislaciones de nuestros países, derivó no en una simple adaptación de la institución inglesa, sino en la creación de una nueva figura jurídica. A tales efectos, se desarrollaron diversas ideas o teorías que intentaron brindar una explicación sólida a la particular situación de los bienes fideicomitidos frente al patrimonio como conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria. En particular, el análisis jurídico buscó abordar cuestiones tales como si los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio –entendido como universalidad jurídica-, si pertenecen a alguien, si se confunden con los propios del fiduciario, etc.

2.2. EL PATRIMONIO FIDUCIARIO

Como hemos podido apreciar en el capítulo anterior, a partir de la transmisión fiduciaria se conforma un patrimonio destinado al cumplimiento del encargo fiduciario, el cual se mantiene separado de los restantes bienes pertenecientes al fiduciario y al fiduciante. Sin embargo, esta simple conceptualización teórica ha chocado con los autores civilistas enrolados en la escuela clásica, para quienes el patrimonio es un atributo de la personalidad, constituyendo una unidad abstracta e inescindible; el patrimonio pasa así a ser un rasgo inseparable de la persona.

En cambio, quienes critican el carácter estrecho y abstracto de la corriente clásica, encuentran lógico que pueda segregarse algunos de los bienes que conforman el patrimonio para afectarlos a un fin determinado o particular.

Como veremos seguidamente, los esfuerzos volcados en reforzar una y otra línea de pensamiento han dado origen a distintas teorías que buscan describir adecuadamente la naturaleza jurídica que posee el patrimonio fiduciario.

2.2.1. Teoría del mandato irrevocable

Esta teoría fue enunciada por el estudioso panameño Ricardo Alfaro, quien definió al fideicomiso como un mandato irrevocable, en virtud del cual

se investía al fiduciario de las facultades propias de la administración de bienes por cuenta de un tercero, sin que existiera una verdadera transmisión de dominio, sino sólo la representación jurídica del fiduciante que conservaba dicho titulo.

Esta enunciación fue criticada por los autores de la época, en el sentido que implicaba un alejamiento del trust, dado que si bien el trustee desempeña un encargo, actúa como dueño, mientras que en el caso del fideicomiso pensado como mandato el fiduciario no se desempeñaría como propietario del patrimonio fideicomitido.

Fruto de estas observaciones, el citado autor corrigió su definición aclarando que en virtud de este mandato irrevocable se transmiten determinados bienes al fiduciario para que éste disponga de ellos conforme lo ordena el fideicomitente.

2.2.2. Teoría de Navarro Martorell

Este autor propugna que la propiedad fiduciaria no es limitada ni dividida, sino verdadera y plena. En virtud de ello, el fiduciario adquiere sobre los bienes fideicomitidos la plena e irrevocable propiedad, tanto frente a terceros como también frente al constituyente.

Este doctrinario explica que las limitaciones al dominio fiduciario, como es su durabilidad, no recaen sobre el derecho real de propiedad, sino sobre su titular -el fiduciario-, de modo tal que constituyen obligaciones personales que habilitan al fiduciante a exigir el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento del fiduciario, más no la revocación de lo actuado por éste ni la reinvindicación de los bienes.

2.2.3. Teoría del patrimonio único

Carregal rechaza la posibilidad de incorporar en la legislación argentina un sistema de dualidad patrimonial, considerando más apropiado otorgar a los fines fideicomitidos un tratamiento especial dentro del patrimonio único de las personas.

Esta concepción se basa en la doctrina clásica del patrimonio que postula a éste como un atributo de la personalidad y por lo tanto inseparable de la persona, y que es receptada por el artículo 2312 de nuestro Código Civil.

En ese orden de ideas, el mencionado autor justifica la exclusión de los bienes fideicomitidos de la acción individual o colectiva de los acreedores del fiduciario, en virtud del efecto económicamente neutro -derivado de la transferencia a título de confianza efectuada por el fiduciante- que produce su ingreso en el patrimonio del fiduciario. Si bien tanto la transmisión de la propiedad como el dominio existen, no provocan trascendencia económica en la situación del fiduciario.

Las principales críticas que recibe esta teoría es la dificultad práctica de establecer una separación de los bienes fideicomitidos de los que no lo son, en ausencia de normas legales que prevean tal distinción, y en la ausencia de razones de peso que impidan segregar una parte del patrimonio para afectarlo a un fin determinado o particular.

2.2.4. Teoría del patrimonio autónomo sin titular

Para esta teoría la transmisión del dominio fiduciario no se efectúa en favor de una persona sino como afectación para el fin que constituye el objeto del fideicomiso. Al respecto, el jurista mexicano Landerreche Obregón[48] sostiene que los fideicomisos de afectación no requieren necesariamente de un propietario determinado, sino simplemente que un órgano alcance el fin perseguido.

De este modo, la afectación fiduciaria tiene por efecto la creación de un patrimonio autónomo sin propietario determinado. Parte de la idea de que en el fideicomiso, al igual que en el usufructo, se produce una especie de desmembramiento de la propiedad, dado que se separa el derecho de aprovechamiento de los bienes fideicomitidos, el cual se destina a la consecución del objeto del negocio, y que la facultad de ejercer los derechos y obligaciones respecto del patrimonio fideicomitido se atribuye al fiduciario a los fines del cumplimiento del propósito de la afectación y como consecuencia del propia escisión del derecho de propiedad.

Como crítica a esta teoría, Kiper y Lisoprawski observan que "... todo derecho es, a fortiori, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. El hecho de que ciertos patrimonios estén destinados a un fin determinado, no implica necesariamente que sean sujetos de derecho. Instituciones como el bien de familia, la sociedad conyugal, el haber de la quiebra, son patrimonios destinados exclusivamente a ciertos fines, dentro del patrimonio general de las personas, y no por ello ascienden a la categoría de sujetos de derecho"[49].

Esta conceptualización es receptada por el Código Civil de Québec, el cual designa al patrimonio fideicomitido como sujeto de derecho[50], constituyendo una excepción al régimen del fideicomiso de base continental. Adviértase que esta especie presenta como peculiaridad que, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas y del trust anglosajón, el fiduciario no es propietario de los bienes, sino que actúa en carácter de mero administrador o depositario de un patrimonio independiente.

---

[48] Citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit., pág. 157.

[49] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 158.

[50] En tal sentido, el artículo 1261 del citado ordenamiento legal preceptúa que "El patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, constituye un patrimonio de afectación autónomo y distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real".

2.2.5. Teoría del desdoblamiento de la propiedad

Esta línea de pensamiento trata de explicar la naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria como un desdoblamiento del derecho de propiedad, del cual surgen dos titulares sobre los bienes fideicomitidos. El fiduciario conserva la titularidad jurídica, mientras el beneficiario ejerce un derecho de contenido económico. Ambos derechos estarían relacionados entre sí, de tal suerte que al fin del contrato ambos se revierten en el derecho de propiedad original.

Esta concepción constituye el intento de adaptación más extrema del trust inglés a los regímenes jurídicos de raigambre continental. Precisamente, esta pretensión origina la principal crítica que se le formula a esta teoría, consistente en que su cristalización sólo es posible en el ámbito del derecho anglosajón, caracterizado por la duplicidad de su orden jurídico, fraccionado en el common law y el equity law que lo corrige. Por el contrario, el derecho continental no concibe la coexistencia de dos titulares de un mismo bien, en virtud de las características del derecho real de dominio de origen latino.

2.2.6. Teoría de la ausencia de transmisión de la propiedad

Quienes adscriben a esta teoría afirman que el fiduciante continúa siendo el propietario, en estado latente, de los bienes afectados en fideicomiso, negando así que exista una auténtica transmisión de dominio al fiduciario.

Esta postura es defendida por el autor mexicano Domínguez Martinez, para quien el ordenamiento jurídico de su país en materia de fideicomisos no contiene disposiciones que reconozcan en forma expresa que el constituyente transmite la propiedad al fiduciario, sino que por el contrario ciertas normas prevén que los bienes continúan en poder del primero. Sin embargo, esta posición fue rechazada por la propia Corte Suprema de México, quien rectificando su anterior criterio, se inclinó hace algunos años por la doctrina que sustenta la existencia de transmisión de dominio entre fiduciante y fiduciario[51].

2.2.7. Teoría del patrimonio de afectación

Esta teoría postula que si bien el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad de los bienes entregados en fiducia, éstos no ingresan al patrimonio "general" o "personal" del segundo, sino que pasan a integrar un patrimonio separado, el cual se constituye para el cumplimiento de determinada finalidad. Cabe agregar que el patrimonio así constituido no posee personería jurídica propia, alcanzando su objeto a través del accionar de su propietario, el fiduciario.

[51] En tal sentido, el citado tribunal afirmó que "... la fiduciaria no actúa en nombre de otro, sino que ejerce un derecho propio en virtud de que tiene el dominio sobre los bienes afectados en fideicomiso". Cfr. **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit., pág. 156.

Esta doctrina se basa en el pensamiento de Ferrara[52], quien sostiene que las personas pueden ser titulares de más de una masa patrimonial, con un tratamiento y finalidad jurídica diferentes, con capacidad para establecer relaciones y deudas propias y aptitud para mantenerse ajeno a las vicisitudes al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe.

Al respecto, Kiper y Lisoprawski comentan que "El patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad. Para que se pueda cumplir, la ley eleva esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos. Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad"[53].

Por su parte, Cortigiani y Venneri fundamentan esta teoría en que la misma "...toma en cuenta el destino dado a determinados bienes en relación con un fin jurídico concreto, por lo cual se torna necesario organizar la forma legal de un modo separado".

2.3. EL RÉGIMEN DE LA LEY Nº 24.441

El artículo 14 de la Ley Nº 24.441 dispone en su primer parte que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". De este modo, el legislador argentino ha adherido a la doctrina de los patrimonios de afectación, la cual, como ya viéramos, propugna la creación de patrimonios "especiales" afectados a la consecución de una finalidad determinada, el cual estará separado del patrimonio "general de cada uno de los sujetos intervinientes en el negocio fiduciario.

Con relación a ello, Puerta de Chacón expresa que "El legislador, siguiendo las tendencias actuales que conceptualizan de una manera dinámica al patrimonio, admite la creación de un patrimonio especial o dividido, con un régimen de gestión autónomo"[54].

Por su parte, Hayzus comenta que "La segregación de los bienes transferidos al fiduciario provee de sustento material al concepto de autonomía del patrimonio fideicomitido, para que se cumplan las disposiciones del fiduciante respecto del destino de dichos bienes y se sepa con qué alcance ejerce el fiduciario la propiedad de ellos. Ese patrimonio es necesariamente separado y distinto del patrimonio propio del fiduciario. Las nociones de unidad y universalidad del patrimonio están siempre referidas a 'los bienes que sean de uno', habiendo ingresado por las vías normas de adquisición. Desde el momento en que el fiduciario recibe bienes que le han sido transferidos 'a título fiduciario',

[52] Citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit., pág. 158.
[53] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 158.
[54] **PUERTA DE CHACÓN,** Alicia. El dominio fiduciario en la Ley Nº 24.441. ¿Nuevo derecho real?. Pág. 94.

es evidente que su trato ha de ser distinto. Una misma persona o entidad puede tener en propiedad fiduciaria los bienes correspondientes a varios fideicomisos, sin que ninguno se confunda con su propio patrimonio o con otro, y sin que deje de actuar respecto de cada uno de ellos como propietario sujeto a los términos del respectivo contrato"[55].

De este modo, se quiebra –o readecua- el principio de unidad del patrimonio imperante en nuestro ordenamiento jurídico, el cual postula que toda persona tiene un único patrimonio y que todo patrimonio corresponde a una persona. Así, puede ocurrir que una persona pueda ser titular de su patrimonio general y a la vez poseer la titularidad de uno o varios patrimonios "especiales", cada uno de éstos constituidos con el objeto de alcanzar finalidades distintas.

Por el contrario, disentimos con Calegari de Grosso[56], quien entiende que la Ley N° 24.441 ha modificado nuestro Código Civil, creando una suerte de patrimonio impersonal –es decir, un patrimonio sin titular -. En tal sentido, opinamos, al igual que Mavrich[57], que no puede haber entre nosotros un patrimonio de afectación sin dueño, dado que esto resultaría contradictorio con la propia idea del régimen de dominio fiduciario, el cual, desde el momento en que constituye un derecho real, importa necesariamente la presencia de un titular con poder jurídico exclusivo sobre la cosa.

Uno de los efectos más importantes de esta figura es que habilita a la separación de parte del patrimonio de una persona, el cual deja de ser prenda común de los acreedores. Precisamente, los bienes fideicomitidos quedan a salvo de la acción singular o colectiva tanto de los acreedores del fiduciante como del fiduciario, excepto el caso de fraude. Por su parte, los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos del patrimonio fiduciario y subrogarse en los derechos de aquéllos.

Sobre el particular, Cortigiani y Venneri[58] sostienen que "Tal como afirman Frolich y Andrade, uno de los problemas más complejos está dado por la posibilidad de la separación de una parte del patrimonio de una persona para la creación de otro patrimonio afectado a determinados fines, sin necesidad de crear una nueva persona jurídica titular del dominio de los bienes separados de manera tal que los acreedores del fiduciario no puedan acceder a ellos".

A su vez, Puerta de Chacón observa que "...los bienes fideicomitidos son en su conjunto, objeto de imputación de relaciones jurídicas diferenciadas y autónomas, de las que se generan en el patrimonio personal del fiduciante y del fiduciario", justificando ello en que "Como el propósito es que la masa de bienes alcance el fin determinado, es decir se cumpla con el pacto de fiducia, se le confieren las mayores seguridades, desvinculándolo de las contingencias

[55] **HAYZUS**, Jorge R. Fideicomiso. Nota al pie. Págs. 47 y 48.
[56] **CALEGARI DE GROSSO,** Lidia. Op. cit., pág. 998.
[57] **MAVRICH**. Op. cit. , pág.
[58] **CORTIGIANI**, Pablo y **ANDRADE,** Ariel H.. Los negocios fiduciarios, pág. 50.

del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, con un sistema propio de responsabilidad"[59].

Precisamente, la posibilidad de crear una división del patrimonio perteneciente a una persona es considerada por gran parte de la doctrina como el aspecto más innovador que presenta esta figura. No obstante, cabe tener en cuenta Guillermo Borda[60] ya explicaba en épocas anteriores a la sanción de la Ley Nº 24.441, que si bien el patrimonio era único e indivisible, existían numerosos casos en que la misma persona poseía dos o más patrimonios independientes entre sí, entre los que mencionaba: a) la aceptación de una herencia con beneficio de inventario –el heredero es titular a la vez de su propio patrimonio y del que recibe en herencia-, b) el patrimonio del declarado presuntamente fallecido; c) el desapoderamiento de bienes en el concurso o la quiebra –el deudor desapoderado es titular de los bienes cuyo manejo conserva y de los que pasan a la masa-, d) la formación de un fondo de comercio –donde se produce una separación con el resto del patrimonio de su dueño-, etc.

Sin embargo, el mismo autor advierte correctamente que en todos los casos "...la constitución de patrimonios separados del principal debe surgir siempre de la ley, pues la sola voluntad de las partes es impotente para hacerlo, si aquélla no lo autoriza".

Finalmente, debemos advertir que las características propias reconocidas al patrimonio fideicomitido, las cuales describiremos en el apartado siguiente, conducen a admitir la tesitura aquí esbozada, en cuanto a que el fondo fiduciario constituye un patrimonio de afectación destinado a fines específicos. Esto tendrá suma importancia en la calificación subjetiva de este instrumento frente a determinados gravámenes, y en particular en los impuesto al valor agregado y sobre los ingresos brutos.

2.4. CARACTERÍSTICAS DEL PATRIMONIO FIDUCIARIO

En base a lo expresado en el apartado anterior, podemos afirmar que el fideicomiso presenta los siguientes elementos tipificantes:

a) **Patrimonio autónomo:** dado que constituye un patrimonio separado o independiente del propio de cada una de las partes intervinientes en el contrato.

b) Afectado al **cumplimiento de un objetivo determinado**: de un modo análogo, el patrimonio de una sociedad está afectado al cumplimiento de un objeto social.

c) Durante un **período de tiempo limitado**, que en virtud de lo dispuesto por el articulo 4º, inciso e) de la Ley Nº 24.441, no puede exceder de 30 años o de la vida del beneficiario incapaz.

[59] **PUERTA DE CHACÓN,** Alicia. Op. cit., págs. 94 y 95.
[60] **BORDA,** Guillermo. Tratado de derecho Civíl. Parte General, Tomo II, pág.s 14 y 15.

d) Objeto de un **dominio imperfecto** en cabeza del fiduciario: el titular del patrimonio fideicomitido es el fiduciario, quien tiene un dominio fiduciario conforme el nuevo texto del artículo 2662 del Código Civil y el artículo 73 de la ley.

En cuanto a la relaciones surgidas entre el patrimonio fiduciario y los sujetos intervinientes en el contrato, Mantilla[61] señala que cuando los bienes fideicomitidos son cosas, desde el punto de vista del derecho real de dominio se podrá decir que:

a) El fiduciante no tiene derecho real alguno, sólo puede ejercer algunas acciones en defensa de los bienes fideicomitidos ante la omisión de actuar del fiduciario.

b) El fiduciario tiene un dominio imperfecto sobre esas cosas, imperfección que deriva de la limitación temporal fijada por la vida del fideicomiso, a cuya finalización debe transmitir la propiedad plena al fideicomisario. El autor citado también menciona como limitante el objeto perseguido, dado que solo puede administrar y disponer de las cosas fideicomitidas para cumplir el encargo fiduciario y conforme a las limitaciones y restricciones que se establezcan en el contrato[62]. No obstante, como ya explicáramos al describir las características del dominio fiduciario, entendemos que eta segunda limitación se relaciona al plano obligacional contenido en el pacto de fiducia y no al vínculo real propiamente dicho.

c) El beneficiario tiene derecho a recibir del fiduciario el beneficio determinado en el contrato constitutivo del fideicomiso. En virtud del contrato de fideicomiso se establece un vínculo entre el beneficiario y el fiduciario, pero no se establece vínculo alguno entre el beneficiario y las cosas fideicomitidas, no habiendo vínculo con las cosas no hay derecho real en cabeza del beneficiario; por eso hablar de un dominio beneficiario (beneficiary ownership) sería incorrecto y confundiría conceptos.

d) El fideicomisario tiene derecho a recibir del fiduciario los bienes fideicomitidos al terminar el fideicomiso. Su situación es análoga a la del beneficiario pero más evidente pues su derecho es a recibir la propiedad plena de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido a la terminación del fideicomiso que pueden no ser los mismos que existen al constituirse éste.

---

[61] **MANTILLA,** Fernando. Introducción al fideicomiso, págs. 789/90.

[62] En igual sentido se expresa Ana **MAVRICH**, al afirmar que la titularidad fiduciaria "... está afectada por la temporalidad de su propiedad, y por la obligación de actuar respecto de ese patrimonio cumpliendo una manda o encargo que asegure el cumplimiento de un fin y la transferencia a los sujetos designados en cada uno de los distintos instrumentos constitutivos". Op. cit., págs. 57 y 58,

Por lo tanto, reiteramos que el fiduciario es el titular del patrimonio fideicomitido durante la vigencia del fideicomiso. El es el propietario de los bienes fideicomitidos, el acreedor y deudor de los créditos y obligaciones que integran el patrimonio fideicomitido.

Esa titularidad fiduciaria tendrá efectos frente a terceros desde que se cumplan las formalidades de transferencia de dominio (tratándose de cosas) o de la titularidad de derechos (tratándose de bienes) exigible de acuerdo con la naturaleza de los bienes transferidos fiduciariamente.

2.5. CONCLUSIONES

Una característica diferencial del fideicomiso latinoamericano es la conformación de un patrimonio separado de los patrimonios generales del fiduciante y del fiduciario, lo cual tiene por objeto brindar protección jurídica al negocio instrumentado a través de esta herramienta contractual. Se produce así un alejamiento de la concepción jurídica clásica del patrimonio, la cual postulaba una unión inescindible entre el patrimonio y la persona: no se concebía un patrimonio sin dueño ni se admitía que una persona fuera titular de más de un patrimonio. A partir de la sanción de la Ley de Financiamiento de la Vivienda se ha alterado en nuestro país la segunda de estas reglas, si bien se mantiene la primera. Por lo tanto, el patrimonio tendrá un titular: el fiduciario.

Cabe agregar a ello que conforme con el esquema legal adoptado, el patrimonio fiduciario carece de personalidad jurídica propia, no revistiendo el carácter de sujeto de derecho; representa sólo una relación jurídica obligacional que se caracteriza por la transferencia actual o futura, al fiduciario, de bienes a título de confianza. Atento a ello, será su propietario legal, el fiduciario, quien ejercerá los derechos y cumplirá las obligaciones inherentes al fideicomiso.

CAPÍTULO III

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

3.1. INTRODUCCIÓN

Si bien el fideicomiso puede tener como origen distintas fuentes, la Ley Nº 24.441 se ocupó principalmente de su base contractual, refiriéndose sólo tangencialmente a las disposiciones de última voluntad.

Debemos agregar a ello que si bien antes del dictado del citado cuerpo legal existía la posibilidad de constituir un fideicomiso con andamiaje en la libertad contractual emergente del artículo 1197 del Cciv., no es sino a partir de la sanción de la Ley de Financiamiento de la Vivienda que el legislador le dispensa a la figura un marco regulatorio propio, incorporándola al elenco de contratos nominados.

3.2. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO. CONCEPTO

Es definido como la relación contractual por medio de la cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se el transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido[63].

En igual sentido, Cristina Armella afirma que "La fuente natural del fideicomiso establecida por la nueva ley es sin duda el contrato, acto entre vivos por el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados al fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien designe el contrato (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento del plazo o condición al transmitente (fiduciante), al beneficiario o al fideicomisario ..."[64].

3.3. FORMA

En cuanto a los aspectos de forma que debe seguir el contrato, la ley no contiene previsiones específicas. No obstante, coincidimos con Kiper y Lisoprawski[65], quienes afirman que el contrato de fideicomiso requiere la forma escrita, basándose en ciertas exigencias de la ley en torno al contenido de aquél (por ejemplo descripción de bienes fideicomitidos, individualización de los beneficiarios, etc.), algunas de ellas de carácter esencial a los efectos de su validez.

Por otra parte, salvo que concomitantemente con el contrato se produzca la transferencia de bienes que por su naturaleza requieran escritura pública (artículo 1184 Cciv.), puede ser otorgado por instrumento público o privado. Rige así el principio general de la libertad de las formas consagrado por los

[63] **CARREGAL**, Mario. El fideicomiso ..., pág. 48.
[64] **ORELLE,** José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge. Op. cit., pág. 201.
[65] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 192.

artículos 974 y 1182 Cciv.[66], con las consecuencias y efectos previstos por la ley acerca del valor probatorio de los instrumentos privados en general, respecto de los firmantes y sus sucesores universales y su oponibilidad frente a los terceros.

En tal sentido, los autores antes citados consideran como falencia de la norma el no haber establecido que el contrato deba ser otorgado por escrito con firmas certificadas por escribano cuando según la naturaleza de los bienes no correspondiese el otorgamiento público, dado que "De esa forma el régimen suficientemente liberal al no exigir el acto público, permitiría la certeza de la autenticidad de la firma de los otorgantes y un fuerte indicio acerca de la fecha del acto".

En ese mismo orden de ideas, entienden que también va en detrimento del aprovechamiento de la figura, en lo que atañe a los bienes no registrables, la ausencia de toda publicidad impuesta por la ley, tendiente a dotar de mayor seguridad al instituto, especialmente respecto de terceros ajenos al contrato. Al respecto, debemos tener en cuenta que, a diferencia de lo que preveía el Proyecto de Ley de Fideicomisos del año 1986[67], se ha omitido la inclusión de disposiciones que obliguen a la inscripción del contrato en el Registro público de Comercio, medida que hubiera sido de utilidad a los fines de la mentada publicidad del acto.

3.4. CARACTERÍSTICAS

En este punto, intentaremos describir los principales caracteres que presenta el contrato de fideicomiso.

3.4.1. Consensual

Estamos ante un acto jurídico de carácter consensual, el cual queda concluido para producir efectos propios a partir del momento en que las partes han expresado recíprocamente su consentimiento; se trata de un contrato que no requiere para perfeccionarse la "ratio rei", es decir, la entrega de la cosa, sino que por el contrario, ésta es consecuencia de la celebración de aquél.

En tal sentido, Clusellas y Ormaechea[68] expresan que "El pacto de fiducia nacerá como acuerdo de voluntades, tendrá su vida propia y concluirá, tal como está regulado en la ley, independientemente de la forma que requiera la transmisión y retransmisión de los bienes o cosas que constituyan el patrimonio de afectación, conforme a su naturaleza".

---

[66] Artículo 974: "Cuando por este Código o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzguen convenientes".
Artículo 1182: "Lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos".

[67] Proyecto de Ley de Fideicomisos del Poder Ejecutivo Nacional, año 1986. Artículo 5°: "El fiduciario. Deberes. En particular el fiduciario deberá:...b) obtener la inscripción del acto constitutivo del fideicomiso en el Registro Público de Comercio, realizando a tal fin las diligencias que fueren necesarias".

[68] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina, op. cit., pág. 77.

En igual sentido, Betina Freire comenta que "El contrato de fideicomiso es consensual, queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes manifiestan su consentimiento (art. 1140, Cód. Civ.). Aunque falte la transferencia de la propiedad fiduciaria, el contrato de fideicomiso queda perfeccionado por la sola manifestación de voluntad; es el sustrato personal u obligacional del negocio. No se trata de un contrato real, porque su conclusión no depende de la transferencia efectiva de la propiedad (art. 1141, Cód. Civ.)"[69].

3.4.2. Típico y nominado

Con la sanción de la Ley N° 24.441 se otorga al fideicomiso una regulación expresa y propia que lo convierten en un contrato típico. De este modo, a los efectos de gozar de validez, sus cláusulas esenciales y elementos característicos deberán responder a las pautas emanadas del citado marco normativo, sin quedar subordinado a las regulaciones de otros contratos típicos que pueden constituir el negocio subyacente.

Las consideraciones precedentes resultan avaladas por López de Zavalía, quien observa que el Título XII del Código Civil marca la regulación del fideicomiso, de lo cual deduce que "... la asignación de un Título especial implica la intención de separarlo de los contratos clásicos, cada uno de los cuales tiene su Título especial". Ello a su vez conduce a dicho autor a afirmar que "Estamos ante un contrato típico que no es subsumible en ninguno de los otros contratos típicos existentes y que recibe una regulación específica por obra de la ley 24.441"[70].

A igual conclusión arriba Osvaldo Soler, quien afirma que "El nuevo contrato del fideicomiso regulado por la ley 24.441 es un contrato típico no asimilable a ninguna otra figura existente y cuya especial naturaleza jurídica le viene, precisamente, de las prescripciones contenidas en dicha ley. La circunstancia de que en este contrato coexistan diferentes actos que aisladamente denotan tipicidad jurídica, no autoriza a asumir que el fideicomiso quede subsumido en alguno de esos actos también tipificados"[71].

En cuanto a la nominatividad del contrato, cabe destacar que ya con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 24.441, el artículo 1143 del Código Civil designaba a este contrato bajo una denominación especial.

3.4.3. Bilateral

El contrato de fideicomiso constituye un acto jurídico bilateral, dado que concurren dos partes (fiduciante y fiduciario) para formarlo, las que se

[69] **FREIRE**, Betina. El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Pág. 55.
[70] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, Fernando J., op. cit., pág. 99.
[71] **SOLER**, Osvaldo H. El impuesto de sellos, pág. 263.

obligan recíprocamente la una hacia la otra, característica ésta última que lo convierte además en sinalagmático.

En tal sentido, Clusellas y Ormaechea afirman que "Estamos en presencia de un negocio sinalagmático, ya que la figura pone a cargo de ambas partes obligaciones determinadas, nacidas del propio contrato"y que "... el fideicomiso es un acto jurídico bilateral, porque dos son las partes cuyas voluntades lo celebran ..."[72].

En igual línea de pensamiento se manifiesta Gabriela Iturbide, quien expresa este instituto "Se trata de un negocio bilateral, pues su consumición depende del consentimiento que a su debido tiempo debe dar cada una de las partes (art. 946) y porque su característica es la de producir efectos derechos y obligaciones recíprocos, lo que lo hace sinalagmático"[73].

No obstante, cabe señalar, que si bien ésta es la posición mayoritariamente asumida por la doctrina, un sector de ésta entiende que el fideicomiso testamentario puede ser considerado un negocio jurídico unilateral, esto es productor de efectos jurídicos por la sola manifestación de voluntad del fiduciante, especialmente en aquellas legislaciones en las que la no aceptación del fiduciario no invalida el contrato[74].

Al respecto, entendemos que aunque la Ley N° 24.441 admite el nacimiento del fideicomiso por acto unilateral cuando el mismo es creado vía testamentaria, el propio marco legal obliga a la designación –por parte del fiduciante o del juez interviniente- de un fiduciario, el cual, al prestar su consentimiento, pasa a desempeñar el rol de contraparte requerida por esta figura contractual, circunstancia que nos lleva a adherir a la idea de la bilateralidad del fideicomiso.

También resulta oportuno traer a colación lo dispuesto por la Resolución N° 271/1995 de la Comisión Nacional de Valores, la cual contempló durante un breve lapso la constitución del fideicomiso financiero por acto unilateral bajo el régimen de oferta pública de los títulos valores a emitirse, permitiendo al fiduciante autodesignarse fiduciario y afectar bienes de su patrimonio general a un patrimonio separado en carácter de propiedad fiduciaria. Esta figura es rechazada, entre otros, por Kiper y Lisoprawski, quienes la consideran contradictoria con los preceptos de la Ley N° 24.441 y de nuestro Código Civil, destacando la ausencia dos partes que como mínimo exige todo contrato y la inexistencia de transmisión de la propiedad fiduciaria[75].

---

[72] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., pág. 56.

[73] **ITURBIDE**, Gabriela. El contrato de fideicomiso en el arco de los negocios fiduciarios, pág. 818.

[74] Esta postura es defendida por Betina Verónica **FREIRE** en su obra "El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios", pág. 52, y ratificado en el trabajo presentado por la misma autora (página 61) en las XXVI Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de capital Federal.

[75] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit., págs. 209 a 216.

3.4.4. Conmutativo

Corresponde encuadrar al fideicomiso entre los contratos conmutativos, dado que al momento de su celebración están clara y expresamente determinadas las prestaciones que se encuentran a cargo de cada una de las partes intervinientes.

En tal sentido, Clusellas y Ormaechea sostienen acertadamente que "El hecho de que el negocio fiduciario tenga en su esencia una condición o plazo resolutorios no lo convierte e un contrato aleatorio, ya que el hecho resolutivo debe existir y determinará solamente la duración del fideicomiso y del patrimonio de afectación, y en consecuencia de la propiedad o dominio fiduciario"[76]. Continuando con su análisis, estos autores interpretan que la circunstancia descripta transforma al fideicomiso, por definición, en una figura modalizada, aunque ello no se traduce en que se asimile a un contrato aleatorio.

3.4.5. Oneroso o gratuito

El carácter oneroso o gratuito del fideicomiso será dependerá de que se estipule o no, respectivamente, el pago de una retribución al fiduciario por la ejecución del encargo encomendado por el fiduciante. Conforme surge del artículo 8° de la Ley N° 24.441, salvo estipulación en contrario la ley lo presume oneroso, en cuyo caso la retribución será fijada por el juez tomando en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

Aquí no debemos confundir el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso con el carácter de la transmisión fiduciaria, la cual como veremos, se efectúa, en principio, a título de confianza y que por lo tanto no es gratuita ni onerosa[77].

3.4.6. Unitario

Se trata de un contrato unitario, dado que, si bien se compone de una multiplicidad de relaciones jurídicas, no constituye una yuxtaposición de negocios jurídicos de diferente naturaleza. En otra palabras, estamos en presencia de un solo acto jurídico, el cual tiene una causa propia, el encargo fiduciario.

Al respecto, Clusellas y Ormaechea puntualizan que "La transmisión de bienes operada por el fiduciante a favor del fiduciario, y la retransmisión que

[76] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., pág. 65.

[77] Esta discusión fue advertida por distintos autores. Así, Carregal comenta que "El fiduciario debe recibir la propiedad del bien a título de confianza, ya que no lo recibe a título oneroso ni a título gratuito. No debe confundirse esta particularidad de la transferencia de la propiedad con el carácter oneroso o gratuito del contrato de fideicomiso, ya que éste será oneroso si el fiduciario recibe una retribución por la ejecución de los encargos encomendados o gratuito sino es acreedor a contraprestación alguna". **CARREGAL**, Mario A. El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas, pág. 48.

este último opera a favor del destinatario final de los bienes, constituyen una unidad a pesar de tratarse de relaciones jurídicas diferentes, de actos diversos y extemporáneos; esta unidad está dada por el hecho de que la transmisión del fiduciante al fiduciario, tiene su causa y conlleva la finalidad de que, en definitiva, los bienes pasen a manos del fideicomisario"[78].

Los citados autores agregan que "El contrato de fideicomiso es un solo acto jurídico, con una causa única que para su cumplimiento necesitará el desarrollo de distintos actos jurídicos necesario y congruentes para la finalidad del contrato".

Coinciden con este parecer Kiper y Lisoprawski, quienes opinan que "... se está frente a un único negocio, constituido por dos relaciones jurídicas indisolublemente, porque ninguna de ellas existe autónomamente, sino subordinada la una a la otra. Para llegar a la finalidad del negocio coexisten la traslación real del fiduciante al fiduciario, y el vinculo obligacional de este último, respecto del primero"[79].

Y añaden: "En la estructura del negocio fiduciario, con una concepción unitaria de éste, no ocurre una superposición de dos actos recíprocamente opuestos, sino que se produce un solo acto determinante de un complejo de modificaciones y relaciones. Estamos ante un contrato con unidad de causa, aunque de efectos complejos, pero no autónomos, sino único para ambas partes, que han buscado igual finalidad"[80].

3.4.7. De tracto sucesivo

Estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, dado que si bien el acto jurídico a través del cual se constituye el fideicomiso se consuma en un determinado momento, el mismo persigue por finalidad que, a través de la creación de un patrimonio de afectación, el fiduciario lleve a cabo, a lo largo de un determinado período de tiempo el encargo que le encomendó el fiduciante.

3.4.8. Formal

Atento a que los artículos 4°, 7° y 8° de la Ley N° 24.441 prevén un conjunto de prescripciones atinentes al contenido del contrato de fideicomiso, podemos deducir que éste necesariamente deberá celebrarse en forma escrita,

[78] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., págs. 66 y 67.

[79] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V, op. cit., pág. 28. Los autores rechazan así la posición sustentada por Ferrara, quien ve la existencia de dos contratos, uno real o positivo, que produce la transferencia de la propiedad, y otro obligatorio o negativo, por el cual el fiduciario se obliga a usar sólo de cierta forma el derecho adquirido para restituirlo al constituyente o a un tercero.

[80] También arriban a igual conclusión López de Zavalia (op. cit. pág.101), quien afirma que "... estamos ante una necesaria e indivisible, definitoria de la figura", y Pablo Bressan (en su trabajo "Negocio jurídico Fiduciario. Sus aspectos obligacionales", trabajo que forma parte de la obra Tratado Teórico práctico de fideicomiso, coordinado por Beatriz Maury de González), al opinar "... constituye un solo acto jurídico, con una causa propia: la causa fiduciae".

-desechándose su instrumentación vía oral-, pues de lo contrario difícilmente podría acreditarse el cumplimiento de las exigencias legales.

Cabe agregar que también debe el contrato extenderse por escrito a los efectos de su prueba –conforme se desprende del artículo 1193 CCiv.[81]-, si bien bastará para su validez su instrumentación en documento privado.

No obstante lo expuesto, el artículo 12 de la ley dispone que en cada caso se deberán observar el respeto de la forma según la naturaleza de los bienes transmitidos. Así, en el caso de un contrato de fideicomiso celebrado en instrumento privado en virtud del cual se acuerda la transmisión de dominio de un bien inmueble, se deberá labrar escritura pública a los efectos de dejar constancia de la misma. En tal sentido, no existe impedimento legal alguno para que coexistan en el mismo negocio fiduciario la forma instrumento privado para la celebración del contrato de fideicomiso con la forma escritura pública para la transmisión fiduciaria de bienes inmuebles[82].

3.4.9. A favor de terceros

Dado que el fiduciario recibe un mandato consistente en administrar el patrimonio fiduciario en beneficio de un tercero, podemos afirmar que este contrato guarda relación con la figura de la estipulación a favor de terceros prevista por el artículo 504 CCiv.[83].

En tal sentido, Kiper y Lisoprawski explican que "... la estipulación a favor de tercero es una modalidad contractual atípica por la cual una parte, llamada 'estipulante', premisario o o 'receptor de la promesa', actuando sin un vínculo de representación, en virtud de un interés digno de protección legal no necesariamente pecuniario, obtiene de otra, denominada 'promitente' u 'obligado', que ésta asuma el deber jurídico de efectuar una atribución patrimonial favorable a otro llamado 'tercero' o 'beneficiario', quien ha permanecido ajeno al acto básico, y adquiere así un derecho autónomo y directo ejercible contra el obligado sin requerirse la intervención de éste"[84].

---

[81] El artículo 1193 del Código Civil dispone que "Los contrato que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos".

[82] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., pág. 68. En este sentido, los autores opinan que "Para la validez del pacto de fiducia bastará el instrumento privado; como título de la transmisión dominial se requerirá la escritura pública en el caso de inmuebles, debidamente inscripta para su oponibilidad, así como la registración constitutiva en el caso de los automotores". Por su parte, **MALUMIÁN, DIPLOTTI Y GUTIÉRREZ** (op. cit., pág. 91) consideran aplicable en esta hipótesis las previsiones del artículo 1185 del Código Civil, el cual prevé que "Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

[83] Artículo 504 Cciv.: "Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja a favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser invocada".

[84] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit., pág. 196.

De este modo, tanto el beneficiario como el fideicomisario constituyen terceros en cuyo favor se formula una estipulación por parte del fiduciante (en su calidad de estipulante) y cuyo cumplimiento se encontrará a cargo del fiduciario (promitente).

3.5. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Las peculiares características que presenta el fideicomiso puede confundir su esencia con la de otros contratos o derechos. Así, la legislación panameña asemeja esta figura al mandato. Asimismo, existe doctrina, como la brasileña, que lo equipara a la donación.

A los fines de comprender más acabadamente esta figura, procederemos a compararla con otras que presentan semejanzas con ella, para luego identificar sus características distintivas.

3.5.1. EL MANDATO

El artículo 1869 del Código Civil define al mandato como aquél contrato que "... tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza".

A su vez, el mandato comercial es conceptualizado por el artículo 221 del Código de Comercio como ".. un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda".

Podemos vislumbrar, en base a las definiciones brindadas por la legislación de fondo, que este instituto guarda gran similitud con el fideicomiso. Así lo advierte Oscar Rabasa, citado por Kiper y Lisoprawski, al señalar que "... en virtud de estas dos figuras jurídicas se encomienda tanto a los fiduciarios como a los mandatarios los intereses personales y patrimoniales de otras personas, para que los conserven, administren o transmitan a terceros, en beneficio y en provecho de aquéllos a quienes pertenecen. Los fiduciarios y mandatarios, en realidad, manejan, pues, intereses ajenos que se les confían y ejercen facultades jurídicas por cuenta siempre de otras personas"[85].

De esta manera, en ambos contratos existe un encargo de una de las partes para llevar a cabo determinados actos jurídicos. Sin embargo, mientras el mandatario ejecuta dichos actos en nombre de su mandante, el fiduciario lo hace a nombre propio en su carácter de dueño. En otras palabras, el mandato implica una representación, a diferencia del fideicomiso, que importe un acto traslativo de dominio.

En igual sentido se expresan Malumián, Diplotti y Gutiérrez quienes expresan que "Si bien tanto en el mandato como en el fideicomiso existe una

[85] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit., pág. 81.

instrucción de una persona a otra para realizar ciertos actos, la principal diferencia es que el mandatario o asume la propiedad de los bienes mientras que en el fideicomiso siempre debe existir una transmisión de propiedad fiduciaria".

Y agregan: "El mandato afecta al patrimonio del mandante, a diferencia del fideicomiso, cuyo encargo sólo se vincula a los bienes cuya propiedad fiduciaria se transmite y que constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario. El mandatario actúa por cuenta y en nombre de otro, mientras que el fiduciario no actúa por cuenta del fiduciante sino en su rol de fiduciario del patrimonio fideicomitido".

Otra trascendental diferencia está dada por las causas de extinción de uno y otro contrato. En ese orden de ideas, el mandato expira por muerte del mandante o del mandatario, a diferencia de lo que ocurre en el caso del fideicomiso, el cual no se ve afectado por el fallecimiento ni del fiduciante ni del fiduciario, excepto que ello estuviera previsto como causal resolutoria. En ese mismo orden de ideas, el mandato es esencialmente revocable, en tanto el fideicomiso, al involucrar un derecho de propiedad, se presume irrevocable, admitiéndose su revocabilidad únicamente en el supuesto excepcional que el fiduciante se hubiera reservado expresamente dicha facultad al momento de suscribirse el instrumento constitutivo.

3.5.2. LA DONACIÓN

Este instituto se encuentra definido por el artículo 1789 del Código Civil, el cual prevé que "Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa". Por su parte, el artículo 1790 niega validez contractual a la promesa de donación efectuada bajo la condición de producir efectos después del fallecimiento del donante y únicamente la admite como testamento si es hecho con las formalidades de tales actos jurídicos.

De este modo, en ambos casos –esto es, el fideicomiso y la donación- existe una declaración de voluntad de una persona consistente en transmitir a otra la propiedad de determinados bienes. Cabe agregar a ello que el fideicomiso puede constituir el vehículo para instrumentar precisamente una donación a favor del beneficiario, a la vez que la donación "...puede hacerse con cargos que sean en el interés del donante, o de un tercero, sea el cargo relativo al empleo o al destino que deba darse al objeto donado, sea que consista en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario"[86].

Cabe agregar a ello que mientras uno –la donación- constituye un acto Inter-vivos y gratuito, el segundo –el fideicomiso- es efectuado, en principio, a título de confianza, pudiendo llevarse a cabo por acto entre vivos o mortis causa, y sin que se vea afectado, como ya sostuviéramos al comentar las diferencias con el mandato, por el fallecimiento del fiduciante.

[86] Cfr. artículo 1826 del Código Civil.

Pese a las semejanzas descriptas, cabe resaltar que el fideicomiso es un instituto más amplio que la mera donación, pudiendo servir de medio para la instrumentación de múltiples propósitos, además del traslativo de dominio. Además, la relación donante-donatario es directa; en cambio, en el fideicomiso existe un tercero, configurado por el fiduciario, que se interpone, en su carácter de propietario legal de los bienes, entre el fiduciante y el beneficiario,

Por otra parte, en el fideicomiso puede pactarse contractualmente su revocabilidad, mientras que la donación es irrevocable, excepto situaciones puntuales previstas por la normativa de fondo –v.g. la revocación por ingratitud[87]-.

Otro elemento distintivo esta dado por el objeto de uno y otro acto: el patrimonio fiduciario puede integrase por bienes presentes o futuros –como ser flujos de caja-; por el contrario, la donación debe versar siempre sobre los bienes presentes del donante, resultando nula toda disposición atinente a sus bienes futuros[88].

3.5.3. EL DEPÓSITO

Según lo prevé el artículo 2182 del Código Civil, el depósito se verifica "...cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa", a la vez que el codificador aclara, en nota al artículo, que no siempre que se guarda gratuitamente una cosa hay depósito, pues para que la entrega de la cosa tome ese carácter, "...es preciso que ella tenga por finalidad la guarda de la cosa. Cuando la guarda de la cosa es sólo secundaria, cuando no es sino la consecuencia de un contrato ya perfecto, en nada cambia la naturaleza de este contrato".

El contrato tiene importantes puntos en común con el de fideicomiso, pues, como bien subrayan Kiper y Lisoprawski, "...tanto el fiduciario como el depositario reciben una cosa que se les confía y que deben guardar, desempeñando el encargo de confianza, por lo que generalmente ambos están obligados a ejercer, en su conservación, el mismo cuidado, el de toda persona prudente tratándose de sus propios intereses en condiciones análogas ..."[89].

Sin embargo, la diferencia sustancial entre ambos reside en el hecho de que el fideicomiso acarrea el traslado del dominio de la cosa, mientras que en el depósito se transmite únicamente su tenencia: de este modo, el depositante sigue conservando la facultad de disposición del bien, mientras que el fiduciante pierde su carácter de dueño, el cual pasa al fiduciario.

[87] Cfr. artículos 1859 y siguientes del Código Civil.
[88] Cfr. artículo 1800 del Código Civil.
[89] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit. pág. 80.

El dominio fiduciario tiene su causa en el contrato o la ley, mientras que el depósito puede derivar del contrato, de la ley o de una orden judicial.

En cuanto a las características de uno y otro contrato, podemos afirmar que el depósito es real –dado que se perfecciona con la tradición de la cosa- y no formal, en tanto que el fideicomiso es consensual y formal.

3.5.4. LA RENTA VITALICIA

Este contrato es descripto por el artículo 2070 del Código Civil en los siguientes términos: "Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato".

En cuanto a sus características, estamos en presencia de un contrato oneroso y real –dado que no queda concluido sino por la entrega del dinero o la tradición de la cosa en que consistiera el capital-. Aquí surge una primer distanciamiento con el fideicomiso, el cual consiste en un contrato consensual y que puede ser gratuito u oneroso.

Sin embargo, el rasgo que más distingue a ambas figuras está dado por la característica de aleatorio que presenta este contrato, en oposición al carácter conmutativo del fideicomiso: también se distinguen por la naturaleza del dominio transmitido, que es pleno en el caso del primero e imperfecto en el del segundo.

Con relación a ello, Malumián, Diplotti y Gutiérrez puntualizan que en el contrato de renta vitalicia "...el bien que se transmite es propiedad plena del obligado al pago de la renta, asumiendo el riesgo de que la renta que deba pagar sea mayor que el valor del bien recibido, a cambio de la posibilidad de que la renta a pagar sea menor que el mencionado valor", agregando que "En el contrato de fideicomiso la transmisión de la propiedad del bien no es plena sino sólo fiduciaria, y el fiduciario no asume ningún riesgo ni recibe ningún beneficio de la transmisión fiduciaria que no sea la retribución por su función" [90].

Por otra parte, el artículo 2078 prohíbe constituir una renta en vitalicia en cabeza de una persona sin existencia al día de su formación. En cambio, se puede designar como beneficiario del fideicomiso a una persona que no exista al momento de su constitución-.

Por otra parte, entendemos importante llamar la atención en el hecho de que si bien el negocio subyacente al fideicomiso puede ser asegurar una renta a favor de un tercero –como es el caso de los fideicomisos de segu-

[90] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo, op. cit., págs. 37 y 38.

ro-, sus finalidades no se agotan con dicho fin , sino que puede abarcar muchas otras posibilidades.

3.5.5. LA COMPRAVENTA

El artículo 1323 CCiv. define al contrato de compraventa en los siguientes términos: "Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".

Vemos así que este contrato, al igual que las restantes modalidades de cesión (como es la permuta), implica una transmisión de la propiedad de los bienes enajenados, del mismo modo que acontece con el fideicomiso. Sin embargo, dicha transmisión opera a título oneroso, a diferencia de lo que ocurre en la operatoria fiduciaria, donde la transmisión de la propiedad se efectúa, en principio, a título de fiducia.

Asimismo, se encuentra ausente en este contrato un elemento esencial del fideicomiso, el cual es el mandato o encargo fiduciario. Esto es, el enajenante no transmite la propiedad con la intención de que el comprador lleve adelante un determinado encargo, es decir, se produce una transferencia del dominio pleno de la cosa negociada.

3.6. SUJETOS PARTICIPANTES

Como ya dijéramos, el fideicomiso es un contrato, en el que intervienen los siguientes actores: a) el fiduciante o fideicomitante; b) el fiduciario; c) el beneficiario; d) el fideicomisario. Aquí debemos tener en cuenta, como acertadamente advierten Malumián, Diplotti y Gutiérrez, que sólo los dos primeros constituyen las partes, en tanto que el beneficiario y el fideicomisario se guían por las estipulaciones a favor de terceros. Sentado ello, seguidamente estudiaremos las principales características que distinguen a cada uno de ellos.

3.6.1. EL FIDUCIANTE

Es el propietario original de los bienes transmitidos en fiducia, y quien le encomienda al fiduciario el encargo que deberá cumplir en relación con los mismos. Conserva su poder de disposición sobre el patrimonio fideicomitido únicamente hasta el momento de la transferencia de la propiedad fiduciaria.

Si bien el artículo 1° de la Ley N° 24.441 se refiere a esta parte contractual en singular, resulta admisible la existencia de una pluralidad de fiduciantes. Esta situación puede presentarse bajo diversas circunstancias: a) un aporte fiduciario efectuado originalmente en forma conjunta (por ejemplo, que los fiduciantes resulten condóminos del bien fideicomitido); b) una multiplicidad de fiduciantes prevista en el contrato pero cuya incorporación efectiva se con-

creta en distintos momentos (v.g. un desarrollo inmobiliario); c) un hecho fortuito posterior a la constitución del fideicomiso.

El criterio expuesto resulta concordante con la opinión expresada por Haysus, quien considera viable la modificación del contrato en el sentido de aceptar nuevos fiduciantes que aporten bienes de refuerzo al fideicomiso. Por su parte, Malumián, Diplotti y Gutiérrez entienden que el fiduciario podrá aceptar el aporte de nuevos fiduciantes en el supuesto de presentarse dificultades económicas o financieras, mientras que en caso que ello no suceda, dicha facultad deberá estar prevista expresa o implícitamente en el propio instrumento constitutivo del fideicomiso.

En cuanto a la superposición con otros roles, cabe resaltar que conforme lo prevé el tercer párrafo del artículo 2º de la ley, el fiduciante puede reunir simultáneamente la calidad de beneficiario o fideicomisario. Por el contrario, la doctrina nacional e internacional ha rechazado prácticamente en forma unánime la posibilidad que pueda asumir también el carácter de fiduciario, basándose en la ausencia de bilateralidad que exige todo contrato y la inexistencia de transmisión a otra persona de la propiedad de los bienes fideicomitidos, elemento este último que hace a la esencia de la figura que nos ocupa en función de la separación y conformación del patrimonio separado.

Con relación a este punto, es del caso reiterar que originalmente la Comisión Nacional de Valores había autorizado, mediante la Resolución 271/1995, la constitución del fideicomiso financiero por acto unilateral –asumiendo el fiduciante el carácter de fiduciario-, pero posteriormente y ante las críticas suscitadas, dictó la Resolución Nº 296/1997, la cual prohibió esta subespecie de fideicomiso financiero.

Precisamente, entre los argumentos esgrimidos contra dicha hipótesis, Kiper y Lisoprawski advierten que "Al admitirse que se puedan reunir en una misma persona las calidades de fiduciante y fiduciante cuando esto sucede en nuestro ordenamiento jurídico, en el plano de una relación de obligaciones, hay 'confusión' y cuando se trata de derechos reales la doctrina la denomina 'consolidación'. Éste es, precisamente, el efecto contrario al buscado cuando se recurre a la figura del fideicomiso: la extinción de la propiedad fiduciaria. La reunión del fiduciante y el fiduciario en una misma persona produce fatalmente ese efecto extintivo. Además, quien es dueño pleno o perfecto no puede, al mismo tiempo, ser dueño imperfecto de esa misma cosa de inferior entidad, pues 'el que ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, o puede en adelante adquirirla por otro' (art. 2509 CCiv. y nota del codificador)"[91].

En cuanto a los derechos que posee dentro del ámbito del fideicomiso, la ley lo autoriza a solicitar la remoción judicial del fiduciario cuanto éste no cumpliera con sus obligaciones, ejercer autorización judicial mediante y mientras no lo haga el fiduciario- la defensa de los bienes fideicomitidos contra ter-

[91] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit. pág. 215.

ceros o el propio beneficiario, revocar el contrato cuando se reserve expresamente dicha facultad, y prestar su consentimiento a los actos de disposición del fiduciario si ello también fuera previsto en el instrumento constitutivo. Kiper y Lisoprawski estiman que, siendo este instituto un contrato, pueden regir otras estipulaciones dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil), ello siempre que no lo desnaturalicen vaciándolo de sentido ni vulneren disposiciones de orden público.

En lo que respecta a sus obligaciones, la primordial gira en torno a la transmisión de los bienes comprometidos al celebrar el contrato, aunque como ya dijéramos, se pueden establecer otras dentro de las estipulaciones contractuales.

3.6.2. EL FIDUCIARIO

Es quien ejerce la propiedad fiduciaria de los bienes, asumiendo el compromiso de darles el destino previsto en el contrato de fideicomiso. Al respecto, Julián Martín[92] nos comenta que "El fiduciario tendrá sobre los bienes recibidos los derechos propios del dueño con las limitaciones propias de la temporalidad característica de esta especie de dominio".

Conforme lo establece el artículo 5º de la Ley Nº 24.441, puede asumir este carácter cualquier persona física o jurídica que posea capacidad para contratar. No obstante, solo podrán ofertar sus servicios al público –esto es, darlos a conocer recurriendo a la publicidad- las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la Ley Nº 21.526 y las personas jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, quien establecerá los requisitos que deberán cumplir.

En tal sentido, el citado Organismo dispuso que podrán actuar como fiduciarios ordinarios públicos los siguientes: a) las entidades financieras autorizadas a actuar como tales en los términos de la Ley Nº 21.526; b) las cajas de valores autorizadas en los términos de la Ley Nº 20.643 y su reglamentación; c) las sociedades anónimas constituidas en el país o en el exterior –en este último caso, siempre que acrediten el establecimiento de una sucursal, asiento o representación en el país-, las personas físicas o las sociedades de personas –en ambos casos siempre que se domicilien en el país- que soliciten su inscripción en el Registro de Fiduciarios Ordinarios Públicos; d) el representante de los obligacionistas conforme las previsiones del artículo 13 de la Ley Nº 23.576.

Entre los derechos del fiduciario, podemos mencionar: a) reembolso de los gastos y retribución; b) exigir al fiduciante la transmisión de los bienes a fideicomitir, cuando dicha transmisión no operase en el mismo momento de suscripción del acto constitutivo; c) disponer o gravar los bienes integrantes del patrimonio fiduciario, en tanto ello responda a los fines perseguidos por el fidei-

[92] **MARTÍN**, Julián Alberto. Tratamiento impositivo de operaciones financieras, pág. 317.

comiso; ejercer las acciones que correspondan en defensa de los bienes fideicomitidos.

En cuanto a sus obligaciones, estas comprenden las siguientes: a) adquirir efectivamente la propiedad fiduciaria, obteniendo las inscripciones registrales correspondientes y verificando la ausencia de vicios que pudieran afectar la validez o eficacia del acto de adquisición o la integridad de los derechos sobre el patrimonio fiduciario; b) manejarse con la diligencia y prudencia de un buen hombre de negocios; c) rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año; d) ejercer la defensa de los bienes integrantes del patrimonio fiduciario; e) transmitir los bienes al beneficio o al fideicomisario a la finalización del fideicomiso.

3.6.3. EL BENEFICIARIO

Podemos definirlo como aquél en cuyo favor se administran los bienes fideicomitidos, es decir, el destinatario o receptor de los brutos o rendimientos producidos por éstos. Con relación a ello, Malumián, Diplotti y Gutiérrez explican que "El fideicomiso genera una división de la propiedad en propiedad formal en cabeza del fiduciario, y beneficios emergentes de la misma o propiedad económica, en cabeza del beneficiario. En esta línea de razonamiento, beneficiario es quien tiene el derecho a los beneficios económicos que emerjan del patrimonio fiduciario"[93].

El artículo 2° del marco legal que regula la especie prevé que el contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al momento del otorgamiento del contrato; en este último supuesto, deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Asimismo, y aunque la norma no lo aclara, puede designarse beneficiario al Estado nacional, provincial o municipal.

El segundo párrafo de la misma norma legal establece que pueden designarse varios beneficiarios, quienes lo serán en la misma proporción, excepto disposición en contrario. También puede nombrarse beneficiarios sustitutos para el supuesto de no aceptación, renuncia o muerte de los designados originalmente. Asimismo, si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fiduciante.

Con relación a este participante, Kiper y Lisoprawski[94] afirman que "Según la forma en que esta redactado el art. 2°, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1°, el beneficiario parece ser un elemento esencial del contrato, pues aún cuando no exista o no acepte el designado, otro ocupará su lugar, pudiendo serlo el propio fideicomitente", de lo cual infieren que "Al parecer, no puede haber fideicomiso sin beneficiario".

[93] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo, op. cit. pág. 22.
[94] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op.cit. pág. 417.

Por otra parte, siendo el fiduciario quien tiene la posesión y el dominio de la propiedad fiduciaria, el beneficiario no es titular de un derecho real, sino de un derecho personal o creditorio, consistente en la facultad de reclamar al fiduciario los frutos de los bienes fideicomitidos, no produciéndose de este modo, desmembración alguna del derecho de propiedad.

Este derecho personal es temporario, pues dura tanto como el fideicomiso y transmisible por acto entre vivos o por causa de muerte, excepto previsión en contrario del fiduciante. Además, es embargable por parte de los acreedores del beneficiario, quienes pueden subrogarse en sus derechos.

Entre los derechos que posee, puede exigir al fiduciario la rendición de cuentas, requerirle que le entregue los frutos del patrimonio fideicomitido según lo pactado en el contrato, y, subrogándose en las facultades del fiduciario, ejercer actos conservatorios de su derecho –entre los cuales se encuentra la acción reinvidicatoria-.

3.6.4. EL FIDEICOMISARIO

Constituye la persona a la que se destinarán los bienes una vez cumplido el plazo o condición a que está sometido el dominio fiduciario. Aunque generalmente coincide con el beneficiario, la Ley N° 24.441 admite que sean sujetos diferentes.

Sobre este particular, Kiper y Lisoprawski[95] observan que "... la previsión acerca de la existencia de 'beneficiario' y 'fideicomisario', es propia de nuestra ley, porque en general en las demás leyes latinoamericanas, las dos denominaciones son sinónimas, es decir se refieren a uno u otro indistintamente y con el mismo significado", no viendo objeción legal para que convencionalmente se establezca que beneficiario y fideicomisario sena la misma persona.

3.7. CAUSALES DE EXTINCIÓN Y EFECTOS

3.7.1. CAUSALES DE EXTINCIÓN

En primer término, cabe aclarar que debe distinguirse la extinción del fideicomiso de la extinción de la propiedad fiduciaria. En el primer caso, nos estamos refiriendo a la desaparición del sustrato obligacional que contiene el encargo fiduciario o, dicho en otras palabras, la desaparición del motivo subyacente de la transferencia de la propiedad a título de confianza. Por el contrario, en el caso del segundo aludimos a la extinción del derecho de propiedad que ejerce el fiduciario sobre los bienes fideicomitidos, lo cual puede acarrear o no la finalización del fideicomiso. Así, tendremos situaciones, como puede ser la destrucción de los bienes entregados en fiducia, que conlleven a la *extinción*

[95] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 403.

del dominio fiduciario y no del fideicomiso, en virtud de reemplazarse los activos por otros que ocuparán su lugar por subrogación real.

Sentado ello, cabe señalar que la Ley Nº 24.441 enuncia, en sus artículos 16 y 25, distintas causales de extinción del fideicomiso, aunque también admite que el contrato pueda prever otras. No obstante, entendemos que de no darse las situaciones contempladas por el texto legal y aún en caso de silencio del instrumento constitutivo, pueden presentarse otras hipótesis que provoquen la terminación de aquél.

3.7.1.1. Vencimiento del plazo fijado

El mero cumplimiento del plazo de duración del fideicomiso constituye una de las causales de extinción enumeradas por el artículo 25 de la ley, naciendo inmediatamente la obligación de entregar los bienes a quien ha sido designado a tales efectos. Dicha obligación deberá ser cumplida dentro del día siguiente de vencido el plazo; caso contrario, el fiduciario entrará automáticamente en mora sin ser necesario que medie interpelación del fideicomisario (Conf. art. 507 Cciv.).

3.7.1.2. Cumplimiento de la condición

En igual sentido, el cumplimiento de la condición resolutoria decreta la extinción del fideicomiso, con iguales consecuencias que las previstas respecto del vencimiento del plazo, aunque en este supuesto el fiduciario no entra automáticamente en mora.

3.7.1.3. Cumplimiento del plazo legal máximo

Conforme se desprende de la norma legal, la duración del fideicomiso no puede exceder el término de treinta años, salvo aquéllos constituidos en favor de incapaces[96], supuesto en el cual el fideicomiso puede extenderse hasta la muerte del incapaz o hasta el cese de la incapacidad. Otra excepción es el caso de los fideicomisos forestales comprendidos en la Ley Nº 25.080[97].

Con relación a la existencia de otras excepciones al plazo máximo, Betina Freire advierte que "Nuestra ley no prevé la posibilidad de constituir un fideicomiso de duración indefinida para fines altruistas o culturales. Tampoco considera aquellos fideicomisos constituidos a favor de entidades estatales, de beneficencia o de utilidad común, como excepción al mencionado límite temporal, como lo hace, a modo de ejemplo, el Código Civil de Québec, permitiendo

[96] Debemos incluir aquí a los fideicomisos que tengan por beneficiarios, al momento de cumplirse el plazo máximo legal, a menores de edad. Esta hipótesis, si bien es de difícil ocurrencia, se podría presentar por ejemplo en el caso de un padre que constituye un fideicomiso en favor del hijo dispendioso y de los hijos de éste, que pueden no existir al momento de suscribirse el contrato.

[97] Esta ley, denominada Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, dispone en su artículo 30 que a los fines de la misma, no resultará de aplicación la limitación temporal prevista en el artículo inciso c) del artículo 4º de la Ley Nº 24.441.

la constitución de fideicomisos a perpetuidad cuando tengan un fin público o social..."[98].

Haysus fundamenta esta limitación argumentando que si bien tiene algo de arbitrario, "...también tiene un sentido: tanto tiempo después de firmado el contrato puede ser difícil entender lo que quiso el fiduciante y saber lo que pretenderán los beneficiarios"[99].

Debemos agregar a ello que si bien la ley es imperativa en cuanto al establecimiento del plazo máximo de duración, no invalida aquellos contratos que se acuerden por un plazo superior, supuesto en el cual el fiduciario deberá liquidar el patrimonio fiduciario al cumplirse el trigésimo año[100]. Lo mismo procedería en el supuesto de haberse fijado una condición no verificada al momento de cumplirse el plazo máximo legal.

3.7.1.4. Revocación por el fiduciante

El inciso b) del artículo 25 de la ley prevé que también se podrá extinguir el fideicomiso por la sola voluntad del fiduciante, siempre que éste se hubiera reservado expresamente dicha facultad.

Con relación a esta posibilidad, Giraldi percibe que ella constituye un lejano eco de la idea de Alfaro de asimilar la figura al ejercicio de un mandato. Sin embargo, justifica su inclusión normativa "... atendiendo a la mutabilidad de las circunstancias que en su momento no se tuvieron en cuenta al constituir el fideicomiso", el cual, con el correr del tiempo "... puede haberse tornado impropio para los fines perseguidos por el fiduciante"[101].

También justifican esta norma Kiper y Lisoprawski, con basamento en que "La persona que tiene la propiedad plena sobre una cosa puede disponer libremente de ella y transmitirla en las condiciones lícitas que quiera establecer. Por ello, el fideicomitente tiene el derecho de constituir un fideicomiso con bienes de su propiedad sujeto a la facultad de revocarlo o darlo por terminado, si se hubiera reservado expresamente ese derecho en el acto constitutivo. En este caso, la cosa debe retornar al fideicomitente, desapareciendo el derecho que pudiera asistirle al fideicomisario, quien, por otra parte, no podía ignorar la existencia de la referida reserva constante en el contrato"[102].

Por su parte, López de Zavalía advierte que no debe confundirse la revocación del fideicomiso con la revocación de la atribución a favor de terceros efectuada a través de aquél y que se encuentra regida por el artículo 504

[98] **FREIRE**, Betina.Op. cit., pág. 103.
[99] **HAYZUS**, Jorge R. Op. cit., pág. 57.
[100] Sobre el particular, Mariani Vidal (citado por **MALUMIÁN, DIPLOTTI** y **GUTIÉRREZ**, op. cit., pág. 117) opina que en caso que el acto constitutivo previera un plazo mayor de 30 años, "... parece adecuado considerar que debe entenderse reducido al de treinta años fijado por la ley".
[101] **GIRALDI**, Pedro M. Op. cit., pág. 118.
[102] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V., op. cit. pág. 80.

CCiv. En tal sentido, el citado autor entiende que no había impedimento para que se atribuya al beneficiario la ventaja destinada al fideicomisario, siempre que éste último no hubiera exteriorizado su aceptación; por el contrario, considera inviable revocar la atribución efectuada a favor del beneficiario, aun en el supuesto que éste no hubiera se hubiere pronunciado sobre su aceptación, puesto que ello equivaldría a dejar al fideicomiso sin designación ab initio[103].

3.7.1.5. Cualquier otra causal prevista contractualmente

Esta alternativa, enunciada por el inciso c) del artículo 25 del marco legal, responde en esencia a la aplicación del principio jurídico de autonomía de la voluntad (instaurado por el artículo 1197 CCiv.), en virtud del cual las partes (es decir, fiduciante y fiduciario) quedan en libertad para determinar supuestos de extinción del contrato, "... sin más límites que los que fijan los caracteres esenciales del instituto cuya observancia es requisito insoslayable Principio de autonomía de la voluntad"[104].

3.7.1.6. Insuficiencia patrimonial

Otra posible causa de extinción de este contrato es la insuficiencia patrimonial de los bienes fideicomitidos para atender sus obligaciones, posibilidad asimilable a la cesación de pagos del derecho falencial y que se encuentra prevista por el artículo 16 de la Ley N° 24.441. Esta norma dispone que de presentarse esta circunstancia, no dará lugar a la declaración de quiebra, sino que, y a falta de otros recursos aportados por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá efectuar la liquidación del fondo fiduciario, la cual estará a cargo del fiduciario.

Así pues, el fiduciario deberá enajenar los bienes integrantes del patrimonio fideicomitido y entregar el producido a los acreedores de éste, respetando el orden de privilegios pautado para el procedimiento falencial.

3.7.1.7. Imposibilidad de cumplimiento de la condición fijada

Si bien nuestra ley no lo regula expresamente, el fideicomiso debe extinguirse anticipadamente en caso que la condición resolutoria[105] a la cual se subordinó su duración no se cumple o exista la certeza de que se ha torna de imposible cumplimiento, ello con anterioridad al vencimiento del plazo máximo legal. Tal coyuntura podría derivar de cambios legislativos que transformaran al

[103] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, Fernando J., op. cit., pág. 95.

[104] **GIRALDI**, Pedro M., op. cit., pág. 118.

[105] Asimilamos al incumplimiento de la condición resolutoria también el incumplimiento de la finalidad perseguida, aunque estrictu sensu ambos conceptos difieren en su naturaleza. Ello se podrá visualizar a través de un sencillo ejemplo: supongamos que una persona entrega un inmueble en fideicomiso, con el objeto que el mismo sea transmitido e el futuro a un nieto aún no concebido. Dentro del contexto descripto, puede suceder que la criatura nunca sea concebida (incumplimiento de la condición) o que la propiedad se destruya por causas naturales (imposibilidad de alcanzar la finalidad perseguida), extinguiéndose en ambos supuestos el contrato.

objetivo perseguido en ilícito o que dificultaren su consecución, así como también en razones de mercado, causas de fuerza mayor, etc.

Frente a la eventualidad planteada, el dominio imperfecto se convierte en dominio pleno, surgiendo como interrogante en quien debe recaer, cuestión que divide a la doctrina. Una parte de ésta, entiende que por aplicación de los principios generales del Código Civil, los bienes deben permanecer en cabeza del fiduciario[106].

Por el contrario, otra sector de la doctrina[107] sostiene que los bienes deben transmitirse al mismo destinatario final que hubiera tenido derecho a ellos de verificarse la situación, equiparando esta situación a la de vencimiento del plazo máximo legal. Por nuestra parte, adherimos a esta segunda posición, en el entendimiento que de admitirse que el fiduciario sea el destinatario de los bienes, implicaría no sólo vulnerar la prohibición consagrada por el artículo 11 de la Ley Nº 24.441, sino que atentaría contra el espíritu de este instrumento jurídico, consistente en servir de vehículo para la obtención de una finalidad determinada.

Asimismo, y tal como subraya Castro Hernández, de seguirse el criterio postulado en primer término, "... se abrirían las puertas a innumerables fraudes a la ley", pues "... bastaría con someter la extinción del contrato a una condición difícilmente verificable para que, sin violación a la norma, el fiduciario adquiera para sí la propiedad plena de los bienes"[108].

3.7.1.8. Acuerdo de voluntades

Si bien en algunas legislaciones latinoamericanas prevén la extinción del fideicomiso por acuerdo del fiduciante y del beneficiario, dicha causal se encuentra vedada conforme nuestra normativa doméstica, dado que el artículo 1200 Cciv. establece sólo las partes pueden acordar la rescisión del contrato. Por lo tanto, con prescindencia de lo que convengan fiduciante y beneficiario, será indispensable el consentimiento del fiduciario, salvo la hipótesis prevista por el inciso b) del artículo 25 supra comentado (esto es que expresa-

[106] Comparten esta tesitura, entre otros, **LÓPEZ DE ZAVALÍA** (op. cit., pág. 91/94) y **MAURY DE GONZÁLEZ** (Aspectos registrales del fideicomiso, trabajo publicado en el libro Tratado Teórico Práctico de fideicomiso, Tomo I, pág. 138/139). El primero de estos autores opina que "Desde que media una condición resolutoria se torna necesario derivar consecuencias distintas según que ella se cumpla o fracase".

[107] Se manifiestan en este sentido **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit. págs. 141/142; y **HAYZUS**, op. cit. pág. 188. Este último autor afirma que "... la terminación anticipada del fideicomiso, cualquiera sea la causa, no invalida las disposiciones del contrato en materia de asignación de los bienes a los beneficiarios, a las cuales está sujeto el fiduciario hasta donde sea razonablemente factible cumplirlas, una vez pagados los acreedores y cubiertos los gastos finales del fideicomiso. Desde este punto de vista, la terminación anticipada ... no difiere de la liquidación del fideicomiso al vencimiento del plazo o de la condición".

[108] **CASTRO HERNÁNDEZ**, Manuel. Consideraciones sobre el fideicomiso en la ley 24.441, pág. 1188. No obstante, cabe aclarar que este autor considera que "... lo más justo sería dejar el destino de los bienes librado a la voluntad del fiduciante, que podría quedárselos para sí o enajenarlos a cualquier persona menos al fiduciario".

mente se previera en el instrumento constitutivo la revocación por decisión unilateral del fiduciante).

Asimismo, entendemos que tampoco sería factible la extinción del contrato por acuerdo del fiduciante y fiduciario, excepto que mediara el consentimiento expreso del beneficiario y del fideicomisario, ello por aplicación de la doctrina que emerge del articulo 504 CCiv.

3.7.1.9. Desaparición del beneficiario

También puede motivar la extinción del fideicomiso la desaparición del beneficiario, circunstancia ésta que resulta de naturaleza excepcional, dado el régimen de sustitución previsto por el artículo 2º de la Ley Nº 24.441. No obstante, en el caso que se materializara tal escenario, el fiduciario debería dar por finalizado el contrato ipso iure, ello atento a que la formación del patrimonio de afectación tiene su sustento en la existencia de alguien en cuyo beneficio se administra.

Por el contrario, opinamos que, a diferencia de lo que consideran Hayzus[109] y Giraldi[110], resultaría sumamente improbable, por no decir de ocurrencia imposible, la desaparición del fiduciario, pues aún cuando el fiduciario original renunciara, falleciera (en el caso de ser persona física) o se disolviera (en el supuesto de una persona jurídica) y los beneficiarios no siguieran adelante con el procedimiento judicial tendiente a nombrar un sustituto, resulta imprescindible que alguien ocupe dicho papel a los mismos fines de proceder a la liquidación del patrimonio fiduciario.

3.7.1.10. Confusión

Una situación distinta a la planteada precedentemente se presenta en el caso que el fiduciario herede al fideicomisario, reuniendo en consecuencia ambas roles. De este modo, coincidirían en el mismo sujeto las calidades contrapuestas de sujeto activo y pasivo de la relación obligacional presente en los negocios fiduciarios, lo que denota, a juicio de Llambías[111], la confusión de partes, con la consecuente "consolidación" de derechos reales y la extinción de la propiedad fiduciaria.

Aquí entendemos que el efecto extintivo únicamente se producirá en caso de coincidir las figuras del beneficiario y del fideicomisario, dado que si ello no fuera así, subsistiría el vinculo obligacional a favor del beneficiario y, por lo tanto, la estipulación a favor de tercero dispuesta por el fiduciante, por lo que no cabría considerar finalizado el contrato.

---

[109] **HAYZUS**, Jorge R., op. cit.,pág. 186.
[110] **GIRALDI**, Pedro M., op. cit., pág. 122.
[111] Citado por **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. 140.

3.7.2. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

Una vez extinguido el fideicomiso, cesa la afectación patrimonial y los bienes fideicomitidos ingresan al patrimonio del destinatario de los mismos. Frente a terceros, la extinción produce efectos a partir del momento en que se cumplan las formalidades exigidas para la transmisión de acuerdo con la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio fiduciario.

Cabe aclarar que los bienes que deben transmitirse son aquellos existentes al producirse la finalización del contrato, dado que, como destaca Giraldi, "...el patrimonio se entrega al fiduciario no para que lo guarde intacto, sino para que desarrolle con él una actividad económica. Y cae de maduro que dicha actividad económica –salvo que el patrimonio se redujera a un inmueble que se explotara mediante arrendamiento o algún otro ejemplo similar- implica necesariamente la realización de ventas y adquisiciones, tal como está previsto en el art. 13 de la ley"[112].

Asimismo, debemos subrayar que la entrega de los bienes al fideicomisario no se producirá en forma simultánea a la extinción del contrato, sino que existirá una suerte de solución de continuidad entre el nacimiento del derecho de aquél y su ejecución. Esto se debe a que en forma previa a verificar la entrega, el fiduciario debe proceder a la cancelación de las obligaciones a cargo del patrimonio fiduciario, así como el reembolso de sus propios gastos e, incluso, de su remuneración.

Por otra parte, el destinatario de los bienes tiene derecho a ejercer una acción personal contra el fiduciario tendiente a compelerlo para entregarlos, en caso que éste se negare a ello o demorara injustificadamente.

3.8. CONCLUSIONES

Entre las bases jurídicas que pueden dar sustento legal al fideicomiso encontramos al contrato, el cual, si bien podía ser utilizado desde antiguo en la implementación de los negocios fiduciarios, ha encontrado un marco legal específico a partir de la sanción de la Ley Nº 24.441.

Debemos agregar a ello que los rasgos esenciales de este acto jurídico, y que permiten distinguirlo de otras figuras contractuales, son la transmisión de la propiedad efectuada a favor del fiduciario, y la presencia de un encargo o manda que este último se compromete a llevar a cabo.

En cuanto a las características que exhibe, podemos mencionar que este contrato puede ser oneroso o gratuito –según se pacte o no el pago de una retribución al fiduciario-, cualidad que muchas veces es confundida con la naturaleza onerosa o gratuita del propio negocio subyacente y que, como veremos al entrar al ámbito tributario, posee gran trascendencia a la hora de es-

[112] **GIRALDI**, Pedro M., op. cit., pág. 118.

tablecer el régimen fiscal aplicable al instrumento, especialmente en lo atinente al impuesto de sellos.

Otra de las características que presenta es ser un acto jurídico bilateral, siendo sus partes contratantes el fiduciante y el fiduciario. El primero es quien transfiere la propiedad de los bienes destinados a integrar el patrimonio fiduciario, mientras que el segundo se compromete a la realización del encargo y a proceder a su restitución una vez alcanzado el mismo.

Por otra parte, el contrato constituye el sustrato que recepta el acuerdo de voluntades que precede o es concomitante a la cesión de los bienes en fiducia, por lo que las previsiones contenidas en sus cláusulas marcarán los derechos y obligaciones de las partes.

Dentro de dicho contexto, debemos tener en cuenta que el fiduciario siempre actúa en calidad de dueño, no obstante ejercer un dominio imperfecto, pudiendo disponer de los bienes fideicomitidos según su criterio. Por su parte, el beneficiario y el fideicomisario no poseen sobre el patrimonio fiduciario un derecho real, sino sólo uno de naturaleza personal contra el fiduciario.

Por último, debemos tener en cuenta que las previsiones contenidas en el contrato tendrán suma relevancia al momento del correspondiente análisis fiscal, pues los cambios introducidos en los términos de aquél podrán acarrear variaciones sustanciales en el tratamiento dispensado a la operatoria. Ello nos lleva pues a concluir que previamente a definir la carga tributaria que deberá soportar el negocio será necesario examinar exhaustivamente el marco contractual a los fines de lograr un correcto encuadre jurídico.

CAPITULO IV

CLASIFICACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS

4.1. INTRODUCCIÓN

Cabe recordar que el sistema de la Ley Nº 24.441 sólo se ha trazado una distinción entre dos clases de fideicomiso: por un lado el común, al que el mensaje de elevación que acompañó al entonces proyecto de ley denominaba "ordinario", y, por otro, el financiero, el cual se debe adecuar a las normas previstas para el primero en todo lo que no esté específicamente regulado.

Sin perjuicio del silencio normativo, la doctrina ha interpretado que existe libertad para determinar las cláusulas del contrato, conforme al principio de "numerus clausus" consagrado por el artículo 1197 Cciv.[113] Esto pone de relieve la importancia que tiene para las partes describir claramente en el contrato la finalidad perseguida, así como los derechos y obligaciones que asumen en el marco del mismo.

Por otra parte, hemos señalado al inicio de este trabajo que el fideicomiso es un mecanismo destinado a dar seguridad al negocio que intentan concretar los sujetos contratantes y que constituye su verdadera propósito. De este modo, la estructuración del esquema fiduciario responderá a la necesidad e intereses de los participantes, lo cual, unido a la libertad contractual que anima la materia, arroja una gran variedad de posibilidades.

En los siguientes puntos, sin ánimo de realizar una lista sistemática ni exhaustiva, comentaremos las diferentes clasificaciones que se han esbozado en la práctica y sus especies componentes.

4.2. CRITERIOS UTILIZADOS

A los efectos de agrupar los fideicomisos por tipos o clases, se han enunciado distintos criterios, los que tienen en cuenta uno u otro aspecto del negocio fiduciario: los sujetos participantes, la finalidad perseguida, etc. Sin embargo, debemos tener en cuenta que estas clasificaciones tienen más un origen convencional que jurídico, y que, según el autor consultado, pueden presentarse otras no abarcadas en el presente trabajo.

4.2.1. SEGÚN EL MARCO LEGAL

La Ley Nº 24.441 no hace distinción alguna entre los diversos fideicomisos, excepto con referencia a dos categorías genéricas de éstos, cuales son:

[113] Artículo 1197: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

a) **los fideicomisos ordinarios o no financieros:** son todos aquellos que reúnen las características usuales de este tipo de instrumentos, pero que no permiten realizar una titulización de activos;

b) **los fideicomisos financieros:** se trata de una modalidad particular dentro de la especie, regulada por los artículos 19 ya 24 de la Ley Nº 24.441, la cual permite la realización de negocios de securitización, en los que los bienes fideicomitidos respaldan títulos emitidos para su colocación. En este caso, el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y los beneficiarios son titulares de certificados de participación o de títulos representativos de deuda garantizados por los bienes transmitidos.

Al respecto, Leonardo Hansen expresa que el fideicomiso financiero "...es la herramienta que, reuniendo en su patrimonio el riesgo de crédito, permite generar a través de un único contrato distintos derivados conducentes a la asistencia crediticia requerida con la flexibilidad necesaria al fin perseguido"[114].

5.2.2. SEGÚN LA NATURALEZA DEL ACTO CONSTITUTIVO

Conforme al marco que les da origen, los fideicomisos pueden clasificarse en tres especies: contractuales, testamentarios y legales.

4.2.2.1. Contractual

En este caso, el fideicomiso reconoce su origen en un acto entre vivos, el cual se plasma por escrito en un instrumento público o privado. Al respecto, Armella[115] considera al contrato la fuente natural del fideicomiso.

4.2.2.2. Testamentario

Esta clase de fideicomisos se encuentra expresamente contemplada por el artículo 3º de la Ley Nº 24.441. Se trata de un fideicomiso constituido en virtud de cláusulas testamentarias, y que consiste en designar a un fiduciario, para que, a la muerte del causante, reciba todos o parte de los bienes de éste y los administre en favor de los beneficiarios (sean estos herederos del causante o terceros) o para el cumplimiento de un cierto fin (por ejemplo, de índole cultural), hasta que se produzca la condición o plazo establecido en el testamento[116].

---

[114] **HANSEN**, Leonardo. Análisis fiscal de instrumentos de financiación 'Tradicionales' y 'No tradicionales'. Fideicomisos financieros sin recurrencia a la oferta pública", ´pág. 117.

[115] **ORELLE,** José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge. Op. cit., pág. 201.

[116] **CARRREGAL** ha definido a estos fideicomisos como aquéllos que resultan del testamento otorgado por el constituyente", añadiendo que en ellos "... se designa al fiduciario para que a la muerte del causante reciba la herencia o determinados bienes relictos para ser destinados al cumplimiento del fin pre-

En tal sentido, Armella puntualiza que "... la ley ha establecido otra fuente diferente del contrato mismo, cual es el acto de última voluntad, por medio del cual el testador, futuro causante, puede constituir un fideicomiso que carecerá de efectos inmediatos y su eficacia dependerá, entre otras cosas, de su propia muerte"[117].

En este caso, y a diferencia de las restantes categorías de fideicomiso, estamos ante un acto jurídico unilateral de última voluntad, pues su nacimiento se produce con la muerte del originante y con independencia de la aceptación del fiduciario. En el supuesto que éste rechace el encargo encomendado, el juez designará en su lugar a una de las entidades nombradas en el artículo 19 del cuerpo legal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con las normas de sucesión, el fideicomiso deberá respetar los derechos de los herederos forzosos, de manera que, en caso de haberlos, el patrimonio fiduciario se reducirá a la parte del haber hereditario respecto de la cual pueda disponer libremente el testador.

4.2.2.3. Legal

Son los que nacen a partir de una disposición de la ley. Esta categoría se presenta en la mayoría de los fideicomisos públicos. Otros ejemplos está dados por la Ley N° 25.284, la cual instituye fideicomisos de administración para las entidades deportivas con procesos de quiebra secretos, y los programas de propiedad participada.

4.2.3. SEGÚN LOS SUJETOS PARTICIPANTES

También pueden distinguirse los fideicomisos en función del carácter de los sujetos intervinientes. Así, serán fideicomisos públicos aquéllos en los que el Estado participe en carácter de fiduciante y/o beneficiario. Por el contrario, serán fideicomisos privados aquellos en que todas los sujetos intervinientes revistan el carácter de sujetos de derecho privado.

---

visto que consistirá –luego de cumplido el plazo o condición que subordina la vigencia de la propiedad fiduciaria- en su traspaso al beneficiario designado (heredero o legatario)". Cfr. op. cit., pág. 122.
También Graciela **MEDINA** y Horacio **MADERNA ECHEGARAY** han definido al fideicomiso testamentario como "... la disposición de última voluntad mediante la cual una persona (causante-fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el testamento (beneficiario) y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al sucesor beneficiario o al sucesor fideicomisario".Cfr. "El fideicomiso testamentario en el proyecto del Código Civil de 1999. Su relación con la legítima y la protección de incapaces", pág. 1068.

[117] **ORELLE,** José María, **ARMELLA**, Cristina y **CAUSSE**, Jorge. Op. cit., págs. 201 y 202.

4.2.4. SEGÚN LA NATURALEZA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Esta clasificación, enunciada por Lascala[118], divide a los fideicomisos atendiendo la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio fiduciario. Conforme con este criterio, podemos identificar las siguientes especies: fideicomisos de acciones, inmobiliarios, de dinero, etc.

4.2.5. SEGÚN LA FINALIDAD PERSEGUIDA

Otra pauta que puede utilizarse para agrupar a los fideicomisos en distintas especies es la finalidad o función perseguida con al instrumentación del esquema fiduciario, es decir el negocio subyacente. Al respecto, debemos advertir que la variedad de negocios en los que puede recurrirse a esta figura es prácticamente inagotable, por lo que en este caso el agrupamiento propuesto obedece más a la necesidad del análisis didáctico que al reflejo de la realidad de los negocios, la cual excede a las categorías que se puedan mencionar.

En tal sentido, Kiper y Lisoprawski subrayan que "El amplio margen de libre contratación (numerus clausus) que anima esta materia, hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede intervenir, es decir, aquellos negocios en que la propiedad fiduciaria es el medio elegido para lograr la finalidad perseguida por las partes"[119].

Por este motivo, Zepeda[120] descree de las clasificaciones del fideicomiso, tanto más cuando las más de las veces ninguna clase de fideicomiso es pura, sino que viene conjugada con otra u otras, pudiéndose presentar incluso de casos de frontera, respecto de los cuales la clasificación se torna imposible.

Por lo tanto, la siguiente enumeración de categorías sólo tiene un propósito orientador, debiendo tenerse presente que las características de los distintos fideicomisos variarán según las necesidades e intereses de las partes intervinientes en cada oportunidad. En este sentido, Barbieri afirma con razón que es "... la índole del propio negocio jurídico es el que impondrá la modalidad contractual más conveniente", Y añade: ".... la práctica negocial supera a veces las rígidas categorías creadas por los juristas. La realidad es mucho más compleja, rica y variada. Podrán utilizarse algunas de las modalidades descritas, pero quizá será necesario combinarlas o inclusive crear otras nuevas"[121].

[118] **LASCALA,** Jorge Hugo. Práctica del fideicomiso, pág. 55.
[119] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 197.
[120] Autor colombiano citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**. Op. cit., pág. 198.
[121] **BARBIERI,** Javier. Modalidades contractuales del fideicomiso, pág. 2762.

4.2.5.1. De administración

Son aquéllos en los que se transmite la propiedad de bienes o derechos a un fiduciario para que los administre conforme lo establecido por el fiduciante y destine el producido al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato. Al respecto, Leonardo Hansen nos comenta que "Bajo esta clasificación de fideicomiso, el objetivo será la administración de los bienes o derechos integrados, sin que se persiga un fin lucrativo o de administración estricta con extensión a su conservación y mantenimiento"[122].

4.2.5.2. Traslativos de propiedad

Estos fideicomisos persiguen por finalidad transferir a un tercero (beneficiario o fideicomisario) la propiedad de los bienes fideicomitidos, luego del acaecimiento de un plazo o de un condición resolutoria. Como ejemplo podemos citar el caso del padre que cede bienes en fiducia para que éstos pasen a su hijo al cumplir la mayoría de edad.

4.2.5.3. De inversión

Kiper y Lisoprawski[123] caracterizan a esta categoría de fideicomisos como "... todo negocio con transmisión en propiedad fiduciaria, que tenga por finalidad principal o específica la inversión, por medio de un fiduciario, de recursos financieros con arreglo a las instrucciones o reglamento establecidos por el o los constituyentes, para beneficio de éstos o de terceros (beneficiario y fideicomisario) para aplicarlos a los fines predeterminados".

Esta especie ofrece al inversor fiduciante la posibilidad de percibir periódicamente para sí o para los terceros que él designe, los rendimientos del capital aportado o la reinversión del producido en nuevos activos productores de renta.

Esta modalidad puede subclasificarse a su vez en fideicomisos de inversión puros y fideicomisos de inversión destinados al cumplimiento de otros fines. Podemos definir a los primeros como aquéllos en los cuales se estipula que los beneficios serán disfrutados por los mismos fiduciantes, quienes son simultáneamente los fideicomisarios.

Por el contrario, el segundo subtipo abarca una gran variedad de posibilidades, entre las que podemos mencionar, a título ejemplificativo, a los fideicomisos de beneficencia, de fondos de pensión y de seguros de vida, entre otros.

---

[122] **HANSEN**, Leonardo. Tratamiento tributario. Fideicomisos financieros, pág. 37.
[123] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. 198.

4.2.5.4. De garantía

En este caso, la transmisión de la propiedad en fiducia tiene por finalidad asegurar la cancelación de obligaciones a cargo del fiduciante o de un tercero, estipulándose que en caso de incumplimiento del deudor, el fiduciario procederá a la realización de los bienes para con su producido cancelar la obligación garantizada, o a entregar los bienes al acreedor.

Si bien abordaremos con mayor profundidad esta especie en el Capítulo VI, podemos adelantar que tanto el pago como el incumplimiento de la obligación garantida operan como condición resolutoria del contrato y, por ende, provocan la extinción de la propiedad fiduciaria.

Con relación a la función de garantía que exhibe este fideicomiso, Porto comenta que "El fiduciario, al adquirir la propiedad fiduciaria de los bienes transferidos, separa los mismos del patrimonio del deudor, evitando la futura agresión sobre los mismos de otros acreedores, mejorando así la calidad de la garantía"[124].

En cuanto a las situaciones en las que se puede recurrir a este tipo de fideicomiso, el mismo autor observa que el mismo también se utiliza en "... operaciones de compra de empresas, ad-referéndum de la evaluación final de los inventarios o al cumplimiento previo de determinada cláusula, para confirmar la transferencia definitiva".

4.2.5.5. De garantía y pago

Si bien esta categoría de fideicomiso también persigue garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el fiduciante, en ella, a diferencia de la anterior, se encomienda al fiduciario la administración de los bienes fideicomitidos para que, con los frutos obtenidos, se cancele los importes adeudados.

Una variante de este negocio es que el fiduciario reciba los bienes fideicomitidos con la misión de enajenarlos, en el mismo estado que los recibió o luego de someterlos a un proceso de transformación, y con el producido cancelar las acreencias garantizadas.

Podemos advertir que en ambos casos la finalidad de garantía se complementa con cierta administración de los bienes, a la vez que la condición resolutoria es siempre la extinción de la obligación, no previéndose como alternativa su cumplimiento por parte del propio deudor. Ello ha llevado a parte de la doctrina a diferenciar esta alternativa del fideicomiso realizado exclusivamente con fines de garantía, pese a que ambos tipos cumplen igual función y que muchas veces, en la práctica, resulta difícil identificar cuando estamos

[124] **PORTO,** José M. Op. cit., pág. 199.

frente a uno u otro. Por nuestra parte, al estudiar el fideicomiso de garantía, incluiremos indistintamente ambas opciones, sin efectuar mayores distingos.

4.2.5.6. Inmobiliarios

Son definidos como "...aquéllos en los que el fiduciario recibe un bien inmueble con la finalidad principal de desarrollar y comercializar un emprendimiento inmobiliario"[125].

Al respecto, Porto comenta que "Además de emprendimientos inmobiliarias con destino a vivienda, se han realizado fideicomisos asociados a la construcción de instalaciones a ser entregadas en leasing, hoteles y grandes obras públicas de infraestructura, con financiación de organismos multilaterales de crédito (Banco Mundial, BID, etc.)"[126].

4.2.5.7. De beneficencia

Mediante esta modalidad de fideicomiso, se persigue instituir algún tipo de liberalidad a favor de sujetos determinados o indeterminados pero determinables (los mejores alumnos de un colegio), o incluso para un fin (la investigación destinada a obtener la cura de una enfermedad). Pueden asimilarse a las donaciones, si bien, a diferencia de éstas, la acción de beneficencia no se agota con el acto de trasmisión del patrimonio sino que se prolonga en el tiempo.

4.2.5.8. De fondos de pensión

En este caso, la empresa empleadora, en su carácter de fiduciante, transfiere bienes a una entidad financiera (la fiduciaria), obligándose a hacer aportes dinerarios periódicos al patrimonio fideicomitido, autorizando a la vez al fiduciario a recibir de los empleados aportes voluntarios adicionales, por lo cual asumen también la calidad de fiduciantes. El fiduciario debe encargarse de administrar el fondo y sumar al mismo las rentas que se vayan produciendo. Acontecida una condición (retiro del trabajador) o plazo de tiempo prefijados, la fiduciaria debe abonar a los empleados que cumplan ciertos requisitos (a los que se designa beneficiarios) estipulados en el acto constitutivo. Al término del fideicomiso, los bienes retornan a la fiduciante originante (la empresa) o se utilizan para el otorgamiento de premios o la constitución de otro fideicomiso de similar finalidad.

En forma coincidente, Liliana Molas explica que en este clase de fideicomisos ".. la empresa es fiduciante, aportando un monto 'x'. Ese monto tiene como beneficiarios a los empleados que cumplan ciertas condiciones a la fecha en que se retiren de la empresa (condiciones de vesting). También los empleados son fiduciantes, aportando al fideicomiso un monto 'y' que los tiene como beneficiarios directos por el aporte realizado. Cuando los empleados se

[125] **CORTIGIANI**, Pablo y **VENNERI**, Hernán Los negocios fiduciarios", pág. 48.
[126] **PORTO,** José M. Op. cit., pág. 200.

retiran de la empresa, retiran el aporte y con la renta que hubiera generado, y el aporte x con la renta que hubiera generado, sólo en la medida en que se cumplan las condiciones de vesting"[127].

4.2.5.9. De seguros de vida

Constituye una variante de los fideicomisos de administración, en la cual una persona contrata un seguro de vida y designa como beneficiaria a una sociedad dedicada al manejo de capitales. Al mismo tiempo, el asegurado, en su rol de fiduciante, crea un fideicomiso con la entidad beneficiaria (la fiduciaria), cuyo patrimonio estará constituido por la prestación debida por la compañía de seguros luego de acaecida la muerte del asegurado. La empresa fiduciaria deberá administrar entonces el patrimonio que perciba de la asegurado a favor del cónyuge e hijos menores (beneficiarios y fideicomisarios), y al cumplimiento de un determinado plazo o condición deberá entregarles los bienes existentes.

4.2.5.10. Otros tipos de fideicomisos

Como ya hicimos hincapié al comenzar la presente clasificación, la diversidad de propósitos que pueden alcanzarse mediante la utilización de este instituto, imposibilita efectuar una enumeración taxativa de sus diversas especies, por lo que seguidamente, a simple título ilustrativo, enunciaremos otras modalidades que se pueden adoptar:

- Fideicomisos de administración con control judicial.
- Fideicomisos agropecuarios.
- Fideicomisos de obras sociales.
- Fideicomisos de financiamiento de exportaciones.
- Fideicomisos de financiación de Pymes.

4.3. CONCLUSIONES

A diferencia del camino seguido por otras legislaciones (como por ejemplo el Código Civil de Québec), la Ley N° 24.441 no incursiona detalladamente en las distintas especies que conforman este instituto. Por el contrario, el legislador sólo ha mostrado preocupación en dividir el género en dos grandes clases o tipos: el fideicomiso ordinario y el financiero, a lo que podemos agregar una leve mención al testamentario.

Sin embargo, dado que domina ampliamente en este campo el principio de autonomía de la voluntad, entendemos que las partes se encuentran habilitadas a fijar libremente las cláusulas del contrato, lo cual redundará ineludiblemente en una infinita variedad de alternativas posibles.

[127] **MOLAS**, Liliana. Planes de retiro a medida que son armados como fondos fiduciarios

Dentro de semejante contexto, consideramos que las distintas clasificaciones propugnadas por la doctrina resultan de suma utilidad a los fines didácticos, pero no proyectarán efectos sobre el tratamiento tributario, excepto que el distingo entre distintas especies se vea reflejado en los respectivos ordenamiento legales.

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO TRIBUTARIO GENERAL DEL FIDEICOMISO

5.1. INTRODUCCIÓN

Una vez definidos los lineamientos legales de esta figura, debemos seguidamente analizar sus implicancias fiscales a la luz de las normas tributarias que gobiernan la materia y a la forma en que se estructure la operación en los distintos momentos de vida del contrato.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que las consecuencias fiscales de los distintos actos jurídicos que se lleven a cabo variarán en función de las circunstancias presentes en cada caso, debiendo destacar que pequeñas modificaciones de una situación a otra podrán producir cambios sustanciales en el tratamiento tributario dispensado a la transacción.

En necesario mencionar, antes de adentrarnos en el estudio encarado, que los efectos fiscales derivados del negocio fiduciario para cada uno de sus participantes varían según cada especie de fideicomiso, por lo que únicamente intentaremos definir a lo largo de esta parte del trabajo pautas generales que será necesario revisar según las circunstancias presentes en cada caso, como demostraremos al tratar algunas modalidades más específicas de este contrato.

5.2. PLANOS DE ANÁLISIS

Atento a que el fideicomiso representa un negocio jurídico complejo en el cual se entablan múltiples relaciones entre los sujetos participantes, estimamos conveniente, a los fines de lograr una mejor comprensión, abordar el estudio tributario de este instituto desde los siguientes planos de análisis:

1. Transferencia de los bienes por parte del fiduciante al fiduciario.
2. Operaciones llevadas a cabo por el propio fideicomiso.
3. Adjudicación de rentas al beneficiario.
4. Entrega de bienes remanentes al fideicomisario.
5. Cesión de sus derechos por parte del beneficiario.

5.2.1. TRANSFERENCIA DE BIENES POR EL FIDUCIANTE

Con el fin de constituir el fideicomiso se transfieren bienes a favor del fiduciario, quien como ya dijéramos, ejerce el dominio imperfecto del patrimonio correspondiente, el cual se encuentra separado del resto de los bienes del fiduciante a todos los efectos legales. Al término del contrato y si en el

mismo no se prevé otra forma de enajenación de los bienes, éstos serán transferidos al beneficiario.

Surge aquí como primer interrogante a resolver si las transferencias de bienes entre fiduciante, fiduciario y beneficiario se encuentran sometidas o no a imposición frente a los diversos gravámenes. Al respecto, debemos tener en cuenta, como bien puntualizan Malumián, Diploitti y Gutiérrez, que, desde el punto de vista fiscal, "... la cesión fiduciaria representa la transferencia de un bien o conjunto de bienes de un sujeto con relevancia fiscal a otro sujeto con relevancia fiscal"[128]. Por lo tanto, a los efectos de dilucidar la cuestión planteada, se deberá tomar en cuenta en primer lugar la naturaleza jurídica de las mentadas transmisiones, en el sentido si las mismas poseen o no carácter oneroso.

En tal sentido, es dable recordar que el artículo 1139 del Código Civil establece que los contratos son a título oneroso "...cuando las ventajas que procura a una u otra de las partes no le es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle ...".

Por el contrario, el mismo dispositivo establece que estaremos ante contratos a titulo gratuito "...cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte".

Ahora bien, en principio podemos afirmar que en el contrato de fideicomiso no se produce ni una transmisión onerosa ni un transmisión gratuita de los bienes en cuestión, sino que los mismos son entregados "a título de confianza", dado que la cesión del dominio pleno del bien no se efectúa a cambio de una contraprestación, sino que aquellos son transmitidos sujetos a un plazo o condición resolutorios estipulados en el contrato.

Lo antes vertido permitiría atribuir al fideicomiso una naturaleza similar a la del dominio revocable. Sin embargo, a diferencia de éste -en el cual se debe restituir el bien a su dueño en caso de ocurrencia de la condición resolutoria-, en el dominio fiduciario la cosa se entrega a un tercero que nunca ejerció su titularidad.

Cabe recordar también que el fiduciante se desprende del dominio perfecto que posee sobre el bien en cuestión, pero éste no pasa a integrar el patrimonio del fiduciario, sino que pasa a formar parte de un patrimonio de afectación separado de aquél. Tal proceder se halla contemplado en el propio marco regulatorio de estos contratos, al disponer el artículo 14 de la Ley Nº 24.441 que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante".

En igual sentido se ha expresado la doctrina, manifestando -en alusión a la transferencia de la propiedad fiduciaria-, que la misma "... debe tener

[128] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo, op. cit. pág. 195.

un tratamiento fiscal neutro, asimilable al de cualquier transferencia cuyo título no es oneroso. La transferencia de la propiedad fiduciaria no debe estar sujeta a ningún tipo de gravamen"[129].

No obstante lo expuesto, en cada caso particular se deberán examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre fiduciante beneficiario y fideicomisario -surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él-.

En otras palabras, se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la transferencia definitiva de los bienes a un tercero a cambio de una contraprestación -v.g. entrega al fiduciante de acciones emitidas por el fideicomisario-, sea ella presente -concomitante a la transmisión del dominio- o futura. Dicha contraprestación podrá asumir la forma de dinero, bienes o derechos.

También tendremos que tener en cuenta, con el objeto de definir adecuadamente el tratamiento tributario que cabe dispensarle, la situación particular del fiduciante frente a cada tributo (sujeto alcanzado, no alcanzado, exento, etc.), así como la naturaleza de los bienes transferidos.

Sentado ello, seguidamente procederemos a describir el tratamiento tributario que cabe dispensar a la transmisión de bienes efectuada por el fiduciante frente a los diversos gravámenes.

5.2.1.1. Impuesto a las ganancias

Conforme con lo expresado en el título precedente, podemos decir que el tratamiento de las cesiones fiduciarias frente a este impuesto variará según la operatoria prevea una retribución o no a favor del fiduciante y la calidad de éste frente al impuesto, analizada desde el punto de vista de la operación realizada.

Por lo tanto, en caso de revestir el fiduciante la calidad de sujeto-empresa y haberse pactado una contraprestación a su favor del fideicomitente a cambio de la transferencia fiduciaria efectuada, la transacción quedará encuadrada dentro del artículo 3° de la Ley N° 20.628. Por el contrario, en caso que quien realiza la cesión fiduciaria sea una persona física, deberá discernirse si la misma cumple los requisitos exigidos por el apartado 1) del artículo 2° de la ley del tributo, en cuanto a la existencia de habitualidad del ingreso y permanencia y habilitación de su fuente productora.

Así, por ejemplo, en caso de tratarse de una persona física que transmite el dominio de un bien inmueble en forma aislada, dicha operación no se encontrará alcanzada por el impuesto. En cambio, si quien realiza la entrega

[129] **FREIRE**, Bettina Verónica "El régimen tributario del fideicomiso analizado a partir de su realidad jurídica y económica", pág. 64.

es una sociedad anónima, la cual recibe a cambio del bien una suma de dinero, la transacción quedará comprendida dentro de la órbita del tributo.

En cuanto a la determinación del impuesto, la ganancia estará conformada por la diferencia entre el valor atribuido al bien y su costo impositivo para el fiduciante. Cabe añadir que en caso de que no se hubiere asignado un precio al bien transmitido, nos deberemos remitir a las disposiciones del artículo 28 de la reglamentación del tributo, el cual prevé que "Cuando la transferencia de bienes se efectúe por un precio no determinado (permuta, dación en pago, etc.) se computará a los fines de la determinación de los resultados alcanzados por el impuesto, el valor de plaza de tales bienes a la fecha de enajenación".

Aquí deberemos tener en cuenta que el precio fijado para el fiduciante constituirá el valor que deberá ser computado como costo de adquisición en el balance fiscal del fideicomiso.

5.2.1.2. Impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas

Cabe recordar que este tributo fue establecido mediante la sanción de la Ley 23.905, cuyo artículo 7° dispone que el mismo se aplicará "... sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país".

Debemos añadir a ello que el gravamen bajo análisis integra el sistema de imposición a la renta, disponiendo su artículo 8° que el mismo recaerá sobre las transmisiones de dominio llevadas a cabo por personas físicas que no revistan el carácter de sujetos del impuesto a las ganancias.

Por su parte, el artículo 9° del mismo cuerpo legal prevé que "... se considera transferencia a la venta, permuta, cambio, dación en pago, aporte a sociedades y todo otro acto de disposición ... por el que se transmita el dominio a título oneroso ...".

De la normativa transcripta podemos observar que quedarán sometidas al gravamen todas aquellas transacciones a través de las cuales el propietario de un inmueble transmita el dominio de éste título oneroso, y en tanto la operación no se encuentre alcanzada por el impuesto a las ganancias.

De este modo, resultará fundamental esclarecer también en este caso si la transferencia de dominio efectuada por el fiduciante ha sido realizada o no a título oneroso, para lo cual se deberá verificar si se establece alguna contraprestación a favor del transmitente.

En cuanto a antecedentes administrativos surgidos con relación a esta cuestión, es dable traer a colación la opinión vertida en el Dictamen N° 17/2002 (DAT), en el cual el Organismo Fiscal concluyó que en el caso allí

planteado la transferencia fiduciaria del inmueble al fiduciario, no produce "... la generación del hecho imponible dispuesto por la ley del tributo, por cuanto se encuentra ausente el elemento fundamental que caracteriza al mismo -la onerosidad de la transferencia-".

No obstante el mismo precedente aclara que "... en cada caso particular se deberán examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios -surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él-".

5.2.1.3. Impuesto al valor agregado

Con relación a este tributo, corresponde mencionar que conforme surge del artículo 1° del plexo legal, caerán dentro de su ámbito de imposición las transferencias de bienes realizadas a título oneroso. En virtud de ello, sólo estarán gravadas las cesiones fiduciarias efectuadas a cambio de una contraprestación.

Ahora bien, en el caso de que presentarse el supuesto aludido –cesión onerosa-, el tratamiento tributario dispensado variará según la naturaleza de los bienes transferidos.

Así, si el fiduciante transmite uno o varios inmuebles, la operatoria no se encontrará sujeta al impuesto, en atención a encontrarse dichos bienes fuera de su objeto, excepto que se tratare de un supuesto de realización de obra sobre inmueble propio, directamente o a través de terceros.

Por el contrario, en caso que los bienes fideicomitidos consistan en cosas muebles, la operación se encontrará sujeta a la tasa general del gravamen, salvo que resulte aplicable una exención o una reducción de alícuota.

Por otra parte, y en lo atinente a cesiones fiduciarias de créditos, es dable puntualizar que el artículo 84 de la Ley N° 24.441 dispone que las transmisiones efectuadas a favor de un fideicomiso no constituirán prestaciones financieras gravadas, quedando fuera de la órbita de imposición del tributo.

5.2.1.4. Impuesto sobre los ingresos brutos

Como sabemos, el impuesto sobre los ingresos brutos es un tributo local perteneciente al conjunto de los denominados impuestos al volumen de los negocios o impuestos generales al consumo, el cual grava el ejercicio habitual de una actividad a título oneroso en el ámbito geográfico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de cualquier provincia de la República Argentina, sin importar el resultado obtenido y la naturaleza del sujeto que la realice[130].

[130] Así, por ejemplo, el artículo 97 de la Ordenanza Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires prevé como hecho imponible de este gravamen "... el ejercicio habitual y a título oneroso en la Capital Federal del

Conforme con ello, arribamos a similares conclusiones que las vertidas con relación al impuesto al valor agregado, en el sentido que, en principio, se encontrarán alcanzadas por el impuesto los ingresos provenientes de cesiones fiduciarias en las que se haya establecido una contraprestación a favor del fiduciante, variando la alícuota aplicable en función del bien cedido.

No obstante, se deberán atender las circunstancias presentes en cada caso particular, especialmente las referidas a la naturaleza del bien transmitido y la actividad desarrollada por el fiduciante. Así, se deberá tener en cuenta que la mayoría de las jurisdicciones han eximido del gravamen a los ingresos provenientes de la transferencia de bienes de uso. También será otro elemento a considerar si se ha previsto que la transmisión se efectúe en forma periódica o por única vez, dado que las transmisiones no habituales se encuentran al margen del tributo bajo análisis.

5.2.1.5. Impuesto de sellos

Este gravamen es un impuesto provincial que recae sobre los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso formalizados en instrumentos públicos o privados suscriptos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de la respectiva provincia o, que, firmados en otra jurisdicción, produzcan sus efectos en ella.

Conforme expresa Soler[131], las leyes del impuesto de sellos crean un tributo al tráfico: gravan los instrumentos reveladores de actos jurídicos taxativamente mencionados en ellas, que exteriorizan contenido económico, en tanto se otorguen en la jurisdicción que ostenta la potestad tributaria o tengan efectos en ella.

En ese orden de ideas, el autor antes citado identifica, como requisitos básicos que deben concurrir para que se produzca el nacimiento del hecho imponible los siguientes: a) existencia de actos jurídicos; b) formalizados en instrumentos públicos o privados; c) otorgados en la jurisdicción que ostenta la potestad tributaria o tengan efectos en ella.

Cabe agregar que, en líneas generales, se entiende por instrumento toda escritura, papel o documento del que surja el perfeccionamiento de los actos, contratos u operaciones alcanzados por el gravamen, de manera que revista los caracteres exteriores de un título jurídico con el cual pueda ser exigido el cumplimiento de las obligaciones sin necesidad de otro documento y con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes[132].

---

comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios o de cualquier otra actividad a título oneroso, cualquiera sea el resultado obtenido y la naturaleza del sujeto que la preste ...".

[131] **SOLER,** Osvaldo H. El impuesto de sellos, pág. 17.

[132] **DÍAZ,** Vicente Oscar. Impuesto de sellos, pág. 3.

Asimismo, siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada en diversos precedentes[133], se dispone que deberá pagarse el impuesto recaído sobre el respectivo acto jurídico por la sola existencia material del instrumento respectivo, con abstracción de su validez o eficacia jurídica o verificación de sus efectos.

Precisamente, Damiani resalta que el impuesto de sellos "Se trata de un impuesto instrumental, y ese carácter es el elemento que identifica al hecho imponible: así quedan al margen actos jurídicos perfectamente válidos pero no instrumentados y, en cambio, son incluidos en su ámbito otros que, aunque nulos o ineficaces, nacieron con la existencia material del instrumento, a los efectos tributarios"[134].

Por otra parte, son designados sujetos pasivos del gravamen quienes lleven a cabo los actos, contratos u operaciones sometidas a imposición, y cuando intervengan dos o más personas, todas las partes son solidariamente responsables del impuesto correspondiente. Además, se establece que en el supuesto de que algunos de los sujetos intervinientes estuviera exento del gravamen, la obligación tributaria se considerará divisible y el beneficio se limitará a la cuota que le corresponde a la parte exenta.

Sentado ello, debemos tener en cuenta que el fideicomiso representa un negocio complejo, compuesto de una multiplicidad de actos conducentes a un fin único, atento a lo cual, a los fines de determinar el tratamiento de la operatoria frente al impuesto de sellos, deberemos analizar la incidencia del gravamen con relación a cada uno de los actos jurídicos involucrados[135]. En particular, en lo que atañe a la transmisión de los bienes efectuada por el fiduciante, deberemos considerar no solo al acto de transmisión en sí mismo, sino también a la celebración del propio contrato de fideicomiso mediante el cual se acuerda la creación del patrimonio fiduciario y que puede anteceder o ser concomitante con la transferencia de los bienes al fiduciario.

Con relación a la transmisión de los bienes, debemos subrayar que la lógica del gravamen consiste en someter a imposición las exteriorizaciones formales de negocios de contenido económico, de lo cual puede inferirse que

---

[133] Causa "Grandes Tiendas El Pichón S.A. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza", Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Sala II, 12/02/97.

[134] **DAMIANI,** Marina V. La figura del fideicomiso y su tratamiento tributario, pág. 11. La autora reseña en nota al pie la opinión de Manuel Benites (El impuesto de sellos. La reafirmación de su carácter instrumental, Editorial Errepar, Revista Doctrina Tributaria, Tomo XXV, pág. 731), quien afirma que "La mayoría de los autores y precedentes judiciales coinciden en que la instrumentación hace a la esencia del tributo. Una extensión de este principio son sus dos caracteres distintivos: formalidad y objetividad, normalmente expresados mediante la fórmula según la cual el impuesto es aplicable por la sola creación o existencia material del documento (formalidad), con independencia de su validez, eficacia jurídica o posterior cumplimiento (objetividad) ...".

[135] En este sentido, **FREIRE** (El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios, pág. 212) acertadamente observa que en el fideicomiso se presentan distintos niveles de relaciones: el contrato de fideicomiso, la transmisión de los bienes al fiduciario, las transmisiones finales al beneficiario y los actos realizados por el fiduciario con terceros, y deviene necesario analizar la incidencia tributaria de cada una por separado.

se encontrarán excluidas de su órbita de imposición las cesiones fiduciarias efectuadas a título de confianza, es decir aquéllas en las que no se verifique una contraprestación a favor del fideicomitente.

En cuanto a las cesiones fiduciarias efectuadas a título oneroso, deberemos remitirnos, a los fines de esclarecer el tratamiento tributario aplicable a las mismas, a la normativa que rige el gravamen en la respectiva jurisdicción, pudiéndose constatar que, en la práctica, existe una gran diversidad de criterios, conformada por las distintas definiciones de hecho imponible que establece cada ordenamiento, así como a la presencia o no de exenciones específicas aplicables a los negocios fiduciarios.

En lo atinente al contrato de fideicomiso, deberemos remitirnos nuevamente a las disposiciones que al respecto establezcan los respectivos cuerpos normativos, debiendo tener en cuenta además el carácter oneroso o gratuito del acto, es decir si se ha pactado el pago o no de una retribución al fiduciario.

5.2.1.5.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe recordar que mediante el Decreto N° 114/93, el Poder Ejecutivo Nacional procedió a derogar el impuesto de sellos para todos los hechos imponibles regulados en la Ley N° 18.524 (t.o. en 1986 y sus modificaciones), a partir del 1° de febrero de 1993, con la única excepción de la formalización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles, o de cualquier otro contrato por el cual se transfiera el dominio de inmuebles a título oneroso.

El tratamiento descripto fue posteriormente receptado en la Ley N° 874 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo texto a su vez fue incorporado a la Ordenanza Fiscal –artículos 315 y siguientes-.

Por su parte, el Decreto N° 1856/02, reglamentario de la Ley N° 874, enumeró las operaciones alcanzadas por el tributo, entre las cuales incluyó las transferencias de inmuebles llevadas a cabo en el marco de un fideicomiso, con excepción de la exención indicada por el inciso 3) del artículo 336 del cuerpo legal, referida al fideicomiso concertado con la Corporación Buenos Aires Sur Sociedad del Estado.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que el impuesto bajo análisis únicamente alcanza a la formalización de escrituras públicas mediante las cuales se instrumente la cesión fiduciaria de bienes inmuebles a título oneroso.

5.2.1.5.2. Provincia de Buenos Aires

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el gravamen se encuentra regulado por los artículos 214 a 267 de la Ley provincial N° 10.397 –Código Fiscal-, el primero de los cuales prevé que se encontrarán sujetos al im-

digo Fiscal-, el primero de los cuales prevé que se encontrarán sujetos al impuesto los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en el territorio de la Provincia, en instrumentos públicos o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes.

A su vez, el artículo 215 dispone que también se encontrarán sometidos a imposición los actos, contratos y prestaciones de carácter oneroso concertados en instrumentos públicos o privados fuera de la Provincia, que tengan por objeto bienes radicados en el territorio provincial.

Asimismo, el artículo 221 establece que "Los actos sujetos a condición se entenderán como puros y simples", mientras que el artículo 223 aclara que "Los impuestos establecidos en este Título son independientes entre sí, y deben ser satisfechos aun cuando varias causas del gravamen concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

En virtud de lo expuesto, podemos afirmas que las entregas de bienes efectuadas por el fiduciante en el marco de un contrato de fideicomiso y formalizadas en instrumentos públicos o privados no se verá incidida por el gravamen, excepto que las mismas sean realizadas a título oneroso.

Este criterio resulta concordante con el expresado por el Fisco provincial en diversos pronunciamientos administrativos. Así, en el Dictamen Nº 7/97, la Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que "La transmisión de créditos hipotecarios no reviste carácter oneroso, por no prever una contraprestación para el fiduciante por lo que no corresponde gravar la transmisión con el impuesto de sellos".

En igual sentido, en el Dictamen Nº 18/98, el Organismo Recaudador señala que "Teniendo en cuenta que el hecho imponible del impuesto y en lo que hace específicamente al tratamiento que habrá de darle a la transmisión que hace el fiduciante de los bienes objeto de la fiducia, hemos de concluir que por el contrato de transmisión de dominio fiduciario no deberá ingresarse la gabela en cuestión, cuando estemos en presencia de una transferencia a título no oneroso".

Siguiendo idéntica línea argumental, en el Dictamen Nº 21/99 el Ente provincial reiteró que "La transmisión realizada al fiduciario no resulta alcanzada por el impuesto. En efecto, se trata de una transferencia de dominio a título de confianza por el cual el fiduciante no recibe contraprestación alguna. De allí que se ha reputado no onerosa".

5.2.1.5.3. Catamarca

En el caso de esta jurisdicción, se encontrarán sujetos al impuesto que nos ocupa todos los actos, contratos, operaciones, registraciones y operaciones monetarias y/o financieras de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia, formalizados entre ausentes o por correspondencia,

correo electrónico y/o cualquier otro medio –cfr. artículo 197 del Código Tributario-.

Asimismo, también caen dentro del ámbito de imposición del gravamen los actos, contratos y operaciones con las características indicadas en el párrafo anterior, realizados fuera de la Provincia, cuando de su texto o como consecuencia de los mismos, deban cumplir efectos económicos en ella.

Por su parte, el artículo 200 del mismo cuerpo legal prevé que "Cuando en un mismo acto se convenga entre las mismas partes varios contratos o se constituyan diversas obligaciones que versan sobre el mismo objeto y guarden relación de interdependencia entre sí, se pagará tan sólo el impuesto de mayor rendimiento fiscal. Si no estuvieran reunidas estas condiciones, por cada contrato y operación se abonará el impuesto que aisladamente considerado le corresponda".

Asimismo, la propia norma aclara seguidamente que "Cuando tales contratos u operaciones consten en instrumentos separados, deberán contener enunciaciones o constancias por las cuales pueda determinarse fehacientemente la unidad o interdependencia expresada. Como así también en el caso de un solo contrato con doble o múltiple instrumentación".

Finalmente, el inciso 34) de su artículo 227 exime del tributo a "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 24.441".

Conforme con las normas reseñadas, podemos colegir que la celebración del contrato de fideicomiso, así como la transferencia de bienes realizada como consecuencia del mismo, se encuentran exentos del pago del presente tributo.

5.2.1.5.4. Córdoba

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, el impuesto de sellos abarca a todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen dentro de su territorio, así como aquéllos realizados fuera de la Provincia cuando de su texto o como consecuencia de los mismos, deban cumplir efectos económicos en ella –cfr. artículo 188 del Código Tributario-.

No obstante, el inciso 47 del artículo 221 del Código Tributario exime de tributación a "Los contratos de fideicomiso constituidos de acuerdo a las disposiciones establecidas por la ley nacional 24.441, en relación exclusivamente a la transmisión de los bienes y/o deudas fideicomitidas".

Conforme con las disposiciones transcriptas, tanto la celebración del contrato de fideicomiso como la transmisión de los bienes destinados al patrimonio fiduciario se encuentran exentos del gravamen que nos ocupa.

5.2.1.5.5. Corrientes

Según lo dispone el Código Fiscal (artículos 155 y siguientes), se encontrarán sometidos al impuesto de sellos los actos, contratos, instrumentos y operaciones de carácter oneroso formalizados en instrumentos públicos o privados, cuando se otorguen en la jurisdicción de la Provincia o fuera de ella, en este último caso cuando se trate de actos que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia o sobre bienes muebles registrables inscriptos en dicha jurisdicción.

No obstante, su artículo 158 dispone que no se encontrarán sujetos al gravamen los contratos, documentos y operaciones de carácter oneroso formalizados en instrumentos públicos o privados en la Provincia, cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados fuera de la provincia o de bienes muebles registrables inscriptos en otras jurisdicciones.

A su vez, su artículo 163 aclara que "Si en un mismo instrumento se formalizan entre las mismas partes varios actos que versan sobre un mismo objeto y guardan relación entre sí, sólo debe abonarse el impuesto correspondiente al acto cuyo gravamen resulta mayor", añadiendo que "Si el instrumento no reuniera esas condiciones, cada acto abonará el impuesto que aisladamente considerado le corresponde".

Por su parte, el inciso c') de su artículo 194 exime del tributo a "... los 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".

En virtud de lo expuesto, y excepto que se trate de fideicomisos inmobiliarios, tanto el contrato de fideicomiso como la transferencia de los bienes fideicomitidos se encontrarán sujetos al gravamen, si bien se deberá tributar únicamente sobre el acto que posea mayor relevancia fiscal. Cabe aclarar que esta afirmación procederá siempre que el respectivo acto jurídico revista naturaleza onerosa, dado que, en caso contrario, se encontrará fuera de la órbita de imposición del tributo.

5.2.1.5.6. Chaco

Con relación a esta provincia, cabe señalar que el impuesto alcanza a todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia para surtir efectos en ella –artículo 179 del Código Tributario- así como también aquéllos llevados a cabo fuera de su jurisdicción cuando de su texto o como consecuencia de los mismos, deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en la Provincia, produzcan efectos económicos

en ella, o los bienes objeto del acto, contrato u operación se encuentren radicados en el ámbito de su jurisdicción.

Por su parte, el artículo 181 del mismo ordenamiento legal establece que "Los impuestos establecidos en este Código serán independientes entre sí, y deberán ser satisfechos aún cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo disposición en contrario", si bien aclara a continuación que "No se aplicará este articulo cuando manifiestamente los distintos actos, contratos, operaciones o instrumentos se formalicen entre las mismas partes y siempre que guarden relación de interdependencia entre sí. En este caso se pagará solamente el impuesto correspondiente al acto, contrato u operación de rendimiento fiscal mayor".

De acuerdo con las normas transcriptas, y dado que no se establecen expresamente exenciones aplicables a este negocio jurídico, entendemos que únicamente se deberá tributar el impuesto de sellos en el supuesto de que el contrato de fideicomiso o la transferencia de los bienes posean naturaleza onerosa –variando la base imponible según se presente una u otra hipótesis-. En caso que ambos actos revistan dicho carácter, sólo deberá tributar el gravamen el que represente el mayor importe a ingresar.

5.2.1.5.7. Chubut

Los artículos 153 y 154 del Código Fiscal de Chubut, disponen que el objeto del impuesto bajo análisis comprende todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia, así como también aquéllos llevados a cabo fuera de ella cuando de su texto o como consecuencia de los mismos, resulte que deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en la Provincia.

Por su parte, el artículo 181 del citado texto normativo indica que "Los impuestos establecidos en esta ley son independientes entre sí, y deben ser satisfechos aún cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo disposición en contrario".

En cuanto a las exenciones, el inciso f) de su artículo 167 excluye de imposición a los contratos de "... constitución, transmisión, modificación y extinción de cualquier derecho real, sobre bienes situados fuera de la Provincia". Debemos agregar que la norma no dispone beneficio alguno con relación a la instrumentación de negocios fiduciarios.

De esta forma, en lo atinente al contrato de fideicomiso, éste se encontrará alcanzado por el tributo sólo en aquellos casos en que se hubiere pactado una retribución a favor del fiduciario. En cuanto a la transferencia de bienes efectuada por el fiduciante, no se encontrará en principio sujeta a imposición, excepto que la operatoria revista carácter onerosa, supuesto bajo el cual se deberá oblar el gravamen con independencia de que la misma se instrumente a través del propio acto constitutivo.

5.2.5.1.8. Entre Ríos

En el caso de esta jurisdicción, el impuesto recae sobre los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso instrumentados, los contratos a título oneroso formalizados entre ausentes y las operaciones financieras que representan entregas o recepciones de dinero e interés efectuadas por las entidades financieras regidas por la Ley N° 21.526 –Cfr. artículo 170 del Código Fiscal-.

Asimismo, el artículo 171 aclara que se encuentran sujetos al impuesto tanto los actos, contratos y operaciones celebrados en la Provincia, como los efectuados en otra jurisdicción que deban producir efectos en ésta.

Por su parte, su artículo 173 establece que "Los impuestos establecidos en este Título son independientes entre sí y deben ser satisfechos, salvo disposición en contrario, aún cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto".

Debemos agregar a lo expuesto que no se establecen exenciones expresamente referidas al contrato de fideicomiso o a la cesión fiduciaria de bienes.

Por lo tanto, siempre y cuando estemos en presencia de actos u operaciones onerosas, se deberá tributar tanto el gravamen correspondiente al acto constitutivo como el devengado con relación a la transferencia de bienes efectuada a favor del fiduciario.

5.2.1.5.9. Formosa

En el caso de esta jurisdicción, cabe señalar que el impuesto alcanza a todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia para surtir efectos en ella, según lo dispuesto por el artículo 123 del Código Fiscal.

Asimismo, su artículo 124 establece que también se encuentran gravados por este impuesto los actos, contratos y operaciones llevados a cabo fuera de la Provincia cuando de su texto o como consecuencia de los mismos, resulte que deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en la Provincia, o cuando efectos económicos en ella, o cuando los bienes objeto del acto, contrato u operación se encuentren radicados en el ámbito de su jurisdicción. A su vez, el artículo 125 incluye entre los hechos imponibles a los actos formalizados en instrumentos públicos o privados fuera de la Provincia, que tengan por objeto o que prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia o sobre bienes muebles registrables, inscriptos en dicha jurisdicción.

No obstante, su artículo 126 aclara que no tributarán este gravamen los hechos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en jurisdicción de la Provincia, cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados fuera de su jurisdicción o sobre bienes muebles registrables inscriptos en otras jurisdicciones.

Por su parte, su artículo 131 prevé que "Si en un mismo instrumento se formalizan entre las mismas partes varios actos que versen sobre un mismo objeto y guarden relación de interdependencia entre sí, sólo se pagará el impuesto correspondiente al acto, cuyo gravamen resulte mayor", añadiendo que "Si el instrumento no reuniere esas condiciones, cada acto abonará el impuesto que, aisladamente considerado, le corresponda".

Finalmente, cabe mencionar que la normativa bajo análisis no prevé beneficios exentivos destinados al contrato de fideicomiso o a las cesiones fiduciarias.

De conformidad con lo expuesto, resultan extensibles a esta jurisdicción las conclusiones arribadas en oportunidad de tratar el impuesto de sellos correspondiente a la Provincia de Chaco.

5.2.1.5.10. Jujuy

Conforme establece el artículo 117 del Código Fiscal, estarán sujetos al impuesto de sellos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso o susceptibles de apreciación económica, siempre que: 1) se otorguen en jurisdicción de la Provincia de Jujuy, así como también los otorgados fuera de ella, en este último caso cuando se trate de actos que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados en la Provincia o sobre bienes muebles registrables, inscriptos en dicha jurisdicción; 2) se formalicen en instrumentos públicos o privados o por correspondencia.

Cabe aclarar que también se encontrarán alcanzados los actos y contratos otorgados en otras jurisdicciones para tener efectos en la Provincia cuando no estén alcanzados por el impuesto del lugar de su otorgamiento y siempre que dicha liberación tributaria no provenga de una exención objetiva o subjetiva como así también los que se refieren a bienes ubicados o registrados en la jurisdicción provincial.

No obstante, su artículo 122 excluye de imposición los hechos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en jurisdicción de la Provincia, cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados en otras provincias o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sobre bienes muebles registrables inscriptos en las mismas, si como los

demás actos otorgados en la jurisdicción de la Provincia de Jujuy que se refieran a bienes ubicados o registrados en otra jurisdicción.

Por su parte, su artículo 129 prevé que "Los impuestos establecidos en este Título son independientes entre sí y deben ser satisfechos aún cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo disposición en contrario".

Atento a las disposiciones glosadas, y puesto que no se contemplan exenciones específicamente dirigidas a los negocios fiduciarios, resultan extensibles a esta jurisdicción las consideraciones expresadas en torno al impuesto de sellos de la Provincia de Entre Ríos.

5.2.1.5.11. La Pampa

En el caso de La Pampa, su Código Fiscal prevé que se encontrarán sometidos al impuesto de sellos los actos, contratos, instrumentos y operaciones de carácter oneroso formalizados en el territorio de la Provincia, suscriptos en instrumentos públicos o privados, que exterioricen la voluntad de las partes.

También se encuentran sujetos al pago del impuesto los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso concertados en instrumentos públicos o privados fuera de la jurisdicción de la Provincia cuando los bienes objeto de la transacción se encuentren radicados en el territorio de aquélla.

Por su parte, su artículo 226 prevé que "Los impuestos establecidos en este ley son independientes entre sí, y deben ser satisfechos aún cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

En virtud de las normas transcriptas, nuevamente debemos remitirnos a los comentarios vertidos en el apartado 5.2.1.5.8.

5.2.1.5.12. La Rioja

En lo atinente a esta Provincia, cabe señalar que a través de la sanción de la Ley Provincial N° 6.183, se procedió a derogar el impuesto de sellos para todos los hechos imponibles contenidos en el Título III, Libro segundo, del Código Tributario Provincial –Ley N° 4.040 y sus modificaciones- a partir del 1° de enero de 1997, excepto la formalización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles, o de cualquier otro contrato por el cual se transfiera el dominio de inmuebles.

De este modo, el impuesto que nos ocupa recaerá únicamente sobre las escrituras públicas mediante las cuales se instrumente la cesión fiduciaria de bienes inmuebles a título oneroso. Por el contrario, se encontrará fuera de la órbita del gravamen la celebración del contrato de fideicomiso propiamente dicho.

5.2.1.5.13. Mendoza

El artículo 201 del Código Fiscal de esta Provincia prevé que "Estarán sujetos al impuesto de sellos, de conformidad con las disposiciones de este Título:

a) Todos los actos, contratos, obligaciones y operaciones a título oneroso que consten en instrumentos públicos o privados emitidos en la Provincia y que importen un interés pecuniario o un derecho;
b) los contratos entre ausentes a título oneroso;
c) las operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés efectuadas por entidades financieras regidas por la ley nacional de entidades financieras;
d) los actos, contratos, obligaciones y operaciones a título oneroso realizados fuera de la Provincia cuando de sus textos o como consecuencia de ellos, alguna o varias de las prestaciones deban ser ejecutadas o cumplidas en ésta o cuando se inscriban, presenten o hagan valer ante cualquier autoridad administrativa o judicial de la Provincia o en instituciones bancarias o similares establecidas en ésta ...".

El mismo dispositivo aclara que "No corresponde el tributo cuando se hubiere ingresado el impuesto en la jurisdicción de origen, con excepción de los instrumentos correspondientes a actos, contratos, obligaciones u operaciones referidas a bienes muebles o inmuebles radicados o registrados en la Provincia, los que deberán satisfacer el gravamen en Mendoza".

A su vez, el artículo 203 del mismo texto legal establece que "El impuesto establecido para cada uno de los actos, contratos, obligaciones y operaciones es independiente y deberán ser satisfecho aisladamente según corresponda por este Código, aunque concurran o se formalicen en un mismo instrumento, salvo expresa disposición en contrario".

No obstante, acto seguido aclara que "No se aplicará la disposición precedente cuando manifiestamente los distintos actos, contratos, obligaciones y operaciones versaren sobre el mismo objeto, formalizaren en un mismo instrumento y entre las mismas partes, siempre que guardaren una relación de interdependencia tal, que no pudiera existir el accesorio a falta del principal, en cuyo caso se pagará solamente el impuesto correspondiente al hecho imponible de mayor tributación".

Por otra parte, en lo que se refiere a exenciones del gravamen, una atenta lectura del artículo 240 permite vislumbrar que no se contemplan en forma expresa beneficios destinados a las operatorias instrumentadas en base a la figura que nos ocupa.

En consecuencia, y en lo que a la celebración del contrato de fideicomiso se refiere, el mismo se encontrará sujeto al gravamen en caso de convenirse el pago de una retribución al fiduciario. Asimismo, en el supuesto de que simultáneamente con dicho acto se opere la transferencia del dominio de los bienes fideicomitidos y dicha transmisión sea efectuada a título oneroso, se deberá determinar el gravamen considerando la operación que posea mayor peso fiscal.

Por el contrario, si la cesión fiduciaria se instrumenta en forma posterior a la celebración del acto constitutivo, el tratamiento tributario a dispensarle variará según dicha operatoria sea realizada o no a título oneroso: en la primera hipótesis no se encontrará gravada en el impuesto, mientras que en la segunda sí.

5.2.1.5.14. Misiones

En lo que atañe a esta jurisdicción, se encuentran sujetos al impuesto de sellos los actos expresamente indicados por las disposiciones del Código Fiscal Provincial, siempre que: a) se otorguen en jurisdicciones de la Provincia, o se trate de actos otorgados fuera de ella que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia o sobre bienes muebles registrables, inscriptos en dicha jurisdicción; y b) se formalicen en instrumentos públicos o privados, o por correspondencia –Cfr. articulo 149-.

No obstante, el artículo 152 del mismo Código Provincial dispone que no se encuentran gravados por el presente impuesto los actos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en jurisdicción de la Provincia, cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados fuera de la Provincia o sobre bienes muebles registrables, inscriptos en otras jurisdicciones.

Por lo tanto, sólo se encontrará sujeta al gravamen la instrumentación, pública o privada, de aquellos actos taxativamente considerados por el cuerpo legal, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) las cesiones de derechos y los pagos con subrogación;

b) los actos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de automotores de cualquier tipo, motocicletas, embarcaciones y aeronaves 0 (cero) kilómetro,

c) los contratos de locación de servicios;

d) la compraventa o permuta de bienes inmuebles o cualquier otro acto por el cual se transfiere el dominio de estos bienes a título oneroso.

Advertimos de lo expuesto que no se halla entre los actos gravados la celebración de contratos de fideicomiso, lo cual en principio nos lleva a afirmar que tales acuerdos se encuentran excluidos del ámbito del gravamen. Independientemente a ello, y según se desprende del artículo 157 transcripto supra, debemos agregar que sí se encontrarán comprendidos dentro de su órbita de imposición las cesiones fiduciarias de bienes inmuebles, automotores nuevos o derechos, efectuadas a título oneroso, mientras que no se verán sometidos a tributación las transmisiones de dominio que no posean esta última característica o que tengan por objeto otra clase de bienes.

5.2.1.5.15. Neuquén

Según lo establece el artículo 210 del Código Fiscal de esta Provincia, se encuentran sujetos al gravamen los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, siempre que: 1) se otorguen en jurisdicción de la Provincia de Neuquén; 2) se formalicen en instrumentos públicos o privados.

Asimismo, el artículo 212 dispone que se encuentran sujetos al pago de este impuesto los actos otorgados fuera de la jurisdicción provincial y de cuyo texto resulte que deben producir efectos en la Provincia. También se hallan sometidos al gravamen los actos que están exentos del pago de los impuestos provinciales de sellos o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por las siguientes causas: 1) por haber constituido las partes domicilio en la Provincia de Neuquen: 2) porque los bienes objeto de contratación se encuentran en jurisdicción de esta Provincia.

Sin perjuicio de ello, el inciso f) de su artículo 129 declara exentos del tributo todo "... contrato de constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes situados fuera de la Provincia".

Finalmente, debemos mencionar que el artículo 215 aclara que "Los impuestos establecidos en esta ley son independientes entre sí y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de gravámenes concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

Según se desprende de las normas que anteceden, deberá considerarse en forma separada cada uno de los actos realizados en el marco del fideicomiso. Con relación a la instrumentación del respectivo contrato, podemos afirmar que el mismo se encontrará sujeto a imposición en la medida que resulte oneroso. En cuanto a la cesión de bienes registrables, en principio estaremos en presencia de una operación realizada a título de confianza, y, por ende, no onerosa, por lo que no debería tributar el impuesto. Pero en caso que la entrega de bienes se enmarque en una operatoria de naturaleza onerosa, aquélla se verá incidida por el tributo.

5.2.1.5.16. Río Negro

En el caso de Río Negro, la Ley Provincial Nº 2.407 (t.o. en 1994), sujeta a este gravamen a los actos, contratos y operaciones celebrados a título oneroso, instrumentados o por correspondencia, que se realicen en el territorio provincial –artículo 1º del ordenamiento legal-, así como también los actos, contratos y operaciones realizados fuera de la jurisdicción provincial cuando de su texto o como consecuencia del mismo resulte que deben ser negociados, ejecutados o cumplidos en la Provincia –artículo 2º-.

Asimismo, su artículo 4º aparta de imposición a los hechos imponibles instrumentados en esta provincia, cuando consistan en actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados fuera de la Provincia de Río Negro o sobre bienes muebles registrables inscriptos en extraña jurisdicción.

Por su parte, su artículo 9º preceptúa que "Los gravámenes establecidos en virtud de este título son independientes entre sí y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de tributación concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

Por lo tanto, y en forma similar a lo ya expresado con relación a la Provincia de Entre Ríos, se deberá determinar e ingresar los gravámenes correspondientes tanto a la instrumentación del contrato de fideicomiso como de la transferencia de dominio de los bienes afectados al mismo, ello en la medida que en uno y/u otro caso se verifique la presencia de onerosidad exigida por el plexo legal.

5.2.1.5.17. Salta

Según lo dispuesto por el artículo 226 del Código Fiscal de la Provincia de Salta, deberán tributar el impuesto de sellos "... los actos, contratos y operaciones comprendidos en las disposiciones de este Código y en la ley impositiva que se realicen en el territorio de la Provincia ...", agregando el artículo 227 del mismo cuerpo legal que también se encuentran sujetos al pago de este impuesto los actos, contratos y operaciones realizadas fuera de la jurisdicción de la Provincia, cuando de su texto o como consecuencia de los mismos resulte que deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en ella.

Por su parte, su artículo 229 aclara que "Los gravámenes establecidos en virtud de este Título son independientes entre sí, y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de tributación concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

A su vez, su artículo 229 prevé que "Los gravámenes establecidos en virtud de este Título son independientes entre sí y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de tributación concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

Debemos agregar a ello que la normativa bajo estudio –particularmente los artículos 275, 276 y 278- no contempla beneficios tributarios aplicables en la materia.

En virtud de ello, hacemos extensiva a esta Provincia las apreciaciones esbozadas en el apartado anterior.

5.2.1.5.18. San Juan

En el caso de San Juan, se deberá pagar el impuesto de sellos por todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia, así como también por aquéllos realizados fuera de la jurisdicción de la Provincia cuando de su texto o como consecuencia de los mismos resulte que deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en ella –Cfr. artículos 189 y 190 del Código Tributario-.

Asimismo, el artículo 192 de la normativa precedentemente citada contempla que "Si un mismo instrumento contiene varias causas de imposición, el impuesto se determinará separadamente para cada hecho imponible, salvo expresa disposición en contrario". No obstante, a continuación el artículo 193 aclara que "Cuando en el caso del artículo anterior se formalicen, entre las mismas partes, actos relativos a un mismo objeto y guarden interdependencia entre sí, sólo deberá abonarse el impuesto cuyo monto resulte mayor".

Por otra parte, la normativa en cuestión no consagra ninguna franquicia dirigida a los negocios fiduciarios. Atento a ello, debemos interpretar que siempre y cuando se pacte una retribución a favor del fiduciario, el contrato de fideicomiso se verá incidido por el gravamen que nos ocupa. En cuanto a la entrega de los bienes realizada por el fiduciante, no se deberá ingresar impuesto alguno en tanto la misma se efectúe a simple título de confianza. Por el contrario, en el supuesto de que dicha transmisión también sea realizada a título oneroso, se deberá calcular el gravamen considerando, respecto de ambos hechos imponibles, aquél que traiga aparejado mayor rendimiento fiscal.

5.2.1.5.19. San Luis

Aquí el impuesto abarca a todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia y consten en instrumentos públicos o privados.

En tal sentido, el artículo 216 del Título III del Código Tributario de la Provincia de San Luis aclara que "La obligación de tributar el presente impuesto, no importa sólo hacerlo respecto de los actos, contratos u operaciones expresa o implícitamente mencionados por la ley impositiva anual, sino también respecto de todos los actos, contratos y operaciones expresa o implícitamente encuadrados en las disposiciones de este Título".

Asimismo, el citado precepto también declara sujetos al tributo los actos, contratos u operaciones de las características referidas –es decir, aquéllos efectuados a título oneroso- que se lleven a cabo fuera de la Provincia, cuando de su texto o como consecuencia de los mismos resulte que deban ser negociados, ejecutados, inscriptos o cumplidos en ella.

Por su parte, el artículo 217 del mismo cuerpo normativo prevé que también tributarán el gravamen los actos que estén exentos del impuesto de sellos en otra jurisdicción por haber constituido cualquiera de las partes domicilio en la Provincia de San Luis, o porque los bienes objeto de la contratación se encuentran ubicados en la misma.

En virtud de la amplia definición del hecho imponible brindada por las normas que anteceden podemos inferir que tanto la transmisión de los bienes fideicomitidos por parte del fiduciante como la celebración del propio contrato de fideicomiso se encontrarán sujetos al impuesto de sellos, ello en la medida que en uno y otro caso el acto instrumentado posea naturaleza onerosa.

5.2.1.5.20. Santa Cruz

En el ámbito de la Provincia de Santa Cruz, el gravamen se encuentra regulado por la Ley Provincial N° 1410, cuyo artículo 60 dispone que estarán sujetos al impuesto de sellos, de conformidad con las disposiciones de dicho marco legal, los actos, contratos u operaciones celebrados a título oneroso que expresamente se indican en él, siempre que: a) se otorguen en jurisdicción de la Provincia de Santa Cruz, así como también los otorgados fuera de ella, en los casos especialmente previstos en esta ley; b) se formalicen en instrumentos públicos o privados, o por correspondencia en los casos previstos en el artículo 71, así como los que se efectúen con intervención de las bolsas o mercados de acuerdo con lo que se establece a dichos efectos.

Por su parte, el artículo 62 del mismo ordenamiento legal prevé que los actos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en otras Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran sometidos al pago de este impuesto cuando se trate de actos que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia de Santa Cruz o sobre bienes muebles registrables, registrados en dicha jurisdicción, así como los demás actos otorgados fuera de la Provincia, al tener efectos en la Provincia de Santa Cruz cuando no estén alcanzados por el impuesto del lugar de su otorgamiento y siempre que dicha liberación tributaria no provenga de una exención objetiva o subjetiva.

Por el contrario, y conforme surge de su artículo 65, los actos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en jurisdicción de la Provincia de Santa Cruz no estarán sujetos al pago de este impuesto cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmi-

sión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados en otras Provincias o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o sobre bienes muebles registrables, registrados en las mismas.

Por otro lado, su artículo 72 dispone que "Si en un mismo instrumento se formalizan entre las mismas partes varios actos que versan sobre un mismo objeto y guardan relación de interdependencia entre sí, sólo debe abonarse el impuesto correspondiente al acto cuyo gravamen resulte mayor", aclarando asimismo que "Si el instrumento no reuniera esas condiciones, cada acto abonará el impuesto que, aisladamente considerado, le corresponde".

De las normas transcriptas observamos que se encontrarán sujetas al gravamen los actos, contratos u operaciones expresamente contemplados por la norma legal. Ahora bien, en lo atinente al contrato de fideicomiso, advertimos del recorrido por el articulado de la referida ley provincial, que el mismo no se encuentra entre los instrumentos públicos o privados gravados por el impuesto de sellos, lo cual nos lleva a deducir que dicho acto jurídico se encuentra fuera de su órbita de imposición.

En cuanto a las cesiones fiduciarias de bienes, encontramos que se hallan comprendidos dentro de los alcances del tributo las cesiones de derechos -artículo 79, inciso c)-, los actos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de embarcaciones y aeronaves –artículo 79, inciso g)-, y todo acto por el cual se transfiere el dominio de bienes inmuebles. Debemos recordar que, conforme con lo prescripto por el artículo 60 supra reseñado, en todos estos casos procederá la gravabilidad en la medida que la operación sea efectuada a título oneroso.

Atento a ello, entendemos que en caso que se produzca la transmisión fiduciaria de los bienes antes indicados y la misma sea realizada en forma onerosa, corresponderá el ingreso del gravamen bajo estudio.

5.2.1.5.21. Santa Fe

En lo que se refiere a esta jurisdicción, es dable mencionar que el impuesto de sellos alcanza todos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que se realicen en el territorio de la Provincia, así como también a los actos, contratos y operaciones efectuados fuera de la Provincia, cuando de su texto o como consecuencia de los mismos resulte que deban ser negociados, ejecutados o cumplidos en ella –artículo 167 del Código Fiscal Provincial-.

Por su parte, el artículo 229 de la misma normativa aclara que "Los hechos imponibles establecidos en el presente Título son independientes entre sí y los impuestos resultantes deben ser satisfechos, aun cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

A su vez, su artículo 169 instituye que "Los hechos imponibles establecidos en el presente Título son independientes entre sí y los impuestos re-

sultantes deberán ser satisfechos, aun cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

Las normas transcriptas nos permiten vislumbrar que resultarán aplicables a esta jurisdicción iguales precisiones que las plasmadas al abordar el tratamiento del impuesto de sellos puntano.

5.2.1.5.22. Santiago del Estero

El artículo 203 del Título III del Código Tributario provincial prevé que se encontrarán sujetos al impuesto de sellos, los actos expresamente indicados en la ley impositiva, siempre que: 1) se otorguen en jurisdicción de la Provincia de Santiago del Estero, como así también los otorgados fuera de ella en los casos especialmente previstos por el propio Código; 2) se formalicen en instrumentos públicos o privados, o por correspondencia, en los casos especialmente previstos, así como los que se efectúen con intervención de las bolsas o mercados de acuerdo con lo que se establezca a dichos efectos.

A su vez, su artículo 205 aclara que se encuentran sujetos al pago de este gravamen los hechos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en las otras provincias cuando se refieran a: 1) actos que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia de Santiago del Estero o sobre bienes muebles registrables inscriptos en esta jurisdicción; b) los demás actos al tener efectos en la Provincia de Santiago del Estero cuando no estén alcanzados por el impuesto de sellos del lugar de su otorgamiento y siempre que dicha liberación tributaria no provenga de una exención objetiva o subjetiva.

Por el contrario, su artículo 208 declara no alcanzados a los hechos imponibles formalizados en instrumentos públicos o privados, cuando se trate de actos que tengan por objeto o prometan la constitución, transmisión, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre inmuebles ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en las demás provincias, o sobre bienes muebles registrables inscriptos en las mismas.

Por su parte, su artículo 212 prevé que "Los impuestos establecidos en este Título son independientes entre sí, y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de gravamen concurran a un mismo acto, salvo expresa disposición en contrario".

Debemos agregar que el cuerpo legal no contempla en su articulado franquicias específicamente destinadas al fideicomiso o a las cesiones fiduciarias de bienes –ver artículo 249-.

De acuerdo con las disposiciones que anteceden, cabe aquí formular similares consideraciones que las vertidas en el apartado 5.2.1.5.8.

5.2.1.5.23. Tierra del Fuego

En lo que atañe a esta jurisdicción, se encuentran sujetos al impuesto de sellos los actos que expresamente se indican en la ley del gravamen –Ley Provincial Nº 175-, siempre que: a) se otorguen en jurisdicciones de la Provincia, así como también los otorgados fuera de ella, en este último caso cuando se trate de actos que tengan por objeto o que prometan la constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la Provincia o sobre bienes muebles registrables, inscriptos en dicha jurisdicción; b) se formalicen en instrumentos públicos o privados, o por correspondencia.

Por lo tanto, sólo se encontrarán alcanzados por este tributo aquellos actos taxativamente considerados por el cuerpo legal, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a) las cesiones de derechos y los pagos con subrogación;

b) los actos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de automotores de cualquier tipo, motocicletas, embarcaciones y aeronaves 0 (cero) kilómetro),

c) los contratos de locación de servicios;

d) la compraventa o permuta de bienes inmuebles o cualquier otro acto por el cual se transfiere el dominio de estos bienes a título oneroso.

Advertimos de lo expuesto que se encuentran comprendidos dentro de la órbita del gravamen las cesiones fiduciarias de bienes inmuebles, automotores nuevos o derechos, efectuadas a título oneroso, mientras que quedarán excluidas de imposición las transmisiones de dominio que no posean naturaleza onerosa o que tengan por objeto bienes distintos a los enunciados taxativamente por el plexo normativo.

5.2.1.5.24. Tucumán

Con relación a la Provincia de Tucumán, su Código Fiscal dispone que están gravados por el impuesto de sellos los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso o susceptibles de apreciación económica, instrumentados, que se realicen en el territorio de la Provincia –cfr. artículo 214-.

También se encuentran alcanzados por el gravamen los actos, contratos y operaciones realizadas fuera de la jurisdicción de la Provincia, cuando de su texto o como consecuencia de ellos mismos resulte que deben ser negociados, ejecutados o cumplidos en ella.

Por su parte, el artículo 216 del referido cuerpo normativo dispone que "Los impuestos establecidos en esta ley son independientes entre sí y deben ser satisfechos aun cuando varias causas de gravamen concurran a un solo acto, salvo expresa disposición en contrario".

En virtud de la independencia de gravámenes dispuesta por la norma que antecede, y dado que no se contemplan exenciones o beneficios tributarios destinados a los negocios fiduciarios, nuevamente cabe remitirnos a las consideraciones formuladas en oportunidad de desarrollar el apartado 5.2.1.5.8.

5.2.2. TRATAMIENTO DE LAS OPERACIONES DEL FONDO

En primer término, debemos tener en cuenta que la Ley Nº 24.441 no contiene previsiones referidas a aspectos tributarios, con excepción de aquellas contempladas por sus artículos 83 y 84.

En virtud de ello, y a los fines de brindar un marco normativo que definiese el tratamiento impositivo a dispensar a esta figura, el Poder Ejecutivo Nacional procedió a dictar el Decreto Nº 780/95, el cual reglaba la materia con relación a los impuestos a las ganancias y sobre los bienes personales. Posteriormente, a fines del año 1998 se sancionó la Ley Nº 25.063, mediante la cual se definió el encuadre tributario del fideicomiso en los impuestos a las ganancias, a la ganancia mínima presunta y sobre los bienes personales, recogiendo en su mayor parte el texto utilizado hasta entonces por la reglamentación.

Sentado ello, y previo a abocarnos de lleno al análisis fiscal, debemos recordar algunas de las principales características que posee este instituto, las que influyen en el tratamiento que el legislador ha pretendido dispensarle.

En tal sentido, debemos recordar que conforme se desprende del artículo 14 de la Ley Nº 24.441, los bienes fideicomitidos integran un patrimonio separado de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario. Esta característica, si bien constituye una excepción al principio de unicidad del patrimonio consagrado por el codificador argentino, busca proteger al negocio instrumentado a través del fideicomiso. Nos encontramos así en presencia de un patrimonio de afectación, el cual, como veremos, es designado por el legislador en algunos casos como sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Cabe agregar que dicho patrimonio de afectación no constituye un sujeto de derecho, sino que por el contrario existe en el marco de una relación obligacional entre dos partes. Asimismo, debemos tener en cuenta que nuestra legislación de fondo no admite la posibilidad de un patrimonio sin titular –lo cual si acontece en otras legislaciones-. Ahora bien, en el caso del patrimonio fiduciario, su titularidad es ejercida por el fiduciario, si bien esta propiedad carece para éste de contenido económico. Como veremos, esto es importante, pues

se designa al fiduciario como responsable por deuda ajena a los efectos de la determinación e ingreso de los tributos recaídos en cabeza del fideicomiso.

Adicionalmente a ello, debemos considerar que la riqueza se genera a partir del negocio subyacente concretado por las partes en el marco de la estructura fiduciaria, lo cual ha llevado a gran parte de la doctrina a recomendar que la legislación fiscal le dispense un tratamiento neutro[136]. Sin embargo, y a la luz de los textos legales vigentes, advertiremos que esto no siempre se ha concretado en la práctica.

5.2.2.1. EL FIDEICOMISO COMO SUJETO TRIBUTARIO

El artículo 5° de la Ley N° 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. en 1998 y sus modificaciones) prevé que "Son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias, en la medida y condiciones necesarias que estas prevén para que surja la obligación tributaria:

c) Las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan las calidades previstas en el inciso anterior, y aún los patrimonios destinados a un fin determinado, cuadro unas y otras sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para al atribución del hecho imponible".

Podemos inferir de la normativa glosada que atento constituir patrimonios de afectación los fideicomisos poseen potencialmente capacidad subjetiva para ser designados por el legislador como sujetos de la obligación tributaria. Por lo tanto, y a los efectos de dilucidar el carácter de la figura frente a cada tributo, deberemos remitirnos a cada uno de los respectivos marcos legales.

5.2.2.1.1. Impuesto a las ganancias

En este caso, y con el objeto de establecer quién deberá tributar sobre las rentas obtenidas por el fideicomiso, deberemos discernir dos alternativas contempladas por el plexo legal: a) que los roles de fiduciante y beneficiario sean asumidos por personas distintas; o b) que el fiduciante reúna simultáneamente la calidad de beneficiario, siempre que no se trate de un fideicomiso financiero ni que el beneficiario sea un residente en el exterior.

En el primer supuesto, y conforme se desprende del inciso f) del artículo 69 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1998 y sus modificaciones), el fideicomiso constituye un sujeto del gravamen, recibiendo similar tratamiento tributario que una sociedad de capital. Por lo tanto, tributará la tasa

[136] En este sentido se ha pronunciado las XXVI Jornadas Tributarias, organizadas por el Colegio de graduados en Ciencias Económicas en mar del Plata en 1996, al aconsejar "... establecer un tratamiento legal que, adoptando un régimen de transparencia, atribuya las rentas, el patrimonio y las actividades desarrolladas, a las partes intervinientes, o en su caso al patrimonio de afectación, cuando a su respecto se verifiquen los hechos imponibles de modo de asegurar el principio de neutralidad".

del 35 % sobre las ganancias obtenidas, en tanto que para los beneficiarios dichas rentas constituirán ganancias no computables.

Por el contrario, si el fiduciante reviste simultáneamente la calidad de beneficiario, las rentas serán declaradas por éste como ganancias de la tercera categoría, según los dispone el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la Ley Nº 20.628.

5.2.2.1.2. Impuesto al valor agregado

A partir de la reforma legal introducida por el punto 5 del artículo 1º de la Ley Nº 23.765 -modificatoria de su par Nº 23.349- se incorporaron como potenciales responsables del tributo un conjunto de figuras contractuales y entes carentes de personalidad jurídica para el derecho civil.

Es así que desde la sanción de la norma precedentemente citada, el artículo 4º de la ley prevé que resultará sujeto pasivo del impuesto, entre otros, "... cualquier otro ente individual o colectivo, en tanto se encuentren en alguna de las situaciones contempladas en el primer párrafo de este artículo".

Consecuencia de ello, la opinión doctrinaria mayoritaria ha entendido que los fideicomisos revisten el carácter de sujetos del gravamen, en la medida en que se verifiquen a su respecto los hechos imponibles definidos por el respectivo marco legal.

En tal sentido, Julián Martín apunta que "De corresponder la inscripción sería el patrimonio fideicomitido quien se inscriba ante el fisco como contribuyente, ingresando los impuestos a su nombre"[137]. El mismo autor agrega que "En tal caso, el patrimonio fideicomitido podrá computar, de corresponder el IVA crédito fiscal correspondiente a las compras y servicios que se vinculen con los ingresos gravados que obtenga dicho contribuyente".

No obstante la opinión precedentemente vertida, cabe analizar si este instrumento jurídico encuadra efectivamente dentro del término "ente" empleado por la norma, -desde el momento en que, al carecer de personalidad jurídica, se encuentra impedido de adquirir derechos y contraer obligaciones-, o si, por el contrario, el sujeto alcanzado es el fiduciario, en su carácter de titular de los bienes fideicomitidos.

A este respecto, cabe aclarar que la ausencia de personalidad tributaria no es óbice para la calificación de un determinado patrimonio de afectación como sujeto pasivo de cualquier gravamen, pues dicha posibilidad se encuentra contemplada, como ya vimos, por el artículo 5º de la ley ritual.

[137] **MARTÍN**, Julián. Op. cit., pág. 30.

Atento ello, a efectos de determinar la subjetividad tributaria del fideicomiso, se deberá analizar si se verifican o no dentro de su ámbito los hechos imponibles contemplados en la normativa respectiva.

5.2.2.1.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta

El inciso f) del artículo 2° del Titulo V de la Ley N° 25.063 dispone que los fideicomisos constituidos en el país conforme las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicho marco regulatorio, constituyen sujetos del gravamen, por lo que deben tributar el 1% sobre la totalidad de sus activos en el país y en el exterior valuados conforme a las disposiciones de la ley del tributo.

Asimismo, el artículo 3° de la ley del gravamen declara exentos del mismo aquellos bienes entregados por el fiduciante a fideicomisos que resulten sujetos pasivos del tributo. Entendemos que esta disposición ha sido incorporada con el fin de despejar cualquier duda sobre una posible doble imposición, si bien resulta un tanto superflua desde el momento en que los bienes fideicomitidos ya no integran el patrimonio del fiduciante y por lo tanto no son declarados en cabeza de éste.

Por otra parte, se designa al fiduciario como responsable por deuda ajena a los fines de la determinación e ingreso del gravamen.

5.2.2.1.4. Impuesto sobre los bienes personales

Cabe recordar que el artículo 13 del Decreto N° 780/95 disponía que "... quienes, con arreglo a la ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc. e), de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), por lo que en su calidad de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bines personales sobre los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a las disposiciones del Titulo VI de la ley 23.966 y sus modificaciones, sin considerar el mínimo exento previsto en el art. 24 de dicha norma legal".

En otras palabras, el reglamentador implementó un esquema de determinación e ingreso del gravamen adoptando implícitamente como presunción que los bienes integrantes del fondo fiduciario pertenecían a personas físicas, y sin considerar la separación patrimonial consagrada por el artículo 14 del respectivo marco regulatorio.

Esto motivó críticas de gran parte de la doctrina, al entender que se creaba vía reglamentaria un nuevo sujeto pasivo, excediendo de este modo las facultades concedidas al Poder Ejecutivo. Esta posición recibió en principio favorable acogida en nuestro tribunales, aunque en un pronunciamiento referido a los Fondos Comunes de Inversión.

Más allá de las eventuales observaciones atinentes a la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria, consideramos que a partir de la sanción de la Ley Nº 25.063 y la consiguiente creación del impuesto a la ganancia mínima presunta, se produce una virtual derogación tácita de las disposiciones del Decreto Nº 780/95, en particular las previstas en el artículo 13 supra transcripto. Abona esta postura el hecho de que el texto contenido por la reglamentación fue incorporado, con algunas pequeñas modificaciones, por el nuevo cuerpo legal. Adviértase que este temperamento resulte acorde con la filosofía del impuesto a la ganancia mínima presunta en el sentido de evitar situaciones de doble imposición con el impuesto sobre los bienes personales, así la semejanza entre la mecánica prescripta por el marco legal del primero de estos gravámenes y la bosquejada por la reglamentación para el segundo.

No obstante, debemos señalar que discrepa con esta opinión Julián Martín, quien considera que continúan siendo aplicables las normas reglamentarias, entendiendo que la eventual situación de doble imposición resulta asemejable con la que sufre la empresa unipersonal. Sin embargo, entendemos que este último supuesto presenta ribetes distintos a los del fideicomiso, por cuanto no existe una transferencia de titularidad de bienes por parte del dueño de la empresa, siendo además la doble imposición solo parcial al recaer sólo sobre el patrimonio empresarial.

Debemos agregar que el fisco se ha expedido en el sentido esbozado por nosotros a través del Dictamen Nº 59/99 (DI ATEC), al afirmar que a partir de la sanción de la Ley Nº 25.063 no resulta más de aplicación el artículo 13 del Decreto Nº 780/95.

En virtud de ello, los bienes integrantes de patrimonios fiduciarios se encuentran fuera de la órbita del impuesto.

5.2.2.1.5. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operatorias

Se encuentran comprendidos dentro del objeto de este tributo los débitos y créditos de cualquier naturaleza efectuadas en cuentas corrientes abiertas a nombre de un fideicomiso o del fiduciario en su calidad de tal, así como en otras operaciones bancarias en las que se reemplace la utilización de tales cuentas, siendo la alícuota aplicable el 0,6 por mil.

5.2.2.1.6. Impuesto sobre los ingresos brutos

El Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que son contribuyentes del gravamen "... los patrimonios destinados a un fin determinado que realicen actos u operaciones que se encuadren en las situaciones que las normas fiscales consideran causales del nacimiento de la obligación tributaria".

Al respecto, como dijimos precedentemente, el hecho imponible se perfecciona por el ejercicio habitual y a título oneroso de actividades industriales, comerciales, etc., por lo que el patrimonio fideicomitido, en caso de realizar tales actividades, quedará alcanzado por el gravamen.

5.2.3. ATRIBUCIÓN DE RENTAS AL BENEFICIARIO

Como sabemos, el fiduciario recibe los bienes fideicomitidos para disponer de ellos a favor de quien sea designado como beneficiario en el instrumento constitutivo. En consecuencia, puede acontecer que, conforme al encargo recibido, el fiduciario deba distribuir entre los beneficiarios los frutos o rentas producidas por los bienes fideicomitidos.

5.2.3.1. Impuesto a las ganancias

Aquí deberemos analizar el tratamiento desde dos perspectivas, una la del fideicomiso, y otra la del beneficiario. Con relación al primero, el tratamiento dependerá de si se entregan sumas de dinero o bienes. En el primer caso, estaremos ante una simple distribución de beneficios que ya han tributado oportunamente el impuesto. Por el contrario, en el segundo supuesto, deberemos determinar si la transmisión se efectúa a título oneroso o gratuito, dado que en la primer hipótesis estaremos en presencia de una enajenación (conforme lo dispuesto por el artículo 3° de la ley del gravamen- sujeta a la órbita del tributo.

Desde la perspectiva del beneficiario, la distribución de beneficios que realice el fideicomiso se encuentra fuera de la órbita del gravamen, con independencia de la calidad del receptor. Así, en caso que coincidan las figuras de beneficiario y fiduciante, las rentas recibidas serán asemejables al retiro de utilidades que realizan los socios de sociedades comprendidas en el inciso b) del artículo 49 de la Ley del gravamen, no encontrándose sujetas al tributo atento que han sido incorporadas a la declaración jurada del perceptor de las mismas al momento de su devengamiento.

En igual sentido, en caso que no se produzca la coincidencia de roles antes indicada, las utilidades distribuidas tendrán el carácter de ganancias no computables para el destinatario de aquéllas, ello conforme a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 64 del mismo cuerpo legal.

5.2.3.2. Impuesto al valor agregado

En caso que los beneficios distribuidos consistan en bienes transferidos por el fiduciario al beneficiario, el tratamiento a dispensar en este gravamen a dicha operatoria dependerá tanto de la naturaleza de aquéllos, del carácter asignado a la transmisión –onerosa o gratuita- y de la calidad del fondo frente al gravamen. Así, por ejemplo, de tratarse de bienes muebles alcanzados por el gravamen y el fondo constituir un sujeto pasivo frente al impuesto, la transferencia se encontrará sujeta al mismo en tanto se interprete que la ope-

ración ha sido calificada a título oneroso. Tal sería el caso en que el beneficiario sea acreedor de los bienes en virtud de haber entregado fondos u otros bienes.

Distinto sería el caso en que coincidieran las figuras del fiduciante y el beneficiario y el bien recibido sea el mismo al entregado, supuesto en el cual entendemos que no quedaría alcanzado por este tributo.

5.2.4. ENTREGA DE BIENES REMANENTES AL FIDEICOMISARIO

Al momento de producirse la extinción del fideicomiso, el fiduciario deberá entregar los bienes remanentes al fideicomisario, denominación con la cual aludimos al destinatario de aquéllos con independencia de que se trate del fiduciante, del beneficiario o de un tercero. Nuevamente analizaremos aquí el tratamiento que debe darse a esta transmisión frente a los impuestos a las ganancias y al valor agregado.

5.2.4.1. Impuesto a las ganancias

Debemos formular en este punto similares consideraciones a las vertidas con relación a la distribución de utilidades por parte del fideicomiso, asemejándose la operatoria a la disolución de una sociedad. Por lo tanto, en caso que se trate de reparto de bienes a título oneroso, estaremos en presencia de una enajenación, operación alcanzada por el tributo, mientras que si es realizada a otro título no constituirá una operación gravada.

Por el lado del fideicomisario, podemos afirmar que la entrega no implicará la existencia de renta alguna para el fideicomisario.

5.2.4.2. Impuesto al valor agregado

Aquí también cabe extender las conclusiones arribadas al tratar la distribución de beneficios: si se trata de bienes alcanzados por el tributo y la entrega es efectuada a título oneroso, se perfeccionará el hecho imponible en cabeza del fondo.

5.2.4.3. Impuesto de sellos

Si bien se deberá acudir a las disposiciones particulares contenidas en las respectivas legislaciones provinciales, podemos afirmar que en líneas generales las transmisiones de los bienes remanentes efectuada por el fiduciario a favor del o los fideicomisarios se encontrarán alcanzadas por el impuesto de sellos dependiendo de que el negocio subyacente revista onerosidad o gratuitidad.

"Así, explican Clusellas y Ormaechea, si la transmisión ... se realiza a título gratuito (padre fiduciante que instituye beneficarios a sus hijos a título gratuito o fideicomisario que recibe los bienes a la finalización del contrato a

título gratuito) será una operación exenta de este impuesto pero si, por el contrario, el negocio subyacente trasluce un negocio oneroso, deberá tributar analógicamente con la misma alícuota que en cada jurisdicción corresponda dichas transferencias"[138].

5.2.5. CESIÓN DE DERECHOS DE BENEFICIO

Si bien es cierto que el beneficiario no es titular de un derecho real sobre el patrimonio fiduciario, no es menos cierto que posee a su favor un derecho creditorio de naturaleza personal, el cual puede ceder a otro sujeto en cualquier momento, excepto que ello se encuentre prohibido por el contrato.

Debemos tener en cuenta que esta operatoria también abarcará aquellos supuestos en los que el fiduciante cede su posición contractual como tal, dado que, como explicáramos al analizar los derechos y obligaciones de los sujetos participantes, dicha transacción implica en sí misma, por un lado, una cesión de derechos de beneficio, y, por otro la incorporación de un nuevo fiduciante.

5.2.5.1. Impuesto a las ganancias

El tratamiento de la cesión variará según el beneficiario se trate de una persona física o un sujeto empresa. En el primer caso, la operatoria se encontrará alcanzada por el tributo siempre y cuando se verifiquen los requisitos exigidos por el apartado 1) del artículo 2° de la ley del gravamen, esto es que exista habitualidad en el ingreso y conservación y habilitación de su fuente productora.

En cuanto a las cesiones llevadas a cabo por un beneficiario sujeto empresa, la misma se encontrará alcanzada por el tributo con independencia de que se verifiquen o no los requisitos exigidos por el dispositivo antes mencionado.

5.2.5.2. Impuesto al valor agregado

Atento a que la cesión de derechos per se –es decir, cuando no resulta accesoria de una operación gravada- se encuentra fuera del objeto del tributo, la operatoria bajo análisis no se encontrará alcanzada por el mismo.

Debemos agregar que a similar conclusión arribó el Organismo Fiscal en el Dictamen N° 49/2003 (DAL), en el cual se concluyó que la cesión de los derechos y obligaciones como beneficiario en el contrato de fideicomiso no se encuentra alcanzada por el impuesto al valor agregado.

[138] **CLUSELLAS**, Eduardo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., pág. 157.

5.3. CONCLUSIONES

En virtud de que el nuevo marco regulatorio del fideicomiso, la Ley Nº 24.441, no contenía previsiones en materia tributaria -con excepción de sus artículos 83 y 84-, inicialmente el Poder Ejecutivo Nacional debió suplir dicho vacío normativo mediante el dictado del Decreto Nº 780/95, el cual contemplaba el tratamiento de la figura frente a los impuestos a las ganancias y sobre los bienes personales. Posteriormente, la Ley Nº 25.063 brindó mayores precisiones en torno a los aspectos fiscales atinentes a los patrimonios fiduciarios, si bien no logró despejar totalmente ciertas inquietudes planteadas en el ámbito de la práctica cotidiana de los negocios. .

En lo atinente a los hechos imponibles verificados en el ámbito del fideicomiso propiamente dicho, y conforme a las normas actualmente vigentes, debemos puntualizar que, salvo excepciones, el sujeto pasivo de la relación tributaria principal está constituido por un patrimonio de afectación y no por un contribuyente persona física o jurídica, con la consiguiente dificultad a la hora de la atribución de responsabilidad frente a los organismos recaudadores.

De este modo, el fideicomiso, en los casos en que reviste la calidad de sujeto pasivo del respectivo gravamen, debe tributar de acuerdo con las actividades económicas que desarrolle, es decir cuando se configuran dentro de su entorno los hechos imponibles regulados por los diversos marcos normativos, designándose necesariamente al fiduciario como responsable por deuda ajena a los fines de la determinación e ingreso del correspondiente gravamen.

Ello a motivado que cierto sector de la doctrina perciba una aparente contradicción entre el régimen impositivo y la legislación de fondo, puesto que mientras que las normas tributarias consideran al fiduciario como administrador de bienes ajenos, la legislación de fondo lo designa en realidad como propietario de los bienes objeto del patrimonio de afectación; en otras palabras, no sería administrador de un "patrimonio ajeno", sino de bienes que le serían propios.

Sin embargo, entendemos que el remedio seguido por las normas impositivas es adecuado, dado que el legislador ha pretendido constituir al patrimonio fideicomitido en un sujeto tributario autónomo, el cual, al carecer de una existencia "física", es representado a los fines fiscales por su administrador o, mejor dicho, propietario legal. Adviértase que una solución distinta chocaría con la ausencia de una persona de existencia visible que interactuara con las autoridades fiscales, o implicaría considerar contribuyente por deuda propia al fiduciario, cuando en realidad no es él quien es designado para desempeñar dicho papel por el marco legal.

En cuanto al tratamiento tributario de las transferencias de bienes realizadas desde el fiduciante hacia el fiduciario, y desde éste hacia los beneficiarios y/o fideicomisarios, dependerá del carácter –oneroso o no oneroso- bajo

el cual se lleven a cabo –cuestión que deberá ser analizada a la luz de las relaciones económicas subyacentes al fideicomiso- y de la naturaleza de los bienes transmitidos.

CAPITULO VI

El FIDEICOMISO DE GARANTÍA

6.1. INTRODUCCIÓN

Las crisis que ha sufrido nuestro país en los últimos tiempos condujeron a la aparición dentro del ámbito empresarial de nuevas alternativas de financiamiento, entre las cuales ha proliferado la utilización del fideicomiso de garantía como instrumento idóneo para garantizar obligaciones.

Como hemos aclarado al describir las distintas especies de fideicomisos que existen, la Ley N° 24.441 distingue únicamente dos tipos: el fideicomiso financiero y el no financiero, siendo la doctrina la que ha procedido a enunciar las distintas variantes que puede asumir este último, como son los fideicomisos de administración, inversión o garantía.

Debemos agregar que el auge de esta figura radica en la versatilidad que exhibe, lo que permite no sólo brindar cobertura al acreedor sino otorgar protección jurídica a los distintos sujetos intervinientes en ciertas operatorias. En tal sentido, es usual su utilización en el desarrollo de proyectos de "real estate" con financiación externa.

6.2. CONCEPTO

En una primera aproximación, podemos describir esta figura como aquel fideicomiso en el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes al fiduciario, con la finalidad de garantizar con ellos o con su producido la cancelación de una obligación existente, preexistente o futura a cargo del fiduciante o de un tercero, designándose como beneficiario al acreedor, a quien, en caso de incumplimiento, se pagará lo adeudado mediante la entrega o realización de los bienes y conforme con las previsiones contenidas en el respectivo contrato.

Al respecto, Kiper y Lisoprawski[139] explican que "Básica y simplificadamente, mediante el fideicomiso en garantía un deudor actual o potencial transfiere fiduciariamente una o más bienes a un fiduciario con la instrucción de mantener su propiedad, administrarla –por sí, por un tercero o por el propio deudor- designando como beneficiario al acreedor o bien instruyendo al fiduciario para que se obligue, como garante, con los acreedores que indique el fideicomitente, a destinar los bienes o su producido, a atender las obligaciones ga-

[139] Estos autores definen a la especie que nos ocupa como "... el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, conforme a lo previsto en la convención fiduciaria". Op. cit., pág. 463.

rantizadas que no sean cumplidas, sean ellas anteriores, concomitantes, o futuras, respecto del fideicomiso en garantía"[140].

En similares términos se expresa Pérez Hualde, para quien habrá fideicomiso de garantía "Cuando una persona (fiduciante) transfiere a otra (fiduciario) la titularidad fiduciaria de bienes con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación a su cargo o a cargo de un tercero, debiendo el titular fiduciario proceder, una vez acreditado el incumplimiento, de conformidad con lo mandado en el pacto de fiducia"[141].

Por su parte, Javier Torres Cavallo expone que "... es el fideicomiso que se constituye con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, de igual o distinta clase o naturaleza, para lo cual el fiduciante, sea el propio deudor cuyo cumplimiento se pretende garantizar, o un tercero, transfiere al fiduciario, a su vez el propio acreedor o un tercero, la propiedad fiduciaria de bienes determinados o determinables, quedando este último obligado a ejecutar, ante el incumplimiento objetivamente comprobado, el procedimiento de garantía estipulado, haciendo uso para ello de las facultades que le fueron conferidas a tal efecto, incluso la más extrema, consistente en la realización de los bienes del fideicomiso y posterior pago con su producto al acreedor"[142].

En tanto, Betina Freire opina que en la mayoría de las veces los fideicomisos de garantía pueden ser conceptualizados "... como aquéllos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga"[143].

---

[140] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. 463/464.

[141] **PÉREZ HUALDE**, Fernando. El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441. trabajo publicado en el libro Tratado Teórico práctico de fideicomiso, pág. 218.

[142] **TORRES CAVALLO**, Javier. Fideicomiso de garantía. Trabajo publicado en el libro Tratado Teórico práctico de fideicomiso, Tomo I, pág. 331.

[143] **FREIRE,** Betina Verónica. Op. cit., pág., 143. Cabe agregar que la doctrina aporta otras definiciones de esta figura. Así, Mario **CARREGAL** comenta que se designa fideicomiso en garantía a "... aquellos fideicomisos por los cuales se transfiere al fiduciario un bien, con el encargo de que –en el supuesto de incumplimiento de la obligación del fiduciante (deudor) que se pretende garantizar- el fiduciario proceda a la venta del bien y entregue el producido obtenido, hasta la concurrencia del crédito, al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga". Cfr. Fideicomisos en garantía. Trabajo publicado en el libro "Derecho empresario actual", pág. 243.
Luis **GAMES** y Gustavo **ESPARZA** sostienen que el fideicomiso en garantía "... es el constituido mediante la transferencia de un bien con el encargo de proceder a su realización si la obligación que se garantiza no es cumplida en los términos pactados. Si la obligación es incumplida, el fiduciario procede a su realización entregando el producido al beneficiario (acreedor) y el remanente al fiduciante".Cfr. La liquidación del patrimonio en fideicomiso, pág. 778.
Por su parte, **MALUMIÁN, DIPLOTTI** y **GUTIÉRREZ** lo definen "... como aquél por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar o asegurar con ellos y/o con su producido el cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo del fiduciante o un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo impago de ella, de acuerdo a lo establecido en el contrato". Cfr. op. cit. pág. 43.

En otras palabras, podemos observar que en esta operatoria el fiduciante transmite el dominio fiduciario de bienes de su propiedad para respaldar con ellos el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el propio originante o un tercero, designándose beneficiario –o incluso fiduciario- al acreedor. En caso de que el deudor cancele su deuda, el fiduciario reintegrará a aquél los bienes fideicomitidos. Por el contrario, en el supuesto de incumplimiento del fiduciante-deudor, el fiduciario, conforme lo previsto en la convención fiduciaria, realizará el patrimonio fideicomitido y entregará el producido al beneficiario-acreedor, o simplemente transmitirá a éste la propiedad fiduciaria.

6.3. DIFERENCIAS CON LA PRENDA Y LA HIPOTECA

Al igual que las garantías tradicionales, especialmente la prenda y la hipoteca, la especie que nos ocupa tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal de la que constituye una operación accesoria. Sin embargo, a diferencia de las nombradas, no representa un nuevo derecho real, sino que es una figura contractual regida por los principios generales trazados en la Ley Nº 24.441.

Otro elemento distintivo, y del cual surgen gran parte de las ventajas que exhibe este mecanismo (como son los métodos de ejecución de la garantía), es que mientras que en las garantías reales la propiedad del bien permanece en cabeza del deudor, en el caso del fideicomiso de garantía se produce una transferencia de dominio a un tercero, el fiduciario, quien recibe el mandato de proceder a su realización o entrega al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

En ese orden de ideas, Liliana Molas sostiene que el fideicomiso de garantía "Se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales, (prenda hipotecaria). La diferencia sustancial, que deriva de la transmisión de la propiedad, es que en caso de incumplimiento del deudor-fiduciante, se efectiviza más fácilmente la garantía: la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino el simple cumplimiento de una obligación alternativa prevista en el contrato"[144].

En igual sentido, Kiper y Lisoprawski puntualizan que la diferencia sustancial con el sistema de garantías reales es que, en el fideicomiso de garantía, la venta de los bienes fideicomitidos, "... si bien se trata de una efectivización de la garantía, en caso de incumplimiento la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa"[145].

A su vez, **MÁRQUEZ** los define como aquellos fideicomisos en los que "... el fiduciante transmite al fiduciario bienes individualizados en garantía de un crédito, propio o ajeno, con el encargo de que, en caso de incumplimiento del crédito garantizado, destine los frutos de los bienes o el producido de su liquidación al pago del crédito". Cfr. Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía., pág. 10.

[144] **MOLAS**, Liliana."El Fideicomiso: análisis jurídico y tributario, pag. 104.

[145] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. .

Debemos agregar que, atento poseer una naturaleza jurídica diversa a la propia de las garantías reales, no se ve restringida en su utilización práctica por la aplicación supletoria de las normas de fondo regulatorias de estas últimas.

6.4. VENTAJAS DE SU UTILIZACIÓN

Esta figura ha tenido un gran auge a partir de las grandes ventajas que exhibe frente a los sistemas de garantías tradicionales, como la fianza, el aval –garantías personales-, la prenda y la hipoteca –garantías reales-, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

a) Importa un ahorro de costos escriturales, siendo por lo tanto más económico que las garantías reales.

b) Permite la protección de los activos entregados en garantía frente a embargos o ejecuciones judiciales dictadas contra el fiduciante.

c) Constituye una garantía autoliquidable, lo cual significa que el acreedor, ante un incumplimiento predeterminado y objetivamente verificado, podrá solicitar al fiduciario la ejecución de la garantía extrajudicialmente y sin mayores trámites.

d) Como consecuencia de la ventaja señalada en el punto anterior, se logra reducir los tiempos de ejecución de deudas, al obviarse la interposición de excepciones en los procedimientos judiciales requeridos para la ejecución de las garantías reales.

e) Brinda cobertura patrimonial de los distintos partícipes involucrados en un emprendimiento comercial o inmobiliario.

f) Permite la utilización como garantía de todo tipo de activos, incluso aquéllos considerados poco aptos para dicha función, como ser flujos futuros de ingresos.

g) Al haberse desprendido del dominio del patrimonio fiduciario, se elimina el riesgo de que el fiduciante pueda constituir nuevas garantías sobre los bienes integrantes del mismo.

h) No se requiere que, en caso de incumplimiento, se realicen los bienes, pudiendo haberse acordado su entrega al acreedor, posibilidad que se encuentra vedada en el caso de las garantías reales.

i) Mediante la utilización de este instituto se puede garantizar todo tipo de obligaciones (de dar, de hacer o de no hacer), a diferen-

cia de lo que sucede con la prenda y la hipoteca, las que solo sirven para garantizar obligaciones de dar sumas de dinero

j) Se pueden garantizar distintas obligaciones y a distintos acreedores, facilitando la sindicación de éstos y su rotación.

k) Habilita a la realización de los bienes a valores de mercado por medio de un procedimiento ágil y extrajudicial.

l) Reduce el riesgo del crédito garantizado, lo cual implica acceder a fuentes de financiación con menores costos.

m) El patrimonio fideicomitido queda excluido de los procesos falenciales que pueda sufrir el deudor (salvo el caso de fraude), atento a encontrarse separado del patrimonio de éste.

n) El hecho de que el activo haya sido transmitido en propiedad fiduciaria no imposibilita su aprovechamiento económico por parte del fiduciante, quien, dependiendo de la naturaleza del bien fideicomitido, podría continuar con su administración –bajo la forma del mandato- o con su utilización como comodatario o locatario.

6.5. NATURALEZA JURÍDICA

Seguidamente pasaremos a analizar en qué lugar cabe ubicar a este vehículo dentro de los dos grupos en que se distinguen las garantías, esto es si estamos en presencia de una garantía real o personal, para luego estudiar algunas de las características que se le atribuyen.

Con relación al análisis planteado en primer término, debemos anticipar que el fideicomiso en garantía posee naturaleza compleja o especial, atento exhibir características propias tanto de las garantías reales como de las personales.

Así, vemos a poco de andar que el fiduciante –se trate del deudor o de un tercero-, al transferir la propiedad fiduciaria de bienes muebles o inmuebles, establece una relación real entre éstos y el fiduciario. Sin embargo, no podemos ignorar que la conservación del patrimonio fideicomitido depende de la actividad personal que lleve a cabo el fiduciario –titular legal de los bienes-, quien, en caso de no cumplir con su manda de desinteresar al acreedor, sólo podrá ser compelido por éste a través de una acción de naturaleza personal.

En igual sentido, Clusellas y Ormaechea opinan que "... el fideicomiso de garantía se presenta como garantía convencional que combina el aspecto personal, creando un patrimonio de afectación que íntegramente acudirá a satisfacer al acreedor, con el aspecto real, desplazando una masa de bienes

que quedan afectados como objeto principal a la satisfacción de la obligación garantizada ..."[146].

Sin perjuicio de sostener el carácter mixto de esta especie, cabe aclarar que en los casos en que coincidan en el mismo sujeto las calidades de fiduciario y beneficiario –en la medida que tal posibilidad sea considerada válida-, se evidencia el carácter real de la relación, presentando como única diferencia con la prenda o la hipoteca que el acreedor no la ejerce sobre una cosa ajena, como se da en el caso de las últimas, sino sobre bienes propios, aún con las limitaciones de la figura y las que surjan de lo convenido entre las partes.

En cuanto a sus caracteres, principalmente podemos decir que este vehículo funciona como garantía autoliquidable, dado que una vez verificado el incumplimiento del deudor, el fiduciario deberá proceder sin más a la ejecución de la garantía a fin de atender el derecho del acreedor.

Con relación a lo expuesto, Torres Cavallo comenta que "La autoliquidación implica para la doctrina la ejecución extrajudicial de la garantía, es decir, la entrega en pago de los bienes fideicomitidos, o su venta y posterior pago con su producto, realizadas extrajudicialmente, pero entendemos que el concepto puede ampliarse a fin de comprender también los supuestos en que se estipule otra forma de satisfacción del interés del acreedor, puesto que lo característico es en definitiva la innecesariedad de acudir a un juez para llevar adelante los actos previstos como solución ante el incumplimiento ..."[147].

Por el contrario, no se trata de una garantía autónoma, abstracta o a primera demanda. En lo atinente a la primera de estas cualidades, cabe señalar que el fideicomiso de garantía no es un mecanismo autónomo, por cuanto la actuación del fiduciario en su calidad de garante de la obligación afianzada depende en forma directa del cumplimiento o incumplimiento de ésta. De este modo, el fiduciario sólo podrá proceder al ejercicio de sus facultades tendientes a la ejecución del patrimonio fiduciario en caso de haber verificado el incumplimiento del deudor.

En tal sentido, el autor antes citado afirma que "El objeto del fideicomiso de garantía es garantizar el cumplimiento de la obligación que nace del negocio base, y es el incumplimiento de esa obligación lo que va a determinar que el fiduciario ponga en marcha el mecanismo de garantía acordado. De allí que la relación que se establece no puede desligarse de las vicisitudes del negocio principal, pues aquélla ha sido establecida en función de éste"[148].

Tampoco configura una garantía abstracta, definida como "... aquella que determina entre el garante y el beneficiario una relación independiente, siendo la principal consecuencia que el garante no puede oponer excepciones

[146] **CLUSELLAS**, Edurdo G. y **ORMAECHEA**, Carolina op. cit., págs. 130/131.
[147] **TORRES CAVALLO**, Javier. Op. cit., págs. 350/351.
[148] **TORRES CAVALLO**, Javier. Op. cit., pág. 346.

o defensas nacidas de la relación base"[149]. Precisamente, y tal como apuntáramos en los párrafos precedentes, el fiduciario debe aceptar la oposición de excepciones y defensas fundadas en el negocio base, ello desde el momento en que el único hecho que puede habilitar ejecución de la garantía es que se haya operado el incumplimiento del deudor.

La argumentación formulada en último término también conduce a negarle a esta figura la condición de garantía a primera demanda, la que es definida como "... aquélla en la que el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario"[150]. Estamos así ante una suerte de cobertura indemnizatoria que no resulta aplicable en el caso del fideicomiso de garantía, dado que en éste el pago de la deuda sólo procede en el supuesto que no lo ejecute el deudor garantizado.

Adviértase que lo contrario, esto es, si se dejara al acreedor decidir el pago sin verificar el acaecimiento del incumplimiento importaría depositar en sus manos el destino del patrimonio fiduciario, lo cual no nos parece que haya sido la intención del legislador al diseñar el respectivo marco regulatorio, depositando sobre el fiduciario el deber de cumplir con las previsiones contenidas en el instrumento constitutivo, en particular el verificar el cumplimiento del plazo o condición que lleve a la extinción del fideicomiso.

6.6. ESTRUCTURA

Desde el punto de vista de la estructuración del fideicomiso de garantía, esto es de las posiciones que ocuparán deudor y acreedor, podemos describir distintas conformaciones. En la primera de ellas, quizás la modalidad más clásica, el acreedor integra la relación convencional como beneficiario o fideicomisario, aceptando la estipulación que realiza en su favor el fiduciante.

Una variante dentro del esquema descripto consiste en que el fiduciario, como tal y hasta el límite del patrimonio de afectación, contrate con el acreedor como garante del fiduciante-deudor, según las instrucciones impartidas por éste[151]. En otras palabras, el fiduciario se compromete, como obligación propia, a disponer o enajenar los bienes fideicomitidos para cubrir las obligaciones garantizadas no satisfechas por el deudor. La ventaja de este esquema estriba en que, en virtud del mismo, el acreedor tendrá una acción directa contra el fiduciario-garante en caso que el crédito garantizado no sea atendido por el fiduciante, con la ventaja de no intervenir en el contrato de fideicomiso como beneficiario.

Una segunda alternativa en la estructuración del negocio está conformada por la concurrencia en el acreedor de las posiciones jurídicas de fidu-

[149] **TORRES CAVALLO**, Javier. Op. cit., pág. 347.

[150] Cámara de comercio Internacional. Reglas y usos uniformes relativas a las garantías contractuales de 1978. Citado por **TORRES CAVALLO**, op. cit., pág. 348.

[151] Este esquema es propuesto por Manrique Nieto, citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**. Cfr. Op. cit., pág. 468.

ciario y beneficiario, hipótesis ésta que no es aceptada pacíficamente por toda la doctrina. Así, quienes se oponen a que el acreedor asuma simultáneamente ambos roles, argumentan la incompatibilidad de intereses que se produciría de este modo, así como también la prohibición dispuesta por el artículo 7° de la L.F.V., en el sentido de que el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

Por el contrario, quienes apoyan esta posibilidad basan su posición en la existencia de una coincidencia de intereses entre deudor y acreedor, cual es obtener el mejor precio posible para los bienes fideicomitidos. En cuanto a la prohibición legal antes referida, entienden que la misma inhabilita la posibilidad de que el fiduciario-acreedor integre a su patrimonio personal los bienes fideicomitidos, pero no así que los enajene y con su producido cancele la acreencia insatisfecha.

Por nuestra parte, adherimos a la segunda postura, si bien consideramos que conforme las disposiciones previstas en los artículos 7° y 26 del marco legal, el acreedor no podrá adjudicarse los bienes fideicomitidos, sino que deberá proceder a su realización para cancelar el crédito insoluto y entregar el remanente al deudor o quien indique el contrato de fideicomiso.

Una última posibilidad consiste en que el acreedor asuma el rol de fiduciante, que si bien constituye un esquema poco probable, se puede presentar en la realidad. Tal sería el caso de un vendedor, acreedor por un saldo de precio, quien entrega en fideicomiso al comprador-deudor, en su carácter de fiduciario, los bienes transados, con el objeto que este último proceda a restituirlos a aquél en caso que se produzca el incumplimiento en el pago de lo adeudado.

Esta alternativa es criticada por Favier Dubois, quien considera que de esta manera se "cosmetiza" una transferencia de dominio revocable. "Lo que en verdad ocurre –explica el autor- es que si el deudor no paga entonces la compraventa queda sin efecto y la cosa vuelve al vendedor, lo que significa una venta con pacto comisorio, prohibida para las cosas muebles"[152].

6.7. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO

Cabe tener en cuenta que la caracterización que antecede no agota la variedad de combinaciones en las que la finalidad de garantía juega un papel central en el negocio fiduciario o complementario de otros fines no excluyentes.

En tal sentido, Kiper y Lisoprawski[153] explican que la convención fiduciaria con fines de garantía es un contrato de fideicomiso como cualquier otro que responde a las reglas básicas del tipo normado por la Ley N° 24.441, pero que se diferencia del resto de su especie por el hecho de la finalidad pri-

[152] **FAVIER-DUBOIS,** Eduardo M. Fideicomiso e garantía ..., págs. 141/142.
[153] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. 464.

mordial que lo caracteriza, la cual precisamente es actuar como garantía de una obligación.

Sin perjuicio de ello, los autores advierten que "... resulta imposible escindir y mentar como única característica la garantía, porque ella va normalmente acompañada de otras funciones no menos importantes del fiduciario, como la de administrar o conservar los bienes fideicomitidos. No es de descartar que deba realizar ciertas actividades, respecto de los bienes, que excedan la mera conservación, como puede ser su inversión u otros empleos útiles. En definitiva, lo que denominamos 'fideicomiso de garantía', en los negocios presenta diversas estructuraciones y contenidos, en que la función o la finalidad de garantía se halla presente, aunque no necesariamente con ese único propósito ni excluyentemente".

En igual sentido, Torres Cavallo afirma que "... todo fideicomiso de garantía contiene o encierra, expresa o tácitamente, elementos propios del fideicomiso de administración, figura de la que es inescindible, ya que durante la vigencia de aquél el fiduciario no reviste una situación pasiva, sino que por el contrario su intervención será generalmente muy activa", y que "Basta entonces analizar someramente el rol del fiduciario para comprender que inevitablemente en el fideicomiso de garantía estarán presentes elementos propios de un fideicomiso de administración"[154].

Podemos vislumbrar así que el fideicomiso de garantía constituye uno de las múltiples facetas del contrato fiduciario, caracterizado por su finalidad, esto es el negocio subyacente, que en este caso particular consistirá en garantizar una o varias obligaciones. Ahora bien, atento tratarse de un contrato, admite en su implementación variados esquemas, predominando en tal sentido el principio de autonomía de la voluntad.

El o los acreedores asumirán, en principio, el rol de beneficiarios, revistiendo el carácter de terceros en cuyo favor se constituye la garantía, y sin formar parte del contrato, por lo que deberán operar un acto expreso de aceptación de su designación en dicho papel.

Cabe agregar que pueden participar como beneficiarios uno o más acreedores, quienes podrán gozar de la garantía en forma conjunta, alternada, consecutiva o sucesiva, o funcionar rotativamente. Asimismo, los créditos garantizados podrán ser previos, simultáneos o posteriores a la celebración del contrato.

La garantía prestada podrá dar preferencia o no al pago del crédito de algún beneficiario,, siempre sin perjuicio de los derechos de los acreedores garantizados en primer término, quienes podrán a su vez ceder su prioridad a otros beneficiarios. En tal sentido, el funcionamiento del fideicomiso con relación a los acreedores garantizados estará determinado conforme a lo estable-

[154] **TORRES CAVALLO**, Javier. Op. cit., pág. 331/332.

cido en sus cláusulas, relacionando la entrada y salida de los beneficiarios y las prioridad que se conceda a cada uno de ellos,

En cuanto a las funciones del fiduciario, las mismas podrán variar en función de la naturaleza de los bienes que se afecten en garantía o de lo convenido en el instrumento de creación del fideicomiso. En principio, es quien luego de adquirir la propiedad fiduciaria, se compromete a ejercerla en garantía de las obligaciones indicadas por el fiduciante, asumiendo como finalidad secundaria y última realizar los bienes o proceder a su entrega para satisfacer los créditos insolutos. En este supuesto, su conducta puede limitarse a la simple vigilancia o custodia de los bienes fideicomitidos, o requerir también la realización de actividades adicionales tendientes a su conservación, así como a la percepción de sus frutos.

Esta actividad del fiduciario podrá combinarse con una segunda finalidad que exceda a la mera función de guarda o administración de los activos fideicomitidos, y que consista en la cancelación de las obligaciones garantizadas mediante la aplicación de las rentas provenientes del manejo de los bienes. Sobre el particular, Clusellas y Ormaechea afirman que "Esta combinación permitiría a los tomadores de créditos ampliar la utilización de la figura, combinando la garantía con el gerenciamiento productivo de los bienes. Nada obsta a que la transmisión fiduciaria de bienes y cosas, con fines de garantía, se conjugue en un proyecto más ambicioso, poniéndolos en las manos de un administrador hábil de esos bienes, con el objeto de que su gestión permita la cancelación de pasivos, con fondos autogenerados, movilizando activos que, tal vez en manos del deudor, se presenten improductivos; o tal vez permita la tercerización de la gestión de cobro, por administradores de cartera"[155].

Desde el punto de vista del sujeto obligado, pueden asegurarse tanto obligaciones propias del deudor, como obligaciones de terceros. Asimismo, podrá existir paralelamente al contrato de fideicomiso otro contrato, como por ejemplo la fianza o el aval.

En cuanto a las obligaciones a ser garantizadas, el pacto fiduciario puede comprender toda clase de ellas, tales como obligaciones de dar cosas ciertas o inciertas, de entregar sumas de dinero o cosas, de hacer o no hacer, divisibles o indivisibles, obligaciones naturales, principales o accesorias, etc.

Con relación a las formas que puede adoptar, el fideicomiso de garantía presenta distintos supuestos:

a) **Garantía de una única obligación:** su funcionamiento es muy similar al de las garantías reales. El título de la obligación podrá instrumentarse simultáneamente con la garantía, y el fideicomiso se extingue al cancelarse la obligación que constituye su condición, de la cual es su accesorio.

[155] **CLUSELLAS** y **ORMAECHEA**. Cfr. op. cit, pág. 134.

b) **Garantía de varias obligaciones pertenecientes a un mismo acreedor:** en este caso, se establece una garantía única que permite brindar cobertura sucesivamente a distintos obligaciones del mismo acreedor, sirviendo para garantizar cuentas corrientes y de suministro. El contrato de fideicomiso será preexistente al título creditorio, los que podrán ser rotativos, es decir nacer y extinguirse sin solución de continuidad durante la vida del fideicomiso Se deberá especificar claramente en el acto constitutivo cuales serán los títulos de crédito comprendidos en la garantía.

c) **Garantía de distintas obligaciones pertenecientes a distintos acreedores:** bajo este esquema los créditos rotan sucesivamente, pudiendo además ingresar o salir del contrato distintos beneficiarios. Constituye un verdadero sistema de garantía flotante, permitiendo a un deudor recurrir a distintas fuentes de financiamiento, de acuerdo con sus necesidades. Los beneficiarios deberán conocer la forma en que sus créditos serán satisfechos en caso de incumplimiento, pudiendo establecerse un sistema de prioridades basado en la antigüedad de la garantía, o un procedimiento de cesión de las prioridades, en tanto se cuente con el consentimiento de los beneficiarios que tengan una preferencia ya concedida.

En cuanto a los beneficios generados por el patrimonio fiduciario, lo usual, en el caso de fideicomisos de garantía "puros", es que se convenga que los mismos vayan a manos del fiduciante, en su calidad de propietario original de los bienes. De este modo, pasará a revestir también la calidad de beneficiario, debiendo el fiduciario proceder a la liquidación periódica de los frutos obtenidos. Una variante de esta hipótesis es que los beneficios se destinen a un tercero ajeno al contrato, como pueden ser los familiares del fiduciante.

Una alternativa distinta a la planteada consiste en que los frutos se incorporen al patrimonio fiduciario. De esta manera, los beneficios llegarán a poder del fiduciante, una vez extinguido el fideicomiso y operada la recuperación de la propiedad plena de los bienes, o del acreedor, en caso de que, con motivo del incumplimiento del deudor, el fiduciario proceda a ejecutar la garantía en la forma en que se hubiere convenido[156].

Finalmente, una tercera solución es que los beneficios o rentas producidos se destinen al cumplimiento de la obligación garantizada, supuesto

[156] Al respecto, **PÉREZ HUALDE** comenta que "Este camino es el más recomendable para el acreedor en la medida que no desvaloriza su garantía y, llegado el caso de que proceda la ejecución de la misma, el beneficiario será él. Lo dicho no significa que no exista beneficiario, pues lo será el acreedor, en caso de ejecutarse la garantía, o el deudor titular de los bienes (fiduciante), en caso de cancelación de la deuda por los canales normales de cumplimiento y posterior reintegro de los bienes a su propiedad". Cfr. op. cit., pág. 236.

aplicable en los casos de los denominados fideicomisos de garantía "impuros" o fideicomisos de garantía y pago[157].

6.8. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

Como ya dijéramos anteriormente, el hecho detonante que disparará la ejecución de la garantía es el incumplimiento de la obligación que sirve de base al fideicomiso. Por lo tanto, deberá establecerse bajo qué recaudos se entenderá configurado tal supuesto, así como el procedimiento que deberá seguir el fiduciario a los fines de su constatación.

Así, en caso de haberse garantizado distintas obligaciones, deberá estipularse cuál incumplimiento operará la ejecución de la garantía. Asimismo, también se deberán establecer las circunstancias bajo las cuales se entenderá producido este hecho (por ejemplo, puede convenirse que la existencia de culpa o dolo del deudor disparará la actuación del fiduciario, pero no así circunstancias de fuerza mayor ajenas a la voluntad de éste).

Por otra parte, el modo en que el fiduciario deberá verificar el incumplimiento deberá condecirse con el tipo de obligación garantizada. Si ésta consiste, por ejemplo, en el pago de una suma de dinero, será suficiente comprobar si se ha producido el mismo o no. Por el contrario, en caso de tratarse de una obligación de hacer (por ejemplo la construcción de un edificio), deberá constatarse el estado de avance de la obra.

Otra de las cuestiones clave que se deberá formular con términos claros y precisos consiste en la conducta que deberá seguir el fiduciario a los fines de la ejecución de la garantía, campo en el que se presentan distintas alternativas. Aquí debemos subrayar que las partes tienen amplia libertad para determinar el procedimiento que mejor se adecue a las circunstancias del caso, si bien siempre atendiendo a la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

Así, podría determinarse que el fiduciario proceda a la enajenación de los bienes requeridos hasta alcanzar el precio en dinero que le permita cancelar la obligación no cumplida por el deudor, dando al remanente, en caso de existir, el destino que se haya establecido en el contrato. Constituye la solución más extrema frente al incumplimiento, y salvo en los supuestos en que lo adeudado sea dinero, sólo dará lugar a un cumplimiento satisfactivo o indemnizatorio, excepto que se haya convenido que el producido de la venta sea invertido en la adquisición del objeto o servicio comprometido.

[157] **PÉREZ HUALDE** explica que esta situación puede darse "... cuando se trata de bienes que producen una importante renta, la que se aplicará al pago de la deuda. Este último es el supuesto que se presentó en la emisión de bonos realizada por la provincia de Mendoza (ley 6353), cuya cancelación fue garantizada con los derechos que ésta tenía sobre regalías petroleras, de forma tal que la sociedad fiduciaria debía proceder al cobro de tales regalías (en forma periódica), cancelar la cuota correspondiente de los títulos emitidos y, una vez ciertos los gastos, reintegrar el remanente a la provincia".Cfr. op. cit., pág. 219.

Bajo esta modalidad, el fiduciario puede recurrir a distintos mecanismos de venta, los que pueden abarcar desde procedimientos asimilables a las ejecuciones judiciales[158] (es decir, remate o subasta pública), hasta una operación realizada en forma privada. Algunas pautas útiles que podrían tenerse en cuenta con el objeto de cubrir la responsabilidad del fiduciario son publicitar la venta, contar con una precio mínimo determinado por un experto o fijado de común acuerdo por el deudor y el acreedor, y documentar adecuadamente todo lo actuado.

Otra opción es la explotación de los bienes por parte del fiduciario, tendiente a la obtención de una renta con la cual satisfacer el crédito incumplido. Por ejemplo, si el bien fideicomitido fuera un edificio de departamentos, el fiduciario podría proceder a su alquiler y posterior entrega del producido al acreedor.

Finalmente, debemos señalar que nada impide que se pacte que en caso de incumplimiento, se produzca sin más la extinción del fideicomiso y que el fiduciario efectúe la adjudicación de los bienes al acreedor, si bien parte de la doctrina condiciona esta posibilidad a que no coincidan en la misma persona los roles de fiduciario y beneficiario o fideicomisario. Cabe agregar que si lo acordado derivase en una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada e injustificada a favor el acreedor, sería aplicable el remedio previsto en el artículo 954 Cod. Civ., es decir, demandar su nulidad o modificación[159].

6.9. REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA

Esta especie de fideicomiso ha sido muy receptada en los ordenamientos internos de diversos países de nuestro continente, los cuales han introducido disposiciones especiales dentro de su legislación de fondo e incluso, en algunos casos, incorporado normas en torno al tratamiento tributario que cabe dispensarle.

Entre los citados Estados podemos mencionar a Brasil, el cual, si bien no cuenta con un régimen general de fideicomiso similar al de nuestro país, contempla varias figuras de naturaleza fiduciaria en garantía con regímenes normativos especiales.

Así, en lo atinente a la transferencia fiduciaria de bienes muebles con fines de garantía, el artículo 66 de la Ley de Mercado de Capitales Nº 4728 del año 1965, establece que "La transferencia fiduciaria en garantía transfiere al acreedor el dominio resoluble de la cosa mueble transferida, independiente-

[158] Este es el procedimiento recomendado por parte de la doctrina, como ser **CLUSELLAS** y **ORMAECHEA**. Cfr. op. cit, pág. 138.

[159] Artículo 954 Cciv., segundo párrafo: "También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos, cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación".

mente de la tradición efectiva del bien, tornándose el comprador o deudor en poseedor directo y depositario con todas las responsabilidades y encargos que le incumben de acuerdo con la ley civil penal".

Asimismo, en lo que se refiere a la transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles, el artículo 22 de la Ley N° 9.514 del año 1997 indica que la transferencia fiduciaria allí regulada es ".. el negocio por el cual el deudor o fiduciante, con la finalidad de garantía, contrata la transferencia al acreedor, o fiduciaria, de la propiedad resoluble de cosas inmuebles".

Por su parte, la regulación colombiana define al fideicomiso de garantía como "... aquél negocio por el cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiduciaria mercantil ... para garantizar con ellos y/o con su producto el incumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designado como beneficiario al acreedor de éstos, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que, con su producto, se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato".

Este instituto También se encuentra específicamente normado en Costa Rica, cuyo Código de Comercio –Ley N° 3.284- prevé, en su artículo 648, segundo párrafo, que "... puede constituirse un fideicomiso sobre bienes o derechos en garantía de una obligación del fideicomitente con el fideicomisario", añadiendo que "En tal caso, el fiduciario puede proceder a la venta o remate en caso de incumplimiento, todo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato".

Otra nación de nuestro continente que posee regulaciones específicas en torno del fideicomiso en garantía es México. El artículo 395, Título II, Capítulo V, del Código de Comercio de este país establece que "En virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

En el caso de Perú, el artículo 274 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros alude al fideicomiso de garantía en los siguientes términos: "La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicomitido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicomitido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor".

Este país también recepta la figura bajo estudio en materia tributaria, disponiendo el artículo 14-A, tercer párrafo, inciso b), que para la atribución de la renta en el caso de fideicomisos bancarios se tendrá en cuenta si en el acto

constitutivo se dispone que el bien o derecho transferido no retornará al patrimonio del originador en el momento de la finalización del fideicomiso, o se comprueba que dicho retorno no se ha producido efectivamente, la transferencia fiduciaria será tratada como una enajenación desde el momento que se efectuó dicha transferencia.

No obstante, el propio dispositivo aclara que sus normas no resultarán aplicables "... a los fideicomisos de garantía por los cuales se constituya un patrimonio fideicomitido que sirva de garantía respecto del pago de valores emitidos por personas distintas al fiduciario, caso en el cual el Impuesto a la Renta será de cargo del fideicomitente". Por el contrario, en caso de ejecutarse la garantía cabe remitirse al inciso b) antes transcripto.

Por su parte, la República Oriental del Uruguay recientemente procedió a sancionar la Ley N° 17.703, marco regulatorio que rige los contratos de fideicomiso. En particular, los artículos 36 y siguientes del plexo legal establecen el tratamiento tributario aplicable a dicha figura, disponiendo el primero de dichos preceptos que "El fideicomiso será contribuyente de todos los tributos que gravan a las sociedades personales, en tanto se verifiquen a su respecto los restantes aspectos del hecho generador de los respectivos tributos".

Por su parte, su artículo 42 exonera del impuesto a las transmisiones patrimoniales "... a las transmisiones de bienes gravadas realizadas en cumplimiento de un fideicomiso de garantía".

6.10. TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN LA ARGENTINA

Cabe señalar que desde el punto de vista impositivo, la normativa no contiene disposiciones expresas que hagan alusión al fideicomiso de garantía, con la salvedad del reglamento del impuesto a los débitos y créditos y del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No obstante, con anterioridad al dictado de la ley N° 25.063, el tratamiento tributario dispensable a la figura se encontraba delineado por una profusa jurisprudencia administrativa.

6.10.1. Pronunciamientos administrativos dictados en la materia. Crítica

Como dijéramos anteriormente, ante la ausencia de definiciones normativas expresas, el Fisco inicialmente se abocó a esclarecer el tratamiento tributario que cabía dispensar a las operaciones instrumentadas bajo la forma del fideicomiso de garantía, arribando a conclusiones que han sido utilizadas por un sector mayoritario de la doctrina para defender, con posterioridad a la sanción de la Ley N° 25.063, la no gravabilidad de la figura. En virtud de ello, entendemos necesario realizar un análisis crítico de los fundamentos empleados por la referida jurisprudencia administrativa, a los fines de poder discernir si los mismos permiten válidamente excluir de tributación a la especie luego de la citada reforma.

6.10.1.1. Dictamen N° 20/96 (DAL)

Unos de los primeros antecedentes surgidos en la materia es el Dictamen N° 20/96 (DAL), en el cual se abordó el tratamiento tributario que correspondía dispensar a una operatoria de "Titularización de Hipotecas" por parte del entonces Banco Hipotecario Nacional, destinada a brindar apoyo financiero a los emprendimientos para la construcción de unidades de vivienda.

En dicha oportunidad, el Ente Fiscal descartó el protagonismo subjetivo del patrimonio fiduciario, fundamentando dicha tesitura en la ausencia de fines propios a lograr por parte del mismo y en su carácter instrumental, si bien reconoció que podría atribuírsele el rol de sujeto tributario en el caso que una disposición legal lo estableciera explícitamente.

Asimismo, se tipificó al patrimonio fiduciario con fines de garantía como un patrimonio estático, no evolutivo, y por lo tanto no encuadrado en los términos del artículo 15, inciso c), el cual estaría sujeto a una idea de productividad.

Ciertamente, sin perjuicio de considerar correcto que, en la época en que se expidió el Organismo Recaudador, el patrimonio fideicomitido carecía de capacidad subjetiva para ser sujeto pasivo, entendemos que los basamentos técnicos utilizados para arribar a la decisión no son los correctos.

Así, podemos ver en primer término que el negocio bajo análisis consistía en un fideicomiso inmobiliario, en el cual se conformaba un patrimonio separado para garantizar los intereses de las partes intervinientes. Surge entonces nuestro primer cuestionamiento en torno a la caracterización de la figura, pues como sostuviéramos al efectuar el análisis legal, todo negocio instrumentado sobre la base del fideicomiso contiene una función de garantía, sin que ello implique que responde a la caracterización clásica de esta figura.

Por otra parte, no vislumbramos como se ha podido calificar a un fideicomiso inmobiliario, en cuyo marco se entrega un terreno en fiducia, se construye un edificio de viviendas, se enajenan las mismas y se percibe el precio, como un patrimonio estático, el cual supuestamente no realiza actividad económica alguna.

Adicionalmente, opinamos que cuando el legislador ha incluido entre los potenciales contribuyentes a los patrimonios conformados como unidades económicas susceptibles de ser designados como sujetos pasivos por los respectivos ordenamientos legales, ha apuntado a la designación legal sin pretender ahondar en el concepto de unidad económica, y menos atar ésta a una idea d eproductividad.

Caso contrario, se debería excluir del impuesto a la ganancia mínima presunta a aquellas unidades patrimoniales no explotadas económicamente, y que sin embargo son alcanzadas por el tributo. En ese mismo orden

de ideas, carecería de sustento lógico la dispensa de reducción de alícuota establecido por el reglamentador de la Ley Nº 25.413, dado que un mismo patrimonio no puede resultar una unidad económica para un gravamen y a la vez no serlo para otro.

Otra de las conclusiones que merece crítica es la afirmación de que el fideicomiso de garantía no persigue fines propios, dado que "... no es agente, sino instrumento". Y aquí el error en que incurre el Organismo Recaudador es atribuir como propia de esta especie una característica que responde a la naturaleza de su género. Así es que el fideicorniso, al poseer naturaleza contractual, adolece de personería, y su instrumentación siempre responde a los fines tenidos en vista por las partes al momento de su creación. Ni el fideicomiso de administración, ni el financiero, ni el de inversión, tienen fines que les sean propios, sino que su finalidad es llevar adelante el negocio subyacente perseguido por las partes contratantes.

Por último, se confunde la actividad del patrimonio separado con el gerenciamiento de uno de sus creadores, y se asigna los fines del negocio a éste, desconociéndose los fines que pueden tener en la operatoria los cocontratantes –y que pueden ser no menos importantes- como es por ejemplo el caso del dueño del terreno sobre el cual se va a construir la obra.

Contrariamente a los fundamentos esgrimidos por el Fisco, a nuestro juicio la clave para negar protagonismo fiscal al fideicomiso residía en el principio de reserva legal, en virtud del cual la calidad de contribuyente debe estar dada necesariamente por la ley. Pero en contrapartida, una vez que ello ocurra, no podrá ser negada en base a las convenciones estipuladas por las partes.

6.10.1.2. Dictamen Nº 34/96 (D.A.T.)

En esta oportunidad se solicita al Organismo Fiscal que exprese su opinión acerca del tratamiento que corresponde otorgar en los impuestos al valor agregado, a las ganancias y sobre los bienes personales, a un negocio consistente en la ejecución de un emprendimiento constructivo con financiamiento de una entidad bancaria -quien interviene como agente financiero del proyecto, a la par que asume, con relación al contrato de fideicomiso, la calidad de fiduciario-.

En este caso,. Nuevamente se reafirmó que el fideicomiso no cabía atribuir al fideicomiso la realización de hechos imponibles frente a los impuestos a las ganancias y al valor agregado, dado que a juicio de la autoridad dictaminante, el mismo no realizaba una actividad económica sino que tenía por único fin constituirse para garantizar al banco prestador el recupero del capital prestado al originante con más los intereses.

En cuanto a la figura del fiduciario, sostuvo que éste sólo manejaba una parte de la operatoria inherente al negocio por lo que no estaría desarrollando la actividad de administrador de patrimonio ajeno.

Con relación a este antecedente, debemos objetar nuevamente la negación enfática que se formula en torno de la realización de actividad económica por parte del fondo fiduciario, enunciado que a nuestro juicio carece de sustento, desde el momento que dentro de su ámbito se lleva a cabo el negocio inmobiliario que constituye el auténtico negocio subyacente perseguido por las partes. Ello a la vez nos conduce a subrayar que la finalidad buscada mediante la creación del patrimonio separado no es la mera garantía del financiamiento otorgado, sino la construcción y venta de viviendas.

Desde ese punto de vista, cabe reafirmar que existen distintos sujetos que participan en la operatoria bajo una forma asociativa, cada uno de los cuales tendrá distintos objetivos, contexto bajo el cual no es posible rechazar a priori la generación de ganancias atribuibles al fondo fiduciario, sino que ello debe evaluarse a la luz de la realidad fáctica.

Asimismo, cabe reiterar nuestra observación referida al objeto del impuesto a las ganancias, el cual no apunta ciertamente a la realización de una actividad productiva, ni siquiera de una actividad económica, sino a la generación de rentas. Adviértase en tal sentido que el legislador, en el caso de sujetos empresa, ha incluido dentro del concepto de renta no sólo aquellas derivadas de la realización de una actividad empresarial, sino también otras emergentes de fluctuaciones de valor o de otros enriquecimientos verificados en el patrimonio del sujeto pasivo.

Dentro de ese razonamiento, podemos afirmar que, a los fines de efectuar la atribución del hecho imponible, el Organismo Fiscal no ha identificado correctamente a la fuente del rédito, configurada por el negocio subyacente y no por la función de gerenciamiento llevada a cabo por uno de los participantes. En ese orden de ideas, debemos subrayar que en el supuesto que se aceptara como válida la óptica del Fisco, nunca podría atribuirse ganancia alguno al integrante de una sociedad colectiva que no asumiera cargos de dirección en la misma.

Por otra parte, entendemos que también constituye un error el confundir los aspectos patrimoniales registrados en la contabilidad del originante, con los propios de la contabilidad fiscal, pues si bien esta nace a partir de la primera, puede haber elementos considerados en forma distinta según una y otra. En tales términos, puede suceder que un activo permanezca registrado en los libros de la empresa, mientras que la ley considere que, a los fines de la determinación del impuesto, aquél ha salido del patrimonio de la entidad.

Por último, debemos criticar la caracterización del fiduciario efectuada en el presente acto de asesoramiento, dado que no se ha tenido en cuenta que en el fideicomiso que nos ocupa el fiduciario, aun cuando se diga que ac-

túa por cuenta y orden del originante –lo que equivaldría a equipararlo con un mandatario-, realiza funciones de administración, consistentes en el cobro de las cuotas, pagos a la constructora, cancelación del préstamo otorgado, etc. No resulta aquí relevante si dicha actividad cubre o no todos los aspectos del negocio, pues puede darse el caso de administradores que tengan parceladas sus áreas de influencia y no por eso disminuya su deber de actuar como responsable por deuda ajena.

6.10.1.3. Dictamen N° 49/97 (DAL)

En esta oportunidad, si bien se reiteran las conclusiones vertidas en los Dictámenes Nros. 20/96 y 34/96, se reconoce, no obstante, la capacidad subjetiva potencial del fideicomiso frente al impuesto al valor agregado, así como también se recepta la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la realidad y que merecerán un análisis particular.

Asimismo, opina que en el supuesto de que el fideicomiso fuese susceptible de generar un resultado económico y, en consecuencia, generar hechos imponibles en el impuesto a las ganancias que le fuesen imputables subjetivamente tal atribución subjetiva podría ser acordada por la ley tanto en forma expresa como tácita.

Si bien concordamos con las ideas vertidas en primer término, discrepamos acerca de los fundamentos utilizados para sostener la pretendida gravabilidad de los fideicomisos frente al Decreto N° 780/95, dado que opinamos que la calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria debe venir indefectiblemente dada por la ley, atento tratarse de uno de los elementos esenciales en la definición del hecho imponible.

6.10.2. El fideicomiso de garantía y la realidad económica

Como hemos aclarado en forma previa a encarar el comentario de los antecedentes administrativos precedentes, el dictado de los mismos fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 25.063, la cual incorporó entre los sujetos de los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta a los fideicomisos en general.

Cabe agregar que la citada normativa tributaria no contempla disposiciones expresas relativas al negocio fiduciario con fines de garantía, lo cual permitiría inferir que se aplican al mismo el régimen general del gravamen.

Sin embargo, gran parte de la doctrina sostiene, amparándose en el criterio fiscal anterior, que, atendiendo la realidad económica del negocio que nos ocupa, no someter el mismo a imposición.

Al respecto, consideramos que no es posible recurrir a un enfoque de realidad económica, desde el momento en que no se produce la necesaria discordancia entre la intención perseguida por las partes y la forma jurídica

elegida exigida como condición sine qua non por el esquema pergueñado por el artículo 2° de la ley ritual.

En tal sentido, resulta oportuno traer a colación las palabras de Kiper y Lisoprawski, quienes explican que "La transmisión de la propiedad de un bien para garantizar el pago de una deuda, no hace otra cosa que lo que las partes han querido en la práctica: transmitir la propiedad a otro -con las seguridades que ello implica- hasta que se cumpla la condición, es decir, el pago prometido, y así recuperar nuevamente la cosa. No importa si la cosa vuelve o no ulteriormente al dominio del deudor. Lo cierto y jurídicamente concreto es que la propiedad la detenta el fiduciario fáctica y jurídicamente, en forma incontrastable, hasta tanto se cumpla la condición".

De esta manera, podemos afirmar que en el fideicomiso de garantía, el propósito perseguido ha sido precisamente la conformación de un patrimonio separado a los efectos de brindar la adecuada protección jurídica a los participantes de la operatoria. Es precisamente ese patrimonio de afectación el que es designado en forma explicita por el legislador como titular de la obligación tributaria.

Un temperamento contrario al expuesto, basado en la dicotomía entre el fin perseguido y la estructura jurídica implementada, conduciría a considerar al negocio fiduciario como aparente o indirecto. En este sentido, Hansen señala acertadamente que "... la utilización del fideicomiso debiera exponer la realidad e intención de las partes, no debiendo confundirse con los negocios fiduciarios orientados a las transacciones aparentes o indirectas"[160].

Asimismo, cabe tener en cuenta que la ausencia de una definición legal del fideicomiso de garantía podría conducir a considerar excluidos de tributación a la mayoría de los casos. Así, el autor antes citado advierte que si se aprecia la utilidad de este vehículo, la finalidad de todo fideicomiso es servir de garantía del encargo fiduciario, lo que llevaría a excluir de imposición a las diversas modalidades asumidas por esta figura[161].

Por otra parte, y en lo que se refiere a la ausencia de hechos imponibles que puedan atribuirse subjetivamente a los fideicomisos de esta especie, cabe tener en cuenta que aún cuando no hubieran realizado operación comercial alguna, es dable tener en cuenta que en caso de incumplimiento de los compromisos asumidos por el fiduciante, el fiduciario procederá a efectuar la ejecución de los bienes fideicomitidos, pasando a asumir el fideicomiso un rol dinámico, el cual puede conllevar a que se verifiquen los hechos imponibles previstos en los respectivos plexos legales.

Finalmente, estimamos que no resulta válido sustentar la no gravabilidad de la figura en la pretensión de otorgar a la misma un tratamiento impositivo equiparable con el dispensado a las garantías reales, pues, dada la dife-

[160] **HANSEN**, Leonardo. Tratamiento tributario. Fideicomisos financieros, pág. 227.
[161] **HANSEN**, Leonardo. Tratamiento tributario. Fideicomisos financieros, pág. .

rente naturaleza de unas y otras, lleva a confundir la realidad económica con la economía de opción.

Efectivamente, resulta válido que el legislador, ante distintas estructuraciones de los negocios, dispense un tratamiento distinto a una y otra, sin que ello sea impugnable desde el plano de la realidad económica. Podemos imaginar un negocio familiar encarado bajo la forma de sociedad anónima; en este caso, el ente societario recibirá un tratamiento más gravoso que si se hubiere recurrido a otra forma societaria (por ejemplo una sociedad colectiva), pese a que bajo la lupa de la realidad económica estamos en presencia del mismo negocio y de los mismos actores.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que, como veremos más adelante, no desestimamos completamente el enfoque de realidad económica, al cual vamos a recurrir a los fines de analizar ciertos aspectos particulares de esta figura.

6.10.3. Impuesto a las ganancias

Como explicáramos anteriormente, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley Nº 25.063 al texto de su par Nº 20.628, se incorporaron entre las ganancias de la tercera categoría a las obtenidas por los fideicomisos, a los cuales se distinguió básicamente en dos categorías: a) aquéllos en los que coinciden los roles de fiduciante y beneficiario, excepto en los casos que el fiduciante reviste la calidad de beneficiario del exterior o se trate de un fideicomiso financiero; y b) los fideicomisos en los que no se produce la citada superposición de roles o que, aún coincidiendo fiduciante y beneficiario, este último revista la calidad de sujeto del exterior o se trate de un fideicomiso financiero.

Debemos agregar que el legislador decidió atribuir a los segundos una personalidad tributaria propia, asimilándolos en su tratamiento tributario a las sociedades de capital, y sin distinción alguna en torno a la tipología adoptada, con la única excepción apuntada en el punto a) precedente relativa a los fideicomisos financieros.

A partir de la mencionada definición legal, podemos afirmar entonces que todo fideicomiso que no encuadre en la excepción subjetiva prevista por el punto 6) del inciso a) del artículo 69 de la ley, quedará comprendido dentro de los alcances previstos por este artículo.

Por otra parte, opinamos que no resulta convincente el argumento que propicia la no gravabilidad del fideicomiso de garantía por la supuesta ausencia de actividad económica. Basamos nuestro parecer no sólo en el rechazo de la afirmación enfática formulada en este sentido tanto por la jurisprudencia administrativa como por la doctrina, cuya fuerza se desvanece a poco que se observen algunos esquemas de fideicomisos de garantía (como los seguidos en emprendimientos inmobiliarios), sino también en el hecho que el objeto del gravamen consiste no en el desarrollo de una actividad económica sino en

la obtención de rentas por parte del sujeto pasivo. Cabe reiterar aquí que es factible que se encuentren alcanzadas por el impuesto ganancias obtenidas por sujetos que no realizan actividad económica alguna.

No obstante, consideramos que sí procederá analizar a la luz de la realidad económica el rol del beneficiario, a los fines de determinar quien es el destinatario efectivo de las rentas del fideicomiso. En ese sentido, cabe observar que en caso que deba procederse a la realización de los bienes fideicomitidos para afrontar la obligación incumplida, el acreedor no hace otra cosa que recuperar el capital prestado más los intereses devengados, lo cual traerá aparejada la desaparición del pasivo en la contabilidad del deudor, con el consiguiente incremento patrimonial.

Podemos avizorar así que el único destinatario de las rentas es el fiduciante, auténtico beneficiario del fideicomiso en los términos pretendidos por el legislador tributario. Por lo tanto, cabría inferir que siempre se producirá en la especie la coincidencia de roles antes enunciada, por lo que cabe atribuir al fiduciante las ganancias generadas por el patrimonio fiduciario.

6.10.4. Impuesto al valor agregado

Acorde con el hecho de que el segundo párrafo del artículo 4° de la ley del gravamen brinda una amplia definición al enunciar quienes revisten la calidad de sujetos pasivos, entendemos que los fideicomisos de garantía poseen aptitud subjetiva para ser contribuyentes del tributo.

Sin embargo, deberán analizarse las circunstancias presentes en cada operatoria con la finalidad de verificar si efectivamente el fondo fideicomitido protagoniza o no hechos imponibles. Así, en caso que el deudor cumpla debidamente con la obligación garantizada y los bienes retornen, en el mismo estado que poseían al momento de la cesión fiduciaria, al patrimonio del fiduciante, no se verificará la configuración de hecho imponible alguno. Por el contrario, en el supuesto de que el fiduciario deba ejecutar la garantía y, en consecuencia, enajenar los bienes o transferirlos al acreedor, puede configurarse el hecho imponible, si bien ello dependerá de la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

También estarán alcanzadas por el tributo aquellas operaciones destinadas a garantizar el negocio subyacente en las cuales se pacte expresamente que el patrimonio fiduciario no regresará a manos del originante, como puede ocurrir en ciertos negocios inmobiliarios.

6.10.5. Impuesto a la ganancia mínima presunta

En lo atinente a este gravamen, es dable recordar que mediante la Ley N° 25.063 se procedió a establecer un impuesto a la ganancia mínima presunta, aplicable en todo el territorio de la Nación, que se determina sobre la base de los activos valuados de acuerdo a las disposiciones de la propia ley.

En tal sentido, el inciso f) de su artículo 2° prevé que resultarán sujetos del tributo, entre otros, "Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley".

Asimismo, el último párrafo del citado artículo aclara que "A los efectos previstos en los incisos f), excepto fideicomisos financieros, y g) precedentes –fondos comunes de inversión cerrados-, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de fondos comunes de inversión, respectivamente, se encuentran comprendidas en las disposiciones del artículo 16, inciso e), de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones".

Por su parte, el inciso f) de su artículo 3° establece que estarán exentos del impuesto los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del mismo, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen. Esta disposición persigue como finalidad evitar que el mismo activo se vea sometido a imposición dos veces –en cabeza del fondo y del fiduciante-, especialmente en aquellos casos en que se mantiene el alta del bien en los registros contables del fideicomitente.

Ello así, podemos advertir que, con la única excepción de los fideicomisos financieros, el texto legal define claramente la obligación de los fideicomisos de tributar el impuesto analizado, correspondiendo al fiduciario el cumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales fijadas por la respectiva normativa, en su carácter de responsable por deuda ajena.

Asimismo, consideramos que la conclusión arribada no se ve desvirtuada por el hecho de que los bienes fideicomitidos produzcan o no rentas, dado que el impuesto que nos ocupa resulta comprensivo de patrimonios que pueden no generar ganancias, como es el caso de los inmuebles rurales inexplotados pertenecientes a sujetos del exterior, los cuales son caracterizados como establecimientos estables y por lo tanto incluidos entre los sujetos pasivos del tributo –cfr. inciso h) del artículo 2° del Título V de la Ley N° 25.063-.

Otro tanto sucede con bienes que la normativa encuadra dentro de su ámbito, a pesar de no obtener ganancias gravadas, como es el caso de los anticipos, retenciones y pagos a cuenta de gravámenes que excedan el monto del respectivo tributo, o incluso los bienes inmuebles inexplotados.

Asimismo, cabe tener en cuenta que un criterio contrario al aquí sostenido podría conducir a excluir de la imposición en el presente gravamen a los bienes fideicomitidos, los que no quedarían gravados en cabeza del fideicomiso ni en cabeza del fiduciante -ello atento a las disposiciones contenidas en el artículo 3° supra transcripto-.

Por otra parte, debemos poner de relieve que, a diferencia de lo normado en otras latitudes, la Ley Nº 24.441 únicamente delineó las características de dos categorías de fideicomiso, el común u ordinario, y el financiero, guardando silencio respecto de otras especies, como por ejemplo el fideicomiso público o el de garantía, que sí se encontraban legislados en proyectos anteriores.

Podemos vislumbrar de lo expuesto que el tratamiento tributario consagrado por la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta no hace sino reflejar los lineamientos que se desprenden de la legislación de fondo, sin que el legislador tributario haya considerado propio caracterizar, con las dificultades de definición que ello traería aparejado, especies susceptibles de encuadrar dentro de la figura del fideicomiso ordinario.

Asimismo, entendemos que no resulta viable resolver vía interpretativa la exclusión de imposición de la figura que nos ocupa, dado que de este modo se estaría vulnerando el principio de reserva legal, consagrado en nuestra Carta Magna y que imposibilita toda modificación de la ley tributaria por otro tipo de norma que no sea la ley en sentido formal y material.

En tal sentido, la doctrina emanada de nuestro Máximo Tribunal ha sostenido desde antaño que "El principio de reserva de la ley tributaria, de rango constitucional y propio del Estado de Derecho, únicamente admite que una norma jurídica con la naturaleza de ley formal tipifique el hecho que se considera imponible y que constituirá la posterior causa de la obligación tributaria"[162].

Tampoco creemos que sea válido el argumento utilizado por un importante sector de la doctrina, el cual, amparándose en el principio de realidad económica, sostiene que desde esta óptica los bienes nunca dejaron de pertenecerle al fiduciante. Al respecto, debemos tener en cuenta que la propia naturaleza del instituto que nos ocupa importa la conformación de un patrimonio separado, el que por esta misma circunstancia es designado por el legislador como sujeto pasivo del tributo, careciendo de relevancia a estos fines si los bienes son mantenidos económicamente bajo la égida de su anterior propietario.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en la medida que se acepte la tesitura que esbozáramos al analizar el tratamiento dispensable al fideicomiso de garantía en el impuesto a las ganancias, cabría habilitar el mecanismo previsto por el segundo párrafo del artículo 13 de la ley del gravamen, por lo que correspondería computar el impuesto a las ganancias determinado sobre las rentas del fideicomiso como pago a cuenta del presente gravamen. Asimismo, bajo esta hipótesis, en la medida que surgiera un excedente no absorbido, el mismo podrá ser computado por el fiduciante en su propia declaración jurada del impuesto a las ganancias durante los diez ejercicios inmediatos siguientes.

[162] Causa "Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía s/amparo". CSJN.

6.10.6. Impuesto sobre los bienes personales

En lo relativo a este tributo, cabe reiterar que a partir de la sanción de la Ley Nº 25.063, los activos transferidos a un fideicomiso se encuentran alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta, quedando excluidos, por lo tanto, de la base de imposición del impuesto sobre los bienes personales, criterio que resulta concordante con el expresado por el Organismo Fiscal en el Dictamen Nº 17/2004 (D.A.T.).

6.10.7. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operatorias

En lo que atañe a este impuesto, resulta oportuno recordar que el mismo se encuentra regulado por la Ley Nº 25.413 –modificada por su par Nº 25.453-, cuyo artículo 1º establece que el mismo recaerá sobre:

> "a) Los créditos y débitos efectuados en cuentas –cualquiera sea su naturaleza- abiertas en las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras ...
> b) Las operatorias que efectúen las entidades mencionadas en el inciso anterior en las que sus ordenantes o beneficiarios no utilicen las cuentas indicadas en el mismo, cualquiera sea la denominación que se otorgue a la operación, los mecanismos empleados para llevarla a cabo -incluso a través de movimiento de efectivo- y su instrumentación jurídica...
> c) Todos los movimientos de fondos, propios o de terceros, aún en efectivo, que cualquier persona, incluidas las comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, efectúen por cuenta propia o por cuenta y/o a nombre de otras, cualesquiera sean los mecanismos utilizados para llevarlos a cabo, las denominaciones que se le otorguen y su instrumentación jurídica, quedando comprendidos los destinados a la acreditación a favor de los establecimientos adheridos a sistemas de tarjetas de crédito y/o débito".

A su vez, el cuarto párrafo del mismo dispositivo prevé que el impuesto "... se hallará a cargo de los titulares de las cuentas bancarias a que se refiere el inciso a) del presente artículo, de los ordenantes o beneficiarios de las operaciones comprendidas en el inciso b) del mismo, y en los casos previstos en el inciso c), de quien efectúe el movimiento de fondos por cuenta propia".

Por su parte, el artículo 2º, último párrafo, del plexo legal faculta al Poder Ejecutivo a "... establecer exenciones totales o parciales del presente impuesto en aquellos casos en que lo estime pertinente".

Por su parte, el Gobierno Nacional procedió a reglamentar el texto legal mediante el dictado del Decreto Nº 380/01, disponiendo el artículo 1º de

su Anexo que "A los fines previstos en el inciso a) del artículo 1° de la Ley, el impuesto recaerá sobre los créditos y débitos –de cualquier naturaleza- efectuados en cuentas abiertas en las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, con excepción de los expresamente excluidos por la ley y esta Reglamentación".

En tal sentido, debemos mencionar que el Decreto N° 1287/01, modificatorio de su par N° 380/01, agregó al artículo 7° de este último el inciso e), por medio del que se contempla la aplicación de una tasa reducida –equivalente a 0,75 centésimos por mil- para los débitos y créditos correspondientes a cuentas corrientes de "Fideicomisos en garantía en los que el fiduciario sea una entidad financiera regida por la Ley N° 21.526 y sus modificaciones".

De la normativa transcripta podemos colegir que la especie de fideicomiso que nos ocupa reviste el carácter de sujeto pasivo del presente gravamen, criterio que se ve ratificado por el beneficio de reducción de alícuota concedido por el Poder Ejecutivo a aquellos casos de fideicomisos en garantía donde el fiduciario revista el carácter de entidad financiera regida por la Ley N° 21.526[163].

Debemos añadir que esta disminución de la carga tributaria responde la intención gubernamental de no ocasionar el encarecimiento de los préstamos otorgados hasta la fecha de dictado de la reglamentación. No obstante, debemos advertir que, al incidir el gravamen tanto sobre las transferencias de fondos efectuada por el fiduciante al fiduciario -en oportunidad de constituir el patrimonio de afectación-, como en el momento de retornar aquéllos a las manos del primero -en caso de cumplimiento a la obligación garantizada- o pasar a sus acreedores -en el supuesto contrario-, se traducirá en definitiva en un costo tributario significativo que podría desalentar la implementación de operatorias basadas en esta figura.

6.10.8. Impuesto sobre los ingresos brutos

Debemos remitirnos aquí a las consideraciones vertidas al definir el tratamiento tributario del fideicomiso no financiero. Por lo tanto, y a los efectos de determinar la incidencia de este gravamen sobre cada operatoria, se deberá examinar si se perfecciona el hecho imponible a la luz de las previsiones contenidas en el respectivo marco normativo.

En ese orden de ideas, en lo que se refiere a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el artículo 13 del Código Fiscal excluye de los contribuyentes del tributo a los fideicomisos constituidos con fines de garantía, y en el supuesto que el patrimonio fiduciario obtenga ingresos, éstos serán declarados por el fiduciante.

[163] Esta opinión también resulta coincidente con la plasmada por el Organismo Fiscal en los Dictámenes Nros. 26/2003 (D.A.T.) y 63/2003 (D.A.L.).

6.10.9. Impuesto de sellos

Dado que se trata de un gravamen local, debemos remitirnos nuevamente a las normas establecidas en la materia por cada jurisdicción. Particularmente, abordaremos las legislaciones de la Ciudad Autónoma de buenos Aires y de la provincia de Buenos Aires.

6.10.9.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe recordar que el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el dictado del Decreto Nº 114/93, procedió a derogar el impuesto de sellos para todos los hechos imponibles regulados en la Ley Nº 18.524 (t.o. en 1986 y sus modificaciones), a partir del 1º de febrero de 1993, con la única excepción de la formalización de escrituras públicas de compraventa de inmuebles, o de cualquier otro contrato por el cual se transfiera el dominio de inmuebles a título oneroso.

El tratamiento descripto fue posteriormente receptado en la Ley Nº 874 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo texto a su vez fue incorporado a la Ordenanza Fiscal –artículos 315 y siguientes-.

En tal sentido, el artículo 320 del texto normativo define a los contribuyentes del gravamen como todos aquéllos que constituyan las operaciones en escrituras públicas, aclarando en su segundo párrafo que "Cuando en la realización del hecho imponible intervengan dos (2) o más personas, todas las partes obligadas son solidariamente responsables por el total del impuesto, quedando a salvo el derecho de cada uno de repetir de los demás intervinientes la cuota parte que le corresponda de acuerdo con su participación en el acto".

Por su parte, el Decreto Nº 1856/02, reglamentario de la Ley Nº 874, enumeró las operaciones alcanzadas por el tributo, entre las cuales incluyó las transferencias de inmuebles llevadas a cabo en el marco de un fideicomiso, con excepción de la exención indicada por el inciso 3) del artículo 336 del cuerpo legal, referida al fideicomiso concertado con la Corporación Buenos Aires Sur Sociedad del Estado.

De la normativa reseñada podemos deducir que, como principio general, el impuesto bajo análisis alcanza a la formalización de escrituras públicas mediante las cuales se efectúe la transferencia fiduciaria de bienes inmuebles a título oneroso, sin hacer distinción alguna entre los distintos tipos que admite la figura.

En tal sentido, es dable mencionar que con anterioridad a que se produjera la transferencia del gravamen a la órbita del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la Administración Federal de Ingresos Públicos concluyó, en oportunidad de expedirse con relación a una consulta formulada acerca de la gravabilidad en el impuesto de sellos de la transferencia de dominio efectuada

por el Estado en el marco de un fideicomiso de garantía, que "... las transferencias de bienes inmuebles mediante un contrato de fideicomiso se encuentran alcanzadas por el Impuesto de Sellos"[164].

En virtud de ello, y atendiendo lo preceptuado por el artículo 320 -en particular su segundo párrafo-, entendemos que el tributo recaerá sobre las partes intervinientes en la transmisión del bien, es decir el fiduciante y fiduciario –este último en su carácter de responsable solidario, si bien podrá exigir a su contraparte el reintegro del tributo-. Al respecto, debemos puntualizar que no posee mayor trascendencia que el fideicomiso de garantía no se encuentre contemplado entre los sujetos pasivos enumerados por el artículo 13 de la Ordenanza Fiscal, dado que no es quien lleva a cabo la operación formalizada en la respectiva escritura.

Sin perjuicio de lo expuesto, no debemos perder de vista que la configuración del hecho imponible requiere como condición sine qua non la existencia de onerosidad en la transmisión. Por lo tanto, y si tenemos presente que en la generalidad de los fideicomisos que nos ocupan la transferencia de los bienes se hace a título de confianza -es decir que no reviste carácter ni gratuito ni oneroso-, debemos necesariamente concluir que, en principio, las cesiones fiduciarias de inmuebles con fines de garantía no se encuentran alcanzadas por el impuesto de sellos.

En cuanto a la ejecución de la garantía, sea que ésta implique la realización del bien inmueble o su transmisión al beneficiario, la formalización de las respectivas escrituras traslativas de dominio se encontrarán sometidas al tributo, ello atento a que en uno u otro caso sí estaremos en presencia de una operación realizada a título oneroso.

6.10.9.2. Provincia de Buenos Aires

En este caso, la ley que rige este gravamen dispone que el mismo alcanzará a los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en el territorio de la provincia o con efectos en la misma, en instrumentos públicos o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes.

Por lo tanto, a los efectos de esclarecer el tratamiento tributario dispensable a la operatoria, deberemos analizar en cada una de las distintas etapas de la vida del fideicomiso, si la transacción de que se trate reviste o no carácter oneroso. Así, tendremos las siguientes posibilidades:

a) **Suscripción del contrato de fideicomiso**: la instrumentación del negocio se encontrará sujeto al gravamen únicamente en el supuesto que se pague una retribución al fiduciario.

[164] Ver Dictamen Nº 94/1999 (D.A.L.).

b) **Transmisión de los bienes al fiduciario**: en principio, atento a que en esta especie de fideicomiso la transmisión es realizada a título de confianza, no se encontrará sujeta a imposición.

c) **Devolución de los bienes al fiduciante:** resultan aplicables las mismas consideraciones que las vertidas precedentemente, dado que tampoco en este caso estamos en presencia de una transferencia de dominio efectuada a título oneroso.

d) **Adjudicación a los beneficiarios:** a diferencia de los supuestos anteriores, la exteriorización de la transmisión de dominio de los bienes a los acreedores caerá dentro de la órbita de imposición del tributo, dado que la entrega del bien se efectúa por una contraprestación –la cancelación del pasivo garantizado- y, por ende, reviste carácter oneroso.

e) **Ejecución de la garantía (mediante la venta del bien) y transmisión del producido a los beneficiarios:** nuevamente aquí la instrumentación de este acto se encontrará sujeta al gravamen, dado que la entrega del bien al tercero se efectúa por un precio.

6.11. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la Ley N° 24.441, a diferencia de lo acontecido en otros países, no ha vertido precisiones en torno de los fideicomisos con fines de garantía, si bien la doctrina lo considera comprendido en el marco legal.

Surge así una primera dificultad para abordar esta figura, cual es la carencia de una definición legal que delimite adecuadamente los alcances que cabe otorgar a la misma. En tal sentido, debemos tener en cuenta que en función del principio de autonomía de la voluntad inserto en materia civil, las partes definirán los roles que tendrán cada una de ellas y, además, los deberes y facultades que asumirán dentro del respectivo marco contractual.

Conforme a ello, la realidad negocial, unida a la creatividad del profesional interviniente, puede ensanchar el concepto de fideicomiso de garantía, tornando difusos los límites establecidos con otras especies del género.

En ese orden de ideas, debemos añadir que por la propia naturaleza de la institución fiduciaria, siempre existe una función de garantía, desde el momento que los bienes se destinan a un patrimonio de afectación invulnerable a las acciones de los acreedores de las partes intervinientes en la operatoria. Así pues, pueden encontrarse el mismo tiempo en un patrimonio fiduciario elementos inherentes a las funciones de garantía y administración,. lo cual de por sí trae aparejado un mayor grado de dificultad a la hora de conceptuar adecuadamente la figura.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que desde el punto de vista impositivo, el fideicomiso de garantía tampoco se encuentra específicamente legislado, salvo algunas precisiones contenidas en el Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aries. Así, hemos sostenido nuestra idea de que parece evidente que el legislador ha pretendido no diferenciar donde no lo hace la legislación de fondo.

Sentado ello, debemos distinguir la situación tributaria anterior y aquella posterior al dictado de la Ley Nº 25.063. Como surge del texto de la jurisprudencia administrativa transcripta, inicialmente el Fisco nacional negó al fideicomiso de garantía protagonismo subjetivo frente a los distintos gravámenes, en particular frente a los impuestos a las ganancias, al valor agregado y sobre los bienes personales. Tal postura se apoyaba en la ausencia de fines propios a lograr por parte del fondo así como a la ausencia de realización de actividad económica, lo cual, a juicio de la instancia dictaminante, impedía considerar a estos contratos como unidades económicas en el sentido pretendido por el entonces artículo 15 de la Ley Nº 11.683, y por lo tanto ajeno a cualquier tipo de imposición.

Al respecto, ya sentamos nuestra opinión en que dicha tesitura, respaldada también en una pretendida aplicación del principio de la realidad económica, es claramente discutible por las razones que dimos al tratar el tema. Por el contrario, opinamos que la real base argumental para negar personalidad tributaria al patrimonio fiduciario debió haber sido el principio de reserva legal, desde el momento que la ley no lo incluía entre los sujetos pasivos del impuesto a las ganancias ni del impuesto sobre los bienes personales, criterio extensible a todos los fideicomisos en general y no sólo a los constituidos con fines de garantía.

Precisamente, en atención a lo expuesto, creemos que la situación se ha alterado a partir de la sanción de la Ley Nº 25.063, mediante la cual se ha designado expresamente al fideicomiso ordinario o no financiero como contribuyente de los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta, sin hacer alusión alguna a su tipología.

Finalmente, entendemos que no se puede incurrir en el error de intentar asimilar el tratamiento de esta especie al dispensado a otras figuras (concretamente la prenda o la hipoteca), cuya naturaleza jurídica y económica es disímil a la propia del fideicomiso.

CAPITULO VII

EL FIDEICOMISO PÚBLICO

7.1. INTRODUCCIÓN

De la lectura de la Ley Nº 24.441 podemos advertir que la misma no ha tratado el caso de los fideicomisos públicos, esto es aquellos casos en que el Estado –por medio de cualquiera de sus niveles de gobierno o, incluso, sus órganos dependientes centralizados o descentralizados- asume el carácter de fiduciante, transfiriendo bienes del dominio público o privado a un tercero con el objeto de alcanzar alguno de los fines que persigue.

En tal sentido, observamos que en los últimos años y cada vez más asiduamente, tanto el gobierno nacional como sus pares provinciales han recurrido a esta figura para atender situaciones coyunturales (como es la reestructuración del sistema financiero nacional) u obtener financiación a un menor costo. Como ejemplos a mencionar tenemos el Fondo Fiduciario de Capitalización Bancaria –creado por el Decreto Nº 445/95-, el Fondo Fiduciario de Capital Social –creado por el Decreto Nº 675/97-, etc.

Debemos añadir a lo antes expresado que si bien esta clase de fideicomisos presenta la misma estructura contractual que los fideicomisos en general, no nacen a partir de un instrumento privado sino a partir de de un acto jurídico (ley, decreto, ordenanza municipal) que fija los objetivos, características, condiciones y términos a los cuales se hallará sujeta la contratación, procedimiento sui generis que lo diferencia y justifica su estudio separado.

7.2. CONCEPTO

Adaptando una definición brindada por el autor mexicano Acosta Romero, Kiper y Lisoprawski definen al fideicomiso público como "... un contrato por medio del cual la Administración, por intermedio de alguna de sus dependencias facultadas y en su carácter de fideicomitente, transmite la propiedad de bienes del dominio público o privado del Estado, o afecta fondos públicos a un fiduciario, para realizar un fin lícito de interés público"[165]. Esta conceptualización resulta aplicable no sólo a los fideicomisos creados por el Estado nacional, sino que también comprende a aquéllos constituidos en la órbita provincial o municipal.

Al respecto, Villagordoa Lozano[166] advierte acertadamente que si bien el fideicomiso público se apoya, al igual que hace el privado, en la relación bilateral fiduciante-fiduciario característica de esta figura, a diferencia de lo que ocurre con aquél la celebración del contrato sólo constituye una fase dentro del proceso de formación, el cual se inicia y se encuentra regido por el acto jurídico

[165] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 536.
[166] Citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit. pág. 543.

(ley, decreto, etc.) que da viabilidad al fideicomiso y fija sus elementos característicos.

Por otra parte, resulta interesante citar, por los matices que presenta, el concepto desarrollado por el autor mexicano Castañeda Niebla[167], para quien el fideicomiso público es una entidad, unidad económica u organismo especial que sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario (generalmente entidades financieras públicas) la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, sujetándose a las modalidades contempladas en el acto constitutivo y en las disposiciones legales aplicables en esta materia.

De esta manera, para este autor los fideicomisos públicos constituyen estructuras administrativas –idea ésta que responde a la particular situación de la legislación mexicana y sobre la que volveremos más adelante- cuyo propósito es satisfacer necesidades colectivas de trascendencia económica y social, aprovechando para ello la personalidad jurídica de la institución fiduciaria que las maneja atento carecer de una propia.

7.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

Uno de los países donde se ha desarrollado más ampliamente esta especie del fideicomiso es México, quien cuenta con una previsión legislativa expresa en la estructura del estado (concretamente en el artículo 7° de la Ley Orgánica de la administración Pública Federal), además de la existencia de otras disposiciones específicas y completas en otros cuerpos legales, como es la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Se trata de verdaderas organizaciones, administradas y representadas legalmente por el delegado fiduciario. Este constituye una categoría burocrática por encima de la cual se encuentra un comité técnico.

Batiza comenta que si bien poseen una designación oficial y una compleja organización, carecen de personalidad jurídica la que es detentada por el fiduciario, carácter que recae, casi sin excepción, en una entidad oficial de crédito. Por su parte, el fiduciante es el Ejecutivo Federal por intermedio de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público. También queda reservada a la esfera del gobierno federal la extinción del fideicomiso, salvo que se trate de un fondo constituido por mandato legal o que la naturaleza de sus fines no lo permita, en cuyo caso es el Parlamento el que debe aprobar la decisión.

[167] Citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**, op. cit. pág. 544.

A diferencia de lo que ocurre en México, en los países de derecho anglosajón el Estado no parece recurrir al trust en forma destacada. Así, en el caso de los Estados Unidos únicamente encontramos casos aislados, como los trust funds formados con los ingresos y egresos del seguro social[168], los fondos de carreteras (highway trust fund) y trust fund constituido en 1991 por el gobierno federal para la concesión de becas educacionales.

En cuanto a Gran Bretaña la noción de fideicomiso público está ligada a la noción de charitable trusts (trust de beneficencia), los que se remontan a la Edad Media, época en la que eran utilizados para canalizar las donaciones realizadas en favor de las corporaciones religiosas y sus monasterios. Cabe aclarar aquí que la acepción conferida a la expresión "charitable" excede a su significado jurídico, pues en el derecho anglosajón existen charitable trusts con fines que en el lenguaje común no tipificaríamos como caritativos (como por ejemplo reparaciones de carreteras, caminos, puertos, etc.).

Según Batiza[169], las normas aplicables a los trusts caritativos difieren en importantes aspectos de aquéllos relativos a los trusts privados. Así, si los fines de un trust que persigue un propósito general de beneficencia se vuelven imposibles de alcanzar o no agotan la totalidad de su patrimonio, los tribunales están autorizados a permitir ciertas modificaciones del contrato para evitar su finalización, excepto que el settlor hubiera propuesto un fin excluyente en forma terminante.

7.4. NATURALEZA JURÍDICA

Uno de los mayores interrogantes que deben resolverse en torno a esta especie de fideicomiso es el definir si posee, al igual que el género del cual forma parte, naturaleza contractual, y dilucidado ello, si se trata de una nueva estructura administrativa o, más lejos aún, si constituye un sujeto de derecho público.

Con relación a la primera de las cuestiones planteadas, podemos afirmar que el fideicomiso público se encuadra dentro de la categoría de los llamados "contratos de administración", especie particular de la categoría jurídica de los contratos.

En tal sentido, Molina de Aleva entiende que el fideicomiso público "... es un contrato en los términos del art. 1137 del Código Civil, es decir, es un acuerdo de voluntad común destinado a reglar los derechos de las partes intervinientes, en donde una de ellas o todas, es el Estado. Por ello, le serán de aplicación los principios generales de los contratos contenidos en el Código Civil, pues la clasificación no disminuye la vigencia permanente de los

[168] Con relación a estos fondos, Batiza (citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**; op. cit., pág. 541) señala que existen argumentos que permiten sostener que los beneficiarios del seguro social no gozan de la misma posición que los beneficiarios de un auténtico trust, tanto en lo que se refiere a la separación del patrimonio como a la tutela jurídica de sus derechos.

[169] Citado por **KIPER** y **LISOPRAWSKI**. Op. cit., pág. 541.

elementos lógicos esenciales de la contractualidad, aún cuando el régimen sea distinto"[170].

De este modo, el contrato de la administración y su especie –el fideicomiso público- compartirían las características propias del resto, lo cual ha llevado a parte de la doctrina a considerar superflua la distinción conceptual entre el administrativo y el privado, para hablar simplemente de contratos.

Llegados a esta altura del análisis, previo a continuar adentrándonos en el tema y a los fines de favorecer su comprensión, consideramos oportuno verter ciertas precisiones conceptuales en torno a los aludidos contratos de la administración, los cuales son definidos como toda contratación en la que interviene la administración pública y constituyen una de las formas jurídicas mediante las que se exterioriza la actividad de esta última.

A su vez, y si bien no existe uniformidad de criterios a este respecto, algunos autores distinguen dentro de dichos instrumentos entre contratos administrativos y contratos civiles de la administración, definiendo a los primeros como "... todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro organismo administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas".

Con relación a estas dos clases, Molina de Aleva sostiene que algunos son por su objeto siempre administrativos, en cuyo caso apareja cláusulas exorbitantes implícitas o virtuales: empleo público, concesión de servicio público, un contrato de un inmueble destinado a un colegio, etc. Otros, que si bien no son administrativos, pueden asumir tal carácter si incluyen cláusulas exorbitantes expresas".

En cuanto al fideicomiso público, la citada autora entiende que el mismo es, en principio, un contrato privado, si bien reconoce que también puede ser privado "... cuando el mueble, inmueble o valores estén destinados a facilitar el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado, o cuando se hayan incluido en el contrato, cláusulas exorbitantes expresas".

Por el contrario, Klper y Lisoprawski niegan el carácter privado del contrato de la administración, al subrayar que "... parece innegable que en los llamados 'contratos del Estado' (en los que incluimos al fideicomiso público) haya sujeción de la relación convencional al derecho público, aun en aquellos casos (v.gr., la locación de inmuebles) en que el vinculo entre el particular y la Administración se rija básicamente por el derecho privado; porque inexorablemente la singularidad o presencia del Estado habrá de desteñir lo puramente privado, la paridad y el equilibrio entre las partes que supone un contrato privado".

[170] **MOLINA DE ALEVA**, Marcela. Fideicomiso público, pág. 327.

Dicho en otras palabras, nunca estaremos ante un contrato privado desde el momento en que está ausente la igualdad jurídica de las partes que caracteriza al derecho civil, prevaleciendo siempre el interés general sobre el interés particular.

En igual sentido, Spota explica que las atribuciones de la Administración para innovar en todo lo que sea inherente al fin de interés general le otorgan al contrato de la administración una nota especial que lo distingue del contrato privado.

Por nuestra parte, adhiriendo a la opinión expresada en último término, consideramos que si bien es verdad que el fideicomiso público posee naturaleza contractual, no resulta enteramente asemejable al contrato privado -en el cual las partes se manejan en un plano de paridad de derechos fijado por la legislación de fondo-, dado que a través del acto administrativo que da lugar al nacimiento al fideicomiso, puede fijar disposiciones que se aparten de la Ley Nº 24.441 en aras del interés de la comunidad, todo lo cual conduce a vislumbrar que estamos en presencia de una figura híbrida que presenta elementos propios tanto del derecho público como del derecho civil.

Sentado ello, resta ahora abocarnos al segundo aspecto planteado, esto es si constituye una nueva unidad administrativa y, en caso afirmativo, si esta cuenta con personalidad jurídica propia.

También con relación a este tema se registra divergencia en las opiniones expresadas por la doctrina. Así, Villagordoa Lozano sostiene que no cabe entender que el fideicomiso público sea una entidad diferenciada de los sujetos intervinientes en el contrato. Este jurista mexicano, citado por Koper y Lisoprawski[171], entiende que no es por medio de una nueva estructura administrativa que el Estado transmite a una entidad fiduciaria la titularidad de los bienes para llevar adelante un fin licito de interés público, sino que se realiza dicha transmisión para que la fiduciaria, conforme con las bases y objetivos fijados por la Administración, integre con el patrimonio fiduciario una estructura administrativa a través de la cual aquélla pueda alcanzar los fines propuestos en el respectivo contrato.

En virtud de ello, concluye que desde cierta perspectiva, el fideicomiso constituye una entidad jurídico-económica integrada total o parcialmente con bienes o fondos del Estado, orientada a la prestación de servicios públicos, cuya organización y funcionamiento se encomienda a una institución fiduciaria sujeta al control y supervisión de la autoridad estatal, pero sin que llegue a poseer personalidad jurídica, desde el momento que se trata de un contrato.

A su vez, García Ramirez[172] opina que los fideicomisos públicos revisten el carácter de centros de imputación de derechos y obligaciones, perfi-

[171] Op. cit., págs. 543/544.
[172] Citado por **KPER** y **LISOPRAWSKI**. Op. cit., pág. 544.

lándose como algo distinto del fiduciante, del fiduciario y del fideicomisario, mientras que Castañeda Niebla[173], autor que citáramos al inicio de este capítulo, va más lejos aún y considera que los fideicomisos públicos son nuevas estructuras administrativas cuyo propósito es el de satisfacer necesidades colectivas de trascendencia económica y social, operando por medio de organismos técnicamente independientes de la institución fiduciaria que los maneja, pero aprovechando su personalidad jurídica por carecer de una propia para cumplir, con un medio que se evidencia idóneo (el fideicomiso), la finalidad que persiguen.

Por nuestra parte, entendemos que la caracterización del patrimonio fideicomitido dependerá de la imaginación del legislador en oportunidad de redactar norma por la cual se disponga su creación, que le conferirá el diseño más conveniente conforme al propósito de interés público que se persiga. Así, establecerá la forma de gobierno, representación, obtención de recursos, etc. No obstante, disentimos respetuosamente con Kiper y Lisoprawski, en cuanto a que puedan constituir un sujeto de derecho público, pues consideramos que de acuerdo con nuestro sistema legal, los fondos fiduciarios no poseen personería jurídica, atento a tratarse de contratos en virtud de los cuales se encapsulan los bienes del Estado asignando su propiedad a un fiduciario designado a tales efectos.

Por último, debemos señalar que la última característica apuntada, cual es la de constituir un patrimonio separado del resto del conjunto de bienes privados del Estado, tendrá importantes repercusiones fiscales, en la medida que se entienda que el mismo no reviste el carácter de extensión u organismo integrante de la administración pública y, por lo tanto, no resultar destinatario de las exenciones concedidas a ésta.

7.5. SUJETOS INTERVINIENTES

En este tipo de fideicomisos participan los siguientes sujetos:

a) El **fideicomitente**: conformado por el Estado nacional, provincial o municipal, o alguna de sus reparticiones u organismos descentralizados.

b) El **fiduciario**: habitualmente desempeña este papel una institución de crédito nacional o provincial, aunque también puede tratarse de una entidad privada.

c) Los **Beneficiarios**: son los destinatarios mediatos o inmediatos de la acción de fomento, esto es los agentes económicos o sectores sociales a los que el Estado decide apoyar por motivos de interés público. También puede serlo el propio Estado.

[173] Citado por **KPER** y **LISOPRAWSKI**. Op. cit., pág. 544.

d) **Fideicomisario**: puede ser el Estado -en el supuesto de transferencia temporaria del dominio fiduciario de los bienes (por ejemplo, en la construcción de complejos carcelarios, donde el inmueble vuelve a manos del Estado) o terceros.

e) El **Comité técnico**, **Consejo de dirección**: es el órgano efectivo de gobierno del fideicomiso, encargado de definir las prioridades, aprobar los programas y presupuestos, etc. Su existencia y entidad jurídica dependerá de la configuración que la ley o el acto administrativo le otorgue en el acto de constitución de aquél. Puede tratarse de un órgano del Estado o integrar un ente con personalidad jurídica propia del cual se vale el fideicomiso para alcanzar sus fines.

7.6. ELEMENTOS CARACTERIZANTES

7.6.1. Competencia

Aquí cabe señalar que el Ente público fiduciante debe actuar dentro de su esfera de atribuciones conforme lo establecido por el ordenamiento jurídico positivo (Ley de Contabilidad, de Ministerios, etc.).

7.6.2. Consentimiento

A los fines de la validez del contrato, el órgano estatal interviniente debe expresar su voluntad –relativa a la transmisión de los bienes fideicomitidos- conforme con las prescripciones emanadas del marco legal aplicable (Ley de Procedimiento administrativo, de Obras Públicas, etc.), el cual también contemplará el régimen de vicios y nulidades.

7.6.3. Habilitación previa

Atendiendo el objeto y finalidad perseguida por el fideicomiso, la celebración del respectivo contrato puede requerir una autorización previa del órgano legislativo.

7.6.4. Objeto

El patrimonio fiduciario puede estar integrado, por activos diversos –tales como dinero en efectivo, inmuebles, créditos, fondos provenientes de organismos internacionales de crédito, títulos valores- o por flujos futuros de fondos (regalías, tributos, etc.).

Cabe agregar que los bienes en cuestión pueden pertenecer al dominio público o privado del estado. En el primer caso, y dadas las características de inalterabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las que reviste el dominio público, se requiere para que opere una transmisión fiduciaria, que previamente a ésta los bienes sean desafectados. Por el contrario, en el caso

de bienes de dominio privado no existirían mayores inconvenientes, salvo el relativo a la autorización legislativa.

7.6.5. Forma

Los fideicomisos públicos, como contratos de la administración, deben observar ciertas exigencias inherentes a la formalidad que caracteriza al derecho administrativo. Tales requisitos pueden ser anteriores (v.g. pliego de condiciones, presentación de ofertas, etc.), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación, constitución de garantías, etc.) a la celebración del propio contrato.

Asimismo, también deberá cumplirse con los requisitos de forma previstos específicamente por el artículo 4º de la Ley Nº 24.441 (individualización de los bienes fideicomitidos, plazo o condición a que se encuentra sujeto el dominio fiduciario, etc.).

7.6.6. Procedimiento de selección del cocontratante

Como dijimos, la administración no posee libertad para elegir a su cocontratante, sino que el procedimiento de selección de éste (licitación pública, concurso, etc.) se hallará dado por la norma legal que faculta la constitución del fideicomiso. Cabe aclarar que puede suceder que el contrato de fideicomiso sea cornplementario de otro principal, supuesto en el cual el procedimiento de selección deberá aplicarse a este último.

7.6.7. Finalidad fiduciaria

Consiste en el fomento económico y social del país y la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad.

7.7. PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO PRIVADO

Como ya explicáramos en párrafos anteriores, el fideicomiso público presenta características sui generis que lo distinguen del fideicomiso privado. Básicamente, podemos resumir éstas del siguiente modo:

a) **Participantes:** mientras que en el fideicomiso privado las partes son sujetos de derecho no estatales, en el caso del fideicomiso público la Administración necesariamente debe estar presente en su constitución, adoptando al menos el papel de fideicomitente.

b) **Marco legal:** la vida del fideicomiso privado se encuentra regulada por las disposiciones emergentes de la Ley Nº 24.441 y del contrato, a diferencia de lo que ocurre en la especie bajo análisis, donde la creación, modificación y extinción del fideicomiso se rigen por el derecho administrativo y en particular

por la norma que dispone su constitución, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley N° 24.441 en todo aquello que no se oponga con dicha normativa.

c) **Finalidad:** el fideicomiso privado puede buscar cualquier fin que decidan las partes, mientras que el fideicomiso estatal persigue siempre una finalidad de bien público.

d) **Naturaleza jurídica:** la adopción por parte del Estado de un instituto que tiene sus raíces en el derecho privado conlleva necesariamente a que produzcan modificaciones subjetivas y a la atenuación de ciertos efectos propios de los contratos de derecho privado (por ejemplo, la autonomía de la voluntad). De este modo surge una figura híbrida que combina elementos propios del instituto regido por la Ley N° 24.441 (por ejemplo, la constitución de un patrimonio separado) con contenidos del derecho administrativo (como puede ser la existencia de cláusulas exorbitantes, el proceso de selección del cocontratante, etc.).

7.8. TRATAMIENTO TRIBUTARIO

Seguidamente abordaremos el estudio de las consecuencias fiscales de esta especie de fideicomiso. Para ello, comenzaremos por esclarecer si resulta aplicable al presente caso la teoría de la inmunidad fiscal del Estado, para luego adentrarnos en cada uno de los respectivos tributos.

7.8.1. LA INMUNIDAD FISCAL DEL ESTADO

Como es sabido, el Estado puede utilizar distintos medios para lograr sus fines específicos. Así pues, puede recurrir a la actuación de sujetos de creación normativa, los que pueden no coincidir con el Estado propiamente dicho pero si pertenecer al mismo o, incluso, estar integrados por bienes de su propiedad. Surge entonces como interrogante el tratamiento tributario que cabría dispensar a los mismos, y en particular si les resulta aplicable a ellos el principio de inmunidad fiscal que ampara al accionar público.

Cabe agregar que la vigencia del citado postulado, consistente en excluir de la tributación a la actividad desarrollada por el Estado destinada a la consecución de sus fines esenciales, ha sido objeto de hondo debate, con posiciones a favor y en contra.

Al respecto, Dino Jarach encuentra el verdadero fundamento de la inmunidad fiscal del Estado en la naturaleza sustancial del hecho imponible, su correspondencia con su causa jurídica. Así, afirma que "... el presupuesto de hecho de todo impuesto tiene naturaleza económica, consiste en una actividad o situación económica, de la cual resulta capacidad contributiva. La capacidad contributiva significa apreciación por parte del legislador de que el hecho eco-

nómico que se ha verificado para el sujeto le permite distraer una suma de dinero de sus necesidades privadas para destinarla a contribuir a los gastos públicos". Sin embargo, el propio autor advierte seguidamente que "... estos conceptos básicos del hecho imponible no tendrían sentido si el hecho imponible se atribuyera al Estado o o a las entidades públicas o a las dependencias de ellas. Las situaciones o las actividades económicas de las mismas nunca representan capacidad contributiva porque toda la riqueza del Estado ya sirve directamente a las finalidades públicas y sería sin sentido atribuirle una capacidad contributiva a las finalidades para las cuales toda su actividad y su existencia misma están destinadas"[174].

Para este autor, la inmunidad fiscal del Estado "... constituye un dogma jurídico tributario", pudiéndose admitir la imposición en este ámbito tan sólo cuando resulte evidente la voluntad legislativa de equiparar completamente una empresa pública a las empresas privadas, sometiéndola al mismo régimen jurídico y económico.

Siguiendo esa línea de razonamiento, y luego de analizar la legislación comparada, entiende que las normas de exención propiamente impositivas implican "... la enunciación de un principio general de inmunidad, que puede ser aplicado también en casos en que la ley omita enunciarlo, y cuyo fundamento está en la contradicción lógica de la atribución del hecho imponible al Estado ...".

Por su parte, Rodolfo Spisso sostiene que "De una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales, que evite el conflicto irreductible entre ellas, se deduce que el poder impositivo debe ceder cuando sea patente que su ejercicio, respecto de instrumentos o medios gubernamentales, imponga a éstos una carga o gravamen económico suficientemente opresivo y concreto, que imposibilite, menoscabe o coarte, de manera sustancial, las actividades estatales de la nación o de las provincias"[175].

Por último, resulta oportuno traer a colación el pensamiento de Rafael Bielsa[176], quien considera que en atención de que el Estado es el órgano jurídico de la sociedad el gestor de los intereses colectivos y, por tanto, el destinatario de las cantidades de dinero recaudadas en concepto de impuestos, su inmunidad es consecuencia natural de su carácter jurídico y político: no es un organismo público.

Abonando su tesitura, opina que "El Estado tiene inmunidad en canto es poder público, pero ella no nace de una autolimitación discrecional y cómoda, establecida como obrando el Estado 'de legibus solutus' sino a título de realizador de sus funciones y para subvenir a las cuales precisamente exige a los súbditos su aporte pecuniario en forma de contribución. Además, en el

[174] **JARACH**, Dino. Finanzas públicas, pág.
[175] Citado por Alicia **CASANOVA DE CABRIZA** en su trabajo El principio de inmunidad fiscal del Estado, pág. 168.
[176] Citado por Alicia **CASANOVA DE CABRIZA,** pág. 167.

Estado no se produce el hecho imponible como acrecentamiento de riqueza o expresión de capacidad económica ...".

Por otra parte, la Procuración del Tesoro ha expresado que "Ha sido tradicional la doctrina de esta Procuración del Tesoro la que sostiene la inmunidad fiscal de las entidades públicas y sus dependencias –como consecuencia lógica de la naturaleza misma del hecho imponible- frente a impuestos nacionales. No es sino con cierta violación conceptual que puede llegar a admitirse lo contrario respecto de aquellas entidades públicas y sus dependencias en tanto las mismas cumplan fines públicos específicos y propios del Estado ...".

Agrega que "... la inmunidad fiscal del Estado ... sólo excluye a aquellas expresiones del Estado dotadas de subjetividad –las reparticiones a que alude el artículo 15 'in fine' de la Ley Nº 11.683- que representan su actividad económica, empresarial o industrial y que, en rigor, deben actuar despojadas de las prerrogativas del poder público propias del régimen exorbitante por desplegar su actividad en el mismo plano de la actividad privada que los administrados".

Sobre esa base, sostiene que "... cuando se configure una relación intersubjetiva estatal distinta de la que vincula al Fisco con los contribuyentes, en que el régimen exorbitante adquiere todo su vigor, carece de sentido que el Estado-poder público se grave a si mismo", ello así "... porque, al presentarse el Derecho Tributario como expresión de la justicia contributiva y de la noción de alteridad inherente al concepto de justicia entendida como el bien de otro, no parece jurídicamente posible concebir una relación de derecho en al que un sujeto contribuya consigo mismo".

7.8.2. Impuesto a las ganancias

Para realizar el pertinente análisis corresponde mencionar que el artículo 49 de la ley del gravamen, modificado por la Ley N° 25.063, indica como generadoras de ganancias de tercera categoría entre otras a "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...".

Ahora bien, en el supuesto de fideicomisos no financieros donde el fiduciante posea la calidad de beneficiario, incluidos en el inciso agregado a continuación del d) del artículo 49 del plexo legal, resultarán de aplicación, de acuerdo con el cuarto artículo incorporado a continuación del artículo 70 del reglamento, las disposiciones contenidas en el artículo 50 del citado cuerpo legal, es decir que el resultado del balance impositivo será asignado al fiduciante-beneficiario.

Aquí se aprecia que no obstante que la Ley de Impuesto a las Ganancias no considera a todos los fideicomisos como sujetos del mismo, sí los

consigna como unidades económicas susceptibles de la atribución del hecho imponible que grava.

Por lo tanto, estimamos que en el caso de fideicomisos públicos en los que corresponde atribuir los resultados del ejercicio fiscal al que reviste el carácter de fiduciante-beneficiario –el propio Estado-, y por ser este último el contribuyente y revestir la calidad de sujeto exento, tal atribución no dará lugar a la liquidación del impuesto a las ganancias como tampoco a la obligación de declarar la condición de exento, por cuanto la posee desde antes de la creación del fondo fiduciario.

El criterio expuesto resulta coincidente con la opinión fiscal plasmada en el Dictamen Nº 47/2004 (D.A.T.), en el cual el órgano asesor en materia técnica del Ente Recaudador sostuvo que ".... al hallarse encuadrado el fideicomiso en cuestión dentro el inciso situado a continuación del inciso d) del artículo 49, se entiende que el mismo actúa como una unidad económica a los efectos de la asignación de los hechos imponibles que se distribuirán al fiduciante de acuerdo a las normas del artículo 50 de la ley del gravamen; por lo tanto al tener el respectivo Estado Provincial la calidad de único fiduciante y beneficiario y estar exento del tributo por las normas del inciso a) del artículo 20 de la ley del tributo, no corresponderá al fideicomiso liquidar el impuesto de marras".

7.8.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta

Con relación a este punto, cabe remitirnos a las disposiciones del artículo 2° del Título V de la Ley N° 25.063, el cual establece que constituyen sujetos pasivos de este gravamen "... f) Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley".

De la norma precedentemente glosada se desprende que, en principio, aquellos fideicomisos de carácter no financiero constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

No obstante ello, existe una marcada contraposición de criterios respecto de los alcances del mencionado tributo respecto de los bienes de un fideicomiso público. Por una parte, se ha opinado que la complementariedad del gravamen que nos ocupa con relación al impuesto a las ganancias no resulta óbice para considerar alcanzados a dichos fondos fiduciarios por el impuesto a la ganancia mínima `presunta, pues desde el punto de vista normativo no hay disposición alguna que indique que si un sujeto está exento de imposición a la renta no deba tributar el impuesto a la ganancia mínima presunta.

En contraposición con el criterio precedente, respetada doctrina[177] entiende que cuando el fiduciante es el Estado y el fideicomiso es un medio que tiene por finalidad el bien público y no un fin lucrativo, se puede presumir que tal instituto no obtendrá ganancias gravadas, y, además, en razón de la complementariedad de ambos gravámenes y a la exención que goza el Estado en el impuesto a las ganancias, esta especie no tiene obligación tributaria frente al impuesto a la ganancia mínima presunta.

Por nuestra parte, adherimos a la primera de las posiciones descriptas, dado que consideramos que el beneficio otorgado por el legislador está destinado únicamente a aquéllos entes que pertenecen a la estructura administrativa del Estado propiamente dicho y guardan con aquél una identidad patrimonial, supuesto que no se configura en el caso del fideicomiso pùblico.

Sin embargo, debemos destacar que el Fisco, en el Dictamen Nº 47/2004 (D.A.T.), arribó a un temperamento contrario al sostenidopor nosotros. En dicha ocasión, a los efectos de dilucidar el tratamiento a dispensar frente al gravamen a un fondo fiduciario provincial, el Organismo Recaudador dio intervención a la Subsecretaria de Ingresos Públicos, la cual sostuvo que, en el caso de un fideicomiso donde el fiduciante y el beneficiario son el propio Estado y que el fideicomiso responde a la actividad o ejercicio de la función específica que justifica el tratamiento exentivo del fiduciante, no puede presumirse que obtendrá ganancias gravadas, dado que el Estado goza de una exención subjetiva en el gravamen a la renta, y que debería aplicarse idéntico tratamiento respecto del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Ello dado el carácter de complementariedad que opera respecto del Impuesto a las Ganancias en la medida que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta sea absorbido por el primero, "... toda vez que estaría subsumiendo el tributo sobre la presunta utilidad de los activos en el impuesto que genuinamente grava la renta real de las actividades económicas".

La referida dependencia ministerial fundamenta tales afirmaciones en que la estructura del impuesto a la ganancia mínima presunta sólo admite dos posibilidades: que los entes alcanzados por el gravamen también resulten sujetos pasivos del impuesto a las ganancias, o que, en caso contrario, revistan ese carácter sus integrantes.

De esta forma expresa que "Las características y fundamentos del impuesto de que se trata, como así también las formas que deben observarse en la creación de un fideicomiso cuyo fin es el interés público y donde el estado es fiduciante-beneficiario, generan... razonables dudas respecto de que tales fideicomisos resultan sujetos pasivos del tributo...", agregando que "... pareciera que tales patrimonios no revisten ese carácter en atención a que aún cuando en el contrato de fideicomiso... prevé que el fiduciante transfiere los bienes en propiedad fiduciaria en los términos de la Ley N° 24.441, debe se-

[177] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo,. Op. cit,, pág. 312.

ñalarse que para su constitución, funcionamiento y organización... corresponde observar las normas atinentes al derecho administrativo, incluidas las disposiciones del presupuesto nacional y las de control de los gastos del sector público".

En virtud de lo expuesto, concluye que en el caso de fideicomisos públicos, conformados para cumplir con un fin de asistencia social o de interés público, "... tales patrimonios no revestirían el carácter de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta", opinión que es compartida por la Dirección General de Asuntos Jurídicos dependiente del Ministerio de Economía.

Atento a las consideraciones vertidas, el precedente reseñado concluye que para el caso que las características del fondo fiduciario evidencie que el fin perseguido es la obtención de recursos para cumplir fines del Estado, el patrimonio fiduciario se encontrará excluido de la órbita del impuesto bajo análisis.

No deseando someter a discusión la validez de las conclusiones arribadas por la jurisprudencia administrativa reseñada, entendemos no obstante que las mismas no reuntarán aplicables en el caso de fideicomisos públicos organizados como empresas del Estado conforme a los términos de la Ley Nº 22.016, hipótesis bajo la cual estimamos que resultará procedente la determinación del gravamen, dado que no nos hallaremos ante un ente que persigue una finalidad propia del sector público sino que tiene por objeto la simple generación de bienes y servicios, por lo que deberá otorgársele un tratamiento equitativo al dispensado a otras empresas que desarrollan similar actividad.

7.8.4. Impuesto sobre los bienes personales

Como ya señaláramos al analizar la aplicación de este gravamen con relación a los fideicomisos ordinarios en general, a partir de la creación del impuesto sobre la ganancia mínima presunta, los bienes entregados en fiducia no se encuentran alcanzados por el impuesto sobre bienes personales, por las razones que oportunamente expusiéramos.

Adicionalmente, cabe subrayar que el impuesto sobre los bienes personales recae sobre los activos poseídos por personas físicas y sucesiones indivisas, quedando excluidos de su órbita aquéllos que pertenecen a personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

Precisamente, el Decreto Nº 780/95 imponía el deber al fiduciario de retener el gravamen, bajo la presunción de que los bienes fideicomitidos pertenecían indirectamente a una persona física.

Ahora bien, en el caso del fideicomiso público resulta indubitable que los bienes no pertenecen a una persona física sino , en última instancia, al Estado, lo cual nos lleva a vislumbrar que no se produce el presupuesto de

hecho configurados de este gravamen. Dicho en otros términos, y como acertadamente observan Malumian, Diplotti y Gutierrez, "... atento que el impuesto sobre los bienes personales tiene por sujetos pasivos únicamente a las personas físicas y sucesiones indivisas, no debería incidir en aquéllos en que el Estado sea en definitiva quien debe soportar el gravamen, ya que obviamente, no reviste ninguno de los caracteres subjetivos enunciados"[178].

En ese mismo orden de ideas, los citados autores aclaran que "... el fiduciario es el responsable del pago del gravamen en cuestión sobre los bienes entregados en fideicomiso, cuando el fiduciante es una persona física o sucesión indivisa, sociedad o empresa. Pero tal responsabilidad no le alcanza a la propiedad si la propiedad de los bienes entregados en fideicomiso corresponde al Estado".

En virtud de ello, los fideicomisos públicos, como el resto de su especie, no se encuentran alcanzados por el impuesto sobre los bienes personales, no debiendo aplicar el fiduciario las disposiciones contenidas por el Decreto Nº 780/95.

7.8.5. Impuesto sobre los débitos y créditos en cuenta bancaria y otras operatorias

Al respecto, es importante reiterar que mediante la sanción de la Ley N° 25.413, modificada por su par Nº 24.453, se instauró un impuesto sobre los débitos y créditos en cuenta corriente bancaria y otras operatorias asimilables.

En tal sentido, el inciso a) de su artículo 2° exime del gravamen a los créditos y débitos en cuentas bancarias, como así también las operatorias y movimientos de fondos, correspondientes a los Estados nacional, provinciales, las municipalidades y al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, e Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, excepto los organismos y entidades mencionadas en el artículo 1° de la Ley N° 22.016.

Tal como puede observarse, la norma reseñada concede una exención de carácter subjetivo, la cual alcanza a las cuentas y operatorias cuya titularidad pertenezca al Estado, en cualquiera de sus niveles (nacional, provincial o municipal), con exclusión de los organismos y entidades enumerados por el artículo 1º de la Ley Nº 22.016, esto es sociedades de economía mixta, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal, sociedades del Estado, los bancos y demás entidades financieras y todo otro organismo nacional, provincial y municipal que vendiera bienes o prestara servicios a terceros a título oneroso.

A partir del texto legal podemos inferir que la franquicia legal no ampara a todo sujeto de derecho público, sino que sólo abarcará a las dependen-

[178] **MALUMIÁN**, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 316.

cias del Estado propiamente dicho (ministerios, secretarias, etc.) y a aquellos entes que mantengan una identidad patrimonial con éste.

Ahora bien, a los fines de analizar el tratamiento que cabe dispensar en el presente tributo al fideicomiso público, resulta menester hacer hincapié en la naturaleza jurídica que posee el género contractual al cual pertenece, y que radica precisamente en constituir un patrimonio separado de los patrimonios del fiduciario y del fiduciante.

Podemos advertir de este modo que en el contrato de fideicomiso, los bienes fideicomitidos pasan a integrar una unidad patrimonial autónoma, separada de la hacienda estatal, la cual se encontrará afectada a la consecución del negocio subyacente tenido en vista por las partes contratantes. Representa así un patrimonio separado del Estado con obligaciones tributarias propias.

Lo expuesto nos lleva a su vez a concluir que al no configurarse la identidad patrimonial entre el Estado y el fondo fiduciario que requiere la norma exentiva, los movimientos registrados en las cuentas corrientes abiertas a nombre del último no se encontrarán amparadas por la franquicia consagrada por el inciso a) del artículo 2º de la Ley Nº 25.413.

En este orden de ideas, cabe recordar que conforme dejara sentado la doctrina, "Las normas que establecen exenciones y beneficios tributarios son taxativas y deben ser interpretadas en forma estricta. No es admisible la interpretación extensiva ni tampoco la integración por vía de la analogía"[179].

7.9. CONCLUSIONES

La seguridad y versatilidad que exhibe el fideicomiso ha motivado que el mismo se torne una herramienta sumamente útil en la consecución de los fines del Estado, particularmente en lo que atañe al saneamiento de las finanzas públicas y la realización de actividades de promoción económica.

Cabe agregar a ello que si bien el fideicomiso público posee características comunes con el privado, exhibe otras características distintivas propias del contrato de la administración, que lo tornan en un instrumento híbrido.

En cuanto a su naturaleza jurídica, no constituye un organismo de la órbita estatal, sino una unidad patrimonial autónoma que se mantiene separada de la hacienda pública, lo cual lo convierte en un sujeto tributario con obligaciones tributarias propias al cual, salvo excepciones, no le cabe la aplicación del principio de la inmunidad fiscal del Estado.

[179] **VILLEGAS,** Héctor B. "Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario", pág. 284.

Adicionalmente, debemos remarcar que la Ley Nº 24.441 no contiene ninguna previsión que contemple a esta figura, así como tampoco lo hace el respectivo marco tributario.

Atento a ello, el fideicomiso público puede verse sujeto a un nivel de imposición que conspire contra la implementación de estructuras basadas en esta figura, por lo que sería recomendable la introducción de normas legales que prevean en forma expresa un tratamiento fiscal favorable para esta especie de contratos.

CAPITULO VIII

EL FIDEICOMISO EN EL EXTERIOR (OFF-SHORE TRUST)

8.1. INTRODUCCIÓN

Como hemos visto al estudiar sus antecedentes históricos, el desarrollo del fideicomiso latinoamericano se produjo a partir del contacto entre profesionales y hombres de negocios de México y de Estados Unidos, que permitió que los primeros pudieran apreciar las ventajas del trust anglosajón.

Precisamente, y pese a las diferencias que distinguen a ambas figuras, la versatilidad que presentan ha llevado a que sean utilizadas, cada una en su respectivo ámbito, en la estructuración de los negocios empresariales, de forma tal de alcanzar determinadas ventajas.

Dicha estructuración se ha cristalizado muchas veces a través de la constitución de trusts o fideicomisos en jurisdicciones foráneas, las que en ocasiones son elegidas atendiendo las ventajas tributarias y legales que poseen y donde se acumulan las rentas y bienes del contribuyente,.

Si bien estas estructuras son denominadas habitualmente como "fideicomisos en el exterior", tal denominación puede conllevar a cierta confusión, pudiendo tratarse de una u otra figura. Dado que anteriormente hemos descripto extensamente al fideicomiso y que éste mantiene en las distintas jurisdicciones similares características, seguidamente pasaremos a tratar al trust anglosajón, sin perjuicio de que el tratamiento impositivo que se dispense a éste también resulte procedente en el caso del fideicomiso extranjero.

8.2. TRUST. CONCEPTO

En una primera aproximación, podemos decir que el trust consiste en separar del patrimonio o fortuna de una persona (denominada "grantor" o "settlor") un determinado conjunto de bienes (conocido como "trust property"), los cuales son confiados a otra (el "trustee") para que haga de ellos un uso prescripto, en provecho de una tercera (el "beneficiary" o, como se conocía antiguamente, "cestui que trust").

En palabras de Roberto Goldschmidt, se trata de "... una relación fiduciaria, en virtud de la cual una persona como titular de ciertos derechos está sometida a obligaciones fundadas en la Equity en beneficio de otra persona, o por un interés de orden general"[1].

En términos similares, Remo Franceschelli lo conceptualiza como "... una relación fiduciaria, derivada de la voluntad privada o de la ley, en virtud de la cual aquél que tiene sobre determinados bienes o derechos la propiedad formal o la titularidad está obligado, por efecto de la propiedad sustancial que no recae en él, a custodiarlos y administrarlos, así como a servirse de ellos en

[1] **GOLDSCHMIDT**, Roberto. Trust, fiducia y simulación, pág. 777.

provecho de uno o más beneficiarios –entre los cuales él también puede estar comprendido- o de un fin"[2].

Por su parte, la Convención de La Haya, al definir la ley aplicable a esta figura, expresa que el término "trust" corresponde a "... las relaciones jurídicas creadas por una persona, el constituyente -mediante acto entre vivos o por causa de muerte- cuando han sido colocados bienes bajo el control de un trustee (fiduciario) en el interés de un beneficiario o de un objetivo determinado"[3].

En igual sentido, el "Restatement of the law of trusts" del American Law Institute describe al trust como "... una relación fiduciaria con respecto a bienes, sujetando a la persona que dispone de la posesión de dichos bienes a deberes de equidad para utilizarlos en beneficio de otra persona, lo cual surge como resultado de una intención manifestada de crearlo"[4].

Finalmente, Betina Freire lo define como "... una relación fiduciaria, con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust); negocio que surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)", agregando que "... el beneficiario está obligado a depositar su entera confianza en el fiduciario ... en virtud de la relación tan estrecha e íntima que une a ambas partes, porque el segundo tiene gran influencia y control sobre los bienes e intereses del primero"[5].

8.3. LA DUALIDAD DEL SISTEMA INGLÉS

A los efectos de lograr una adecuada comprensión de la naturaleza jurídica del trust y a su predecesor, el use, es necesario referirnos primero a la dualidad que caracteriza al derecho inglés, el cual se encuentra conformado por dos fuentes o vertientes distintas: el common law y el equity law.

8.3.1. EL COMMON LAW

Producto del sistema feudal, el common law consiste en el derecho no escrito, de origen consuetudinario que es interpretado por los jueces. En términos prácticos, constituye un derecho jurisprudencial basado en recopilaciones de sentencias.

---

[2] Citado por Claudio **KIPPER** en Réquiem jurídico del dominio fiduciario, pág. 63.
[3] **CONVENCIÓN DE LA HAYA.**
[4] En realidad, esta definición es aplicable al trust expreso: "A trust, as the term is used in the Restatement of this subject, when not qualified by the words 'charitable', 'resulting' or 'constructive', is a fiduciary relationship, with respect to property, subjecting the person whom the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit on another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it". **AMERICAN LAW INSTITUTE**. The Restatement of the Law of Trusts. Citado por Phanor J. **EDER** en la obra ël fideicomiso (trust) en el derecho comparado (especialmente americano)", pág. 27.
[5] **FREIRE**, Betina. Op. cit., pág. 36.

Zavalia[6] explica que históricamente, para acudir a la justicia, era necesario ceñirse a un procedimiento consistente en obtener un documento (original writ) con el sello del rey, y para ello se debía acudir primero con el Canciller, quien, como guardián del sello, emitía distintas clases de ellos, según el tipo de demanda de que se tratara. De este modo, si no existía un writ que respondiera al reclamo pretendido, no se podía ejercer el derecho, en virtud de lo cual surgió el principio de "donde hay acción hay derecho".

Esta facultad de crear nuevos writs fue ampliamente ejercida por la Cancillería hasta el año 1258, fecha en que la misma fue suprimida, aunque luego se reimplantó en parte con el Statute de Westminster de 1285, mediante el cual se autorizó otra vez al canciller a emitir nuevos writs cuando la diferencia con los anteriores fuera mínima.

De esta manera, la limitación a la emisión de writs aparejaba que en ciertas situaciones el perjudicado no pudiese acudir a la justicia ordinaria a los fines de obtener la reparación del perjuicio sufrido. Por otra parte, también se presentaba otro inconveniente a las aspiraciones de justicia, el cual radicaba en que las condenas referidas a entregas o restitución de cosas o la realización o abstención de hechos no se ejecutaban en tiempo, y el vencedor debía contentarse con el resarcimiento de daños e intereses.

8.3.2. LA EQUITY LAW

Aquellos súbditos que no habían encontrado solución en las cortes, por la limitación de los writs o por la falta de cumplimiento en tiempo adecuado, podían dirigirse ante el rey para reclamar justicia. La petición era trasladada al canciller, cargo que hasta la época de la reforma protestante, era desempeñado por un sacerdote, quien, por su propia formación religiosa, no se guiaba por la norma legal estricta, sino que resolvía conforme criterios de justicia, equidad y moralidad.

El Canciller, después de haber escuchado a ambas partes, si encontraba razonable el reclamo, no anulaba la sentencia judicial, sino que dictaba una orden de dar, hacer o no hacer, cuya desobediencia hacia recaer la pena de prisión sobre el incumplidor.

De este modo, nació una especie de jurisdicción excepcional reservada a la competencia del rey y que, ejercida por los cancilleres, buscaba atender aquellos casos en los que la solución arribada por el magistrado devenía en injusta. Así, la equidad pasó a ser el remedio de aquellas situaciones que la ley, por razón de su universalidad, no contemplaba. Surgida originariamente de la conciencia del canciller, con el transcurso del tiempo se transformó en un sistema jurisprudencial separado y distinto –por origen y procedimiento- del derecho anglosajón común, especialmente a partir que los legistas que ocupaban dicho cargo se sintieron sujetos a los precedentes.

Al respecto, De Arespacochaga comenta que "... esta ambivalencia jurisdiccional arranca en el último tercio del siglo XV ante una insuficiencia

[6] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, Fernando J., op. cit., pág. 33.

técnica jurídica del Common Law que introduce la posibilidad de solicitar la intervención del Rey para juzgar en justicia algunos supuestos en los que la ley deviene insuficiente. La equidad del soberano viene así a completar un deterioro, una laguna o un defecto de la norma. No se altera el principio de legalidad, sino que la jurisdicción de la Cancillería, no desviándose del derecho ("Equity follow the law"), se limita a complementarlo con imperativos de la ley moral, de los que se nutre inicialmente el equity. Este doble orden jurídico genera a su vez una doble jurisdicción: las Cortes de la cancillería y las Cortes del Common Law"[7].

El mismo autor agrega que "Esta dualidad perdurará hasta 1875, año en el que se fusionan ambas en virtud de la Judicatura Act, 1873-1875, que unificará el sistema judicial. A partir de ese momento, cualquier tribunal inglés será competente para conocer acciones basadas en el Common Law o en la equity, pudiendo las partes invocar uno u otro derecho en la misma demanda y ante un mismo juzgador".

8.4. NATURALEZA JURÍDICA DEL TRUST

Una vez descriptas sucintamente las principales características que presenta el sistema legal inglés, podemos afirmar que el trust es fruto de la distinción formulada por aquél entre el common law y el equity law. Así pues, los derechos inmobiliarios constituyen "legal rights" (derechos legales), protegidos por el derecho común, en tanto que los "equitables rights" son reconocidos por el derecho de equidad. Cabe agregar que sólo la primera de estas categorías de derechos (los legal rights) son protegidos por el sistema jurídico sin restricción, aún frente a un adquirente de buena fe, mientras que los derechos fundados en la equidad son de relativa o atenuada eficacia, pues se exige la presencia del elemento subjetivo para su reconocimiento[8].

De este modo, y como lógica consecuencia del dualismo del derecho anglo-americano, el common law sólo se ocupa de la propiedad legal, siendo los bienes cedidos en trust propiedad del trustee, quien tiene la facultad de disposición de ellos y quedando los mismos, mientras se encuentran en su poder, sujetos a todos los efectos jurídicos que derivan del título de propiedad. Frente a esta situación, el beneficiary que tenga la posesión del bien no contará con mayor derecho que el mero tenedor a quien el titular permite la tenencia material de la cosa. Sin embargo, en la esfera del equity law, si bien se sigue reconociendo al trustee como titular de los bienes, se lo coloca en subordinación absoluta a los derechos del propietario equitativo, que es quien debe gozar del patrimonio constituido a su favor conforme con las condiciones establecidas en el acto constitutivo.

Al respecto, advierten Kiper y Lisoprawski que "... en el fideicomiso angloamericano hay dos títulos de propiedad sobre los mismos bienes que subsisten concurrentemente: el legal y el equitativo. Pero el dominio legal se tiene supeditado al de Equidad. En consecuencia, para que el título de dominio sobre una cosa o la propiedad sobre un bien sea perfecto, debe ser reconocido

[7] **DE ARESPACOCHAGA**, Joaquín. El trust, la fiducia y figuras afines, pág. 29.
[8] **KIPER**, Claudio. Op. cit., pág. 63.

por los dos sistemas jurídicos. Así, todo el que adquiere un bien por compraventa tiene derecho a exigir que el vendedor le transmita un título de propiedad que sea válido tanto para el common law como para el derecho de equidad"[9].

Los mismos autores agregan que "El derecho del fideicomisario y la acción para hacerlo efectivo son de orden 'equitativo' y no 'legal'; por ello debe accionar (bill in equity) ante las 'Cortes de Equidad', pudiendo dirigirse contra el fiduciario y no contra terceros".

Asistimos así a un régimen de doble propiedad, el cual, es ejercido sobre los mismos bienes en forma concomitante, sistema que resulta totalmente extraño a los países de tradición romanística, bajo los cuales el dominio es ejercido en forma exclusiva.

Señala Eder que ésta es precisamente la característica principal del trust actual, es decir, "... es el divorcio entre la propiedad de los bienes fiduciarios con arreglo al common law y la propiedad de los mismos con arreglo a la Equity", agregando que la propiedad, en el sentido del common law, se halla a nombre de una persona, el trustee, en tanto que el beneficio de la propiedad, o sea usualmente las rentas obtenidas de ella, pertenecen al beneficiary.

En igual sentido, Gabriel Gotlib explica que "El concepto básico del trust es el de separación de dos relaciones de propiedad particular o conjunto de propiedades, conocido como el trust corpus", agregando que la primera de estas dos relaciones de propiedad –denominadas intereses por el autor- consiste en el título legal, ejercido por uno o más trustees, que brinda a éstos el control sobre el manejo de la propiedad, mientras que la segunda –denominada "beneficial interest"- es el "equitable", cuyos titulares son uno o más beneficiarios, a los que brinda los frutos de la propiedad[10].

8.5. PARTES

A diferencia de lo que ocurre en el derecho continental, en el sistema inglés no tienen validez las convenciones a favor de terceros. Atento a ello, el trust es un negocio tripartito, en el cual intervienen tres sujetos: el settlor o constituyente; el trustee o fiduciario, y el beneficiary o beneficiario.

8.5.1. El settlor, creator o trustor

Es quien realiza el acto de disposición y entrega los bienes al trustee para ser afectados al destino que él mismo ha determinado. En la generalidad de los casos su intervención cesa una vez transferida la titularidad de los bienes, excepto que revista la calidad de beneficiary ("living trust"[11]) o se reserve el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también

[9] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 7.
[10] **GOTLIB**, Gabriel. Nuevos instrumentos financieros, págs. 108/109.
[11] También se emplea esta denominación para referirse a aquéllos trust constituidos con la finalidad que, a la muerte del settlor, sus bienes pasen a un tercero. Cfr. **RODRÍGUEZ AZUERO**, op. cit., pág. 623.

reservarse la facultad de guiar al fiduciario en materia de inversiones y vigilar los actos que a su juicio lo requieran.

Cabe tener en cuenta, como bien apunta Rodríguez Azuero[12], que el grado de injerencia del settlor en la gestión del trustee permite que la jurisprudencia determine si el trust se ha constituido o no. De ser dicha influencia muy alta, estar constituido a favor del propio constituyente y ser revocable, se entiende que los bienes jamás han salido del patrimonio de éste y no existe, en consecuencia, trust alguno.

8.5.2. El trustee

Es quien posee la propiedad legal de los bienes y se obliga a utilizarlos conforme con los fines establecidos en el acto de constitución. Puede desempeñar esta función tanto una persona física como jurídica. El único requisito exigido para adquirir este carácter es tener la capacidad legal para ejercer y gozar de los derechos que son materia del trust.

Puede producirse una coincidencia de roles cuando el propio settlor se designa a si mismo trustee. En este caso, no se realiza una verdadera transmisión de bienes o derechos, sino que únicamente se produce su separación dentro del patrimonio del fiduciante, implicando una suerte de autoseparación de bienes. Por el contrario, el fiduciario no puede reunir también la calidad de beneficiario en el mismo negocio, excepto el supuesto en que un grupo de personas sea nombrado beneficiario y beneficiario a la vez[13].

Nadie puede ser obligado a aceptar ser fiduciario. Al respecto, Freire[14] explica que al hacerse una cesión fiduciaria a "B", el título pasa a éste tan pronto como es hecha la cesión y sin esperar su consentimiento. Sin embargo, si "B" rehúsa aceptar el encargo fiduciario, dicha renuncia se aplica al tiempo de la cesión, y opera retroactivamente, revirtiendo el título al fiduciante como si la cesión nunca hubiera tenido lugar.

Por otra parte, cabe aclarar que no resulta esencial que el originante designe fiduciario en el momento de constituir el trust, pues el tribunal competente podrá designar al trustee según reglas de equidad, tanto en el supuesto de omisión como en caso de no aceptación del cargo por parte del designado.

En la generalidad de los casos, posee facultades de disposición y administración muy amplias, pudiendo llevar a cabo todos los actos jurídicos y materiales que crea conveniente en la medida que se adecuen a los fines del trust. Las mismas pueden ser expresas, cuando derivan del contenido del acto constitutivo o de la ley, o implícitas cuando sean requeridas por las circunstancias o el fin particular del trust.

---

[12] **RODRÍGUEZ AZUERO**, Sergio. Op. cit., pág. 624.

[13] Esta excepción es justificada por Serrano Traviña, citado por **FREIRE** (Op. cit., pág. 39), en que, habiendo varios fiduciarios y beneficiarios, los derechos que le corresponden a cada uno de ellos son recíprocamente distintos.

[14] **FREIRE**, Betina. Op. cit., pág. 39.

No obstante, debe tener como objetivos el interés del cestui, de los futuros beneficiarios y la seguridad del capital, debiendo en todo momento actuar "... con la habilidad y la prudencia que se le suele exigir a un hombre probo y honesto en el cuidado de su patrimonio y en los negocios propios, amén de observar las obligaciones impuestas por la ley para la administración y cuidado de los bienes"[15].

Particularmente, asume como obligaciones: proteger al negocio y defenderlo contra toda clase de ataques provenientes de terceros, del beneficiario o incluso del propio fiduciante; tomar posesión inmediata de los bienes fideicomitidos, salvo disposiciones en contrario del acta constitutiva; proceder al registro de los bienes fideicomitidos, desde que toma posesión del cargo, y cuidar la seguridad de los mismos.

Debemos agregar que el trustee tiene la posibilidad, no prevista en el fideicomiso latinoamericano, de solicitar instrucciones a un tribunal competente cuando una duda legítima paraliza su desempeño, de manera de salvaguardar su responsabilidad. En tal sentido, los tribunales no se limitan a evacuar consultas jurídicas, sino que pueden abarcar cuestiones que excedan al ámbito legal, e incluso designar a un colaborador que asista obligatoriamente al trustee en la toma de decisiones.

Por otra parte, el incumplimiento de sus funciones puede motivar la remoción del trustee por parte del Tribunal de Equidad, el cual, aún en ausencia de disposiciones legales o convencionales, le ordenará que transmita la propiedad de los bienes al nuevo trustee. El trustee también puede ser removido en cualquier momento por la persona autorizada en el acto de celebración.

Asimismo, en caso de renuncia o incapacidad del fiduciario, se nombrará un nuevo trustee, el cual será elegido por el tribunal en caso de ausencia de previsiones convencionales. No obstante, hasta que no cese en sus funciones, el trustee estará obligado a comportarse con respecto a los bienes como si fueran propios.

8.5.3. El beneficiary o cestui que trust

Es aquél en cuyo favor se creó el trust. Su derecho se denomina "equitable state" y está protegido por principios del derecho de equidad. Si bien es cierto que los bienes que forman parte del trust no integran el patrimonio personal del beneficiary, si ingresa al mismo el interés o derecho que genera aquél respecto a los rendimientos y a la posterior entrega de los bienes, derecho que, salvo excepciones, puede ser negociable.

Quienes son capaces de adquirir la propiedad legal también pueden adquirir la equitativa. Asimismo, pueden revestir la calidad de beneficiarios los incapaces (menores, dementes, etc.), en cuyo favor muchas veces se crea el trust. En los casos de fideicomisos privados el beneficiario debe tratarse de una

[15] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., págs. 8 y 9.

persona definida (aún cuando no sean de inmediato identificables), mientras que en los públicos puede tratarse de un grupo de personas más o menos individualizado[16] o un propósito o finalidad (por ejemplo, la protección del medio ambiente). En caso de no haberse determinado quienes resultan beneficiarios y ser ello necesario, la Corte puede proceder a su designación.

Entre sus derechos, el beneficiario puede obligar al trustee a cumplir con los fines del trust y exigir la restitución de los bienes fideicomitidos que hubiesen sido transmitidos a terceros en violación del trust. No obstante, estas enajenaciones abusivas o contrarias a los fines del instituto resultaran válidas de tratarse de adquirentes de buena fe que hubiesen dado una contraprestación. También puede pedir la sustitución del trustee y, en caso de que se produzca su quiebra o disolución, la separación de los bienes afectados al trust o adquiridos con fondos provenientes de éste.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho, la misma es materia de controversia, pues mientras algunos lo consideran como un derecho personal, para otros constituye un "ius ad rem", criterio que se fundamenta en la acción real que se le reconoce al beneficiario para perseguir los bienes, excepto ante un adquirente de buena fe[17].

Sobre este particular, Kiper y Lisoprawski sostienen que "Frente a la ley común, el derecho del fideicomisario es inexistente y sólo es eficaz por la actuación legal del fiduciario; pero desde la ley más amplia, la equity, el derecho del fideicomisario existe en toda su plenitud, y sigue a la cosa donde se halle, hasta el límite que le impone la existencia de un tercer adquirente, de buena fe y a título oneroso. El derecho del fideicomisario es real en tanto sigue a la cosa y es personal en relación al fiduciario. Su naturaleza, como se puede observar, es mixta. El fideicomisario es acreedor del fiduciario, y no dueño, en derecho estricto, de la cosa"[18].

8.6. CLASES DE TRUST

Si bien los respectivos marcos regulatorios no efectúan mención de las diversas clases de trust, la doctrina ha procedido a clasificarlos en dos grandes grupos: los "express trusts" y los "implied trusts".

Los primeros son aquéllos creados por la voluntad del settlor -ya sea por acto intervivos o mortis causa-. Se constituyen mediante una manifestación expresa dictada en tal sentido o por expresiones que conducen a dicho propósito. Ejemplo de esta última alternativa (conocida como "impliedly express trusts") es el caso de quien transfiere el dominio de una propiedad y remite una carta al adquirente para que la enajene y entregue el producido a un tercero.

[16] **FREIRE** incluso afirma que en los trusts de carácter público o de beneficencia, los numerosos beneficiarios serán indeterminados individualmente, formando un grupo de personas a quienes se les brinda un servicio social, por lo que basta señalar un grupo de personas a las que se pretende beneficiar. Op. cit., pág. 39,

[17] **KIPER**, Silvio. Op. cit., pág. 67, nota 45.

[18] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 7.

Con relación a esta categoría, Kiper y Lisoprawski afirman que "Los trusts expresos requieren para su existencia un acto de voluntad del settlor, con palabras que revelen la intención manifiesta e incontrovertible de que el negocio se constituya"[19].

A su turno, Betina Freire explica que "El trust expreso se constituye por la voluntad expresa del fiduciante. Se crea intencional y deliberadamente por alguna persona, ya sea en un instrumento que puede ser un convenio o un testamento, ya sea mediante simple declaración oral, si el objeto consiste en bienes muebles. Será condición sine qua non que el acto se declare categóricamente formalizado, definiéndose con toda claridad la disposición de los bienes o derechos que se destinen al negocio"[20].

La misma autora agrega que "Los trust expresos pueden crearse en cualquiera de las siguientes formas: 1) 'A' transmite una propiedad a 'B', en trust para 'A'; 2) 'A' transmite una propiedad a 'B', en trust para 'C', y 3) 'A' se declara a sí mismo trustee (fiduciario) de la propiedad para 'C'".

A su vez, los express trust pueden ser divididos entre activos (active, alive, special u operative trusts) y pasivos (pasive, simple, nominal, technical, dry o nacked trusts). Los trusts activos son aquéllos en los que el trustee ejerce el control y administración del patrimonio fiduciario, en tanto que en los pasivos actúa como un mero depositario legal destinado a transmitir la propiedad de los bienes al beneficiario.

También los express trusts pueden clasificarse en completos (completed express trusts) o incompletos, dependiendo de que se requieran o no instrumentos adicionales para el acto constitutivo del trust. Los primeros, también llamados "ejecutados" ('executed trusts"), comprenden a aquéllos contratos cuyos términos han sido declarados por el settlor de manera definitiva en el instrumento correspondiente, por lo que no exige ningún acto ulterior para producir todos sus efectos.

En cambio, los incompletos, también denominados "por ejecutarse" ("executory trusts"), son aquéllos que conceden derechos a los beneficiarios no de forma inmediata, sino con subordinación a un acto o documento adicional que deberá llevarse a cabo, dado que aún existiendo instrucciones dadas por el constituyente en vista a la trasmisión del bien, el acto jurídico que las contiene no resulta suficiente para operar por sí mismo la transmisión que ordena.

Otra clasificación de los express trusts consiste en distinguir entre imperativos o instrumentales ("instrument trusts") y discrecionales ("discretionary trusts"). Los primeros exigen que el trustee siga rigurosamente las instrucciones del settlor, sin poder de apreciación personal o discrecionalidad[21]. Por el contrario, en los discrecionales el fiduciario debe

[19] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 10.
[20] **FREIRE**, Betina., op. cit.,pág. 39.
[21] Al respecto, **FREIRE** explica que esta rigidez en materia decisoria se basa que en esta clase de trust la naturaleza de las obligaciones a cargo del fiduciario que cualquier persona de aptitudes normales pueda

aplicar su propio criterio, juicio y prudencia, confiriéndosele un amplio poder de acción.

Finalmente, los express trusts pueden agruparse en private trusts o charitable (public) trusts, distinguiéndose ambos por el fin perseguido (interés privado o personal en los primeros, beneficencia o interés general -se trate de la comunidad o de un sector de la sociedad- en los segundos)[22]. En este último caso, López de Zavalia nos advierte sobre las dificultades de discernir entre ambas categorías, presentando ambas grandes analogías[23].

Por su parte, los implied trusts son aquéllos creados no por voluntad del settlor sino por ministerio del derecho. En este sentido, Betina Freire explica que "... el trust implícito es la consecuencia de la interpretación que hacen los tribunales a partir de la intención tácita de las partes. Son los jueces los que, en ciertas circunstancias, declaran la existencia de un trust, aunque no surja expresamente de la relación que une a las partes o por la cual se ha instrumentado el acto objeto de interpretación"[24].

Comprenden dos especies: los resultantes ("resulting trusts") y los interpretativos ("constructive trusts"). Los primeros son creados por los tribunales de Equidad cuando encuentra motivos para presumir que una persona, por sus actos, pretendió crear un trust expreso pero que, por circunstancias insuperables, no llegó a formalizarse. Así, el sistema legal toma como punto de partida una intención presunta, aunque no real, del constituyente. Como ejemplo se puede mencionar la adquisición onerosa de bienes pagada por un tercero.

Al respecto, Kiper y Lisoprawski comentan que estos trusts "... surgen como consecuencia de la presunción de ciertos actos o relaciones de las partes efectuada por la ley y en virtud de los cuales se supone que existe una intención de crear el trust"[25].

Por el contrario, los constructive trusts, son creados por el tribunal sin que medie, ni siquiera presuntivamente, la voluntad de persona alguna, con la finalidad de impedir que un individuo adquiera injustamente riquezas en perjuicio de una tercero. De este modo, el derecho prescinde de las intenciones de las partes –pudiendo incluso llegar a contradecirlas- para hacer valer razones de justicia. Como ejemplo podemos mencionar el de quien adquiere un bien por error y lo vende.

Además de las categorías descriptas, existe otra posible clasificación basada en el destino dado a las rentas, en la que se presentan las siguientes alternativas:

---

cumplirlas satisfactoriamente, como sería, por ejemplo, la adjudicación y distribución de bienes entre personas determinadas, según proporciones establecidas de antemano. Op. cit., pág. 40.

[22] **FREIRE** distingue los trusts públicos de los privados en el hecho de que en los primeros el beneficiario no necesita estar definido y el trust puede durar para siempre. Op. cit., pág. 39.

[23] **LÓPEZ DE ZAVALÍA**, Fernando J. Op. cit., pág. 40.

[24] **FREIRE**, Betina., op. cit.,pág. 40.

[25] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. .

a) trust de participación ("interested in possession trust"), en el cual el o los beneficiarios poseen el derecho a participar en una proporción determinada en los rendimientos del trust y respecto de los cuales el trustee no posee discrecionalidad alguna. Una variante de estos son los "life interest trust", en los que el trust debe pagar un determinado ingreso a un sujeto (muchas veces el mismo settlor) durante toda su vida, y a su muerte debe transferir el capital a otra persona designada.

b) Trust de acumulación ("accumulation trust"). En este caso, las rentas pueden ser retenidas por el trustee. Dentro de esta clase se incluyen muchas veces a los denominados "trust complejos", en los que el trustee se encuentra habilitado para decidir la política de distribución de rendimientos a los beneficiarios.

c) Trust de gestión ("accumulation and maintenance trust"), el cual consiste en una combinación de las dos opciones anteriores, funcionando como "accumulation trust" hasta que se concretan determinadas circunstancias y a partir de dicho momento opera como un trust de participación.

8.7. OBJETO DEL TRUST

El objeto del trust está conformado por el conjunto de bienes afectados a un fin determinado de conformidad con el "trust deed". Puede comprender, salvo prohibición legal expresa, casi todo tipo de bienes que existan al momento de la constitución del trust y se encuentren en el comercio: bienes muebles o inmuebles, corporales o inmateriales. Una de las pocas excepciones se presenta en el caso del deudor que resulte fiduciario de los derechos derivados de obligaciones cuyo cumplimiento se encuentre a su cargo, situación incompatible con la propia naturaleza del trust.

Debemos advertir que para que se considere conformado el trust no es suficiente la transferencia del patrimonio por parte del settlor y su constitución en unidad separada, sino que se requiere también que se lo afecte a una finalidad determinada o determinable, esto es que se le confiera una destinación específica. Al respecto, Rodríguez Azuero recuerda que "La jurisprudencia ha considerado que si la posición del trustee es tan amplia que los Tribunales que los Tribunales de Equidad no estarían en capacidad de establecer si existe un abuso de su parte, el trust no se entiende creado válidamente"[26].

El mismo autor comenta seguidamente que "Si la destinación se hace imposible de cumplir y el hecho no constituye por si mismo una causal de extinción del trust, los tribunales ingleses pueden establecer una similar con la cual se entiende debidamente cumplida la intención del constituyente. Esta posibilidad resulta muy importante tratándose de trust caritativos en los cuales las circunstancias tienden a modificarse con el transcurso del tiempo y que de no contar con un recurso de esta naturaleza podrían resultar frustrados".

[26] **RODRÍGUEZ AZUERO**, Sergio. Op. cit., pág. 623/24.

En igual sentido, Ignacio Copete[27] considera que "... puede afirmarse que la afectación domina el desarrollo del trust; que su existencia es condición 'sine qua non' de la vida del mismo; que las facultades del trustee están en gran parte determinadas por ella; que los tribunales ingleses controlan celosamente su estricto cumplimiento, y que en los casos en que ello es necesario, para satisfacer mejor el fin que guió al constituyente, puede señalar una afectación análoga, cuando la primitiva resulta inalcanzable o demasiado gravosa".

8.8. CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONAMIENTO

La figura que nos ocupa posee características muy variadas, las cuales cambian de una jurisdicción a otra. En la generalidad de los casos, su creación se produce mediante un acta de aporte ("settlement") o un acta de fiducia ("deed of trust"), en la cual se detallan las pautas que regirán su funcionamiento, como pueden ser: a) designación del trustee y descripción de sus obligaciones y facultades; b) identificación de los beneficiarios, aunque en algunas jurisdicciones se admite que sus datos se consignen separadamente en un documento complementario de naturaleza confidencial; c) descripción de los bienes aportados, la que también puede efectuarse en un instrumento separado; d) condiciones de funcionamiento del trust, tales como posibilidad de revocación por el settlor, ley aplicable, etc.; e) plazo de duración.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que el trust no es un contrato sino un instituto del derecho de propiedad, pudiendo crearse por medio de una simple declaración de voluntad e incluso puede existir en ausencia de un instrumento constitutitvo (como se da en el caso de los constructive trusts).

Además, en el supuesto de que se configure efectivamente un acuerdo entre el settlor y el trustee, no se requiere la "consideration" exigida para otros contratos. No obstante, debe surgir de manera manifiesta la intención del constituyente de crear el trust, esto es de imponer deberes legalmente obligatorios, no resultando suficiente la imposición de una simple obligación de orden moral que deje librado su cumplimiento a la exclusiva voluntad del trustee. Así, no se presumirá la existencia de un trust por las palabras utilizadas sean meramente de súplica o ruego, como sería el caso, por ejemplo, de quien, al dejar una herencia, manifieste su deseo que el heredero conserve un bien en particular dentro del patrimonio familiar.

Asimismo, resulta común que al producirse la transferencia al fiduciario, éste firme juntamente con el constituyente una carta de intenciones ("letter of whishes"), la cual constituye un documento informal donde se exponen los intereses del propietario con relación a la administración de los bienes, aunque no forma parte de la documentación del trust. Si bien es cierto que no posee el mismo valor legal que el "Deed of trust", en la práctica el manejo del patrimonio fiduciario se guía por este documento redactado por el propietario y que es susceptible de ser modificado en cualquier momento.

[27] Citado por **RODRÍGUEZ AZUERO**, op. cit., pág. 621.

Debemos aclarar que la transmisión de la propiedad se realiza al trustee dado que el trust no posee personalidad jurídica propia. La aportación de los bienes puede efectuarse con carácter revocable o irrevocable, pudiéndose algunos de los siguientes procedimientos:

a) Traspasando el título legal a determinada persona y condicionando el fideicomiso a favor del originante o un tercero; o

b) Adquiriendo el primitivo propietario el carácter de trustee. En este supuesto, como dijéramos más arriba, no se produce traspaso alguno de la propiedad, sino que se separa el llamado "dominio equitativo", fundado en el equity law, del "dominio legal" basado en el common law.

Por otra parte, puede añadirse a la estructura del trust la figura del protector, quien es alguien de confianza del settlor y designado por éste para velar por el cumplimiento de las condiciones especificadas en el acta de fiducia y/o en la carta de intenciones. Puede poseer grandes facultades, como, por ejemplo, disponer la remoción del trustee o autorizar la toma de determinadas decisiones (como pueden ser la distribución de activos y rendimientos del trust). Esta función puede ser desempeñada por el asesor legal del propietario o incluso por éste mismo.

Finalmente, debemos señalar que el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo del trust la facultad de adjuntar al trustee un colaborador que asista o asesorare a este último, e incluso formar un comité técnico, integrado por especialistas, que le brinde consejo u orientación acerca de la inversión del patrimonio fiduciario[28]. Sin embargo, ello no lo libera de la necesidad de obrar prudentemente, en cuyo defecto no se encuentra exento de responsabilidad.

8.9. DIFERENCIAS CON EL FIDEICOMISO

Entre las principales diferencias que distinguen al trust del fideicomiso, podemos mencionar las siguientes:

a) El trust representa un fraccionamiento de los derechos de propiedad; en cambio, en el caso del fideicomiso, estamos ante una única titularidad protegida por una única jurisdicción.

b) El fideicomiso constituye un contrato, en tanto que el trust es una institución del derecho de propiedad.

c) Mientras que el trust nace a partir de un acto unilateral, el fideicomiso, en la mayoría de las veces, surge a partir de un contrato bilateral celebrado entre el fiduciante y el fiduciario.

[28] Al respecto, **KIPER** y **LISOPRAWSKI** nos comentan que esta práctica es muy común en Estados Unidos (especialmente a partir de 1914), donde encontramos trust committies cuya función es brindar asesoramiento en trusts destinados a invertir en valores, bonos, acciones, etc. Op. cit., pág. 421.

d) El settlor puede asumir el carácter de trustee, mientras que en el fideicomiso necesariamente debe tratarse de personas distintas.

e) El trustee no puede beneficiarse con el trust, contrariamente a lo que sucede en el fideicomiso, donde en principio el fiduciario puede asumir la calidad de beneficiario.

8.10. FINALIDADES PERSEGUIDAS CON LOS OFF-SHORE TRUSTS

La constitución de un trust en el exterior puede responder a diversas motivaciones, entre las cuales podemos mencionar cuestiones sucesorias, protección legal o planificación fiscal.

8.10.1. DISTRIBUCIÓN DE BIENES

El trust puede ser utilizado con fines de planificación sucesoria, dado que el settlor puede disponer libremente la distribución de sus bienes entre sus herederos sin necesidad de recurrir a los engorrosos procesos que traen aparejados la ejecución de un testamento, máxime si los bienes se encuentran radicados en distintos Estados.

En tal sentido, esta figura permite estructurar los negocios familiares de manera que se asegure determinado nivel de ingresos futuros a cada componente del núcleo familiar, sin que el fallecimiento del causante provoque cambios en la titularidad ni en la administración de los bienes. Al respecto, Kern nos comenta que "En muchos casos el 'Grantor o Settler' de un 'Trust' es también beneficiario. En caso de fallecimiento del 'Grantor'/beneficiario, el 'Trust' suele servir para asegurar los ingresos de los nuevos beneficiarios (esposa/o, hijos, etc.). Aunque este objetivo puede ser alcanzado igualmente con un testamento, la existencia de un 'Trust' hace que el fallecimiento no produzca cambio de titularidad, ni de propiedad, ni de administración. Esta característica fundamental permite al 'Grantor'/beneficiario estructurar el futuro de su patrimonio con mucha flexibilidad y garantía"[29].

Por otra parte, la formación de un trust permite que el settlor pueda distribuir sus bienes conforme sus deseos, sin interferencia de las regulaciones relativas a herencias, pudiendo beneficiar a personas ajenas a su familia e incluso desheredar a quien lo estime conveniente. No obstante, deberá atenderse la legislación sobre herencias de las jurisdicciones donde se encuentran situados los bienes, dado que las mismas pueden establecer estrictas normas de protección de los herederos forzosos.

8.10.2. PROTECCIÓN LEGAL

Otra finalidad perseguida es la cobertura legal de los bienes frente a eventuales procesos judiciales entablados contra su propietario por razones de mala praxis, responsabilidad profesional o causas similares. En igual sentido,

[29] **KERN**, Ricardo. Trusts y fideicomisos en el exterior, pág. 224.

esta figura puede ser utilizada para ocultar bienes frente a procesos de divorcio.

También los trusts pueden brindar adecuada cobertura contra reclamos de eventuales acreedores, pero sólo en aquellos casos en que los bienes se encuentren situados en la jurisdicción donde se ha celebrado el contrato y siempre que su legislación contemple disposiciones específicas en este sentido. En cambio, en el caso de bienes radicados en otros países puede resultar de aplicación normas destinadas a evitar fraudes en contra de terceros[30].

8.10.3. PLANIFICACIÓN FISCAL

Las bondades que posee el trust también contribuyen a que se utilice esta figura con el propósito de implementar técnicas de planificación fiscal que conlleven a una disminución de la carga fiscal que debe soportar un sujeto.

Básicamente, esta planificación se estructura a partir de la creación de un fondo fiduciario en una jurisdicción de baja tributación o en un paraíso fiscal, en los cuales además se cuente con una legislación que proteja el secreto fiscal y profesional. Estas jurisdicciones muchas veces son ex colonias inglesas, con sistemas jurídicos basados en el common law, las que, además de reconocer la validez de los trust, poseen normas flexibles que no exigen mayores formalidades en torno a su constitución ni que los bienes se encuentren ubicados en su territorio.

Debemos agregar que los trust ofrecen una serie de ventajas que alientan su utilización cada vez más frecuente en la implementación de técnicas de planificación fiscal. En tal sentido, De Arespacochaga[31] identifica las siguientes:

a) El trust supone la transferencia de la propiedad a todos los efectos legales, de modo que los bienes dejan de pertenecer al settlor, circunstancia ésta que debilita los argumentos de que dispone por el Estado del cual es residente a los efectos de justificar un eventual reclamo de tributos patrimoniales y a la renta.

b) La propia configuración de este instituto y sus escasas exigencias en cuanto a formalidades legales (particularmente las referidas a inscripción en registros oficiales) hacen que resulte sumamente difícil detectar su estructuración.

c) El tratarse de un instituto extraño a los sistemas legales de raigambre continental tornan torna dificultosa su comprensión y, por ende, la adopción de adecuadas medidas antielusivas.

[30] Como ejemplo de esta situación, Ricardo Kern menciona el fallo "Duttle vs. Bandler & Kass", dictado en tribunales norteamericanos el 23/06/92. Op. cit., pág. 224.
[31] **DE ARESPACOCHAGA**, Joaquín. Op. cit., págs. 77/80.

d) En general, las rentas acumuladas en un trust y no distribuidas no se verán sometidas a imposición en los países de residencia de los beneficiarios.

Entre los mecanismos de planificación fiscal que se pueden implementar mediante el uso de esta figura son podemos mencionar los siguientes:

a) En la hipótesis más sencilla, un sujeto residente transfiere sus bienes a un trust, nombrando beneficiarios a sus familiares. A su vez, se reserva el derecho de designar a un protector –rol que puede ser desempeñado por el propio constituyente- o a un comité técnico, integrado con personas de su confianza, que supervisarán el desempeño del trustee. De esta forma, el contribuyente nacional eludirá la imposición patrimonial en su estado de residencia respecto de los bienes ubicados fuera del territorio nacional, si bien quedarán alcanzados por la imposición a la renta los beneficios que el trust distribuya a sus familiares residentes.

b) Una persona constituye un "trust" en un paraíso fiscal, al cual transfiere la totalidad o parte de su patrimonio y nombra beneficiario a un sujeto no residente (por ejemplo una sociedad por acciones). A su vez, este último concede "préstamos" al residente nacional a muy largo plazo, los que cada tanto pueden ser condonados.

c) Una variante de la anterior consiste en crear un trust en el exterior, el cual a su vez aporta fondos para la constitución de una sociedad por acciones en el exterior. Esta última, a su vez, nombra director al settlor y le retribuye el desempeño de sus "funciones" mediante el pago de honorarios[32]. De este modo, el sujeto pasivo solamente tributará en su país de residencia por esta última renta, pero no así por los beneficios obtenidos por la sociedad extranjera. Asimismo, en caso que exista un convenio para evitar la doble imposición internacional entre los Estados de residencia de la sociedad no residente y el contribuyente nacional, los honorarios podrían no encontrarse sometidos a tributación en el último de ellos.

d) El contribuyente de un país "A" constituye un trust en un paraíso fiscal (estado "B"), el cual invierte en una sociedad residente en otro estado de fiscalidad restringida (estado "C"), en el cual se permitan las acciones al portador. Esa segunda sociedad invertirá en un estado "D" que tenga firmado un convenio para evitar la doble tributación con "A", en virtud del

[32] Además, se puede pactar que el settlor, en su carácter de director, puede reservarse el derecho de adquirir las acciones de la compañía por un importe simbólico. De esta forma, podrá recuperar el dominio de sus bienes de forma sencilla. Cfr. "Los paraísos perdidos", pág. 94.

cual se conceda un tratamiento fiscal privilegiado a las rentas obtenidas –provenientes del país "A"- por los inversores de "D". De este modo, las ganancias del contribuyente serán gravadas más favorablemente que si se hubiera tributado en su estado de residencia ("A"), a pesar que probablemente los fondos nunca abandonaron ese territorio.

No incluimos dentro de este apartado aquellas maniobras destinadas a permitir el ocultamiento de la riqueza y que encuadran no ya en el concepto de planificación fiscal sino en el de evasión. Al respecto, debemos señalar que la legislación sobre secreto profesional y bancario vigente en algunas jurisdicciones confiere cierta opacidad a la titularidad de patrimonios mantenidos en el extranjero. En muchos casos no existe obligación de comunicar quienes son los beneficiarios, a la vez que el "deed of trust", si bien se le reconoce plena validez legal, no es un documento público que deba inscribirse en un Registro. En igual sentido, el fiduciario sólo podrá revelar las posesiones del trust en caso de recibir una orden de un tribunal de justicia de la propia jurisdicción donde aquél ha sido creado, circunstancia que sólo puede presentarse si se demuestra que el settlor ha cometido un acto criminal a la luz de la legislación de dicho Estado.

8.11. LEGISLACIÓN COMPARADA

A nivel de legislación comparada, podemos afirmar que algunos países no reconocen al trust como figura legal separada del "grantor" (por ejemplo España) o del beneficiario; otros, en cambio, si bien consideran al patrimonio fiduciario en forma separada de la persona que lo constituyó, imponen a dichos fines el cumplimiento de reglas muy estrictas en cuanto a irrevocabilidad y ausencia de control sobre los actos del "trustee" por parte del settlor.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que como vimos en el apartado precedente, existen jurisdicciones que prevén condiciones muy favorables para la creación de trusts, no sólo en materia fiscal sino también en lo relativo al mantenimiento del secreto profesional y bancario.

Seguidamente, pasaremos a a describir brevemente las principales características que presentan algunas jurisdicciones para la constitución de off-shore trusts.

8.11.1. Bahamas

Constituye una entidad legal reconocida por el sistema jurídico. Puede ser revocable o irrevocable. Es creado por un "settlor" no residente para beneficiarios no residentes. A su vez, el "settlor" puede ser beneficiario.

No es necesario que los activos estén situados en Bahamas. Los administradores deben encontrarse radicados en las islas. No es necesaria la inscripción del contrato, aunque éste debe especificar los derechos y la identidad de los beneficiarios. Goza de inmunidad fiscal.

8.11.2. Chipre

No es una entidad legal. Los trust constituidos por extranjeros se encuentran exentos de impuestos.

8.11.3. Gibraltar

Los ingresos de un trust creado por un no residente están exentos de impuestos, si los trustees residen en el peñón. Además, se requiere que ningún beneficiario sea residente en Gibraltar y que los ingresos provengan del exterior o, caso contrario, sean recibidos directamente por el beneficiario.

8.11.4. Isla de Man

Posee una legislación flexible similar a la existente en el Reino Unido. No paga impuesto si los beneficiarios son no residentes, los fondos del trust provienen del exterior y son depositados en bancos autorizados.

8.11.5. Malta

Se encuentra exento de impuestos en tanto el settlor y los beneficiarios sean no residentes.

8.11.6. Principado de Liechtenstein

La ley permite al fiduciante ser el único beneficiario. Asimismo, puede nombrar a un órgano asesor del trust. El contrato puede ser revocado en cualquier momento.

El trust típico no goza de personalidad jurídica propia. Por el contrario, existe un trust atípico, el trust registrado, el cual posee personalidad jurídica y tiene objeto comercial.

8.12. SITUACIÓN DE LOS TRUST FRENTE A LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

En término generales, debemos advertir en primer lugar que tanto el Modelo de OCDE como el de Naciones Unidas, así como también sus respectivos comentarios, hacen alusión expresa al trust, siendo únicamente el Modelo de Convenio elaborado por el Tesoro de los Estados Unidos el que mostró cierto interés en receptar esta figura en su articulado, al menos en dos aspectos esenciales: a) inclusión dentro del término persona a los trust que no son objeto de derechos u obligaciones derivadas del acuerdo; b) ampliación del concepto de residencia a los trusts a los efectos de su inclusión en las normas convencionales.

Al respecto, De Arespacochaga explica que "En general, sólo en los países anglosajones el trust tiene la condición de sujeto de imposición, considerándolo a estos efectos como un patrimonio separado susceptible de

someter a tributación. El hecho de que la generalidad de los Estados no incluyeran el trust dentro del término genérico de "cualquier otra agrupación de personas" contenida en el art. 3.1a) del Modelo OCDE, obligó a los EEUU, en su momento, a hacer mención expresa en el Modelo, así como en los convenios posteriores que suscribió con terceros Estados"[33].

Dentro de la lógica descripta, el artículo 4.1.b) del modelo estadounidense reconoce a los trust como sujetos de tributación a los que resulta aplicables las disposiciones convencionales, pero sólo en la medida que sean residentes de un Estado que someta a tributación las rentas obtenidas por el trust.

En cuanto a las distribuciones de renta que efectúe el trust, en los convenios firmados por EE.UU., la potestad de imposición estará determinada por el domicilio del beneficiario de la ganancia. Así, las rentas percibidas por un beneficiario residente en el otro Estado contratante que provengan de un trust americano gozarán de los beneficios previstos por el convenio, viéndose reducidos los porcentajes de retención en la fuente aplicables por el fisco norteamericano.

Volviendo al Modelo de OCDE, debemos puntualizar que sin perjuicio del silencio que éste guarda en la materia, algunas corrientes doctrinarias incluyen al trust dentro del Convenio de la OCDE haciendo una interpretación extensiva del término "sociedad" contemplado por el artículo 3.1.b), mediante lo cual se entiende que dicha expresión resulta comprensiva de toda entidad considerada persona jurídica a los efectos tributarios[34].

Debemos agregar a ello que, aunque parezca paradójico, el tratamiento tributario de las rentas provenientes de trusts extranjeros se encuentra mejor regulado en los convenios suscriptos por algunos países de Derecho Continental que no reconocen a esta figura en su normativa interna, que la contemplada por convenios firmados por países del Common Law. La razón de esta situación radica en que dichos Estados, habiendo adherido a la Convención de la Haya, reconocen la existencia de los trust constituidos en el exterior, si bien no admiten su creación a nivel local, por lo que su ordenamiento interno no interferirá en la regulación del tratamiento fiscal del trust. En cambio, los acuerdos firmados por las jurisdicciones de sistema anglosajón suelen contener numerosas previsiones tendientes a evitar la doble imposición de las rentas percibidas por un trust local, pero que no resultan aplicables con igual efectividad en los casos que beneficios distribuidos por un trust extranjero a un residente nacional.

[33] **DE ARESPACOCHAGA**, Joaquín. Op. cit., pág. 81.

[34] Tal es el caso de la doctrina del Landstetteretten danés plasmada en una Resolución del 11/07/94, la cual reconoció la validez jurídica a los efectos fiscales de un "discretionary trust". En igual sentido, el Tribunal Fiscal de Colonia, en oportunidad de interpretar el Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional suscripto entre Alemania y Estados Unidos, estimó que en determinados casos las distribuciones realizadas por un trust pueden ser asimiladas a intereses a los fines de la aplicación del artículo 11.3. (Köln F. G. 41 EFG 40, de 1993). Cfr. **DE ARESPACOCHAGA**, Joaquín, op. cit. pág. 82.

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que las rentas involucradas en esquemas basados en trusts pueden verse sometidas a imposición en las siguientes oportunidades:

a) Al momento del pago de la renta al trust. En este caso, el Estado de residencia del sujeto pagador aplicará un régimen de retención en la fuente.

b) Al finalizar el ejercicio fiscal del trust o del trustee. Aquí, el trust (en caso de que se reconozca a éste como sujeto pasivo) o en su defecto el trustee deberá ingresar el gravamen determinado sobre las rentas obtenidas por el fondo fiduciario.

c) Al distribuir las rentas a los beneficiarios. En este supuesto, el Estado de residencia del trust o del trustee también aplicará un régimen de retención en la fuente sobre los beneficios girados al exterior.

d) Al finalizar el ejercicio fiscal del beneficiario, éste deberá declarar las rentas provenientes del trust foráneo.

Ahora bien, para evitar situaciones de doble imposición, lo ideal sería que por aplicación de convenios de doble imposición entre las distintas jurisdicciones involucradas, se reconozca en cada nivel un crédito fiscal por el impuesto ingresado en el anterior. Sin embargo, ello rara vez ocurre, ni siquiera en los países donde rige el Common Law, cuya legislación interna, si bien reconoce un tax credit por el impuesto pagado en el extranjero por rentas percibidas por trusts residentes, no hacen lo mismo con las rentas percibidas desde el extranjero por beneficiarios locales.

En algunos casos esta situación halla solución mediante la aplicación de la cláusula del beneficiario efectivo. Así, en el caso de un "life interest trust" o de un "discretionary trust" prevalecerá un criterio de transparencia, no considerándose el trust a los efectos fiscales y aplicándose el convenio como si la renta fuera percibida directamente por el beneficiario, Por el contrario, en el supuesto de un "accumulation trust" se entenderá que el beneficiario efectivo de la renta es el trustee.

8.13. RESIDENCIA FISCAL DEL TRUST

Uno de los factores que también es necesario examinar a los fines de dilucidar el tratamiento tributario que corresponde dispensar a un trust, sea en la faz de la legislación interna como en la referida a los convenios para evitar la doble imposición, es bajo qué circunstancias se lo considerara constituido en una determinada jurisdicción o, dicho en otras palabras, que elementos se deberán tomar en cuenta a los fines de atribuirle una determinada residencia fiscal.

Ello resultará de especial importancia frente a los impuestos a la renta y sobre el patrimonio.

Al respecto la Convención de La Haya[35] enuncia cinco criterios que podrán ser utilizados a los fines de resolver el interrogante planteado:

a) La jurisdicción cuya legislación ha sido elegida por el fiduciante como marco legal destinado a regir el funcionamiento del trust. Esta opción constituye el principal criterio a ser tenido en cuenta, y sólo cuando la ley elegida no contemplara la figura del trust o no se indicase la ley aplicable, resultarán procedentes los criterios que se indican a continuación. Con relación a ella, Gabriel Gotlib,[36] entiende que la misma en la práctica es una invitación a la elusión.

b) Lugar de administración del trust.

c) La jurisdicción en la que se encuentran situados los bienes que componen la "property trust".

d) El lugar de residencia del trustee o el lugar en que éste lleva a cabo sus negocios.

e) Los objetivos del trust y el lugar donde éstos son llevados a cabo.

Ahora bien, en virtud del criterio de residencia seguido por cada jurisdicción, se podrá arribar a situaciones de doble o múltiple imposición. Imaginemos el caso de un residente del país "A" que constituye un trust en el país "B", mediante la entrega del dominio fiduciario de bienes situados en el país "C" a un trustee domiciliado en el país "D". En esta situación, las rentas del trust podrían ser gravadas por cada una de las jurisdicciones participantes, según el criterio de vinculación adoptado por cada una de ellas.

El artículo 4° del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos define el concepto de residente como toda persona que en virtud de la legislación del Estado contratante esté sujeta a imposición en el mismo por razones de su domicilio.

Sentado ello, es dable mencionar que, como veremos seguidamente, la legislación argentina ha seleccionado, tanto en el impuesto sobre la renta como en el caso de los gravámenes patrimoniales, como criterio de residencia el del lugar bajo cuya legislación se haya constituido el fideicomiso.

[35] Tratado firmado el 07/01/1985. Cabe aclarar, como bien lo hace **CALEGARI DE GROSSO** (op. cit., pág. 1004) que no se trata de un intento de "ley uniforme", sino que consiste en un régimen acordado sobre ley aplicable y reconocimiento internacional, y que nuestro país no ha adherido al mismo.
[36] **GOTLIB**, Gabriel. Op. cit., pág. 124.

8.14. TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN LA ARGENTINA

En nuestro país, el trust constituye un instituto extraño a la legislación nacional, la cual ha adoptado la figura del fideicomiso, si bien éste presenta ciertas características que lo acercan al modelo anglosajón. De este modo, y como bien remarca Kern, no resulta factible crear un trust conforme a los términos de la Ley Nº 24.441. Esta circunstancia no impide, sin embargo, que los trusts celebrados en el extranjero proyecten efectos fiscales en el ámbito local, incidiendo en algunos casos en la determinación de los gravámenes a cargo de los residentes nacionales.

8.14.1. Impuesto a las ganancias

En primer término, cabe recordar que el artículo 1º de la Ley de Impuesto a las Ganancias prevé que se encuentran alcanzadas por el gravamen todas las rentas obtenidas por residentes argentinos, así como las ganancias de fuente argentina obtenidas por sujetos no residentes.

Por su parte, el artículo 69 del mismo cuerpo normativo incluye entre los sujetos del tributo a los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley Nº 24.441, marco legal que, como vimos, no recepta al trust anglosajón.

Atento a ello, podemos inferir que los trusts formalizados en el extranjero bajo otros marcos legales sólo tributarán el impuesto a las ganancias argentino por las ganancias de fuente argentina que obtengan, resultando de aplicación a tales efectos el esquema retentivo previsto en el Título V de la ley del gravamen.

Ahora bien, si bien es cierto que la figura bajo análisis resulta ajena a nuestra legislación doméstica, no es menos cierto que aquélla pueda proyectar efectos impositivos a nivel local, en tanto el beneficiario sea un residente nacional.

En tal sentido, el artículo 140 de la ley del gravamen dispone que constituyen ganancias de fuente extranjera las rentas obtenidas por residentes argentinos en su calidad de beneficiarios de fideicomisos o figuras jurídicas equivalentes, a cuyos fines serán consideradas como ganancias todas las distribuciones que efectúe el fideicomiso o figura equivalente, salvo prueba en contrario que demuestre fehacientemente que los mismos no obtuvieron beneficios y no poseen utilidades acumuladas generadas en períodos anteriores al último cerrado, incluidas ganancias de capital y otros enriquecimientos.

Por su parte, el artículo 146 del mismo cuerpo legal declara comprendidas entre las rentas de fuente extranjera obtenidas por sujetos empresa, entre otras, a las obtenidas en su carácter de beneficiarios de fideicomisos o figuras jurídicas equivalentes constituidas en el extranjero, incluida la parte que no responda a los beneficios considerados en la norma

precedente o que exceda de los mismos, salvo que revistan el carácter de fiduciante o figura equivalente.

Con relación a los dispositivos reseñados, Ricardo Kern[37] entiende que podría pensarse que la normativa argentina estaría reconociendo al "Trust" como figura legal separada del Grantor o beneficiario, atento reconocerle -por lo menos a los fines de la aplicación del gravamen- la capacidad de generar rentas de fuente extranjera, posición con la que coincidimos plenamente.

A igual criterio parece arribar el servicio jurídico del Organismo Recaudador en el Dictamen N° 23/2000 (DI ASLE), al afirmar que las rentas obtenidas por una persona física en su carácter de beneficiario de un trust creado en los Estados Unidos de América debían ser declaradas como rentas de fuente extranjera.

Por otra parte, para el caso que el trust se constituya en una jurisdicción tipificada como de baja o nula tributación, podemos advertir que gozará de un mejor tratamiento que si se hubiera recurrido a una sociedad por acciones, ello si tenemos en cuenta que en el primer supuesto las rentas obtenidas recién se encontrarán sometidas a imposición a partir de su distribución, en tanto que las obtenidas por la entidad por acciones y originadas en rentas pasivas, deberán ser atribuidas al accionista argentino en el ejercicio en que se produce su devengamiento, esto último por aplicación del esquema de transparencia fiscal incorporado al plexo legal mediante el inciso a) de su artículo 133.

8.14.2. Impuesto al valor agregado

En lo atinente al impuesto al valor agregado, cabe recordar que, conforme con la lógica de este tributo, sólo se encuentran alcanzadas por el mismo las transacciones llevadas a cabo dentro del territorio argentino o que impliquen la introducción de bienes o servicios dentro del mismo. Por lo tanto, los trusts foráneos se encontrarán fuera de la órbita de imposición del gravamen, excepto que realicen prestaciones de servicios a sujetos inscriptos y que las mismas sean utilizadas económicamente en el país.

8.14.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta

Como viéramos al describir el tratamiento general del fideicomiso, el inciso f) del artículo 2° de la ley del tributo prevé que revestirán el carácter de sujetos pasivos del mismo los fideicomisos constituidos en la República Argentina conforme con las previsiones de la Ley N° 24.441. De este modo, y tal cual ocurre con el impuesto a las ganancias, los trusts constituidos bajo normas foráneas no se encontrarán sujetos al presente gravamen, siempre y cuando no posean un establecimiento estable en el país.

Por el contrario, aquellos bienes situados en el territorio nacional que configuren un establecimiento estable cuya titularidad corresponda a un trust extranjero, sí se encontrarán sujetos a imposición. En tal sentido, el cuarto

[37] **KERN**, Ricardo. Op. cit., pág. 225.

párrafo del dispositivo supra aludido aclara que deberán actuar como responsables sustitutos del gravamen las personas de existencia visible o ideal domiciliadas en el país, las empresas o explotaciones unipersonales ubicadas en el mismo o las sucesiones indivisas allí radicadas, que tengan el condominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda de tales bienes.

Debemos añadir que conforme surge del inciso f) del artículo 8º de la ley del gravamen se encuentran alcanzados por el tributo los títulos valores emitidos por entidades –término que entendemos comprensivo de los trusts- constituidas o ubicadas en el exterior cuya titularidad corresponda a los sujetos que revistan el carácter de contribuyentes del gravamen.

8.14.4. Impuesto sobre los bienes personales

Con relación al impuesto sobre los bienes personales, debemos tener presente que el mismo únicamente recae sobre aquellos bienes que pertenezcan a personas físicas o sucesiones indivisas, sean éstas domiciliadas en el país –por los bienes que poseen en todo el mundo- o no domiciliadas –en este caso sólo respecto de los bienes situados en el país.

Aclarado ello, surge como primer interrogante si los bienes cedidos por una persona física a un trust constituido en el exterior se encontrarán o no gravados por el impuesto argentino. Al respecto, y en el entendimiento que los bienes fideicomitidos se desprenden del patrimonio del fiduciante para pasar a integrar un patrimonio separado de éste, opinamos que mal se podría gravar con un impuesto patrimonial como el que nos ocupa a los bienes objeto de un trust extranjero.

Por otra parte, los bienes componentes del fondo fiduciario tampoco se encontrarán gravados en cabeza del beneficiario, desde el momento en que éste no posee la propiedad de los bienes sino que sólo un derecho de naturaleza personal contra el fiduciario.

Igual opinión expresa Ricardo Kern, quien advierte que "Si consideramos al 'trust' como un patrimonio de afectación, -es decir afectado a un fin determinado- y si consideramos que los que pueda tener el beneficiario -excepto en ciertos casos- entran dentro de la categoría de los derechos personales y dado que éstos no son susceptibles de valoración económica, bajo esta óptica un beneficiario –difícilmente- podría ser gravado por los impuestos patrimoniales"[38].

Por lo tanto, aquellos bienes situados fuera de las fronteras de nuestro país, que integren un patrimonio fiduciario constituido en el exterior se encontrarán fuera del campo de imposición de este gravamen.

Ahora bien, para el caso que los bienes fideicomitidos se encuentren situados en el país, el artículo 26 del marco regulatorio del tributo indica que los contribuyentes del impuesto a la ganancia mínima presunta, las sucesiones

[38] **KERN,** Ricardo. Op. cit., pág. 227.

indivisas radicadas en el país y toda otra persona de existencia visible o ideal domiciliada en el mismo que tengan su condominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda deberán ingresar con carácter de pago único y definitivo el 0.75 % del valor de los respectivos bienes existentes al 31 de diciembre de cada año.

Por otra parte, corresponde mencionar que conforme surge del inciso f) del artículo 20 de la Ley Nº 23.966, se encuentran alcanzados por el tributo los títulos valores emitidos por trusts del exterior cuya titularidad corresponda a personas físicas o sucesiones indivisas con domicilio en el país.

8.15. OPONIBILIDAD FISCAL DEL TRUST

Como señalamos en el apartado anterior, en principio, los patrimonios fiduciarios constituidos en el exterior se encuentran fuera de la órbita de imposición de los impuestos patrimoniales de nuestro país, excepto en el supuesto de poseer bienes situados dentro de sus fronteras. No obstante, no podemos ser ajenos a la idea de que este instituto puede ser utilizado como una fórmula eficaz para perseguir una finalidad de opacidad fiscal.

Por lo tanto, resulta menester precisar el contexto dentro del cual las autoridades tributarias se encontrarán habilitadas para desvirtuar esta figura, atribuyendo sus efectos fiscales al settlor. En ese orden de ideas, debemos hacer hincapié en ciertas circunstancias que atentan contra la propia naturaleza jurídica del trust como relación fiduciaria y que, por ende, debilitan su propia consistencia jurídica.

En esa línea de razonamiento, debemos tener en cuenta que el trust importa la formación de un patrimonio separado, cuya gestión y administración se encomienda a un trustee, quien ejerce sus facultades con el fin de alcanzar los objetivos del trust, actuando siempre a favor de los beneficiarios y conforme a la voluntad del settlor.

Aceptado este primer postulado relativo a la esencia del instituto bajo análisis, una primer circunstancia que conspira contra su validez a los fines fiscales está dada por la existencia de cláusulas de revocabilidad que permitan el retorno de los bienes al patrimonio del "grantor", lo cual habilitaría afirmar que éste no se ha desprendido en forma definitiva de la propiedad de los activos fideicomitidos.

Otra circunstancia que torna ineficaz la oponibilidad fiscal del trust es que el settlor ostente la condición de "trustee", aún en aquellos casos en que actúe conjuntamente con otro "trustee" profesional e independiente -pero sobre el cual puede conservar el voto de decisorio (alternativa que es denominada "Weighted majority clause")-, hipótesis no sólo permitiría afirmar que el settlor conserva el control directo sobre los bienes, sino que también daría pie a cuestionar la misma legalidad del trust.

A conclusiones similares debemos llegar en el supuesto de que el "trustee" se encuentre obligado a consultar e incluso a solicitar la autorización

del settlor con el objeto adoptar cualquier decisión relativa a la gestión del patrimonio del trust. Esta intromisión del constituyente nuevamente favorece la argumentación de que los bienes no han salido de su órbita de influencia, reservándose el control efectivo sobre los mismos.

Una alternativa que es más natural al trust consiste en otorgar al "protector" funciones de control sobre la administración de los bienes, especialmente si se obliga al trustee a requerir su consentimiento en la toma de ciertas decisiones. No obstante, resulta poco recomendable que dicho rol sea desempeñado por el settlor, dado que ello reforzará el criterio fiscal de negarle virtualidad jurídica al trust, al entenderse que el settlor conserva su poder de disposición sobre la "trust property".

Puede suceder, asimismo, que el "settlor" se reserve de manera encubierta cierto control sobre los bienes, mediante alguna forma de apoderamiento o incluso ejerciendo funciones de administración de sociedades cuyo participación accionaría pertenezca al trust. Si bien estas situaciones son más difíciles de detectar, atento a involucrar distintos sujetos y jurisdicciones, en caso de que ello ocurriera el Fisco pasaría a contar con las herramientas suficientes para desconocer a la estructura implementada.

En cambio, entendemos que el hecho de que el settlor se encuentre entre los beneficiarios no afectaría, en principio, la virtualidad jurídica del trust, sin perjuicio de que ello podría despertar la suspicacia de la administración tributaria del estado de residencia del settlor.

Como podemos apreciar, todo dependerá de que se acredite o no el real distanciamiento entre la persona del settlor y el patrimonio aportado al trust. En caso de no poder demostrarse tal desvinculación, la administración desconocerá la construcción del trust y atribuirá el patrimonio al "settlor" a todos los efectos fiscales.

Debemos agregar que para atacar los esquemas basados en off-shore trusts el fisco puede recurrir a dos enfoques alternativos: la realidad económica y la simulación negocial.

El primero de ellos consiste en afirmar que la estructura implementada no es la propia de un trust, sino la de una figura distinta. Dicho en otras palabras, este procedimiento se basa no en cuestionar la instrumentación misma del trust, sino en considerar que el mismo no constituye la forma jurídica más adecuada conforme a los fines económicos tenidos en vista por las partes. Así, resultaría aplicable esta interpretación, por ejemplo, en el supuesto que el "settlor" abiertamente establezca una cláusula de revocabilidad y el trustee necesite su consentimiento para la toma de decisiones.

Por el contrario, la segunda vía directamente niega la propia validez jurídica del negocio implementado, su misma realización, en el entendimiento de que las partes han aparentado llevarlo a cabo con la finalidad de ocultar o engañar a terceros. Tal sería el caso en que el "settlor" se designara en forma

secreta a si mismo trustee, ejerciendo de manera directa la propiedad del patrimonio fiduciario.

Sentado ello, cabe tener en cuenta que a nivel nacional, nuestra legislación cuenta con ambas herramientas. En lo relativo a la aplicación de la realidad económica, el artículo 2º de la Ley Nº 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) prevé que cuando los contribuyentes sometan los actos, situaciones o relaciones a "... formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con prescindencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitía aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos".

Por su parte, y con relación al esquema de simulación, el artículo 1207 del Código Civil establece que los contratos hechos en el país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio el Estado, aunque no fueran prohibidos en el lugar que se hubiera celebrado.

Finalmente, es dable mencionar que existe un antecedente jurisprudencial –Causa Eurnekian, Eduardo- en el cual el fisco pretendió negar validez jurídica a un trust constituido en las Islas Cayman. En dicha oportunidad, el fisco baso su posición en que el fiduciante había llevado a cabo una maniobra fraudulenta, por lo que reclamaba la aplicación de la Ley Penal Tributaria. Sin embargo, la Cámara en lo Contencioso Federal rechazó la argumentación fiscal, en el entendimiento que no había mediado una maniobra que implicara el ocultamiento grave de la materia gravada.

8.16. CONCLUSIONES

El trust es una institución que halla su origen en el derecho consuetudinario inglés, y que representa una desmembración del derecho de propiedad, característica que resulta extraña a las legislaciones de base continental, en las que el dominio constituye un derecho exclusivo. Ello ha motivado que esta figura no haya sido receptada por las legislaciones de raigambre romana, si bien ha influido en la concepción del fideicomiso latinoamericano.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que pese a la afirmación efectuada en último término, los trusts constituidos en el exterior pueden proyectar efectos tributarios sobre los contribuyentes residentes, tal cual como sucede en el caso de nuestro país, que si bien no contempla la posibilidad de constitución de un "trust fund" conforme a nuestra legislación vernácula, incluye dentro de la determinación del impuesto a las ganancias las rentas distribuidas por aquéllos radicados fuera de sus fronteras.

Cabe agregar que la existencia de jurisdicciones que propician un tratamiento favorable a esta figura pueden alentar la implementación de

maniobras evasivas o elusivas tendientes a la consecución de un arbitraje impositivo favorable.

A los efectos de evitar tales maniobras, la autoridad fiscal podrá utilizar los expedientes basados en el abuso de ley –o realidad económica- y la simulación, de modo de ahondar en la intención perseguida por las partes a la hora de creación del patrimonio fiduciario off-shore. De particular interés en el análisis serán la existencia de cláusulas de revocabilidad y el control que mantenga, directa o indirectamente, el "settlor" sobre los bienes fideicomitidos. Frente a la presencia de estos elementos, el Fisco estará en condiciones de negar virtualidad jurídica a los esquemas construidos en fraude de ley, pero no aquéllos que persigan una correcta planificación fiscal dentro de las previsiones legales.

CAPÍTULO IX

EL FIDEICOMISO FINANCIERO

9.1. INTRODUCCIÓN

A partir de la sanción de la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción los empresarios argentinos dispusieron de una serie de herramientas destinadas a obtener financiación del mercado de capitales, entre ellas el fideicomiso financiero.

Sin embargo, no fue sino hasta la crisis de 2001 cuando se comenzaron a vislumbrar las reales posibilidades que ofrecía este instrumento en la securitización de activos, esto es, la provisión de fondos del mercado de capitales a cambio de activos ilíquidos. De este manera, se abrió una alternativa de financiamiento para la realización de actividades productivas, la cual ha tenido un gran desarrollo en los últimos tiempos, convirtiéndose en la "estrella" del sistema financiero, a tal punto que permite alcanzar las más diversas finalidades, desde el saneamiento de finanzas públicas al desarrollo de emprendimientos inmobiliarios.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que las normas impositivas han conferido a ciertos fideicomisos financieros un tratamiento diferencial en la medida que cumpla con determinados requisitos, los que en su mayor parte persiguen lograr como finalidad el desarrollo del mercado de capitales argentino.

9.2. LA SECURITIZACIÓN DE ACTIVOS

El término "securitización" (vocablo de origen inglés cuya traducción a la lengua castellana significa "titulización") alude al proceso por medio del cual determinados activos líquidos -reales o financieros- son transformados en activos financieros líquidos para su negociación primaria o secundaria en el mercado de capitales. Por medio de este procedimiento, el paquete de activos original se usa como base para la obtención de fondos por parte del titular de esos créditos, quien los afecta al pago de capital y de intereses de los títulos emitidos con el respaldo de tales activos[39].

Al respecto, Mario Kenny[40] expone que dicho procedimiento consiste en agrupar determinados activos o derechos de cobro según ciertas condiciones de homogeneidad, los que se transfieren a un patrimonio separado –el denominado vehículo- constituyendo un conjunto sobre el cual se adquieren fondos del mercado mediante la emisión de valores mobiliarios que dan un derecho de participación sobre esos activos o cuyo recupero esta respaldado por los mismos.

[39] **SEMIRAZ** Daniel. Estructuras posibles para el diseño financiero de operaciones de titulización en Argentina, pag. 1628.
[40] **KENNY** Mario Oscar. Titulización y fideicomiso financiero, pág. 3.

El mismo autor explica que "Pueden titulizarse tanto activos reales (inmuebles, recursos agrícolas y forestales, ganado, participaciones en proyectos de inversión, etc.) como activos financieros –derechos de cobro en general y valores negociables-. Los derechos de cobro comprenden: a) derechos creditorios: provenientes de mutuos (sin garantías, o con hipotecas o prendas), precio de mercaderías o servicios (facturas comerciales, cupones de tarjetas de crédito, cheques de pago diferido), alquileres, leasing, valores mobiliarios, etc.; y b) derechos de cobro que no consisten en créditos: peajes de obras públicas, entradas a espectáculos públicos, ventas al contado, etc.".

Por su parte, Diplotti, Malumián y Gutiérrez describen a la Securitización como "... una operación financiera por medio de la cual se obtiene un activo líquido, tal como títulos valores con oferta pública, a partir de activos ilíquidos (tales como derechos creditorios o derechos de cobro, entre otros) que son aislados en una sociedad o patrimonio de afectación ad hoc"[41].

Para Kiper y Lisoprawski, la securitización consiste en "... mancomunar o reunir un conjunto de activos reagrupándolos para que sirvan de respaldo a la emisión de títulos-valores o participaciones que son colocadas entre inversores", añadiendo que "Mediante este mecanismo, se comercializan o transan préstamos que por su escasa dimensión e importancia económica no son redituables en transmisiones aisladas"[42].

Cabe señalar que si bien la doctrina nacional traduce el término securitización como titulización, Gladis Paliafito distingue ambos vocablos, al advertir que mientras "La titulización puede comprender en términos amplios, todo proceso mediante el cual se emiten títulos-valores sobre un determinado activo", la securitización "... se circunscribiría a un método o vía de financiamiento, cuyo objetivo principal es la movilización de activos ilíquidos compuesto por una cartera de créditos, a través de valores negociables que serán atendidos con los flujos de fondos generados por dichos activos"[43].

Lo expuesto lleva a la citada autora a colegir que "... no toda técnica de financiamiento mediante títulos valores alude necesariamente al proceso referido (v.gr. emisión de obligaciones negociables), puesto que aún persiguiendo la obtención de recursos, la garantía de repago se encuentra unida a la solvencia, y por ende, a la reputación del emisor y no –principalmente- a la calidad del activo que servirá de respaldo a dicha emisión". Sin perjuicio de lo argumentado por la autora, consideraremos a los fines de este trabajo a ambas voces como expresiones equivalentes.

En cuanto a sus orígenes, la securitización se inicia en la década del setenta, como consecuencia de las altas tasas de interés en el otorgamiento de créditos y de la necesidad de las entidades financieras de reducir costos para la obtención de fondos. Por esto, muchos préstamos fueron convertidos en instrumentos negociables, a través de un proceso que recibió el nombre de

[41] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 128.
[42] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 559.
[43] **PALIAFITO,** Gladis Josefina. Fideicomiso financiero. Trabajo publicado en el libro Tratado Teórico práctico de fideicomiso, Tomo I, pág. 271.

"securitization", dado que los créditos se transformaron en "securities" (o títulos valores).

El primer país donde se desarrolló un mercado de securitización fue Estados Unidos, cuyo gobierno creó dos organismos que propiciaron el lanzamiento de un título garantizado con préstamos hipotecarios para viviendas. Las entidades financieras eran incentivadas a conceder préstamos hipotecarios los cuales eran financiados con la emisión de los precitados títulos, y éstos a su vez respaldados por las hipotecas y garantizados por el gobierno federal.

9.2.1. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN SU UTILIZACION

La securitización presenta diversas ventajas, entre las que podemos destacar las siguientes:

a) Permite obtener una mejor calificación de riesgo que una emisión de deuda efectuada por el mismo originante.

b) Reduce el costo del fondeo para el deudor, dado que al aislarse los activos securitizados o establecerse garantías adicionales se reduce el riesgo del negocio.

c) Aumenta el grado de liquidez de los activos de la empresa.

d) Permite diversificar el riesgo de las inversiones.

e) Puede conducir a una reducción del coeficiente de endeudamiento del originante, al constituir financiamiento fuera de balance (ello dado que los activos securitizados muchas veces son dados de baja en los libros de aquél).

f) Amplía y diversifica las fuentes de financiación de la empresa.

g) Soluciona los problemas de descalce financiero del originante, en aquellas situaciones en que éste contraiga deudas a corto plazo y otorgue préstamos a plazos mayores.

h) Permite la instrumentación de negocios de inversión sin necesidad de recurrir a estructuras societarias, posibilitando canalizar inversiones desde una pluralidad de sujetos hacia un fin económico determinado.

i) Amplía la capacidad prestable de las entidades financieras con alto grado de inmovilización de sus activos, sin violar las normas del Banco Central atinentes a la relación capital/endeudamiento.

j) Permite reorganizar el flujo de caja de los activos subyacentes y diseñar un instrumento acorde con las características del inversor que se quiere captar.

9.2.2. ESTRUCTURAS DE SECURITIZACIÓN

Básicamente, el proceso de securitización se inicia con la selección, por parte de la entidad que busca la captación de fondos (el originante), de aquellos activos que serán objeto de titulización. Éstos son transmitidos a un vehículo de propósito especial, a través de una operación de venta o cesión. El vehículo emite los títulos valores que son colocados en el mercado de capitales y, posteriormente, percibe los fondos generados por los activos afectados y con ellos repaga el capital e intereses de los títulos emitidos.

Vemos que, desde la perspectiva del originante, nos encontramos frente a una transmisión fiduciaria –asemejable, en principio, a la venta de los activos cedidos- la cual es retribuida con los fondos provenientes de la colocación de los títulos. Sin embargo, bien advierte Hansen que "... la integración de activos a un fideicomiso financiero deriva en su titularización pero que un fiduciante integre un activo titulizable no significa necesariamente que los haya enajenado total o parcialmente. Puede haberlo hecho, pero no se convierte en una presunción que no admite prueba en contrario"[44].

El mismo autor aclara que "Para alcanzar una 'venta verdadera', un originador debe limitar su derecho al valor residual de la cuentas a cobrar vendidas al V.P.E. –vehículo de propósito especial-. Por ese motivo, el V.P.E. debe obtener un nivel de cuentas a cobrar muy en exceso de la cantidad que necesita para pagar los títulos emitidos en poder de los terceros inversionistas, y esta 'sobregarantía' se necesita para asegurarles que no sufrirán demoras o pérdidas por la tardanza o el incumplimiento en el pago de las cuentas a cobrar que asegura el repago de su inversión"[45].

Por su parte, Diplotti, Malumián y Gutiérrez comentan que "De esta forma, el fiduciante se haría del valor presente de los derechos transferidos y los tenedores de los títulos participarán en su rol de acreedores, en el caso de los tenedores de los títulos de deuda, o en su rol de participantes del negocio, en el caso de los certificados de participación, en los resultados emergentes de los créditos cedidos"[46].

Si bien los procesos de securitización pueden adoptar numerosas variantes, podemos distinguir tres estructuras básicas que subsumen a las distintas alternativas utilizadas:

a) **Pass-through securities:** en este caso se produce una venta de los activos al vehículo legal que emite la deuda. El riesgo del negocio se traslada a los inversores, "... quienes asumen el riesgo de la no cobranza o pérdida del valor de los activos afectados a la amortización de los títulos"[47], pero se desentienden de los riesgos vinculados al originante. Esta

[44] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 178.
[45] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 23.
[46] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 132.
[47] **MANTILLA**, Fernando R. El fideicomiso financiero, pág. 1104.

estructura se basa en un vehículo de quiebra remota ("bankrupcy remote vehicule"), es decir un vehículo legal que no se ve afectado por la quiebra de quien le transmitiera los créditos, y representa un derecho de participación directa sobre un portafolio de activos con características homogéneas[48]. Esta clase de mecanismos se implementan bajo la forma de copropiedad de un portafolio de inversiones (cuotas partes de copropiedad emitidos por fondos comunes de inversión cerrados) o participación en los resultados del negocio (certificados de participación).

b) **Asset backed bonds** (A.B.B.) o títulos garantizados con activos: bajo esta modalidad, los activos no son vendidos por el originante, sino que son afectados en garantía de los títulos emitidos. Estos últimos representan una deuda para el emisor, y permanecen contabilizados como tal en sus libros, los que también exhiben dentro del balance a los activos securitizados[49]. De esta manera, el emisor sigue siendo la fuente de fondos para el repago y responde con su patrimonio por la deuda contraída, por lo cual el inversor debe considerar el riesgo de quiebra del emisor disminuido en el importe de la garantía constituida por los activos. Esta estructura se equipara a la emisión de obligaciones negociables con garantía especial.

c) **Pay-through securities**: aquí el flujo de fondos es generado por los activos aislados, pero el emisor sigue siendo responsable en forma directa. Los títulos emitidos aparecen como deuda en los estados contables de la emisora; asimismo, el flujo de fondos proveniente de los activos que garantiza a las securities es reconfigurado y se afecta al repago de los títulos valores de una manera similar a las estructuras pass-through. A esta alternativa, que combina aspectos de las dos categorías precedentes, corresponde la emisión de títulos de deuda, y es generalmente utilizada para la securitización de créditos prendarios, cupones de tarjetas de crédito y otras clases de créditos con revolving.

9.2.3. VEHÍCULOS UTILIZADOS

Como explica Semiraz, el vehículo constituye "... la forma jurídica mediante la cual se saca del patrimonio del originante a los activos sometidos a la titulización (y de esta forma se los sustrae de cualquier riesgo que pudiera

[48] **PAOLANTONIO**, Martín, E. Operaciones financieras internacionales, págs. 126/126. El autor explica que "En una estructura pass-through, los inversores reciben prorrata todos los beneficios y asumen –también pro rata- todos los riesgos del conjunto de activos integrados al proceso. Técnicamente, esta alternativa sujeta únicamente a los inversores al riesgo de una mala administración, en tanto los activos corresponden a los pasivos y lógicamente la estructura no puede dar quebranto".

[49] Con relación a este aspecto, **PAOLANTONIO** destaca que "No existe en el efecto financiero de financiación fuera del balance –denominado en la jerga financiera "off-balance sheet"- característico de las demás estructuras de securitización, siendo esta variante la que se asemeja más a una financiación normal con garantía real". Cfr. op. cit., pág. 326.

provenir de la operatoria del originante). El vehículo debe permitir que los activos transmitidos sólo estén expuestos al riesgo emergente de su propio cobro"[50].

En la República Argentina, las formas jurídicas para llevar adelante operaciones de securitización son las siguientes: a) los fideicomisos financieros; los fondos comunes de inversión cerrados; c) las sociedades de objeto específico.

Seguidamente nos abocaremos al estudio de las características del primero de los instrumentos mencionados.

9.3. EL FIDEICOMISO FINANCIERO. CONCEPTO

El fideicomiso financiero, según lo define el artículo 19 de la Ley Nº 24.441 "... es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos".

De la definición legal se desprende que se trata de un contrato de fideicomiso, que no escapa, salvo alguna excepción, a las previsiones generales contenidas en el Título I del cuerpo legal para la figura genérica a la cual pertenece, no obstante poseer dos notas caracterizantes: a) el carácter del fiduciario, papel que puede ser desempañado únicamente por una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el Organismo de aplicación para actuar como fiduciario financiero; y b) la forma de representar el derecho de los beneficiarios, mediante la emisión de títulos valores.

También avanza sobre la conceptualización de esta especie la Resolución Nº 290/97 de la Comisión Nacional de Valores, al disponer en su artículo 2º que "Habrá contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fiduciantes) transmitan la propiedad fiduciaria de determinados bienes a otra (fiduciario), quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios), y transmitirlo al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato"[51].

9.4. REQUISITOS

De acuerdo con la Ley Nº 24.441 y la Resolución Nº 290/97 (C.N.V.), un fideicomiso financiero debe cumplir con las siguientes pautas:

[50] **SEMIRAZ, D**aniel. Op. cit., pag. 1628

[51] **COMISIÓN NACIONAL DE VALORES.** Resolución Nº 290/97. Libro III "Fideicomiso", Capítulo XI, "De las normas".

a) Se debe constituir con el fin de efectuar la titulización de activos.

b) El fiduciario debe cumplir con determinadas condiciones objetivas y subjetivas.

c) No puede crearse por acto unilateral (esto es, que coincidan las personas del fiduciante y el fiduciario).

d) Asimismo, el fiduciante y fiduciario no podrán tener accionistas comunes que posean en conjunto el 10 por ciento o más del capital de ambos sujetos o de las entidades controlantes del fiduciante y el fiduciario. El fiduciario tampoco podrá ser sociedad vinculada al fiduciante o a accionistas que posean más del 10 por ciento del capital del fiduciante.

9.5. PASOS SEGUIDOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA OPERATORIA

Si bien ya hemos descripto sucintamente la estructuración de un esquema de securitización de activos, el desarrollo de un fideicomiso financiero constará de las siguientes etapas o fases:

1. El originante cede determinados activos al fiduciario.

2. El fiduciario procede a realizar la emisión y colocación de títulos valores.

3. Con el producido de la colocación se retribuye al originante por la cesión fiduciaria de los activos.

4. El fiduciario realiza los activos y con el producido cancela los títulos valores emitidos.

5. Al finalizar la operatoria, se liquida el saldo remanente a favor de los inversores y/o, de corresponder, del originante.

9.6. CONTENIDO DEL CONTRATO

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley Nº 24.441, el contrato de fideicomiso financiero deberá contener las previsiones del artículo 4º de dicho marco legal y, además, las condiciones de emisión de los títulos valores. Por lo tanto, el instrumento constitutivo deberá prever los siguientes elementos:

9.6.1. Los bienes objeto del contrato

Se deberá individualizar en el contrato a los bienes que serán aportados al fideicomiso, y en caso que ello no resultará posible a la fecha de celebración del contrato, deberá constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes.

Entre otros bienes que pueden ser objeto de un fideicomiso financiero, podemos mencionar los siguientes:

- Dinero en efectivo.
- Carteras de créditos (hipotecarios, prendarios, de consumo, comerciales, etc.).
- Contratos de leasing.
- Cheques diferidos.
- Flujos de fondos futuros.
- Pagarés.
- Cupones de tarjetas de crédito.
- Facturas comerciales.
- Títulos públicos.
- Obligaciones negociables.
- Inmuebles.
- Letras hipotecarias.

9.6.2. Duración del fideicomiso

Con relación a este punto, es común que se establezca que el contrato se extenderá hasta la fecha en que finalice la cancelación total de los servicios correspondientes a los títulos emitidos acorde con los términos de su emisión, y previa liquidación o adjudicación de los activos y pasivos remanentes, si los hubiere.

Cabe aclarar que también se podrán estipular otras causales de extinción del fideicomiso, tales como un cambio adverso en las condiciones del mercado, precancelación de los créditos integrados al fideicomiso o modificaciones desfavorables en la legislación impositiva. Sobre este particular, Malumián, Diplotti y Gutiérrez comentan que "Estas condiciones presuponen que el fideicomiso tendrá la misma duración que los títulos emitidos por el mismo. Es por ello que también se establecen como condiciones para el rescate de los títulos emitidos, y/o que el rescate en sí sea la razón de la finalización del fideicomiso"[52].

9.6.3. Destino de los bienes a la finalización del contrato

El contrato además deberá prever quién será el destinatario de los bienes remanentes a la fecha de su finalización y una vez satisfechos los servicios de los títulos fiduciarios y demás pasivos del fideicomiso.

9.6.4. Derechos y obligaciones del fiduciario

El instrumento constitutivo también deberá contener los derechos y obligaciones a cargo del fiduciario. Al respecto, cabe señalar que la Comisión Nacional de Valores ha establecido la obligación de incorporar al prospecto de emisión de los títulos un párrafo modelo que exprese claramente a los

[52] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 136.

potenciales suscriptores o adquirentes que el patrimonio del fiduciario no responde por los valores emitidos.

9.6.5. Elementos adicionales exigidos por la Comisión Nacional de Valores

Adicionalmente a los requisitos indicados precedentemente, la Resolución General Nº 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores ha dispuesto que el contrato de fideicomiso financiero también deberá contener los siguientes datos:

a) Individualización del o los fiduciantes, el o los fiduciarios y, en su caso, el o los fideicomisarios.
b) Utilización de la denominación "Fideicomiso financiero".
c) Procedimiento de liquidación del fideicomiso.
d) Remuneración del fiduciario.
e) Condiciones y términos de emisión de los valores representativos de deuda o certificados de participación.
f) Calificación otorgada, cuando corresponda, a los títulos fiduciarios.
g) Régimen de comisiones y gastos imputables.
h) Obligación del fiduciario de rendir cuentas a los beneficiarios en forma trimestral y anual.

9.7. SUJETOS INTERVINIENTES

En la estructuración de un fideicomiso financiero pueden participar una gran variedad de sujetos. Algunos de ellos resultarán esenciales para la instrumentación del negocio (como son el originante, el fiduciario y los inversores), mientras que otros pueden o no aparecer en la práctica (por ejemplo, el garante, la calificadora de riesgo, el agente de pago, el depositario). Asimismo, debemos tener en cuenta que un mismo sujeto podrá desempeñar simultáneamente varios roles.

9.7.1. EL ORIGINANTE (U ORIGINATOR)

Con esta denominación se designa al titular inicial de los activos que serán transmitidos en fiducia.

Kiper y Lisoprawski[53] afirman que un potencial originador debería reunir la mayoría de las siguientes características: a) que transmita o se respalde en créditos por pagarés, letras, mutuos o créditos de transmisión no compleja y de inmediata oponibilidad a terceros; b) que posea un volumen significativo de transacciones y una cartera de relativa importancia con características de homogeneidad, susceptible de ser sometida al análisis estadístico; c) que haya agotado el acceso al crédito por vías convencionales; d) que carezca de capacidad para acceder a la oferta pública mediante la emisión de sus propios títulos.

[53] **KIPER**, Claudio M. y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Op. cit., pág. 576.

9.7.2. EL FIDUCIARIO FINANCIERO

Como expusiéramos al definir al fideicomiso financiero, una de las elementos tipificantes de éste es que el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada para actuar como fiduciario financiero.

En tal sentido, y en uso de las facultades conferidas por el marco regulatorio, la Comisión Nacional de Valores dispuso que podrán desempeñarse como fiduciarios financieros:

a) las entidades financieras comprendidas por la Ley Nº 21.526, sus modificatorias y su reglamentación;

b) las cajas de valores autorizadas en los términos de la Ley Nº 20.643 y su reglamentación;

c) las sociedades anónimas constituidas en el país y las sociedades extranjeras que acrediten la radicación de una sucursal, asiento u otra especie de establecimiento que a juicio del ente regulador signifique una representación suficiente en el país, que acrediten su inscripción en el Registro de Fiduciarios Financieros;

d) el representante de los obligacionistas, en los términos del artículo 13 de la Ley Nº 23.576.

Por otra parte, a los efectos de obtener la respectiva inscripción en el Registro de Fiduciarios Financieros, la entidad solicitante deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) poseer un patrimonio no inferior a $ 2.000.000; b) prever en su objeto social la actuación como fiduciario; y c) disponer de una organización administrativa adecuada para prestar el servicio ofrecido. Cabe aclarar que el incumplimiento de cualquiera de estas exigencias durante la vida del fiduciario habilitará al ente de contralor a disponer la caducidad de la autorización extendida y a ordenarle el cese de su actividad.

En lo atinente a las facultades que posee, el fiduciario financiero puede ejercer todos los derechos inherentes a la propiedad fiduciaria, con los alcances y limitaciones establecidas en la Ley Nº 24.441 y en el instrumento constitutivo. Asimismo, a los fines del cumplimiento de sus obligaciones se encuentra habilitado para encarar todas las acciones que estime necesarias o convenientes tendientes a adquirir, constituir, conservar y defender el patrimonio fiduciario en los términos de la Ley Nº 24.441 y del cumplimiento de las funciones que le fueran asignadas en el contrato de fideicomiso.

Debemos agregar que en la generalidad de los casos se establece una cláusula en virtud de la cual el fiduciario se compromete a no emitir declaración alguna en torno del valor, condición o riesgo de los activos integrados al patrimonio fideicomitido, excepto aquéllas que en cada oportunidad se indiquen expresamente en el respectivo acuerdo de emisión y

sean requeridas a los fines de dar cumplimiento a las normas legales aplicables.

Finalmente, debemos mencionar que en el caso de los fiduciarios financieros que hagan oferta pública de los títulos emitidos de conformidad con las normas emanadas al respecto de la Comisión Nacional de Valores, deberán presentar en forma trimestral ante dicho organismo un estado de situación patrimonial o estado de los activos netos por cada fideicomiso, acompañado de un estado de las variaciones en la situación patrimonial o en los activos netos, por el período cubierto por el citado estado contable. La información presentada deberá contar con un informe de auditoria emitido por contador público independiente.

9.7.3. EL ORGANIZADOR

Es definido como "... la entidad –generalmente un banco o una sociedad de bolsa- que asesora al titulizante en la estructuración de la operación, principalmente en los aspectos financieros y del mercado de capitales, y en la elección del fiduciario –si no es mismo organizador-, abogados, auditores, asesores impositivos y demás entidades o profesionales que deban participar"[54]. En algunos casos también actúa como colocador de los valores fiduciarios.

9.7.4. EL ADMINISTRADOR O SERVICER

Si bien en los fideicomisos ordinarios es el fiduciario el encargado de administrar el patrimonio fideicomitido, es muy común que en los fideicomisos financieros esta tarea sea dejada en manos de un servicer, papel que puede ser ejercido por el fiduciante[55] o un tercero independiente. Las funciones que tendrá a su cargo, así como la modalidad bajo la cual las llevará a cabo, dependerán de lo que establezca al respecto el contrato de fideicomiso.

Por lo general, opera como agente de cobro de los créditos o del flujo de fondos cedidos. Asimismo, se ocupa, entre otros aspectos, del registro y análisis de los patrones de cumplimiento de los deudores o la evolución del flujo de fondos cedido en fiducia, la elaboración de informes mensuales y anuales, destinados al fiduciario y a los tenedores de los títulos valores emitidos, acerca del estado de los activos, la rendición de cuentas relativas a flujos de fondos percibidos y transferidos a los inversores, y el inicio de acciones de cobro contra los deudores incumplidores.

Debemos añadir que la existencia de un servicer profesional y prestigioso resulta un factor esencial para el éxito de una operación, por lo que ciertas calificadoras exigen la designación de un "back-up servicer" que tome la

[54] **KENNY** Mario Oscar. Op. cit., pág. 104.

[55] Al respecto, **KIPER** y **LISOPRAWSKI** comentan que "Como expresión de la economía de gastos que ello conlleva y del atractivo de mayores beneficios para los intervinientes, se da la particularidad de que con la mayor frecuencia el acreedor –originante- conserva, a cambio de una comisión, la administración de los activos una vez transmitidos, máxime cuando la securitizadora es una sociedad subordinada o controlada". Op. cit., pág. 576.

administración en caso que por cualquier motivo el servicer original (denominado "master servicer") no sea capaz de seguir llevando adelante sus funciones.

9.7.5. EL TOMADOR O COLOCADOR (O UNDERWRITER)

Consiste en una entidad financiera, banco de inversión o agente bursátil, quien se vincula con el emisor de los títulos valores mediante un contrato de underwriting, en virtud del cual asume el compromiso de proceder a su colocación en el mercado. A tales efectos, lleva a cabo estudios sobre las perspectivas generales y particulares del título a ser emitido, cantidades que el mercado absorbería y precio de la colocación, lo cual permite diseñar valores que satisfagan las necesidades específicas de determinados inversores, en cuanto a tasas, plazos, flujos, calificación de riesgo, tributación, etc.

Sobre el particular, Kiper y Lisoprawski observan que "Es usual que en una emisión de títulos de securitización actúe junto al emisor un intermediario, por lo general un banco de inversión, con el cual se conviene de antemano, mediante un contrato de underwriting, que la entidad adquiera parte o el total de la emisión de títulos, o bien oficie de corredor anticipando fondos al emisor, para colocar los títulos entre el público inversor por medio de una estrategia de colocación y comercialización, a un precio que le permita adquirir una ganancia por el manejo de la emisión"[56].

9.7.6. LOS INVERSORES

Constituyen los destinatarios finales de los títulos valores emitidos, quienes actuarán como acreedores del fondo fiduciario (en el caso ser tenedores de títulos de deuda) o partícipes en las ganancias del mismo (en el supuesto de poseer certificados de participación). Puede tratarse de un inversor individual o de un inversor institucional (por ejemplo, fondos comunes de inversión, entidades financieras, fondos de jubilaciones y pensiones, etc.).

9.7.7. EL DEPOSITARIO

Es quien custodia los instrumentos que documentan la existencia de los créditos cedidos. Al igual que en el caso del servicer, esta función puede ser cumplida por el originante o un tercero (por ejemplo, un banco o caja de valores).

9.7.8. EL GARANTE

Se trata de bancos o compañías de seguros que otorgan garantías adicionales a la representada por el propio patrimonio fiduciario.

9.7.9. LA CALIFICADORA DE RIESGO

Este rol es desempañado por sociedades dedicadas al análisis del riesgo crediticio, las cuales, mediante la utilización de fórmulas y manuales y

[56] **KIPER,** Claudio. y **LISOPRAWSKI,** Marcelo. Op. cit., pág. 579.

ante una potencial emisión de títulos u operación de securitización, permiten determinar el grado de riesgo del negocio desde la perspectiva del inversor. En términos simples, la calificadora brinda una opinión especializada sobre la capacidad de pago de un emisor (en nuestro caso el patrimonio fiduciario) frente a sus obligaciones futuras.

Al respecto, Kiper y Lisoprawski explican que "En una emisión de deuda las agencias especializadas califican la capacidad de repago del emisor. En cambio, en una estructura de securitización o titulización con respaldo en activos, la calificación gira en torno de la calidad de los activos titulizados, de su capacidad para generar en tiempo los recursos necesarios para satisfacer el compromiso asumido con los inversores, así como las fuentes alternativas o garantías adicionales que realzan la capacidad de pago de los activos titulizados"[57].

La calificadora abordará el análisis del riesgo desde tres ópticas diferentes: a) el riesgo crediticio propiamente dicho, cuya evaluación comprende el análisis de la cartera o activo securitizado, los criterios de selección de los activos fideicomitidos, los antecedentes del underwriter y las características del proceso que llevará a cabo, la capacidad, recursos y experiencia del administrador, y la solvencia y condiciones del fiduciario; b) riesgo inherente a las fluctuaciones de los flujos de caja, centrándose el análisis en la posibilidad que se produzca su caída o interrupción, así como también la cancelación anticipada de créditos otorgados y los recursos existentes para suplir las falencias de la estructura de pagos: c) los riesgos legales asociados con el negocio estructurado, especialmente los aspectos atinentes a los derechos y obligaciones de las partes intervinientes.

Es dable señalar que la calificadora, como parte de su accionar, sugiere al emisor como adecuar los niveles de protección del crédito ("credit support" o "credit enhancement") según el tipo de emisión planeada y la nota que se pretenda obtener.

Finalmente, y en lo que a las calificaciones se refiere, debemos mencionar que los títulos representativos de deuda se calificarán en categorías identificadas con las letras "A", "B", "C", "D" y "E". La calificación "A" corresponderá a aquéllos valores de mejor calidad y más bajo riesgo. Siguiendo un orden decreciente, la nota "D" será conferida a los títulos de menor calidad y mayor riesgo, en tanto que la calificación "E" será reservada para los títulos emitidos por entidades que no hayan cumplido adecuadamente con los requisitos de información impuestos por las normas vigentes y necesarios para la calificación de aquéllos.

9.7.10. EL PROVEEDOR DE FONDOS

En algunas operatorias de securitización se prevé la presencia de un tercero, generalmente una entidad financiera, quien asume el compromiso de proveer fondos en caso de producirse asincronías entre las fechas de ingreso de los flujos de fondos provenientes de los activos titulizados y las asignadas

[57] **KIPER,** Claudio. y **LISOPRAWSKI,** Marcelo. Op. cit., pág. 596.

para el pago de amortización e intereses de los títulos emitidos. En otras palabras, este participante representa una respaldo crediticio destinado a cubrir los desfasajes ocurridos entre el momento de recuperación de la cartera y el de repago de los valores fiduciarios.

9.8. TÍTULOS FIDUCIARIOS

Como dijimos al inicio de este capítulo, una de las características que distingue al fideicomiso financiero es que los derechos de los beneficiarios se hallan documentados en títulos valores. Estos a su vez pueden clasificarse en:

a) **títulos de deuda:** instrumentan un pasivo asumido por el fideicomiso. Conforme con ello, otorgan un derecho al reintegro del valor nominal del título y motivan el pago de un interés (determinado en las condiciones de emisión de la serie y clase respectivas), el cual es calculado sobre base fija o flotante. Pueden ser emitidos por el fiduciante, el fiduciario o terceros.

b) **certificados de participación:** otorgan el derecho a participar en los resultados de la operatoria del fideicomiso, una vez deducidos todos los gastos computables –incluidos los intereses correspondientes a los certificados de deuda- y otras afectaciones que se efectúen acorde a las previsiones contractuales. La distribución de las utilidades se realiza en forma proporcional a la tenencia poseída con relación al valor nominal total de los certificados emitidos, y según el orden de prelación fijado en el respectivo acuerdo de emisión. Pueden ser emitidos únicamente por el fiduciario.

c) **certificados de participación residual:** confieren el derecho de participar en el patrimonio fiduciario remanente a la finalización del fideicomiso, una vez liquidados los activos y pasivos del fondo. Al igual que los certificados de participación, son emitidos únicamente por el fiduciario en favor de los sujetos establecidos en el contrato, quienes asumen así el carácter de beneficiarios-fideicomisarios. Muchas veces esta calidad recae en el fiduciante, especialmente en aquellas situaciones en que éste integra activos que exceden el valor de la deuda emitida como forma de garantizar su cobro.

Pueden emitirse valores fiduciarios de diferentes clases que otorguen distintos derechos a los inversores, si bien dentro de la misma clase deben reconocer iguales derechos. A su vez, la emisión puede dividirse en series, dentro de cada una de las cuales se pueden emitir una o más clases de títulos fiduciarios que incorporen diferentes derechos, como pueden ser órdenes de prelación o subordinación en el cobro, limitación a la participación en los rendimientos, derechos a garantías determinadas, etc.

Al respecto, Malumián, Diplotti y Gutiérrez remarcan que "La combinación final entre distintas clases de títulos de deuda y/o certificados de participación permite la creación de títulos 'a medida' para los diferentes demandantes de fondos en el mercado de capitales posibilitando una mejor colocación de los títulos a partir del diseño de la salida de fondos generadas por el fideicomiso (denominado *waterfall* en la jerga financiera). Asimismo, los títulos fiduciarios pueden ser colocados a la par, bajo la par o con prima, en las condiciones que se determinen en cada serie"[58].

Asimismo, los títulos fiduciarios podrán ser emitidos bajo alguna de las siguientes modalidades:

a) Cartular nominativa no endosable: los títulos emitidos bajo esta forma podrán llevar o no cupones para el cobro de los servicios. Además, deberá constar en el reverso del instrumento una síntesis de los términos y condiciones del fideicomiso.

b) Escritural: en este caso los títulos son representados mediante "anotaciones en cuentas"; se considera cumplida la trascripción de las condiciones y términos contractuales con la trascripción de una síntesis en los respectivos contratos de suscripción.

Los títulos también podrán ser emitidos en láminas individuales o certificados globales, lo que se determinará en cada serie. Los certificados globales pueden ser definitivos o canjeables por láminas individuales convertibles en valores escriturales. En caso de emitirse certificados globales definitivos, los mismos se considerarán divisibles, pero sólo podrá procederse a su negociación mediante el sistema de depósito colectivo.

Por último, debe tenerse en cuenta que los valores emitidos pueden presentar una naturaleza híbrida, esto es poseer algunas características propias de los títulos de deuda y otras propias de los certificados de participación. Cabe agregar que la distinción entre ambas categorías es sumamente relevante, pues una representa capital propio (los certificados de participación) y la otra capital de terceros (los títulos de deuda), con las diferencias de tratamiento impositivo que resultan aplicables a una y otra.

Sobre el particular, Julián Martín[59] entiende que, en el caso de tratarse de una actividad inmobiliaria, agropecuaria, etc., la diferencia entre ambos conceptos estriba en que "El interés retribuye el título de deuda y la utilidad remanente del proyecto al certificado". No obstante, el mismo autor reconoce que ante la securitización de créditos, no surge tan claramente la distinción entre ambos títulos, y que "... la experiencia ha demostrado que en la diferenciación entre título de deuda y certificado deben considerarse los hechos y circunstancias que giran alrededor de la transacción".

Por nuestra parte, opinamos que a los fines de determinar la naturaleza de los fondos obtenidos se deberá dar prevalencia a la realidad

[58] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 153.
[59] **MARTÍN**, Julián. "Tratamiento impositivo ...", pág. 321.

económica por sobre la denominación escogida. En ese orden de ideas, se puede recurrir a las pautas utilizadas por la regla 385 del Internal Revenue Code de Estados Unidos, para distinguir los conceptos de "debt" (deuda) y "equity" (aporte de capital), entre las cuales podemos mencionar:

1) la existencia de promesa incondicional de pago de una tasa fija de interés en una determinada fecha;

2) la subordinación del título respecto de otros acreedores (indica rendimiento);

3) el ratio de deuda respecto del capital de la emisión;

4) posibilidad de conversión en acciones de la corporación (indicativo de rendimiento).

9.9. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON LOS FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN

Como bien señala Farina[60], existen entre los fideicomisos financieros y los fondos comunes de inversión grandes similitudes, atento que ambas instituciones constituyen herramientas de "titulización" de activos.

Así pues, mientras que en los primeros se pueden emitir tanto certificados de participación como títulos representativos de deuda, en los segundos se trata de cuotas partes, las cuales pueden ser de propiedad o de renta. Las de propiedad son cuotas ideales de propiedad indivisa sobre un patrimonio. Por su parte, las de renta son cuotas partes de renta con valor nominal determinado y un beneficio calculado sobre dicho valor, cuyo pago estará sujeto al rendimiento de los bienes que integren el haber del fondo.

Precisamente, las definiciones brindadas han llevado al mencionado autor a afirmar que "... el punto de contacto entre el fideicomiso financiero y los fondos comunes de inversión se da en el ámbito de los certificados de participación de la ley 24.441, análogos a las cuotas partes de propiedad de la ley 24.083, lo que ha llevado a afirmar que ante la falta de previsión sobre normas específicas para los primeros, se apliquen las reglas de los segundos".

No obstante, cabe tener en cuenta que la principal diferencia entre ambas figuras radica en que el fideicomiso constituye un patrimonio separado de los pertenecientes a los restantes sujetos intervinientes, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los fondos comunes de inversión, los que representan un condominio sobre el respectivo fondo.

9.10. CASOS PARTICULARES DE FIDEICOMISOS FINANCIEROS

En algunos supuestos, la estructuración de la operatoria presenta ciertas peculiaridades que resultan ajenas a la generalidad de los fideicomisos

[60] **FARINA**, Juan M. Contratos comerciales modernos, pág. 385.

financieros, y que pueden tener impacto en la carga tributaria que debe soportar el fondo fiduciario.

9.10.1. SECURITIZACIÓN DE FLUJOS FUTUROS DE FONDOS

Este fideicomiso se implementa a partir de la cesión fiduciaria de los flujos de caja que espera percibir el fiduciante en el futuro por el desarrollo de su actividad. De este modo, el patrimonio fiduciario no se encuentra conformado por el aislamiento de activos presentes o existentes al momento de creación del fondo, sino por derechos eventuales sujetos a una concreción ulterior. Integran esta categoría de fideicomisos financieros aquellos constituidos en torno a la securitización de peajes, cuotas de medicina prepaga, aportes a obras sociales, cuotas de establecimientos educativos, exportaciones, regalías, recaudaciones impositivas, etc.

Con relación a esta clase de negocios, Malumián, Diplotti y Gutiérrez acertadamente advierten que los riesgos inherentes a financiamientos estructurados en base a flujos futuros son particularmente altos, dado que "... a diferencia de los casos de titulizaciones en donde los activos ya existen, y tienen una representación contable en el patrimonio del fiduciante al momento de la cesión fiduciaria, los activos en las titulizaciones de flujos futuros dependen del cumplimiento de las prestaciones futuras, pudiendo consistir en obligaciones de dar, de hacer o ambas"[61].

Por lo tanto, las operatorias implementadas a partir de la titulización de flujos futuros no sólo cuentan con el riesgo de realización o cobranza presente en todo fideicomiso financiero, sino que además poseen el denominado riesgo de perfomance, denominación con la cual se hace referencia a la exposición del fiduciante frente a situaciones que pueden afectar la continuidad del negocio generador de los flujos futuros de fondos.

Otro aspecto que diferencia a estos fideicomisos del resto de su especie es que no se produce una sustitución o venta de activos reconocidos contablemente como tales al momento de la cesión, por lo que se genera la necesidad de reconocimiento de una obligación de cumplimiento futuro consistente en el mantenimiento posterior del caudal de los fondos cedidos.

Ello ha llevado a la doctrina antes citada a sostener que "... las securitizaciones de fondos futuros no califican como 'off shore sheet', dado que no se produce la 'baja' de activos del balance y dado que esa obligación de cumplimiento futuro representará en el patrimonio del originante un pasivo financiero que deberá ser reflejado en sus estados contables"[62].

9.10.2. TITULIZACION DE CREDITOS CON REVOLVING

Esta modalidad de fideicomiso financiero se caracteriza básicamente porque los fondos provenientes de la cobranza o realización de los activos originalmente fideicomitidos, se reinvierten en la adquisición de nuevos activos

[61] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 259.
[62] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 260.

de características similares a los recuperados, en forma sucesiva, hasta el momento en que se produzca el vencimiento de las obligaciones asumidas por el fideicomiso con relación a los tenedores de los valores fiduciarios, oportunidad en que los fondos disponibles se destinan a su cancelación.

De esta manera, mientras en la generalidad de los fideicomisos financieros el producido de la realización de los activos fideicomitidos se afecta a inversiones transitorias hasta el momento en que las obligaciones del fideicomiso se tornen exigibles, en este caso los fondos obtenidos se destinan a su reinversión en nuevos activos que pasan a sustituir a aquéllos que han sido realizados o cobrados.

Otra diferencia que presentan los fideicomisos con revolving es que en éstos la duración del fideicomiso no guarda relación con la duración de los activos fideicomitidos, en tanto que los fideicomisos en los que no se produce la sustitución de activos se extinguen cuando los activos fideicomitidos se han realizado en su totalidad o en una proporción significativa.

En la mayoría de los casos, estas estructuras se implementan a partir de la securitización de activos de corto plazo, como por ejemplo, facturas, cupones de tarjeta de crédito, warrants, cheques diferidos, etc.

Cabe agregar que esta operatoria es caracterizada habitualmente como "off-balance sheet", dado que los fondos recibidos constituyen la contraprestación por la transmisión de un activo, con el correspondiente reflejo en la contabilidad del originante.

9.10.3. FONDOS DE INVERSIÓN DIRECTA

Esta especie de fideicomisos financieros presenta como nota distintiva el objetivo perseguido, el cual no consiste en la securitización de activos sino en el desarrollo de proyectos de inversión sobre activos físicos. En tal sentido, Malumián, Diplotti y Gutiérrez explican que "... los fondos de inversión directa no son más que fideicomisos financieros cuyo activo subyacente no son créditos o flujos de fondos sino bienes vinculados a actividades económicas no financieras"[63].

Así pues, esta figura es utilizada para la realización de actividades económicas, con la particularidad que el patrimonio afectado a alcanzar dicha finalidad no se confunde con el propio de cada uno de los participantes del proyecto. Representa una forma de estructurar negocios de inversión colectiva bajo una forma jurídica distinta a la sociedad anónima, frente a la cual exhibe como ventaja una mayor flexibilidad a la hora de distribuir utilidades entre los inversores, ello atento a no encontrarse sujeta a las limitaciones legales que condicionan la distribución de dividendos a la existencia de utilidades líquidas y realizadas[64].

[63] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 177.
[64] Ver artículo 224 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Entre los ejemplos de este tipo de estructuración de emprendimientos, podemos mencionar los siguientes: a) fideicomisos forestales, los cuales tienen por objeto la adquisición y administración de plantaciones forestales y la disposición de éstas mediante la venta u otras formas de disposición, o mediante contratos de corte y venta de madera en pie; presentan como particularidad el contar con un régimen de promoción, instaurado por la Ley Nº 25.080, que le asegura estabilidad fiscal; b) fideicomisos agropecuarios, los cuales involucran el desarrollo de explotaciones agrícolas; c) fideicomisos inmobiliarios, los que tienen por finalidad la securitización del flujo de fondos (alquileres, cánones provenientes de contratos de leasing, venta de unidades) emergentes del desarrollo de emprendimientos inmobiliarios.

9.10.4. FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN EN CAPITAL DE RIESGO

Dentro de esta categoría debemos incluir aquéllos fideicomisos que poseen como objetivo esencial realizar inversiones en capital de riesgo a través del financiamiento de microemprendimientos y de pequeñas y medianas empresa. Dichas inversiones se pueden materializar a través de la concesión de préstamos participativos directos o la integración de capital social.

En este tipo de fideicomisos, al igual que en los anteriores, el patrimonio fiduciario se constituye a partir de aportes dinerarios efectuados por inversores con alta propensión a la asunción de riesgos, quienes a cambio adquieren valores fiduciarios.

Por otra parte, el fideicomiso puede llevar a cabo el recupero de la inversión realizada mediante la enajenación de los derechos de participación en los proyectos financiados. Por lo tanto, las ganancias del negocio provendrán de los dividendos percibidos y de los resultados por la compraventa de acciones.

9.10.5. FIDEICOMISOS DE REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS BANCARIOS

Este tipo de fideicomisos financieros constituye un vehículo destinado a permitir la liquidación de entidades financieras en problemas, mediante el desapoderamiento de sus patrimonios a los efectos de hacer frente a los depósitos y otras obligaciones asumidas por otras entidades del sistema financiero.

"Como se podrá observar –dicen Malumián, Diplotti y Gutiérrez-, los fideicomisos financieros originados en el artículo 35 de la ley 21.526 tienen como finalidad única y esencial y excluyente la liquidación del patrimonio fideicomitido en procesos de liquidación de entidades financieras con el objeto de evitar perjuicios mayores a los ahorristas de la entidad como al sistema en general. Y es en ello donde radica la diferencia esencial con la generalidad de los fideicomisos financieros, ya que la finalidad de estos últimos consiste meramente en el desarrollo de negocios vinculados al mercado de capitales, a

través de un proceso de securitización donde el objetivo es dotar a los distintos sectores de la economía de instrumentos de financiación"[65].

Cabe agregar que las facultades del Banco Central para recurrir a este mecanismo, así como el procedimiento aplicable, se encuentra regulado por el artículo 35 bis de la Ley N° 21.526, el cual habilita al organismo de supervisión bancaria a disponer, previo a considerar la revocación de la pertinente autorización para funcionar, la reestructuración de cualquier entidad que, a su juicio, se encuentre inmersa en cualquiera de las situaciones contempladas por el artículo 44 del citado cuerpo legal.

En forma sintética, podemos describir la estructuración de la operatoria en los siguientes términos: la entidad en proceso de liquidación transfiere la propiedad fiduciaria de determinados activos y pasivos a un fideicomiso financiero, el cual emite certificados de participación a favor de las entidades financieras que se hacen cargo de los depósitos de los ahorristas, estableciéndose un orden de prelación sujeto al riesgo de realización de los bienes fideicomitidos.

9.11. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO FINANCIERO

Una vez descriptas los principales aspectos que presenta esta figura, seguidamente nos abocaremos a desentrañar el tratamiento tributario que cabe dispensar a la misma, para luego enfocarnos en la incidencia que tienen los distintos gravámenes sobre los títulos valores emitidos.

9.11.1. Impuesto a las ganancias

Según lo dispone el punto 6) del inciso a) del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, el fideicomiso financiero reviste el carácter de sujeto pasivo del mismo, resultando excluido de la excepción prevista por la norma legal en los casos de coincidencia de los roles de fiduciante y beneficiario.

Al respecto, cabe recordar que dicha designación como sujeto del tributo forma parte de las modificaciones introducidas al texto de la Ley N° 20.628 por parte de su par N° 25.063, la cual vino así a subsanar el defecto legislativo acaecido como consecuencia del hecho de que los fondos fiduciarios no estaban comprendidos entre los contribuyentes del gravamen, no obstante lo cual el Decreto N° 780/95 imponía al fiduciario el deber de determinar e ingresar el impuesto en su carácter de responsable por deuda ajena.

Retornando a la situación actual, debemos mencionar que el fideicomiso financiero es asimilado en su tratamiento tributario a las sociedades de capital, debiendo por ende calcular su resultado impositivo según las reglas que rigen la determinación de la ganancia neta para los sujetos comprendidos en la tercera categoría, si bien con algunas excepciones.

Por lo tanto, el fiduciario deberá considerar a los efectos de la determinación de la base imponible del tributo, los ingresos devengados en el

[65] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 276.

curso del ejercicio fiscal, de los cuales podrá deducir los gastos destinados a obtener ganancias gravadas o a mantener y conservar la fuente productora de éstas, en la medida que el cómputo de los mismos no se encuentre expresamente prohibido por la ley.

Entre los conceptos deducibles se encontrarán los intereses originados en el endeudamiento del patrimonio fiduciario, los cuales abarcan a las retribuciones abonadas a los tenedores de los títulos de deuda emitidos. Con relación a estos últimos, es dable destacar que los mismos no se encuentran sujetos a las limitaciones de thin capitalization implementadas a través del tercer y cuarto párrafos del inciso a) del artículo 81 del cuerpo legal, ni sujetos al régimen retentivo instaurado por el último párrafo del mismo inciso, excepciones ambas que resultan aplicables a todos los fideicomisos financieros, con independencia del procedimiento elegido –oferta pública o privada- para la colocación de sus títulos valores.[66]

En lo que respecta a la liberación de la restricción al cómputo de los intereses, Hansen sostiene que la misma "...era absolutamente necesaria para el desarrollo del instituto del fideicomiso financiero, ya que si su objetivo es dotar de liquidez a los activos que no la tienen, esto es 'titulizarlos', lógico era entonces liberar el armado de su estructura que hubiera estado ciertamente condicionada por la norma aludida impidiendo la emisión masiva de títulos de deuda"[67].

Por otra parte, también se exceptúa a los fideicomisos financieros de la aplicación del régimen de retención con carácter de pago único y definitivo implementado por el artículo incorporado sin número a continuación del artículo 69 de la ley sobre los dividendos o utilidades distribuidas en exceso de la utilidad imponible, si bien en este caso la excepción rige únicamente respecto de aquellos fondos que habiendo colocado sus títulos valores por oferta pública, cumplan con los restantes requisitos exigidos por la reglamentación.

Sobre el particular, y aun cuando la norma no lo declara expresamente, entendemos que la exclusión abarcará sólo a los fideicomisos de la especie que cumplan en su totalidad con los requisitos fijados por el segundo artículo sin número agregado a continuación del artículo 70 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Basamos esta afirmación en el hecho que, como veremos más adelante, éstos son los únicos habilitados para deducir los utilidades distribuidas, de lo cual podemos colegir que, siendo en este caso el resultado impositivo igual a cero, siempre se aplicaría la retención sobre las utilidades distribuidas, lo cual implica lisa y llanamente que no dispongan del supuesto beneficio.

Finalmente, y como regla general, la reglamentación –concretamente el último párrafo de su artículo 70.1- aclara que a los efectos de la

[66] Esta afirmación se encuentran en concordancia con el criterio vertido por la Secretaria de Ingresos Públicos en su Nota 100/96, del mes de junio de 1996, en la cual dicha dependencia ministerial interpretó que los intereses abonados a los inversores, tenedores de títulos de deuda, constituían gastos necesarios para el mantenimiento de la fuente productora de la ganancia gravada.

[67] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 66.

determinación de la ganancia imponible, los fideicomisos financieros no podrán deducir de la base imponible las utilidades que, bajo cualquier denominación, distribuyan a los titulares de certificados de participación. No obstante, como veremos seguidamente, el artículo 70.2 exceptúa de esta previsión a aquellos *fideicomisos* financieros que cumplan en su totalidad con los requisitos contemplados por el mismo dispositivo.

9.11.1.1. Tratamiento de los fideicomisos que cumplen con los requisitos exigidos por el artículo 70.2 de la reglamentación

Como adelantáramos al final del apartado anterior, si el fideicomiso financiero cumple con las condiciones fijadas por el segundo artículo agregado sin número a continuación del artículo 70 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias, accederá a un tratamiento especial a los efectos de la determinación del gravamen, consistente en deducir de la base de imposición los importes que, bajo cualquier denominación, se destinen a la distribución de utilidades entre los tenedores de certificados de participación durante la vida del fideicomiso, así como también las que se apliquen durante ese lapso a la realización de gastos inherentes a la actividad específica del fideicomiso que resulten imputables a cualquier ejercicio fiscal posterior comprendido en el mismo.

De este modo, verificado el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos por el reglamento, procede la deducción no sólo de las utilidades distribuidas en el ejercicio sino también las que se distribuyan en el futuro. En virtud de ello, y atento a que también resultan deducibles los intereses vinculados a títulos de deuda, podemos vislumbrar que, la base imponible del fideicomiso será igual a cero.

Asimismo, las normas prevén que en el año fiscal en el cual no se cumpla con alguno de los requisitos aludidos precedentemente, así como en los ejercicios siguientes hasta la finalización del contrato, el fideicomiso no podrá deducir las importes asignados en concepto de distribución de utilidades a los tenedores de certificados de participación.

De esta manera, el incumplimiento de las condiciones fijadas reglamentariamente hará renacer el régimen general de determinación del resultado imponible en cabeza del patrimonio fiduciario, cobrando plena vigencia la restricción a la deducibilidad de utilidades prevista en el artículo 70.1 del Decreto Reglamentario. Entendemos que, pese a la confusa redacción de la norma, esta penalización se extiende a todo el período de duración del fideicomiso posterior al ejercicio en que se detectó la "infracción", y en forma independiente a su reparación ulterior.

Seguidamente procederemos al análisis de los distintos requisitos contemplados por la norma reglamentaria.

9.11.1.1.1. Finalidad de titulización de activos

Conforme con esta pauta, los fideicomisos financieros se deben constituir con la única finalidad de titulizar determinados activos, es decir, dotar de liquidez a activos que no la poseen, a través de la emisión de títulos valores. De este modo, el reglamentador hace hincapié en el propósito exclusivo de securitización que debe perseguir el patrimonio fiduciario, no admitiendo lleve a cabo actividad empresarial alguna[68].

En consecuencia, no gozarán del beneficio tributario aquellos fideicomisos financieros implementados como fondos de inversión directa o de capital de riesgo, dado que ninguno de ellos tienen por objeto la titulización de activos sino el desarrollo de actividades productivas.

9.11.1.1.2. Naturaleza de los bienes fideicomitidos

En lo atinente a esta exigencia, los activos objeto de securitización deben consistir en títulos valores públicos o privados o derechos creditorios provenientes de operaciones de financiación evidenciados en instrumentos públicos o privados.

En virtud de ello, en el caso de tratarse de un fideicomiso financiero destinado a la instrumentación de un emprendimiento inmobiliario, en el marco del cual el originante entregue un inmueble que sirva de garantía a la emisión de títulos valores, no se encontrará amparado por el régimen fiscal bajo análisis. Entendemos que lo mismo acontecerá en el supuesto de Securitización de derechos de cobro futuro (por ejemplo recaudaciones de peajes), cuya naturaleza eventual o contingente resulta distinta a la que poseen los derechos creditorios propiamente dichos.

Por otra parte, consideramos que los derechos creditorios pueden corresponder a operaciones de financiación otorgada a sujetos del exterior (por ejemplo, facturas por exportaciones) o títulos valores emitidos en el extranjero, siempre y cuando el fiduciante sea un residente nacional. Justificamos esta tesitura en el propio fin de la titulización, cual es proveer recursos líquidos a las empresas nacionales.

9.11.1.1.3. Homogeneidad de los activos fideicomitidos

Este requisito plantea como exigencia que los activos fideicomitidos sean homogéneos entre sí, característica que hasta la fecha no ha sido objeto de reglamentación explícita ni por la Comisión Nacional de valores ni por el Organismo Fiscal.

[68] Concordamos así con parecer expresado por **HANSEN**, quien afirma que "respecto de la finalidad del fideicomiso, la titulización es exclusiva y excluyente de una actividad empresarial asociada". Cfr. op. cit., pág. 87.

Sobre el particular, surge como primer interrogante si se pueden integrar en el mismo fideicomiso derechos creditorios y títulos valores, o si ambas especies son mutuamente excluyentes. Al respecto, opinamos que a los efectos de su homogeneidad, deberían transferirse una sola de estas especies, con excepción de la transmisión de títulos valores con fines de sobregarantía, hipótesis sobre la que volveremos más adelante.

Sentado ello, debemos mencionar que el Diccionario de la Real Academia Española[69] define al término "homogéneos", en su primera acepción, como "Perteneciente a un mismo género; poseedor de iguales caracteres". Por lo tanto, la homogeneidad de un activo puede estar dada por el conjunto al cual pertenece, como es su género (por ejemplo títulos valores), un subgénero (por ejemplo, acciones) o una especie de éste (acciones de una determinada sociedad). Cada uno de estos conjuntos presenta alguna pauta común que hace a un cierto grado de homogeneidad propia de la clase de la cual forman parte los respectivos elementos, aunque también habrá factores diferenciadores que permitan desvirtuarla.

Lo expuesto nos permite vislumbrar que, en la práctica, los criterios de homogeneización son tan amplios y variados que difícilmente se encuentre un supuesto que no cumpla alguno. Resulta necesario, entonces, establecer en la definición algún criterio de ponderación de los distintos elementos constitutivos que habilite a efectuar una calificación positiva o negativa de homogeneidad.

En tal sentido, ante una consulta efectuada por la Dirección General Impositiva en torno a la extensión del concepto que nos ocupa, la Comisión Nacional de Valores expresó, en febrero de 1998, que la homogeneidad se encuentra dada por la naturaleza de las diferentes categorías de riesgos asociados a los activos subyacentes.

No obstante, y como reconociera el propio Organismo Recaudador en la respuesta que a su vez emitiera el 31/03/1998, la amplitud del concepto esbozado por la Comisión Nacional de Valores sólo representa un mero lineamiento conceptual frente a cada operatoria de securitización, resultando necesario analizar las características de cada caso particular.

Ahora bien, a la luz de la guía emanada de la autoridad de contralor y en coincidencia con lo expresado por cierta opinión doctrinaria[70], podemos colegir que la referencia al riesgo efectuada por el organismo de contralor revela que el concepto básico para establecer un criterio de diferenciación de activos, a la luz de su característica de homogeneidad, se fundamenta en una visión financiera de la operación, donde los elementos de carácter jurídico, instrumental o contable resultan importantes para la caracterización pero no suficientes.

[69] **DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Vigésima Primera Edición. Tomo II, Madrid, 1992.
[70] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 210.

En virtud de las consideraciones vertidas, la entidad que pretenda securitizar su cartera de créditos o títulos valores deberá guiarse por pautas de razonabilidad, agrupando sus activos en función del índice de homogeneidad que juzgue como determinante a la hora de la caracterización de los mismos.

En esa línea de razonamiento, Hansen expone que "La homogeneidad puede estar dada por el origen del crédito –mutuos quirografarios; cupones de tarjetas de crédito; facturas simples o conformadas, etc.- o por las garantías –prendarias o hipotecarias- o por las condiciones de renta y amortización, o por el nivel de riesgo de los deudores"[71].

Debemos agregar que el requisito debe ser verificado al momento de producirse la transmisión fiduciaria, sin que el ulterior cambio en la clasificación del activo (por ejemplo, un crédito quirografario sobre el cual luego se constituye una garantía prendaria) afecte el tratamiento fiscal dispensable al fideicomiso financiero utilizado para su securitización.

Por otra parte, la reglamentación aclara que este requisito no se considerará desvirtuado por la inclusión dentro del patrimonio fiduciario de fondos entregados por el fiduciante u obtenidos de terceros para el cumplimiento de sus obligaciones.

Con relación a esta excepción, inferimos que la misma abarcará aquellos supuestos en que, junto con la entrega de derechos creditorios, se integran títulos valores destinados a servir como mecanismo de cobertura frente a eventuales incobrabilidades –sirviendo de garantía de cobro a los inversores- y que retornan al fiduciante en caso de no materializarse dicha contingencia.

9.11.1.1.4. Colocación por oferta pública

Por este requisito se exige que los títulos fiduciarios, sean éstos títulos de deuda o certificados de participación, sean ofrecidos al público mediante el mecanismo de oferta pública conforme a las pautas dictadas a tales efectos por la Comisión Nacional de Valores.

En tal sentido, el artículo 16 de la Ley Nº 17.811 prevé que "... se considera oferta pública la invitación que se hace a personas en general o sectores o grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocaciones de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión".

Sobre el particular, Kenny puntualiza que "Conforme al artículo 16 de la ley 17.811, la oferta es pública cuando se dirige a personas en general, o a personas indeterminadas dentro de un sector o grupo determinado. Ese es el

[71] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 24.

concepto estricto: requisito esencial de una oferta pública es que para los valores que constituyen su objeto no exista al momento de su lanzamiento algún derecho de prelación de parte de una particular categoría de personas. La oferta es, entonces, efectuada al público inversor en sentido amplio (una generalidad de detentadores de medios financieros no preventiva ni taxativamente individualizada en su composición) que al menos teóricamente son puestos en gracia de aceptar la oferta hecha en un pie de igualdad entre ellos" [72]. Por el contrario, la emisión será "privada" cuando la suscripción de los títulos sea ofrecida sólo a personas físicas o jurídicas determinadas.

Sentado ello, cabe preguntarnos en primer lugar si el concepto de "oferta pública" contenido por el artículo 83 de la Ley Nº 17.811 exige una efectiva colocación de los títulos valores mediante este procedimiento o se entiende cumplido el requisito con la simple autorización extendida por la Comisión Nacional de Valores. En tal sentido, entendemos que no es suficiente contar con la simple autorización de emisión extendida por el citado organismo regulador, sino que además se debe verificar en la práctica la utilización de alguno de los medios de difusión a que alude la norma legal, de modo tal de garantizar, en principio, el acceso del público en general a los títulos ofertados[73].

Un segundo interrogante que se plantea gira en torno a dilucidar si la exigencia legal implica que la oferta debe derivar en una pluralidad de adquirentes, o si, por el contrario, el número de destinatarios carece de relevancia. Con relación a este punto, creemos que, a los fines de evaluar la existencia o no de oferta pública, el dispositivo legal bajo análisis ha desechado la aplicación de un criterio meramente numérico, poniendo el acento más bien en la posibilidad cierta de que cualquier inversor perteneciente a la comunidad a la cual se dirige el ofrecimiento, pueda adquirir los valores emitidos.

Nos sumamos así al temperamento sostenido por Kenny, quien sostiene que "Lo importante es que la invitación se curse al mercado en general por los medios de publicidad habituales, y que cualquiera de los destinatarios esté en posición de aceptar la oferta y, por ende, adquirir los valores ofrecidos. Luego, si por circunstancias del mercado, sólo unos pocos, o incluso uno, adquirieron todos los valores ofrecidos, ello no afecta el carácter público de la oferta. En otras palabras, vale más el medio empleado, y la posibilidad efectiva de que cualquier inversor pueda adquirir los valores ofertados, que el resultado obtenido"[74].

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que el cumplimiento del condicionamiento legal deberá ser analizado a la luz de la realidad económica, de manera de evitar maniobras tendientes a la utilización del esquema legal con una finalidad distinta a la perseguida, cual es captar fondos del mercado de

[72] **KENNY** Mario Oscar. Op. cit., págs. 187.

[73] Coinciden en esta postura tanto la opinión de la doctrina (**HANSEN**, op. cit., pág. 129) como la expresada por el fisco (Cfr. Dictamen Nº 16/2002 de la Dirección de Asesoría Técnica).

[74] **KENNY** Mario Oscar. Op. cit., págs. 187/188. En igual sentido se pronuncian **MALUMIÁN, DIPLOTTI** y **GUTIÉRREZ**, quienes advierten que "... la ley 17.811 no exige la existencia de múltiples compradores para que se dé el caso de una 'oferta pública'". Cfr. op. cit., pág. 209.

capitales. Así, si se verificara que el adquirente de la mayor parte de los títulos valores emitidos ha sido un sujeto vinculado al titular, dicha circunstancia podría despertar las suspicacias del Ente Fiscal.

También podría ser objetado que los títulos quedaran en poder del underwriter, máxime si se tiene en cuenta que este último no concurre en condiciones de paridad con los restantes oferentes, al contar con información de la que no disponen los últimos. Debemos recordar que entre las funciones del colocador está la de desarrollar estudios de mercado que permitan determinar la capacidad de absorción de los títulos y su probable precio de venta, lo cual podría ser utilizado ventajosamente a la hora de la adjudicación de los valores fiduciarios.

Otro tema pasible de debate es el ámbito –nacional o internacional- en el cual se puede concretar la colocación. Con relación a este punto, debemos precisar que en principio la norma no restringe el territorio en el cual se deberá concretar la oferta, por lo que podría instrumentarse en mercados extranjeros, en la medida que se cumplan con los requisitos de publicidad exigidos por el artículo 16 de la Ley Nº 17.811.

9.11.1.1.5. Plazo de duración del fideicomiso y de los activos fideicomitidos

En virtud de este requisito, el plazo de duración del fideicomiso debe guardar relación con el de cancelación definitiva de los activos securitizados. Cabe aclarar que este condicionamiento sólo es aplicable en el supuesto de titulización de instrumentos representativos de crédito (prendas, hipotecas, contratos de leasing, etc.) y no respecto de otros activos que no revistan esa calidad (por ejemplo acciones, cuotas partes de fondos comunes de inversión, entre otros).

Al respecto, Hansen entiende que este requisito "... apunta a asegurar el adecuado flujo de fondos orientado a la cancelación de los títulos de deuda o certificados de participación, según se trate"[75]. En otras palabras, se busca asegurar a los tenedores de los valores fiduciarios el retorno de su inversión, evitando que los fondos obtenidos del recupero de los instrumentos representativos de deuda entregados en fiducia, se destinen a otro fin. De esta manera, esta exigencia actúa en conjunción con la prohibición de sustituir los activos originalmente fideicomitidos.

Por otra parte, el cumplimiento de este requisito debería verificarse al momento de creación del patrimonio fiduciario. En tal sentido, Malumián, Diplotti y Gutiérrez sostienen que "Si la duración del fideicomiso se define a partir de la estimación de recupero final de los activos securitizados, el requisito se encontraría cumplido, con independencia del resultado final de la gestión fiduciaria que determinará la duración real del fideicomiso, si la misma se encuentra sujeta a alguna condición"[76].

[75] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 97.
[76] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. págs. 210/211.

Los mismos autores añaden que "... este requisito no se vería afectado si en el transcurso de la actividad de cobranza de los activos los mismos fueran objeto de refinanciaciones, esperas, quitas, ejecuciones judiciales, etc."[77].

De este modo, en caso de transferencia fiduciaria de una cartera de cumplimiento irregular, la definición del plazo del contrato responderá a una valoración subjetiva basada en los plazos usuales de cobranza, ponderación realizada "ex ante" que no debería conllevar a la pérdida del beneficio fiscal en caso de producirse desvíos en los plazos de recupero registrados "ex post".

9.11.1.1.6. No sustitución de los activos fideicomitidos

Este requisito consiste en que los activos originalmente fideicomitidos no sean sustituidos luego de su realización o cancelación, excepto colocaciones financieras efectuadas por el fiduciario con el producido de dicha realización o cancelación con el fin de administrar los importes a distribuir o aplicar al pago de las obligaciones del fideicomiso, o en los casos de reemplazo de un activo por otro por mora o incumplimiento.

En otras palabras, se deben mantener los créditos transmitidos inicialmente y aplicar su producido al repago de la inversión efectuada por los tenedores de los títulos fiduciarios -o a inversiones transitorias destinadas a mantener el valor del patrimonio fiduciario-, admitiéndose su reemplazo por otros créditos únicamente en caso de producirse la mora o incumplimiento del deudor originalmente cedido.

Esto significa que, en caso de instrumentarse un fideicomiso financiero cuyo objeto sea la titulización de créditos con revolving (por ejemplo, cupones de tarjetas de créditos), el mismo no accederá al régimen fiscal que nos ocupa.

Con relación a esta limitación, Malumián, Diplotti y Gutiérrez afirman que la finalidad perseguida a través de la misma es "... evitar que el producido de las cobranzas de los activos inicialmente cedidos al fideicomiso sea aplicado a la adquisición de nuevos activos, imposibilitando el revolving de créditos y la realización de otro tipo de inversiones ajenas a las transitorias"[78].

Por lo tanto, este condicionante, el cual entendemos afín con el atinente al plazo de duración del fideicomiso, se orienta a acotar el riesgo asumido por los adquirentes de los títulos fiduciarios, al propiciar que los fondos obtenidos de la realización o cancelación de los activos integrados se destinen al repago de la inversión y no a tomar nuevos riesgos.

Por su parte, Hansen advierte que si bien se pretende impedir el revolving de los créditos, "... ello no obsta a la constitución de un programa de

[77] En igual sentido se pronuncia **HANSEN**, para quien se estaría frente a una novación de deuda propia de la actuación de cobro y que no importa la sustitución de los activos originariamente integrados. Cfr. op. cit., pág. 92.

[78] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit. pág. 211.

titulización donde el producto de la cancelación de créditos sea afectado al pago de los títulos emitidos (de deuda o certificados) procediéndose luego a una nueva integración de créditos y a la emisión de una nueva serie de títulos valores"[79]. Al respecto, opinamos que tal proceder podría colisionar con la limitación relativa a la duración del fideicomiso.

El mismo autor también señala que la norma no prevé "... la incorporación de nuevos créditos cuando se han producido precancelaciones de los originariamente integrados por los deudores cedidos, afectando de algún modo la rentabilidad del inversor. En este caso, no estaremos ante una situación de sustitución de revolving estrictamente hablando, pero sus efectos de cara a la pérdida de un régimen exentivo parecieran ser iguales".

9.11.1.1.7. Fuente de los beneficios

Otro requisito, esta vez referido a la composición cualitativa de la renta generada en el ejercicio de la propiedad fiduciaria, es el mencionado por el inciso d) del artículo sub-examen, el cual ordena en tal sentido que "... el beneficio bruto del fideicomiso ... se integre únicamente con las rentas generadas por los activos fideicomitidos ... y por las provenientes de su realización, y de las colocaciones financieras transitorias a que se refiere el punto b), admitiéndose que una proporción no superior al diez por ciento (10 %) de ese ingreso total provenga de otras operaciones para mantener el valor de dichos activos".

Entendemos que esta condición persigue por finalidad que los ingresos obtenidos por el fondo fiduciario provengan exclusivamente de la securitización de los activos fideicomitidos y se destinen directamente al pago de las obligaciones asumidas por aquél, evitando así el desarrollo de actividades empresariales ajenas a sus fines. De este modo, el reglamentador reafirma el propósito exclusivo de titulización que debe buscar el fondo y al cual aludiéramos más arriba.

Con relación al tope porcentual fijado por el precepto bajo análisis, disentimos respetuosamente con la opinión expresada por Hansen, quien considera que el mismo afecta a todo rendimiento distinto a los originados en los activos titulizados o en su realización, afirmando que una interpretación contraria implicaría indirectamente admitir la posibilidad del desarrollo de actividades empresariales[80].

Por el contrario, consideramos que los ingresos originados en las inversiones transitorias realizadas con el objeto de mantener el valor de los activos originalmente integrados se encuentran excluidos del citado límite, ello atendiendo al hecho que la norma apunta a "otras" actividades que, obviamente, son distintas a las enunciadas expresamente por el texto legal. Entendemos así que el reglamentador ha desechado la obtención de ingresos

[79] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 90.

[80] **HANSEN**, Leonardo. No obstante, el propio autor advierte que no ve "... una razón criteriosa que justifique condicionar acciones tendientes al mantenimiento de los activos integrados y la capacidad de pago para los títulos emitidos". Cfr. op. cit., pág. 93.

que por su escasa significación económica, no importan un alejamiento de la finalidad de securitización que debe tener en vista la constitución del fideicomiso financiero.

9.11.2. Impuesto al valor agregado

Como ya dijéramos al describir el tratamiento tributario del fideicomiso ordinario, se suele considerar que los patrimonios afectados a un fin determinado se encuentran comprendidos dentro de la expresión "... todo otro ente individual o colectivo ..." utilizada por el segundo párrafo del artículo 4º de la ley del gravamen para definir a los sujetos pasivos de éste. En consecuencia, los fideicomisos financieros resultarán contribuyentes de este tributo en la medida que se verifique a su respecto alguno de los hechos imponibles previstos por el marco legal.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones la creación de esta especie de fideicomiso tiene por objeto la titulización de créditos otorgados por el fiduciante, quien por medio de esta operatoria obtiene así fondos para aplicar al desarrollo de su actividad económica. De este modo, la cesión de los créditos que integran el activo subyacente del patrimonio fiduciario constituye una prestación financiera gravada por el impuesto. No obstante, el artículo 84 de la Ley Nº 24.441 dispone expresamente que "A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas" –el subrayado nos pertenece-.

En este sentido, Leonardo Hansen afirma que "... dicha norma nació, fundamentalmente, para disipar las dudas de tratamiento y/o distorsiones que podrían haberse verificado respecto de la integración de los créditos a un fideicomiso considerando que el impuesto al valor agregado somete a imposición 'la compra o descuento de documentos' (art. 20 de su decreto reglamentario) ..."[81].

El dispositivo antes mencionado también dispone que "Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo".

En base a la definición formulada, podemos deducir que la calidad de sujeto del impuesto por la prestación financiera efectuada recaerá en aquél que reciba el pago, con independencia de quien sea el titular de los créditos al momento de perfeccionamiento del hecho imponible.

De este forma, se habilita al fiduciante a seguir vinculando los débitos fiscales generados en las prestaciones financieras atinentes a la cartera cedida con los créditos fiscales originados en su propia actividad,

[81] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 97.

evitándose así la discontinuidad en el cómputo de débitos y créditos que generaría la aplicación de la normativa general.

Asimismo, Malumián, Diplotti y Gutiérrez puntualizan que mediante esta metodología "... se evita que el fideicomiso sea quien deba ingresar débitos fiscales cuando sus títulos de deuda se encuentran exentos del gravamen y, por lo tanto, no se generan créditos fiscales significativos", añadiendo seguidamente que "... la norma ha cumplido su objetivo de posibilitar la delegación de la responsabilidad de liquidación del Impuesto al Valor Agregado en el sujeto que percibe los fondos de los créditos cedidos y mantiene la información detallada de la conformación de la cartera"[82].

En esa misma línea de pensamiento, Hansen opina que "... desde un punto de vista económico, no cabe ninguna duda de que a través del régimen impositivo comentado se ha querido concluir las etapas de generación del gravamen en la integración de créditos al fideicomiso, de forma tal de no afectar, directa o indirectamente, el flujo de fondos que en definitiva corresponde asignar a los inversionistas en el proceso de titulización"[83].

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, debemos advertir que las disposiciones del segundo párrafo del artículo 84 de la Ley Nº 24.441 han sido receptadas por el artículo 16 de la reglamentación del tributo, el cual, no obstante, prevé excepciones a la aplicación del tratamiento tributario antes descripto.

Así pues, el segundo párrafo de la norma reglamentaria dispone que la calificación del sujeto pasivo efectuada por su primer párrafo en forma similar a la prescripta por el segundo párrafo del artículo 84 de la L.F.V., "... no será de aplicación cuando en la operación actúe como cedente o cesionario una entidad financiera sometida al régimen de la Ley Nº 21.526 y sus modificaciones y el cedente, o, en su caso, administrador o agente perceptor de la cartera designado a tal efecto, sea un sujeto radicado en el país que asume formalmente la calidad de cobrador de los documentos negociados, ni cuando en la operación realizada el cesionario sea un sujeto radicado en el exterior".

Por otra parte, debe tenerse en cuenta si existen franquicias impositivas que amparen, frente al impuesto al valor agregado, a las operaciones generadoras de los activos subyacentes. Tal es el caso de la cesión fiduciaria de créditos concedidos para la adquisición, construcción o mejora de vivienda destinada a casa habitación del solicitante, cuyos intereses se hallan exentos del gravamen -ello conforme a lo establecido por el artículo 7º, inciso h), punto 16, subpunto 9, de la Ley Nº 23.349-, condición que mantienen en cabeza del cesionario, no generándose, por lo tanto, el respectivo débito fiscal.

Otra situación que merece atención es aquélla que se presenta cuando el fiduciante, frente a la mora del deudor, sustituye al crédito

[82] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., pág. 214.
[83] **HANSEN**, Leonardo. Op. cit., pág. 100.

originalmente cedido por un nuevo crédito. Frente a este contexto, se puede vislumbrar la configuración de una nueva prestación comprendida en el objeto del tributo, consistente en la cesión del deudor moroso llevada a cabo por el fideicomiso en favor del fiduciante, surgiendo el interrogante en derredor del tratamiento cabe dispensarle desde el momento que el artículo 84 antes transcripto parece cubrir sólo a la integración de derechos creditorios pero no a su sustitución o reemplazo.

Con relación a esta cuestión, coincidimos con la opinión vertida en el tema por Diplotti, Malumián y Gutiérrez, para quienes "... el acto de cesión del crédito en el cual el fiduciario actúa como cedente, no generaría consecuencias frente al impuesto ya que dicha cesión podría interpretarse como una 'anulación' de la cesión inicialmente realizada a partir del hecho que el crédito en cuestión no reúne las características asignadas para la securitización del mismo"[84].

Consecuentemente, interpretamos que la nueva cesión efectuada por el fideicomiso, sea ésta entendida bajo el concepto de retrocesión o el de rescisión, tampoco se encontrará gravada por el impuesto al valor agregado. Similar tratamiento cabría dispensar a la transmisión de créditos remanentes efectuada por el fiduciario al fiduciante al momento de su producirse la extinción del contrato. Sin embargo, procederá el ingreso del tributo en el caso de que los créditos sean cedidos a un tercero, o que el fiduciante, conforme a estipulaciones contractuales, proceda a la recompra anticipada de los créditos originalmente integrados.

9.11.3. Impuesto a la ganancia mínima presunta

Conforme lo dispone el inciso f) del artículo 2º del Título V de la Ley Nº 25.063, los fideicomisos financieros se encuentran expresamente excluidos de la órbita de este gravamen, el cual sí abarca a los certificados de participación y/o títulos de deuda poseídos por los restantes sujetos pasivos del tributo.

Cabe aclarar que la mencionada exclusión procede en la medida que el fideicomiso califique como "financiero" en los términos de la Ley Nº 24.441, y con independencia de la forma mediante la cual éste hubiera procedido a realizar la colocación –esto es, mediante oferta pública o privada- de sus títulos valores.

9.11.4. Impuesto sobre los bienes personales

Este gravamen no tiene incidencia sobre los activos pertenecientes a fideicomisos financieros, atento a no encontrarse éstos entre los sujetos

[84] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., pág. 214. En igual sentido se pronuncia **HANSEN**. Op. cit., págs. 99/100.

alcanzados[85]. Como veremos más adelante, el tributo sí recae sobre los títulos valores pertenecientes a personas físicas o sucesiones indivisas.

9.11.5. Impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias

Con relación a este impuesto, es dable mencionar que se encuentran comprendidos dentro de su ámbito de imposición los débitos y créditos de cualquier naturaleza efectuados en cuentas corrientes abiertas en las entidades regidas por la Ley N° 21.526. También caen dentro de la órbita del tributo diversas operaciones en las que no se utilice una cuenta corriente bancaria pero intervenga una entidad financiera, así como los movimientos y entregas de fondos –propios o de terceros- realizados por cualquier persona física o jurídica en ejercicio de una actividad económica y en el marco de un sistema de pagos organizado para reemplazar el uso de las cuentas corrientes bancarias.

No obstante, el inciso c) del artículo 10 del Decreto N° 380/01, reglamentario de la ley del gravamen, exime de éste a las cuentas utilizadas en forma exclusiva en el desarrollo específico de su actividad por parte de los fideicomisos financieros comprendidos e los términos de los artículos 19 y 20 de la Ley N° 24.441, en tanto los mismos reúnan la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 70.2. de la reglamentación de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Sobre el particular, adherimos a la opinión vertida por Malumián, Diplotti y Gutiérrez, quienes, no obstante reconocer la importancia del beneficio concedido, resaltan el grave obstáculo que representa este gravamen en la instrumentación de fideicomisos financieros que no cumplan con los requisitos exigidos por las normas reglamentarias del impuesto a las ganancias, y que en ciertos supuestos podría significar un sobrecosto que directamente torne inviable el negocio proyectado.

En ese orden de ideas, los citados autores advierten que "... el tratamiento disvalioso de la figura podría llevar a la no utilización de la misma y a la pérdida de negocios que no podrían llevarse a cabo de otra manera ...", en función de lo cual propugnan "... un tratamiento fiscal neutral de este instituto extendiendo la exención de este impuesto no sólo para aquellos fideicomisos que cumplan con los requisitos del artículo 70.2 sino para todos aquellos que hagan oferta pública de sus títulos, generando además como consecuencia adicional el fortalecimiento de nuestro mercado de capitales"[86].

Por otra parte, debemos señalar que a los efectos de evitar la incidencia del tributo sobre las operaciones llevadas a cabo en el marco de la actividad de intermediación financiera, el artículo 7° del Decreto N° 380/01 prevé que cuando se trate de entidades comprendidas por la Ley de Entidades

[85] Debemos recordar en este punto que ya con anterioridad el Decreto N° 780/95 excluía de la obligación de determinación e ingreso del impuesto, prevista por dicha reglamentación, a quienes revistieran el carácter de fiduciarios de fideicomisos financieros.

[86] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., pág. 221.

Financieras, las mismas estarán alcanzadas por el impuesto que nos ocupa únicamente por las sumas que abonen por su cuenta y a su nombre, cualquiera que sea el medio utilizado, respecto del pago de determinados conceptos que la norma enumera taxativamente –entre otros, honorarios a directores y síndicos, remuneraciones y cargas sociales, gastos de administración, tributos, compra de bienes no afectados a operaciones de intermediación financiera, etc.-.

A su vez, el artículo 3º de la Ley de Entidades Financieras establece que "las disposiciones de la presente Ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del BANCO CENTRAL E LA REPÚBLICA ARGENTINA lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia ...".

Debemos añadir a ello que en uso de las facultades conferidas, el Banco Central de la República Argentina dictó la comunicación "A" 3145 (modificatoria de su par "A" 2703), mediante la cual estableció que "... los fideicomisos financieros en cuyos activos se encuentran créditos originados por entidades financieras, quedan alcanzados por la Ley de Entidades Financieras y sujetos a las normas que establezca el Banco Central [...] Deberán constituirse de acuerdo con las disposiciones del Título I de la Ley Nº 24.441 ...".

Conforme con la normativa expuesta, aquellos fideicomisos financieros cuyos activos consistan en activos financieros –hipótesis que en muchas ocasiones se presenta en los casos de reestructuraciones bancarias encuadradas en los términos del artículo 35 bis de la Ley Nº 21.526-, resultan asimilados a entidades financieras supervisadas por el Banco Central, y por ende resultan amparados por el tratamiento previsto por el artículo 7º supra transcripto, criterio que fuera ratificado por el Fisco en los Dictámenes Nros. 46/2003 y 11/2004 (DAL).

9.11.6. Impuesto sobre los ingresos brutos

Con relación a este gravamen, cabe destacar que, al igual que lo que sucede con el fideicomiso ordinario, las respectivas legislaciones locales no contemplan normas específicas aplicables a esta especie, a excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No obstante ello, puede suceder que sí se encuentren comprendidos dentro de la enumeración de los contribuyentes de este impuesto los patrimonios afectados a un fin determinado, lo cual nos lleva a colegir que en la medida que se verifique esta circunstancia y se configure, en el ámbito del contrato, la generación de alguno de los hechos imponibles previstos por la norma, la especie que nos ocupa resultará sujeto pasivo del tributo.

En lo que atañe a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el artículo 13 de su Código Fiscal incluye entre los contribuyentes de este impuesto a los fideicomisos constituidos de acuerdo con la Ley Nº 24.441, con la única salvedad de los fideicomisos de garantía. De este modo, regirán respecto del

fideicomiso financiero las reglas generales aplicables al género del cual forma parte.

Por otra parte, debemos recordar que el legislador de la Ciudad de Buenos Aires ha entendido que resulta necesario adecuar las bases imponibles de los fideicomisos en general a la actividad económica que realizan, principio éste que fuera plasmado en el artículo 154 de la Ordenanza Fiscal.

Adicionalmente a ello, debemos tener presente que, a diferencia de los fideicomisos ordinarios, la actividad de los fideicomisos financieros principalmente consiste en la securitización de activos con características homogéneas, sirviendo como herramienta para la obtención de fondos mediante la emisión de títulos valores. Ello ha llevado a parte de la doctrina a considerar que ".. los fideicomisos financieros de activos crediticios son entidades que hacen de la intermediación de recursos financieros su actividad específica"[87].

En esa línea de pensamiento, el artículo 1° de la la Resolución N° 444/2000, emanada de la Dirección General de Rentas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 17/03/2000, dispuso que "Para los fideicomisos financieros constituidos de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Nacional N° 24.441, cuyos fiduciantes sean entidades financieras comprendidas en la Ley Nacional 21.526 y los bienes fideicomitidos sean créditos originados en las mismas, la base imponible se determina de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 140 del Código Fiscal (t.o. 1999)".

La misma normativa agrega que "A los efectos de lo dispuesto en este artículo, para el cálculo de la base imponible se considerarán como intereses y actualizaciones pasivos a los rendimientos devengados por los títulos de deuda, en función del tiempo, en cada período".

Cabe aquí recordar que en la época en que se dictó la reglamentación reseñada, el artículo por ella aludido preveía que la base imponible de las entidades financieras estaría conformada por la diferencia entre el haber del total de sus cuentas de resultados /es decir, intereses y actualizaciones percibidas por los préstamos otorgados- y los intereses y actualizaciones pagadas a los depositantes.

De este modo, se equiparaba el tratamiento tributario dispensado a los fideicomisos financieros cuyos fiduciantes fueran entidades regidas por las normas del Banco Central de la República Argentina y sus activos consistieran en créditos originados en estas últimas, con el otorgado a las entidades financieras.

Sin embargo, opinamos que en la medida que el Banco Central de la República Argentina dispuso, por medio de la Comunicación "A" 2703, de fecha 13/05/1998, que los fideicomisos financieros precedentemente aludidos quedaban sujetos a sus normas y a la autorización previa de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, la interpretación

[87] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., pág. 224.

efectuada por la autoridad fiscal ha devenido en superflua, a la vez que no aclara la situación de los restantes fideicomisos financieros que, actuando como intermediarios financieros en el mercado de capitales, no reúnan las características antes apuntadas.

Sin perjuicio de lo hasta aquí comentado, corresponde señalar que con posterioridad se han producido cambios en el tratamiento dispensado por esta jurisdicción a las entidades financieras, disponiendo actualmente el artículo 161 del Código Fiscal que la base imponible de las entidades financieras comprendidas en la Ley Nacional Nº 21.526, "... está constituida por el total de la suma del haber de las cuentas de resultados, no admitiéndose deducciones de ningún tipo".

A su vez, el artículo 170 del mismo cuerpo legal prevé que "En los casos de operaciones de préstamos en dinero, realizadas por personas o jurídicas que no son las contempladas en la Ley Nacional Nº 21.526, la base imponible es el monto de los intereses y ajustes por desvalorización monetaria, cuando corresponda ésta".

Por lo tanto, y recurriendo a una interpretación armónica con el artículo 154 supra reseñado, entendemos que aquellos fideicomisos financieros que actúen como intermediarios en el mercado de capitales no comprendidos en las Circulares "A" 2703 y 4135 del Banco Central, determinarán el gravamen computando los intereses y actualizaciones percibidos, tratamiento similar al que reciben las entidades financieras –así como los fideicomisos financieros asimilados a éstas-, quienes ya no cuentan con la posibilidad de detraer, como ocurría en el pasado, los servicios financieros abonados a los inversores.

Se llega así a la equiparación de trato reclamada por la doctrina[88], si bien es cierto que de esta forma se produce un incremento del costo de financiación que seguramente conspira contra la potenciación del mercado de capitales, al mismo tiempo que el desechar el "spread" como parámetro de imposición colisiona contra la propia esencia del gravamen, consistente en que el ingreso bruto gravado es el derivado del ejercicio de la actividad económica, entendida como una retribución o contraprestación[89].

[88] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., págs. 224/225. Estos autores, al atacar el disímil tratamiento que se dispensaba a los fideicomisos financieros dependiendo del origen de sus créditos, argumentaban con acierto que ".. la actividad de los fideicomisos financieros con créditos no originados en entidades financieras de la ley 21.526, en nada se diferenciaría de aquéllos originados en otro tipo de entidades, pues la naturaleza de la actividad económica de los fideicomisos financieros no viene dada por la calidad del origínante del crédito fideicomitido, sino por la actividad del sujeto que realiza la intermediación". En igual sentido, se expresó **HANSEN.** Op. cit., pág. 105.

[89] Resulta oportuno aquí traer nuevamente a colación las palabras de **MALUMIÁN**, **DIPLOITTI** y **GUTIÉRREZ**, quienes afirman, con particular referencia a la anterior situación de los fideicomisos financieros, que "Si a todas las actividades de intermediación se les reconoció como base imponible su margen comisional, o mejor dicho, la diferencia entre sus ingresos y los que debían reintegrar a su comitentes, resulta equitativo hacer lo propio con os fideicomisos financieros, constituidos para securitizar créditos ..". Cfr. op. cit., pág. 224.

9.11.7. Impuesto de sellos

En lo relativo al impuesto de sellos, cabe tener en cuenta, como ya lo hiciéramos oportunamente, que se trata de un tributo local, el cual alcanza a los actos jurídicos de contenido económico exteriorizados en instrumentos públicos o privados, que se lleven a cabo en el territorio de la respectiva jurisdicción o que tenga efectos en la misma.

En virtud de ello, a los efectos de evaluar la incidencia fiscal que tiene este tributo con relación a los fideicomisos financieros, se deberá analizar el tratamiento dispensable a las distintas operaciones instrumentadas en el marco de los mismos, sin perder de vista que la situación fiscal podrá variar según las previsiones contenidas en las diversas legislaciones locales.

9.11.7.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En lo atinente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debemos reiterar que no se encuentran gravados por este impuesto los actos, contratos y operaciones derivadas de la instrumentación de contratos de fideicomiso, con la única excepción de la cesión fiduciaria de inmuebles efectuada a título oneroso.

Por lo tanto, podemos afirmar que en la especie que nos ocupa, sólo se encontrará sujeta a imposición la transmisión de inmuebles operada en el marco de un fideicomiso financiero inmobiliario, ello atento a que, en la habitualidad de los casos, dicha operación se asimila a la "venta definitiva" del activo fideicomitido y, consecuentemente, posee carácter oneroso.

9.11.7.2. Provincia de Buenos Aires

En el caso de la provincia de Buenos Aires, el artículo 214 de la Ley Nº 10.397 dispone que este impuesto recaerá sobre los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso formalizados en el territorio de la provincia en instrumentos públicos o privados que exterioricen la voluntad de las partes. Asimismo, el artículo 215 del mismo cuerpo normativo también sujeta a imposición los actos y contratos de carácter oneroso concertados fuera de la provincia pero cuyos efectos económicos se produzcan dentro del ámbito provincial o cuando los bienes objeto de las transacciones se encuentren radicados dentro de su espacio territorial.

Sentado ello, y como explicáramos al comienzo, deberemos estudiar las consecuencias tributarias de los distintos actos jurídicos que se pueden formalizar en el marco de un fideicomiso financiero, entre los cuales tenemos los siguientes: 1) el contrato de fideicomiso; 2) la emisión y suscripción de títulos fiduciarios; 3) la cesión fiduciaria de los activos.

9.11.7.2.1. Contrato de fideicomiso

Atento a que, en la generalidad de los casos, en oportunidad de instrumentarse un fideicomiso financiero se acuerda el pago de una remuneración al fiduciario por el desempeño de sus funciones, la formalización del respectivo instrumento constitutivo se encontrará en principio sujeta al presente gravamen.

Este precisamente ha sido el criterio plasmado en el Dictamen Nº 58/97, emanado de la Dirección General de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, en el que dicha repartición se expidió con relación al tratamiento que cabía dispensar en el impuesto de sellos a dos escrituras suscriptas en el marco de un fideicomiso financiero inmobiliario, una de las cual formalizaba la transmisión del dominio fiduciario de un inmueble situado en la provincia de Buenos Aires destinado a la construcción de viviendas.

En dicha oportunidad, la Dirección Técnica Tributaria, dependiente del Organismo Recaudador Provincial, sostuvo, respecto a la constitución del fideicomiso, que "... si bien el contrato de fideicomiso implica la transferencia de un dominio que no puede ser calificada como onerosa o gratuita, dada la naturaleza de este instituto que permite la transmisión de un patrimonio a 'título de confianza', el convenio de fideicomiso puede ser oneroso si en éste se ha pactado una retribución para el fiduciario por su actividad de administrador".

Por lo tanto, la autoridad fiscal, si bien excluyó del objeto del tributo a la transmisión fiduciaria del inmueble, en cambio sujetó a imposición al propio contrato de fideicomiso, constituyendo la base imponible la retribución pactada con el fiduciario.

No obstante, entendemos que en la medida que se interprete que el contrato de fideicomiso resulta necesario para la emisión de valores fiduciarios colocados mediante oferta pública, su instrumentación podría encontrarse amparado por el beneficio exentivo consagrado por el punto A) del inciso 45 del artículo 259 Código Fiscal,, al cual aludiremos en el apartado siguiente.

9.11.7.2.2. Emisión y suscripción de los títulos fiduciarios

En lo que se refiere a la emisión de títulos valores realizada en el marco de un contrato de fideicomiso financiero, cabe señalar que mediante el punto A) del inciso 45) artículo 259 del Código Fiscal, se declaran exentos del gravamen:

A) Los instrumentos, actos y operaciones de cualquier naturaleza incluyendo entregas y recepciones de dinero, incluidos y/o necesarios para posibilitar el incremento de capital social, emisión de títulos valores representativos de deuda de sus emisoras y cualquiera otros títulos valores destinados a la oferta pública en los términos de la Ley Nº 17.811, por parte de sociedades debidamente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores a hacer oferta pública de dichos títulos

valores. Esta exención ampara los instrumentos, actos, contratos, operaciones y garantías vinculadas con los incrementos de capital social y/o las emisiones mencionadas presentemente, sean aquéllos anteriores, simultáneos, posteriores o renovaciones de estos últimos hechos, con la condición prevista en el presente artículo.

B) Los actos y/o instrumentos relacionados con la negociación de las acciones y demás títulos valores debidamente autorizados para su oferta pública por la Comisión Nacional de Valores.

C) Las escrituras hipotecarias y demás garantías otorgadas en seguridad de operaciones indicadas en los incisos precedentes, aún cuando las mismas sean extensivas a ampliaciones futuras de dichas operaciones.

No obstante, el dispositivo aclara en su punto D) que "Los hechos imponibles calificados originalmente de exentos de acuerdo con los apartados precedentes, como consecuencia de su vinculación con las futuras emisiones de títulos valores comprendidos en el mismo, estarán gravados con el Impuesto si en un plazo de noventa (90) días corridos no se solicita la autorización para la oferta pública de dichos títulos valores ante la Comisión Nacional de Valores y/o si la colocación de los mismos no se realiza en un plazo de ciento ochenta (180) días corridos a partir de ser concedida la autorización solicitada".

Cabe tener en cuenta que el dispositivo en cuestión fue incorporado a la Ley N° 10.397 mediante la reforma introducida por la Ley N° 11.259, la cual se basó "... en el propósito de promover la inversión productiva a través del fomento de negocios jurídicos relacionados con títulos valores, brindando el apoyo necesario al sector empresario y productivo ... Así los empresarios encontrarán genuinas fuentes de financiación para sus actividades productivas mediante la emisión y negociación de títulos valores, con oferta pública en sus variados tipos ...".

Conforme con lo expuesto, cabe inferir que la norma bajo análisis confiere una exención amplia a las operaciones vinculadas con la emisión de cualquier clase de títulos valores, comprendidos los títulos fiduciarios emitidos en el marco de un fideicomiso financiero, tesitura ésta que es respaldada por la opinión mayoritaria de la doctrina[90].

También arriba a idéntica criterio la Dirección de Técnica Tributaria de la Dirección General de Rentas en el Dictamen N° 58/97 antes comentado, en el cual se concluyó, con relación a una segunda escritura mediante la que

[90] En ese sentido se pronuncian **MALUMIÁN, DIPLOTTI** y **GUTIÉRREZ**, quienes sostienen que la norma reseñada "... pone un un pie de igualdad a todos los títulos valores destinados a la oferta pública incluidos los títulos fiduciarios (léase títulos representativos de deuda o certificados de participación)". Cfr. op. cit., pág. 233. También adhiere a esta corriente **HANSEN**, quien afirma que "Es clara la exención sobre los instrumentos y su circulación, y con un criterio amplio se podría considerar la eximición de toda formación de capitales con destino a la oferta pública, cuando el fideicomiso financiero hubiera colocado los títulos emitidos bajo aquella condición y considerando a dicho instituto equivalente a una 'sociedad de capital', comprendiendo entonces a la integración fiduciaria ...". Cfr. op. cit., pág. 119.

se instrumentaba la constitución de un derecho real de hipoteca sobre el inmueble fideicomitido con el objeto de garantizar la emisión de los títulos fiduciarios, que la misma se encontraba amparada por la exención contemplada en el inciso 44.A) –hoy 45.A)- del artículo 259 del Código Fiscal.

Por último, debemos mencionar que en el supuesto que la colocación de los valores fiduciarios sea llevada a cabo en forma privada, su instrumentación se verá incidida por el tributo.

9.11.7.2.3. Cesión fiduciaria de los activos

Por aplicación del punto A) del inciso 45 del artículo 259 del Código Fiscal, la cesión fiduciaria de los activos integrados a un fideicomiso financiero cuyos valores fiduciarios sean colocados por oferta pública se encuentra exenta del tributo.

En tal sentido, el Organismo Recaudador de la Provincia sostuvo, con relación a una cesión fiduciaria de créditos hipotecarios efectuada en el marco de un fideicomiso financiero –el cual emitió títulos valores mediante el procedimiento de oferta pública-, que "... no obstante que por la cesión fiduciaria de créditos se hayan establecido precios, lo cual podría configurar hechos imponibles –cesiones onerosas de créditos hipotecarios- la operatoria está alcanzada por la exención prevista por el inciso 44 del artículo 259 del Código Fiscal t.o. 1996".

9.12. TRATAMIENTO FISCAL DE LOS TÍTULOS EMITIDOS

El tratamiento fiscal de los títulos valores emitidos por los fideicomisos financieros está dado en su mayor parte por el artículo 83 de la Ley Nº 24.441, el cual establece lo siguiente:

"Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación, como así también las correspondientes a sus garantías;

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, como así también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado 1986) y sus modificaciones. Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el Título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su art. 21 y en el art. 104 de la ley 11.683 (texto ordenado 1978) y sus modificaciones.

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública".

9.12.1. Pronunciamiento del Fisco sobre la procedencia de la exención del articulo 83 de la Ley Nº 24.441

A través del Dictamen Nº 11/1997 (D.A.T.), el Fisco ha interpretado que para la procedencia del tratamiento fiscal previsto en el artículo 83 de la Ley Nº 24.441, los títulos de deuda necesariamente deben ser emitidos por el fiduciario.

Dicha opinión, que restringe la aplicación de los beneficios destinados a títulos valores emitidos en el marco de esta categoría de negocios fiduciarios, ha motivado la discrepancia de la doctrina, la cual ha basado su postura en una interpretación gramatical de la norma de marras y en el hecho que no existe perjuicio fiscal alguno en caso que el emisor sea distinto al fiduciario.

En tal sentido, Julián Martín[91] sostiene que, de este modo, cabe interpretar que "...el articulado podría englobar a:

a) todos los títulos-valores representativos de deuda, cualquiera de los sujetos admitidos legalmente sea el emisor;

b) además, los certificados de participación necesariamente emitidos por el fiduciario".

9.12.2. Impuesto a las ganancias

A los efectos de describir adecuadamente el tratamiento tributario que cabe dispensar en este tributo a las rentas provenientes de títulos fiduciarios, deberemos dividir el análisis en los siguientes puntos: 1) rendimientos originados en la negociación de los títulos; 2) resultados de la tenencia; 3) rendimientos correspondientes a certificados de participación o títulos de deuda.

9.12.2.1. Resultados derivados de la negociación de los valores fiduciarios

Los resultados originados en la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición de los certificados de participación y títulos de deuda obtenidos por personas físicas o sucesiones indivisas residentes en el país se encuentran exentos del impuesto a las ganancias, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el inciso b) del artículo 83 de la Ley Nº 24.441 -esto es, que hayan sido colocados por oferta pública y emitidos por el fiduciario en el ámbito de un fideicomiso financiero destinado a la titulización de activos-.

[91] **MARTÍN**, Julián. Tratamiento impositivo ..., pág. 348.

Debemos aclarar que en el caso que no se cumplan con los condicionamientos indicados por el citado dispositivo, los beneficios obtenidos por personas físicas habitualistas se encontrarán exentos del tributo –ello siempre que se resuelva que el antiguo texto del inciso w) permanece vigente-, mientras que se encontrarán fuera del objeto del tributo en el caso de los no habitualistas.

Resulta preciso aclarar, asimismo, que la franquicia antes reseñada no se extiende a los sujetos obligados a practicar el ajuste por inflación impositivo –sujetos empresa-, los cuales deberán tributar sobre las rentas generadas en las operaciones indicadas más arriba.

Finalmente, debemos señalar que los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición de títulos fiduciarios obtenidos por sujetos –personas físicas o jurídicas o sucesiones indivisas- que revistan la calidad de beneficiarios en el exterior, se hallan exonerados del presente tributo, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 78 del Decreto Nº 2284/91, ratificado por la Ley Nº 23.407.

9.12.2.2. Resultados provenientes de la tenencia de los títulos fiduciarios

Debemos abocarnos ahora a determinar el tratamiento que cabe dispensar a los resultados generados por la tenencia de títulos valores emitidos por fideicomisos financieros, es decir las "ganancias" o "pérdidas" derivadas de fluctuaciones en el valor de mercado de los mismos. Al respecto, cabe recordar que en el caso de las personas físicas se aplica la teoría de la renta-producto, por la cual sólo se verán sometidas al gravamen las rentas que cumplan con los requisitos previstos en el apartado 1) del artículo 2º de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

De este modo, el legislador ha excluido del objeto del impuesto aplicable a personas físicas, los beneficios provenientes de la venta o transferencia de los bienes a terceros, así como también los resultantes de variaciones en su valor ocurridas entre la fecha de entrada al patrimonio del sujeto y la de cierre del ejercicio que se liquida. En consecuencia, los resultados por tenencia no se reflejarán en ningún momento en el balance fiscal, debiendo valuarse los respectivos títulos representativos de deuda o certificados de participación a su valor de costo.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso resaltar que lo dicho anteriormente no resulta de aplicación respecto de los sujetos comprendidos en el Título VI de la ley del gravamen, quienes se deben regir a tales efectos por las disposiciones contenidas en los artículos 96 y 97 del plexo normativo. En particular, el inciso d) del primero de los dispositivos citados ordena que los títulos públicos, bonos y demás títulos valores –excluidas acciones y cuotas partes de fondos comunes de inversión- que coticen en bolsas o mercados, deberán computarse al último valor de cotización a la fecha de cierre del ejercicio, mientras que los que no cuenten con cotización deberán valuarse al costo incrementado, de corresponder, con los importes de los intereses,

actualizaciones y diferencias de cambio que se hubieren devengado a la fecha de cierre del ejercicio.

Por lo tanto, en el caso de sujetos-empresa, las diferencias de valuación surgidas entre el cierre del período fiscal corriente y el cierre del ejercicio anterior representará una ganancia gravada computable en el respectivo balance fiscal.

9.12.2.3. Rendimientos provenientes de los títulos

Con el objeto de desarrollar más claramente este punto, dividiremos el mismo en dos partes, la primera de ellas atinente al tratamiento impositivo dispensable a los intereses de títulos de deuda, y la segunda referida a los rendimientos de certificados de participación.

9.12.2.3.1. Títulos de deuda

Los intereses generados por títulos representativos de deuda, emitidos en las condiciones prescriptas por el artículo 83 de la Ley Nº 24.441, pertenecientes a personas físicas o sucesiones indivisas del país o a sujetos del exterior, se encuentran exentos del gravamen.

En cambio, en el supuesto de títulos de deuda que no cumplan con las pautas legales, constituirán rentas sujetas a imposición. En el caso que los certificados pertenezcan a personas físicas o sucesiones indivisas residentes en el país, revestirán el carácter de ganancias de la segunda categoría, mientras que si sus titulares son sujetos no residentes, se encontrarán sujetos al régimen de retención normado por el Título V de la ley del gravamen.

Por último, en el caso de intereses y actualizaciones percibidos por sujetos-empresa, constituirán rentas gravadas, no resultando procedente a su respecto la exención prevista en el dispositivo aludido supra.

9.12.2.3.2. Certificados de participación

Al igual que acontece con los títulos de deuda, los rendimientos obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas provenientes de certificados de participación emitidos por fideicomisos financieros que cumplan con las exigencias legales del artículo 83 de la Ley Nº 24.441, se encontrarán eximidos del tributo.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que, en el supuesto de que no se cumplan las exigencias legales o que los tenedores revistan el carácter de beneficiarios del exterior, resultará aplicable lo dispuesto por el artículo 46 de la ley del gravamen, el cual dispone que las utilidades distribuidas por sujetos comprendidos en el inciso a) de su artículo 69 constituirán para su perceptor ganancias no computables.

Finalmente, en lo relativo a las utilidades distribuidas correspondientes a certificados de participación cuyos tenedores sean sujetos

comprendidos en el Título VI del cuerpo legal, las mismas constituirán para los respectivos beneficiarios rentas no computables, ello conforme al lo previsto por artículo 64 de la Ley Nº 20.628.

9.12.3. Impuesto al valor agregado

Conforme lo dispone el artículo 83 de la L.F.V., los intereses correspondientes a títulos valores representativos de deuda emitidos por los fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulación de activos y que hayan sido colocados por oferta pública, se encontrarán exentos del impuesto al valor agregado. Por el contrario, en caso de no cumplirse con los requisitos exigidos por la norma legal, los intereses pagados a tenedores de títulos de deuda constituirán prestaciones gravadas por este impuesto.

En lo que se refiere a los rendimientos atribuidos a los certificados de participación, los mismos se encontrarán fuera del ámbito de imposición del tributo. También quedarán fuera de su objeto la venta, permuta, o cualquier otro acto de disposición llevado a cabo sobre los títulos valores fiduciarios, en este caso con independencia que se trate de certificados de participación o títulos representativos de deuda.

Con relación a la negociación de los títulos fiduciarios, es dable puntualizar que dicha operatoria se encuentra exenta del tributo, conforme a lo dispuesto por el artículo 6º, inciso c), de la ley del tributo.

9.12.4. Impuesto sobre los bienes personales

Los certificados de participación y títulos representativos de deuda emitidos por fideicomisos financieros constituidos en el país bajo el régimen de la Ley Nº 24.441, poseídos por personas físicas o sucesiones indivisas, se encuentran alcanzados por este tributo. En tal sentido, el inciso j) del artículo 19 del cuerpo legal dispone que se considerarán bienes situados en el país "... los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados, cuando éstos tuvieran domicilio en él", mientras que el inciso l) del mismo artículo da idéntica condición a "Los créditos ... cuando el domicilio real del deudor esté ubicado en su territorio".

Por su parte, el inciso i) del artículo 19 del plexo legal dispone que a los fines de la determinación del gravamen, los títulos valores que coticen en bolsas o mercados deberán valuarse al último valor de cotización o de mercado al 31 de diciembre de cada año. Por el contrario, los que no posean cotización, se deberán valuar a su valor de costo, incrementado, de corresponder, con los intereses devengados hasta el 31 de diciembre del año por el que se determina el gravamen o las utilidades no distribuidas devengadas hasta dicha fecha.

Consideramos oportuno aclarar que la tenencia de valores fiduciarios se encuentra excluida del régimen de retención con carácter de pago único y definitivo instaurado por el artículo incorporado a continuación del artículo 25

de la ley, ello por cuanto los mismos no representan la participación en el capital social de entidades regidas por la Ley Nº 19.550.

Por otra parte, el artículo 26 del plexo normativo prevé que, en caso que la propiedad de los títulos fiduciarios corresponda a personas físicas domiciliadas en el exterior, el gravamen deberá ser ingresado con carácter de pago único y definitivo por aquella persona de existencia visible o ideal que posea el dominio, uso, goce, disposición, tenencia, administración o guarda de los mismos.

El mismo régimen resultará aplicable si los titulares de los valores son sociedades, empresas, establecimientos estables, patrimonios o establecimientos del exterior que reúnan simultáneamente las siguientes características: a) se encuentren domiciliados o, en su caso, radicados en países que no apliquen un régimen de nominatividad de títulos valores privados; b) su actividad principal, conforme a su naturaleza jurídica o estatutos, consista en la realización de inversiones fuera de la jurisdicción en la cual se encuentran constituidos; c) no puedan ejercer en dicha jurisdicción ciertas operaciones y/o inversiones expresamente determinadas en el régimen legal o estatutario que las regula.

9.12.5. Impuesto a la ganancia mínima presunta

La tenencia de valores fiduciarios perteneciente a sujetos empresa se encuentra comprendida en la órbita de imposición del gravamen. En tal sentido, el inciso g) del artículo 4º del Título V de la Ley Nº 25.063 incluye dentro de la base del gravamen a los certificados de participación y títulos representativos de deuda, emitidos por fideicomisos financieros, disponiendo que en el caso que los mismos coticen en bolsas o mercados, se deberán valuar al último valor de cotización o mercado a la fecha de cierre del ejercicio.

El mismo dispositivo establece que los títulos fiduciarios que no posean cotización, se deberán valuar 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 a la fecha de cierre del ejercicio por el que se determina el impuesto.

Sin perjuicio de ello, el inciso f) del artículo 3º del plexo normativo exime de imposición a los certificados de participación y a los títulos representativos de deuda en la proporción atribuible al valor de las acciones o participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario.

9.12.6. Impuesto sobre los ingresos brutos

Como hemos mencionado con anterioridad, este gravamen recae sobre el ejercicio habitual de una actividad llevada a cabo a título oneroso en el

ámbito geográfico de la respectiva jurisdicción, sin importar el resultado obtenido ni la naturaleza del sujeto que la realice.

Debemos agregar que las legislaciones fiscales adoptan generalmente una definición de hecho imponible sumamente amplia y difusa, a la vez que no contienen normas específicas aplicables a los rendimientos o intereses provenientes de los títulos fiduciarios o a los ingresos derivados de su negociación.

Aclarado ello, debemos tener en cuenta que el gravamen alcanza a las operaciones de préstamos de dinero, con o sin garantía, actividad cuya habitualidad en algunos casos es presumida por el respectivo marco legal[92]. Por lo tanto, dado que los títulos de deuda representan una prestación financiera, entendemos que los intereses percibidos por los inversores se encontrarán gravados.

Por el contrario, atento a que los certificados de participación significan una participación en los beneficios del negocio, consideramos que no constituye una actividad económica distinta a la realizada por el fideicomiso, por lo que no debería verse incidida por el gravamen.

Coincidimos así con la opinión esbozada por Malumián, Diplotti y Gutiérrez, quienes entienden que "... si bien no existe una exención expresa para los ingresos generados por las utilidades emergentes de certificados de participación, se podría sostener, al menos frente al Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, que dichos rendimientos se encontrarían exentos al asimilarse desde el punto de vista de la realidad económica a un dividendo de acciones, situación expresamente establecida por la Ley de Impuesto a las Ganancias en los artículos 46 y 64"[93].

No obstante, y como bien señalan los autores antes citados, no puede descartarse que el Fisco objete la interpretación formulada, utilizando un criterio restrictivo basado en la literalidad de la norma exentiva. En virtud de ello, entendemos necesario que se incluya en los respectivos plexos normativos una exención expresa que ampare tanto a los rendimientos de los certificados de participación como a los intereses de títulos de deuda, de modo de lograr su equiparación con otras formas de inversión –como son los plazos fijos, obligaciones negociables, etc.- que en muchos casos gozan de beneficios fiscales.

En cuanto al valor de venta de los títulos obtenido en la negociación de los mismos, se encontrará alcanzado por el impuesto en la medida que dicha negociación constituya para el vendedor el desarrollo de una actividad económica habitual.

---

[92] Por ejemplo, el artículo 133 de la Ley Nº 541 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En cambio, en el caso de la Provincia de Buenos Aires, el inciso g) del artículo 144 de su Código Fiscal declara alcanzados a los ingresos en cuestión que provengan de operaciones realizadas en forma habitual o esporádica.

[93] **MALUMIÁN**, Nicolás, **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Op. cit., pág. 255.

9.12.7. Impuesto de sellos

Dado que este gravamen incide sobre los actos jurídicos formalizados en instrumentos públicos o privados, la negociación de los títulos valores emitidos por un fideicomiso financiero se encontrará alcanzada por el tributo, con la única excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción en la que dicha operatoria no tendrá consecuencias tributarias.

No obstante, algunas jurisdicciones han adherido a los fundamentos exteriorizados en los considerandos del Decreto Nº 2284/91, en el sentido de favorecer el desarrollo del mercado de capitales, y, en consecuencia, han incorporado en sus ordenamientos fiscales una exención destinada a todos los actos o instrumentos relacionados con la negociación de títulos valores debidamente autorizados para su oferta pública por la Comisión Nacional de Valores. Tal es el caso de las provincias de: Buenos Aires (inciso 45 del artículo 259), Córdoba (inciso 39 del artículo 208), Entre Ríos (inciso z del artículo 215), La Pampa (inciso b del artículo 256), Mendoza (inciso 19 del artículo 240) y Santa Fe (inciso 39 del artículo 183).

9.13. CONCLUSIONES

Como hemos relatado al comienzo de este capítulo, la Ley Nº 24.441 ha brindado una serie de instrumentos destinados a canalizar fondos del mercado de capitales hacia el sector productivo nacional.

Cabe agregar que una de las herramientas más interesantes diseñadas por el legislador ha sido precisamente el fideicomiso financiero, el cual permite la securitización de activos ilíquidos mediante la emisión de títulos valores adquiridos por inversores individuales o institucionales.

Con ese propósito en vista, las normas impositivas le dispensan a esta figura un tratamiento tributario favorable, siempre y cuando se cumplan con ciertas exigencias legales, como por ejemplo la finalidad de titulización y la colocación de los valores fiduciarios por oferta pública. Al respecto, opinamos que la interpretación de las normas legales que establecen estos requisitos debe buscar cumplir con el objetivo pergeñado por el legislador al instaurarlos, debiéndose evitar que un excesivo rigorismo fiscal conspire contra las posibilidades de utilización de esta herramienta.

CAPÍTULO X

ASPECTOS CONTABLES DE LOS FIDEICOMISOS

10.1. INTRODUCCIÓN

Como hemos visto al describir los aspectos legales de esta figura, el fideicomiso constituye un patrimonio separado de los patrimonios pertenecientes al fiduciario y al fiduciante, resultando indemne a las acciones de los acreedores de los sujetos participantes en la operatoria.

Lo expuesto permite avizorar que el fiduciario deberá mantener una contabilidad separada de la suya propia que permita identificar a los bienes integrantes del patrimonio fideicomitido y seguir su evolución cuantitativa y cualitativa.

Por otra parte, si bien debemos reconocer que, desde el omento que no posee personalidad jurídica. el fideicomiso no se encuentra obligado por las respectivas normas legales (léase Ley Nº 19.550 y Código de Comercio) a mantener registraciones de sus operaciones, no es menos cierto que determinadas entidades o personas que interactúan con el patrimonio fiduciario puedan requerir, para la toma de sus decisiones, de información contable compilada bajo la forma de estados contables emitidos a partir de contabilidad llevada de acuerdo con normas profesionales.

Lo expuesto ha conllevado a la doctrina a definir la aparición de un nuevo ente contable, el fideicomiso, y a la necesidad de contar con ciertas pautas que permitan guiar la contabilización de sus operaciones y la confección de estados contables que reflejen adecuadamente su situación patrimonial y económica.

10.2. EL FIDEICOMISO COMO ENTE CONTABLE

Como bien señala la doctrina[94], una de las condiciones necesarias para la preparación de información contable es la existencia de un "ente contable", definido a partir de la presencia de los siguientes elementos: a) un fin económico particular; b) un conjunto de bienes materiales e inmateriales; c) un centro de decisiones, el cual coordina la actividad económica hacia el fin perseguido.

Ahora bien, a partir del análisis del objeto, partes intervinientes, contenido y particularidades del contrato de fideicomiso, podemos inferir que el mismo puede ser tipificado como un ente a los fines contables, cuyos elementos están conformados por el encargo fiduciario o negocio subyacente (el fin económico particular), el patrimonio fiduciario (el conjunto de bienes) y el fiduciario (el centro de decisiones independiente).

En cuanto a los usuarios de la información contable emitida por este nuevo ente, básicamente serán el fiduciante, el beneficiario y el fideicomisario.

[94] **VERÓN,** Carmen Stella. Un nuevo ente contable llamado fideicomiso, pág. pág. 7.

No obstante, podrán surgir nuevos demandantes, tales como la Comisión Nacional de Valores, los potenciales inversores, el Fisco, etc.

Finalmente, y en lo que atañe a los objetivos que deberá perseguir, podemos afirmar que la contabilidad del fideicomiso deberá brindar información en torno de los siguientes tópicos:

a) la composición del patrimonio fiduciario;
b) las variaciones que ha experimentado el mismo;
c) la conformación del resultado obtenido en el período informado;
d) las actividades financieras realizadas.

10.3. EL INFORME Nº 28 DE LA F.A.C..P.C.E.

A los efectos de brindar una guía para la registración, exposición y valuación de las operaciones instrumentadas mediante la utilización de fideicomisos, la Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal procedió a emitir en agosto de 1997 el Informe Nº 28 donde se fijan posiciones en torno a los aspectos contables de dicha temática.

No obstante, en dicho trabajo se advierte que el mismo no pretende cubrir todas las modalidades de fideicomiso existentes en el mercado, por lo cual "... el tratamiento contable de contratos de fideicomiso no específicamente tratados en este informe dependerá de las cláusulas del contrato, la realidad económica y el criterio profesional, tomando como base las pautas generales que en él se incluyen"[95].

Entendemos sumamente acertada la aclaración formulada, dado que la diversidad de objeto que puede asumir esta figura torna prácticamente imposible cualquier parametrización que se intente en materia contable.

Aclarado ello, pasaremos seguidamente a describir los principales tópicos desarrollados en el informe.

10.3.1. CLASES DE FIDEICOMISOS

Luego de describir los sujetos que participan en el contrato, el objeto de éste y las principales características que presenta, el Informe aborda la clasificación de los fideicomisos, que efectúa en base a dos aristas diferentes: el objetivo perseguido y la existencia o no de una contraprestación a favor del fiduciante.

Conforme al objetivo perseguido, clasifica a los fideicomisos en:

a) **Traslativo de dominio**: es aquél que produce "... la transmisión definitiva del bien a favor del fideicomisario al cumplirse la condición del contrato".

[95] **CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE CAPITAL FEDERAL.** Tratamiento contable del fideicomiso, pág. 5.

b) **De seguro**: en este caso, el asegurado, en carácter de fiduciante, "... transmite el eventual monto indemnizatorio al fiduciario (normalmente una entidad financiera), para que éste lo administre en beneficio de un tercero (cónyuge, hijos, etc), que puede o no existir al momento de la celebración del contrato de fideicomiso".

c) **Testamentario**: el fideicomiso se constituye por testamento.

d) **De Garantía**: es definido como aquél que se configura "... cuando una persona adquiere una obligación de cumplimiento futuro, y ofrece como garantía (en fideicomiso) sus bienes, con instrucciones al fiduciario para que, en el caso de incumplimiento, proceda a la venta de esos bienes y pague al acreedor con el producto de ella".

e) **De administración o inversión**: aquí, el fiduciante transmite el bien objeto de fideicomiso "... para que el fiduciario lo administre, ya sea en beneficio del propio fiduciante o de un tercero".

f) **Financiero**: reproduce las pautas definidas en los artículos 19 y 20 de la ley Nº 24.441, es decir que el fiduciario sea una entidad financiera o una sociedad autorizada a dichos fines por la comisión Nacional de valores, y los beneficiarios sean titulares de certificados de Participación o de Títulos de deuda emitidos en el marco del fideicomiso.

g) **Inmobiliario**: se da "... cuando el fiduciario recibe del fiduciante un proyecto de construcción y venta de las unidades construidas".

En cuanto a la existencia de contraprestación a favor del fiduciante, el Informe contempla las siguientes alternativas:

a) **Transmisión fiduciaria con contraprestación**, en la cual el fiduciante recibe una contraprestación a cambio de los bienes entregados a título de confianza.

b) **Transmisión fiduciaria sin contraprestación**, donde la entrega de bienes al fiduciario no involucra contraprestación alguna.

10.3.2. PAUTAS SOBRE REGISTRACIÓN CONTABLE

A continuación, el Informe brinda pautas mínimas de exposición y valuación que permitan escoger el tratamiento contable más adecuado. En tal sentido, aclara que la contabilización de las operaciones en los libros del fiduciante dependerá de las distintas clases de fideicomisos existentes y de las

cláusulas particulares previstas en cada contrato, en especial las relativas al destino final de los bienes fideicomitidos y a la contraprestación relacionada con la transmisión fiduciaria cuando ésta existiera.

Asimismo, se analiza si es necesario que el fideicomiso lleve una contabilidad por separado y emita estados contables, así como las características que deben poseer los mismos.

Por último, se propicia que los sujetos participantes en la operatoria informen en sus estados contables acerca de los derechos y obligaciones emergentes del contrato.

10.3.2.1. Transmisión fiduciaria con contraprestación

Se dispone que en el supuesto que el fiduciante reciba una contraprestación por la entrega de la propiedad fiduciaria, la operación será registrada en sus libros como una operación de venta, en tanto aquél transfiera efectivamente el control de los bienes fideicomitidos. En caso contrario, los bienes permanecerán en el activo del fiduciante con una adecuada explicación de la situación contractual que los afecta o puede afectarlos.

Asimismo, el Informe explica que para que la transmisión fiduciaria se registre en los libros del fiduciante como una operación de venta, deben darse concurrentemente los siguientes requisitos:

a) El fiduciante transfiere al fideicomiso los futuros beneficios económicos que producirán los bienes fideicomitidos. Se considera que esta exigencia no se verifica si el transmitente conserva la opción de readquirir los bienes fideicomitidos, circunstancia que no comprende a la posibilidad de que el fiduciante pueda igualar la oferta de un tercero para readquirir los bienes fideicomitidos.

b) En caso que la transmisión fiduciaria se efectúe con la obligación por parte del fiduciante de hacerse cargo de pérdidas relacionadas con los bienes fideicomitidos –asumiendo su monto o reemplazando los bienes-, el fiduciante deberá poder estimar razonablemente las pérdidas futuras y gastos conexos relacionados con dichos bienes, considerándose que no se produce una venta cuando no pueda efectuarse dicha estimación.

c) El contrato de fideicomiso no puede obligar a readquirir los bienes fideicomitidos o sólo lo podría hacer en una proporción poco significativa.

d) La transmisión de los activos fideicomitidos no se realiza en garantía de obligaciones a cargo del fiduciante o de un tercero.

10.3.2.1.1. Tratamiento cuando la transmisión fiduciaria se asimila a una operación de venta

En caso que proceda esta alternativa, el tratamiento contable será el siguiente:

En la contabilidad del fiduciante: éste deberá asentar en sus registros la transmisión fiduciaria, dando de baja a los activos objeto de fideicomiso y registrando como contrapartida los activos (por ejemplo dinero en efectivo, obligaciones negociables, certificados de participación) recibidos en contraprestación.

Cuando la transacción se efectúe por un valor diferente al valor de libros de los bienes involucrados, dicha diferencia deberá registrarse como resultado, conjuntamente con las pérdidas futuras y gastos conexos estimados a cargo del fiduciante.

En la contabilidad del fideicomiso: los bienes fideicomitidos se incorporarán en los libros del fideicomiso a los valores previstos en el contrato correspondiente o, en su defecto, según los criterios previstos en las normas contables profesionales vigentes para cada tipo de activo, debiéndose indicar su condición de propiedad fiduciaria mediante la leyenda "en fideicomiso". La contrapartida de esta registración será la que refleje más adecuadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios.

En caso de que los activos fideicomitidos hubieran sido financiados mediante la emisión de títulos de deuda, éstos deberán registrarse como "Pasivo fiduciario". En cambio, de haberse recurrido a la emisión de certificados de participación, los mismos serán registrados dentro del rubro "Patrimonio neto fiduciario".

Asimismo, también deberán contabilizarse las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso como resultado de la gestión del fiduciario.

10.3.2.1.2. Tratamiento cuando la transmisión fiduciaria no se asimila a una operación de venta

Cuando no se verifiquen los requisitos exigidos para asimilar la entrega de bienes en fiducia a una operación de venta, el tratamiento contable de la transacción será el siguiente:

En la contabilidad del fiduciante: los bienes fideicomitidos deberán ser reclasificados en una cuenta que refleje su afectación al fideicomiso, debiéndose asentar asimismo, como activos y pasivos, las prestaciones y contraprestaciones vinculadas o relacionadas con la operación.

También deberán registrarse en los libros del fiduciante las transacciones posteriores (como pueden ser el pago de los certificados de

participación, cancelación de pasivos, etc.) que se realicen durante el ciclo de vida del fideicomiso, en base a la información suministrada por el fiduciario.

En la contabilidad del fideicomiso: dado que tanto los activos fideicomitidos como las contraprestaciones recibidas son contabilizadas por el fiduciante, el fideicomiso no deberá efectuar registración alguna al momento de la transmisión.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso, como resultado de la gestión del fiduciario sí deberán contabilizarse en los libros del fideicomiso.

10.3.2.2. Transmisión fiduciaria sin contraprestación

En el supuesto que el fiduciante no reciba ninguna contraprestación por la transmisión fiduciaria y además la probabilidad de que los bienes fideicomitidos reingresen a su patrimonio sea remota, los mismos deberán ser dados de baja del activo del fiduciante y reconocerse la correspondiente pérdida.

A su vez, deberá registrarse en los libros del fideicomiso el alta de los bienes recibidos, así como las transacciones posteriores efectuadas durante el ciclo de duración del fideicomiso como producto de al gestión del fiduciario.

10.3.2.3. Registraciones en los libros del fiduciario

El fiduciario contabilizará en sus propios libros los resultados devengados, tales como comisiones, honorarios, etc., pudiendo reflejar en cuentas de orden o en notas a sus estados contables su responsabilidad sobre los bienes fideicomitidos.

Aquí debemos advertir que si bien el informe utiliza la expresión "... resultados devengados ...", alude en realidad a la retribución percibida por el fiduciario como contraprestación de los servicios brindados.

10.3.2.4. Contabilización de certificados de participación

En cuanto a la contabilización de los certificados de participación, el Informe N° 28 indica que el titular de los mismos los expondrá en el rubro pertinente, según su actividad, y además los clasificará -corrientes y no corrientes- según el plazo en que estima procederá su conversión en efectivo o su aplicación en la cancelación de pasivos.

La valuación de los títulos surgirá de aplicar la proporción que representa dicha tenencia respecto del patrimonio neto fiduciario, no pudiendo exceder el monto obtenido el valor recuperable de los títulos[96].

[96] Si bien el Informe no lo aclara, entendemos que a los efectos de la comparación también deberán ser tenidos en cuenta los certificados de participación residuales mantenidos por otros beneficiarios.

10.3.2.5. Estados contables del fideicomiso

El Informe considera necesario que el fideicomiso presente información periódica en la forma de estados contables, cuando ello se justifique por la trascendencia económica o jurídica del patrimonio fiduciario, o por el grado de complejidad de la gestión o administración involucradas en el negocio.

Si bien el Informe justifica dicha posición en diversas razones lógicas o legales[97], entendemos que el argumento más sólido radica en la obligación del fiduciario de rendir cuentas de su gestión, así como en la necesidad de confeccionar información sintetizada que permita efectuar el seguimiento de la situación de los activos fideicomitidos.

Los estados contables básicos a presentar son los siguientes: a) Estado de Situación Patrimonial Fiduciario, b) Estado de resultados Fiduciarios, c) Estado de Evolución del Patrimonio Neto Fiduciario, y d) Estado de Origen y Aplicación de Fondos Fiduciarios, todos los cuales deberán seguir los lineamientos previstos en las normas contables profesionales (Resolución Técnica Nº 8 y demás resoluciones vigentes), en cuanto a contenido y exposición de la información que abarcada.

Cabe aclarar que no será exigible la presentación de alguno de los estados contables básicos cuando el mismo no se justifique por las particulares características del fideicomiso, si bien deberá explicitarse dicha situación mediante una mención específica en las notas a los estados contables.

Por otra parte, en lo atinente a la información habitualmente brindada en notas y anexos complementarios prevista en las normas contables vigentes, se deberá añadir aquélla que explique los aspectos relevantes y las características del contrato de fideicomiso. Así por ejemplo, se deberá suministrar información relativa a: a) identificación del fiduciante; b) identificación del fiduciario; c) objeto del fideicomiso; d) derechos y obligaciones de las partes contratantes; e) plazo de duración del contrato y/o condición

[97] El Informe Nº 28 fundamenta la emisión de estados contables por parte del fideicomiso esgrimiendo las siguientes razones:
a) En aquellos casos en que la operatoria contractual del fideicomiso trasciende por su importancia, magnitud o significatividad, los intereses de las partes involucradas directamente en dicho compromiso y se extiende a potenciales demandantes de esta información (Fisco, mercados de capitales, etc.), es necesario brindar información a dichos usuarios.
b) Lo expresado por el considerando expuesto en la Primera Parte –inciso e)- de la rEsolución Técnica Nº 8 de la F.A.C.P.C.E., en cuanto a que "... los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica y financiera sobre la situación y gestión de entes públicos y privados".
c) Las previsiones contenidas en los artículos 6º y 7º de la Ley Nº 24.441, el primero de los cuales establece la responsabilidad de administración e información que le corresponde al fiduciario, mientras el segundo lo obliga a rendir cuentas a los beneficiarios en forma periódica.
d) Lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto Nº 780/95, norma que si bien no instaura a la presentación obligatoria de estados contables, indica no obstante que "... en los balances relativos a bienes fideicomitidos deberá constar la condición de propiedad fiduciaria ...".
e) Las normas de la Resolución General Nº 271/95 de la Comisión Nacional de Valores, las que establecen un régimen informativo trimestral que deberá presentar el fiduciario por cada fideicomiso que administra mediante estados contables independientes.

resolutoria; f) condiciones de subordinación a la que deben ajustarse el pago de los beneficios.

10.3.2.6. Información complementaria en los estados contables del fiduciario y del fiduciante

A partir de su participación en contratos de fideicomiso, el fiduciario deberá incorporar, en la información complementaria a sus estados contables básicos, el detalle de los ingresos y gastos derivados de su gestión; así como un resumen de los aspectos relevantes y de las características de cada contrato de ideicomiso a su cargo, incluyendo los derechos y obligaciones de las partes, la clase de los bienes fideicomitidos y los totales de Activo, Pasivo y Patrimonio Neto Fiduciarios y de los resultados del período. Además, deberá agregar, en su caso, la información relativa al patrimonio neto mínimo, requerida por el artículo 6° de la Resolución General N° 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores.

Por su parte, los fiduciantes también deberán exponer en la información complementaria a sus estados contables los datos relativos a las principales características del contrato de fideicomiso (identificación del fideicomiso, fiduciario, etc.) y los derechos y obligaciones de las partes, así como los motivos por los que se haya decidido dar de baja a los respectivos activos en una transmisión fiduciaria con contraprestación pero exista la posibilidad de readquirirlos.

10.4. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, aunque el fideicomiso no se encuentra legalmente obligado a llevar registros contables, el deber del fiduciario de rendir cuentas a los beneficiarios y la obligación de mantener separados el patrimonio fiduciario del suyo propio implican la necesidad de llevar una contabilidad que permita seguir la evolución cuantitativa y cualitativa de los bienes fideicomitidos.

Cabe agregar a ello que los elementos propios del fideicomiso ha permitido a la doctrina identificar en el mismo la aparición de un nuevo "ente contable", cuya información tendrá por destinatarios principales a las partes intervinientes, pero que podrá involucrar a un sinnúmero de otros sujetos.

A partir de las consideraciones expuestas, y atendiendo la ausencia de normas contables de aplicación específica a esta clase de contratos, la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas emitió el Informe N° 28, el cual brinda pautas con relación a la adecuada contabilización de las operaciones del fideicomiso.

En tal sentido, podemos advertir que el tratamiento contable de esta figura dependerá de la posibilidad de reingreso de los bienes fideicomitidos al patrimonio del fiduciante, la existencia de una contraprestación a favor de éste y el destino de los beneficios y de los bienes remanentes a la extinción del contrato.

Finalmente, debemos destacar que la metodología seguida en la contabilización de las operaciones del patrimonio fiduciario podrá tener repercusiones en materia fiscal, especialmente en materia del impuesto a las ganancias (concretamente en lo que se refiere al régimen de retención previsto por el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la ley del gravamen) y del impuesto a la ganancia mínima presunta.

CONSIDERACIONES FINALES

La sanción de la Ley N° 24.441 perrnitió introducir en nuestra legislación vernácula una herramienta que, si bien emparentada en sus raíces históricas con la fiducia romana, toma elementos propios del trust anglosajón. Uno de estos, y tal vez el más importante, es la conformación de un patrimonio separado de aquellos pertenecientes a los partícipes en la operatoria.

Precisamente, dicha separación patrimonial es la característica esencial que exhibe el fideicomiso latinoamericano -del cual deriva el nuestro- y que lo ha convertido en una herramienta sumamente útil para el logro de los más variados propósitos (familiares, mercantiles, etc.). Así pues, el aislamiento de los bienes confiere a los sujetos intervinientes la seguridad jurídica necesaria para la cabal consecución del negocio subyacente perseguido por ellos.

Advertimos así que el fideicomiso nunca es un fin en sí mismo, sino un medio destinado a alcanzar una determinada finalidad, la cual constituye la motivación real que lleva a la creación del mismo.

Cabe agregar que la legislación de fondo únicamente ha regulado los aspectos básicos del instituto, sin ahondar en sus distintas modalidades, de manera tal que ha dejado librado al albedrío de los contratantes la definición de las cláusulas del instrumento constitutivo.

Ahora bien, la propia libertad de contratación que tienen las partes para fijar libremente las reglas que regirán el negocio dificulta contemplar mediante una enumeración taxativa todas las especies en que puede clasificarse este instrumento y, al mismo tiempo, provoca que deba analizarse cada caso particular para determinar el tratamiento tributario correspondiente.

En ese orden de ideas, debemos resaltar que no resulta posible formular sentencias apriorísticas que conduzcan a simplificar el análisis de la casuística, sino que por el contrario será necesario detenerse en un examen concienzudo de las cláusulas contractuales.

A la vez, opinamos que las normas en materia impositiva que actualmente regulan a los esquemas fiduciarios han acotado el campo de utilización del principio de la realidad económica, si bien se puede recurrir a éste a los efectos de resolver determinadas cuestiones, como es la identificación del beneficiario efectivo de la renta en el caso del impuesto a las ganancias.

Por otra parte, sin perjuicio de todo lo expuesto, no podemos negar que resultaría conveniente el dictado de normas impositivas que expresamente contemplen algunas de las especies de esta figura (como son los fideicomisos públicos o de garantía) y que coadyuven a salvar determinados obstáculos que pueden dificultar su utilización. Sin embargo, debemos subrayar que previamente a ello, resultará imprescindible incorporar en la legislación de

fondo definiciones conceptuales claras que sirvan de base a la normativa tributaria, tal como ocurre en otros países de nuestro subcontinente.

Finalmente, debemos hacer hincapié en que a través de las páginas del presente trabajo, no pretendimos arribar a verdades absolutas, sino sólo a brindar pautas que guíen el análisis y arrojen luz sobre un tema que en la práctica presenta innumerables aristas controvertidas.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Dictamen N° 20/1996 (DAL)

Fecha: 03/05/1996

Asunto: PROCEDIMIENTO. Banco Z.Z. Línea de créditos para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario. Su tratamiento tributario.

Sumario:

Tratándose de un fideicomiso en garantía los bienes fideicomitidos no configuran el sujeto tributario -patrimonio de afectación-, ni resultan de aplicación las previsiones de los artículos 10, 11 y 13 del Decreto N° 780/95, dado que el fiduciario no asume el rol de administrador de tales bienes.

Texto:

I - Vienen las presentes actuaciones para analizar el tratamiento tributario que corresponde aplicar a la llamada "Operatoria Titularización de Hipotecas. Módulo I" del Banco Z.Z., destinada a brindar apoyo financiero a los emprendimientos para la construcción de unidades de viviendas.

Se trata en el caso de un esquema crediticio mediante el cual el Banco Z.Z. asiste financieramente a estos emprendimientos, garantizándose la operación mediante la constitución de un dominio fiduciario en garantía a favor del Banco conforme a las previsiones de la Ley N° 24.441.

En el sistema en examen intervienen los siguientes sujetos:

1°) El agente financiero de la operación; en este caso el Banco Z.Z. que otorga el crédito que puede alcanzar hasta el 60% del precio de venta estimado del emprendimiento y que en la operación asume el rol de Fiduciario.

2°) El tomador del crédito, llamado en esta operatoria el Fiduciante Originante que es quien va a gerenciar el emprendimiento.

3°) La empresa constructora que en base al contrato de locación de obra concertado con el Originante toma a su cargo la ejecución de la obra.

4°) El propietario del terreno en cuya superficie se construirá la obra, llamado aquí el Fiduciante Enajenante.

5°) Cabe incluir como supuesto de análisis al Patrimonio Fideicomitido constituido.

II - A los fines por el terreno, el importe del crédito otorgado al Originante y los créditos emergentes del contrato de locación de obra que se transmiten en calidad de garantía bajo la forma de dominio fiduciario de valorar la realidad económica subyacente se considera necesario aludir a los contratos previstos

para instrumentar esta operatoria, cuyos modelos se acompañan y que son los siguientes:

1°) Convenio de Financiación del Proyecto.

Se celebra entre el Banco Z.Z. y el Originante y por él el Banco se compromete a dar un préstamo al Originante como aporte financiero para la construcción de determinada cantidad de unidades de vivienda, previéndose la modalidad del desembolso en función del avance de la obra y las alternativas de su reintegro.

A través de la cláusula Octava se deja expresa constancia de que el Banco asume un rol exclusivamente de agente financiero, desvinculándose del problema que pueda derivarse por eventuales deficiencias en el desarrollo o terminación de las obras como de cualquier otro reclamo que por cuestiones conexas pudiera ser presentado por personas o sectores interesados reservándose, no obstante, la facultad de controlar el desarrollo del emprendimiento.

En calidad de garantía, el Originante se compromete por la cláusula Décimo sexta a la transferencia del dominio fiduciario del inmueble asiento de la obra, dejándose constancia a través de la cláusula Décimo séptima de que el Banco reviste la condición de tercero en relación al contrato de locación de obra.

En el mismo contrato comparece la empresa constructora y se constituye en avalista de la operación y fiadora por el Originante.

2°) Contrato de Fideicomiso.

Se celebra entre el Banco Z.Z., el Fiduciante Originante y el Fiduciante Enajenante, transfiriéndose el dominio fiduciario, en garantía de las obligaciones asumidas por el Originante, de los siguientes bienes: a) El inmueble asiento de la obra; b) los derechos sobre el proyecto; c) las construcciones, equipos e instalaciones que se incorporen al inmueble; d) los créditos y el dinero de la venta o preventa; e) el dinero del préstamo, y f) los derechos emergentes de la cesión de derechos del contrato de locación de obra.

En la parte de Definiciones del contrato (Anexo II) se define que el fiduciario "Es el Banco Z.Z. o su cesionario, en su rol de fiduciario titular de la propiedad fiduciaria de los Bienes Fideicomitidos, para darles el destino previsto en el Fideicomiso conforme a las facultades que se le confieren".

Cabe destacar que entre las facultades que se otorgan al Fiduciario se incluye la de "exigir del Fiduciante Originante o del Fiduciante Enajenante, según corresponda, la acreditación del pago de las tasas, impuestos y/o contribuciones y/o expensas que pudieren pesar sobre el inmueble o sobre unidades funcionales del mismo".

No se aclara aquí si se refiere a las cargas anteriores o posteriores a la constitución del dorninio fiduciario; sin embargo en el punto VI - 6.2.1. el

Originante declara y garantiza "abonar los impuestos tasas, contribuciones y expensas que pesan sobre el inmueble".

Finalmente el Fiduciante Enajenante declara formalmente que en virtud de sus acuerdos privados con el Originante desobliga al Fiduciario de toda responsabilidad y por ello renuncia a cualquier acción contra el Fiduciario por eventuales derechos emergentes del Fideicomiso.

3°) Contrato de locación de obra.

Se celebra entre el Originante y una Empresa Constructora. El precio que abonar el Originante incluye el importe que debe abonarse en concepto de IVA.

4°) Contrato de cesión de derechos y acciones.

Se celebra entre el Originante como cedente y el Banco Z.Z. como cesionario y por él se transfieren en forma irrevocable y en garantía, a título fiduciario, los derechos y acciones emergentes de los contratos de locación de obra y de dirección de obra.

III - Se ha enunciado al comienzo, entre los sujetos intervinientes, al Patrimonio Fiduciario, a cuyo respecto corresponde merituar su eventual rol subjetivo.

Es necesario aludir a él por cuanto el art. 14 de la Ley N° 24.441 establece que "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante" y a su vez el art. 15 inc. c) de la Ley 11.683 t.o. en 1978 y sus modificaciones, incluye entre los sujetos responsables por deuda propia a los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando "sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible".

Resulta de lo expuesto que para atribuirle una función subjetiva es necesario que se trate de una unidad económica y que existan hechos imponibles que puedan atribuírsele subjetivamente.

Cabe advertir que si bien el patrimonio fiduciario constituye un patrimonio separado, ello no implica carencia de titularidad de dominio por parte de una "persona": el Fiduciario; en todo caso el Fiduciario será titular de su patrimonio -prenda común de los acreedores- y del patrimonio fiduciario afectado a los fines del fideicomiso.

Pero en este caso es necesario advertir que aquí el patrimonio fideicomitido cumple una función exclusiva de garantía, lo que supone un rol estático no evolutivo y por ello, si bien constituye una "unidad patrimonial" no configura una "unidad económica" como lo requiere el art. 15, inc. c) citado, calificación que va asociada a un sentido de productividad como resulta de la interpretación de normas específicas que utilizan este concepto (vgr. art. 2326 in fine Cód. Civil, Ley N° 14.394, art. 51, etc.).

Es que el patrimonio fiduciario en garantía, si bien mutable en su constitución, no tiene fines propios a lograr; no es agente sino instrumento.

La razón expuesta constituye una característica relevante para marginar al patrimonio fiduciario en garantía de la posibilidad de atribuirle el rol de sujeto tributario, a menos que una disposición legal lo establezca explícitamente.

IV - Descartado el protagonismo subjetivo del fondo cabe discernir quién es el sujeto pasivo de las diversas obligaciones tributarias.

Para encarar este análisis es necesario explicitar las funciones que asumen en el caso las dos personas más fuertemente involucradas en la operatoria: el Fiduciante Originante y el Fiduciario.

Según resulta de la operatoria en su conjunto y de los instrumentos contractuales en particular, el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir es el Originante.

En efecto, él es el autor del proyecto y quien lleva adelante el emprendimiento utilizando los medios financieros que le proporciona el Fiduciario, en este caso el Banco Z.Z.

Cabe advertir que si bien al constituir el fideicomiso el patrimonio fideicomitido se transfiere en tal carácter al Banco, dicho fondo pasa a ser un instrumento que satisface los roles empresariales y los objetivos del Originante.

Es el Originante quien celebra el contrato de locación de obra y por ende es él quien deberá pagar el precio de la obra.

Pues bien, esto se concreta así en los hechos pues tales pagos se efectúan con el dinero del fondo y si bien los materializa el Banco, éste lo hace por cuenta y en interés del Originante quien es, jurídicamente, el que paga la obra.

Terminada la obra, llega el momento de vender las unidades de vivienda, tarea que también en principio materializa el Banco, pero lo hace por cuenta e interés del Originante y el producido de la venta se destina a eliminar o deprimir el pasivo del Originante; es decir, el Originante, por intermedio del Banco, ha vendido unidades de vivienda y pagado su deuda contraída con el mismo.

Finalmente, satisfecha la deuda, el fideicomiso se ha extinguido y los fondos excedentes, sea bajo la forma de dinero o unidades de vivienda, se revierten definitivamente al Originante.

Adviértase que el Fiduciario, durante la existencia del fideicomiso, si bien tuvo la disponibilidad del fondo, fue al sólo efecto de aplicarlo a los fines de la concreción del proyecto que era precisamente el objetivo del Originante.

V - La inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo, lleva también a concluir que tratándose del fideicomiso en garantía

tampoco concurre la figura del administrador del fondo, desde que no hay actividad alguna respecto de la cual deban realizarse actos de administración.

Es necesario destacar la ausencia de una gestión de administración por parte del fiduciario, por cuanto el artículo 10 del Decreto N° 780/95 impone roles tributarios al administrador del fondo, dando por supuesto que quienes ejerzan esta tarea estarán en la posibilidad de cumplir ciertas funciones en razón de su conocimiento y protagonismo en negocios ajenos.

Tanto lo expuesto, como la caracterización que corresponde atribuirle al fondo fiduciario en garantía, constituyen elementos de juicio suficientes para concluir que no resulta aplicable al caso el art. 10 del Decreto N° 780/95, el que se entiende referido a otros tipos de dominio fiduciario en los que el fondo sí protagoniza roles empresariales y ostenta objetivos económicos propios, ya que en tal supuesto necesita de la gestión de un administrador para llevarlos adelante, el que asumirá la responsabilidad que le impone el art. 16, inc. e), de la Ley N° 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones.

Similares apreciaciones pueden formularse en relación a los art. 11 y 13 del mismo decreto, pues si bien estas normas aluden en forma general a la figura del fiduciario cabe entender, razonablemente, que están suponiendo a un fiduciario que por las características del fideicomiso de que se trate está cumpliendo roles de administrador y encuadrado en consecuencia en el art.6 citado precedentemente.

VI - Se han explicitado las características de la operatoria porque ellas resultan relevantes en el plano tributario y en especial para definir el hecho imponible en el impuesto al valor agregado, pues si bien no hay dudas en cuanto a la existencia de una locación de obra, resta definir si ello se ha concretado sobre inmueble propio o ajeno (art. 3, inc. a) y b) de la Ley N° 23.349 y sus modificaciones):

En este aspecto cabe tener en cuenta que al constituir el fideicomiso, el Originante transfirió la titularidad del dominio al fiduciario, transferencia que, con las restricciones propias de la figura, se anotó registralmente.

Esta circunstancia podría alentar la postura de que en el caso la obra se realizó sobre inmueble ajeno -del fiduciario- dada la titularidad formal.

Sin embargo, en el caso puntual del fideicomiso en garantía, tal titularidad formal, sí bien autoriza a realizar actos de disposición (pagos, ventas, etc.), tales actos de disposición los concreta el Fiduciario por cuenta y en interés del Originante y, tal como se ha dicho, al ejecutar el mandato del fideicomiso se satisface el interés y los objetivos de este último.

Resulta de lo expuesto que más allá del rol de garantía del fondo, el contenido económico del mismo ha estado actuando en beneficio del Originante en forma similar al supuesto de haber mantenido la facultad de disponer, ya que aquí tal facultad se ejerció a través del Fiduciario.

Advirtiéndose aquí una discordancia entre la formalidad jurídica y la realidad económica (art. 11 y 12, Ley Nº 11.683 t.o. 1978 y sus modificaciones) el tratamiento a acordar debiera privilegiar la segunda alternativa, solución que exhibe mayor correspondencia con el sistema en que actúa.

Pero además, esta postura armoniza la atribución de los débitos fiscales por la venta de unidades de vivienda con los créditos fiscales generados al pagarse los certificados de obra a la empresa constructora, ya que en este esquema ambos elementos concurren en el Originante que es el verdadero agente económico de la operación, evitándose la distorsión que implicaría atribuir el débito fiscal a un sujeto por su titularidad jurídica formal por las unidades vendidas y a otro sujeto los créditos fiscales por haber éste contratado la obra y pagado los pertinentes certificados de obra.

Se estima que una adecuada institucionalización del criterio expuesto podría lograrse a través del dictado de una resolución general interpretativa en el marco del art. 8º de la Ley Nº 11.683 t.o. 1978 y sus modificaciones, donde se explicite que en el caso de proyectos enmarcados en la "Operatoria Titularización de Hipotecas, Módulo I" del Banco X.X., que se concreten sobre inmuebles cedidos mediante un fideicomiso en garantía al Banco X.X., el hecho imponible en el impuesto al valor agregado por las obras realizadas queda encuadrado en el art. 3º inc. b) de la Ley Nº 23.349 y sus modificaciones.

Merece destacarse que el criterio expuesto se ha desarrollado tomando como base el supuesto según él cual el Originante ha sido el titular del predio constituido en fideicomiso.

En este aspecto es menester destacar que el esquema propuesto admite la posibilidad de que el titular del predio sea un tercero que en tal caso asumir el rol de Fiduciante Enajenante.

Para ese supuesto el esquema de la operatoria procura minimizar su trascendencia aduciendo que de ser así el interés del Fiduciante Enajenante se circunscribir en su relación con el Originante.

En el orden de razonamiento que se viene desarrollando, la irrupción del Fiduciante Enajenante no constituiría un elemento distorsivo en la medida en que en el contrato de constitución del fideicomiso no se le asigne el carácter de beneficiario.

En el modelo de Contrato de Fideicomiso -Anexo II- se define al beneficiario diciendo que "Es el Fiduciante Originante, en cuanto corresponderán al mismo, en su caso, los Bienes Fideicomitidos remanentes, una vez cancelada por todo concepto la totalidad del Crédito y las Otras Obligaciones".

De tal modo la función del fondo como instrumento que satisface los intereses del Originante, no sé ve alterada por esta circunstancia, ya que luego de cancelada su deuda con el Banco, el remanente del Fondo se le entregará en propiedad con abstracción de quién haya sido el anterior titular del dominio del predio sobre el que se concretó la obra.

VII - Distinta es la situación a considerar cuando se trata de elucidar el rol de agente de retención, ya que la justificación de esta figura emana de la posición estratégica de quien tiene el manejo de los fondos, lo que le permitirá efectivizar su captación detrayendo la retención del crédito de un tercero para quien ésta revestirá el carácter de pago a cuenta.

En este aspecto en el caso del impuesto a las Ganancias el Fiduciario debiera cumplir la función de agente de retención por ser quien materializa el pago, aun cuando lo concrete por cuenta y en interés del Originante debiendo ajustarse a lo que dispone la Resolución General Nº 2784.

Sin embargo tratándose de una materia cuya regulación compete a esta Dirección General, es posible que en uso de las facultades emergentes del art. 7º de la Ley Nº 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones, pueda delinearse un sistema de retención que armonice los intereses fiscales con las posibilidades operativas del sistema crediticio a implementarse o, en su caso, se sustituyan las funciones de agente de retención por las de agente de información respecto de los pagos que el Banco debe concretar en las circunstancias expuestas.

Firmantes:

DARIO GONZALEZ - Jefe Interino Departamento Asesoría Legal Tributaria
CONFORME: 10/4/96 - JUAN BAUTISTA THORNE - Director Dirección de Asesoría Legal
CONFORME: 03/05/96 - ALBERTO MARTIN GOROSITO - Subdirector General Subdirección General de Legal Tributaria

Dictamen N° 34/1996 (DAT)

Fecha: 03/05/1996

Asunto: IMPUESTOS VARIOS. Banco X.X. Fideicomiso en garantía.

Sumario:

De acuerdo con la realidad econórnica, tanto la construcción como la venta de las viviendas, son negocios llevados a cabo por el fuduciante- originante; pues la actividad del fiduciario, a través del ejercicio del dominio sobre los bienes transferidos en fideicomiso tiene por único fin el de garantizar el cobro del crédito otorgado al originante.

Por ello, respecto de la operatoria, en lo referente al impuesto al valor agregado como en el impuesto a las ganancias, es el originante el contribuyente, responsable de su liquidación e ingreso, no siendo de aplicación por las particularidades del caso las normas del Decreto N° 780/95. En lo que se refiere a los regímenes de retención de las Resoluciones Generales Nros. 2.784 y 3.125, es dable destacar que el banco-fiduciario revestiría la figura del mandatario, por lo que debería intervenir en los regímenes aludidos.

Texto:

I- En relación al tema del asunto, seguidamente este servicio asesor emite su opinión acerca del tratamiento en los impuestos al valor agregado, a las ganancias y sobre los bienes personales, aplicable a la operatoria emergente de los modelos de contrato acompañados por el banco del epígrafe.

Surge de dichos convenios que el negocio a realizarse consiste en la ejecución de un emprendimiento constructivo con financiamiento del banco de referencia, quien intervendrá como agente financiero del proyecto, a la par que asume con relación al fondo de fideicomiso la calidad de fiduciario. A estos efectos la institución otorgará apoyo crediticio a los originantes-fiduciantes produciéndose la transferencia fiduciaria del inmueble asiento de las obras en garantía, de los fondos prestados los cuales también deberán transmitirse al fideicomiso, de los derechos sobre el proyecto de construcción, de la construcción y los otros conceptos que se incorporen al inmueble, de los créditos y del dinero de la preventa y/o enajenación de los inmuebles.

En la operatoria intervienen, además, el enajenante-fiduciante, propietario del terreno sobre el que se desarrollarán las obras y la empresa constructora que contratará el aludido originante.

Con el fin de dar opinión acerca del encuadramiento tributario de la operatoria es necesario en primer término exponer las características del negocio y la forma en que se desarrollará.

La primera cuestión relevante es que a los efectos de la ejecución del emprendimiento se constituye un fideicomiso en garantía, respecto del cual ya se señalaron cuáles son los bienes que lo integrarán y quién es el fiduciante.

En cuanto al objeto del fideicomiso que nos ocupa, señala el Anexo II que tiene por fin constituir la garantía en favor del acreedor del préstamo, Banco X.X., mediante la transferencia de la propiedad fiduciaria de los citados bienes.

En tal sentido, cabe remarcar que dicho fideicomiso tiene por objeto resguardar el crédito del Banco, no realizando en sí una actividad económica.

Otro de los aspectos a considerar es que el originante-fiduciante contrata a una empresa constructora, surgiendo de los respectivos contratos que las certificaciones por los avances de la obra serán extendidas al nombrado, no obstante que cede al fiduciario las acciones y derechos emergentes de dicho contrato de locación pero los pagos que efectúe este último a la constructora serán por cuenta y en interés del citado originante.

Cabe agregar a lo indicado que las unidades construidas o en construcción también serán vendidas por el fiduciario por cuenta y en interés del originante, siendo que los fondos provenientes de estas operaciones serán aplicados por el administrador del fondo a la cancelación del préstamo que el banco acordó al originante.

Asimismo, surge que una vez cancelado el préstamo finaliza el fideicomiso, oportunidad en la que los bienes remanentes del mismo serán entregados al titular del proyecto, es decir al originante- fiduciante, el que con tal motivo adquiere en esta operatoria el carácter de beneficiario.

Además, aparece en el negocio el enajenante fiduciante, que es el propietario del terreno quien lo transferirá al fondo en fideicomiso y con quien el banco-fiduciario no asume responsabilidad alguna, toda vez que de las cláusulas a convenir surge que los acuerdos celebrados entre dicho enajenante y el originante no son oponibles a la institución financiera.

II- El fideicomiso se halla regulado por la ley N° 24.441 cuyo artículo 1° lo define de la siguiente manera: "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.".

Por su parte el artículo 15 de dicha ley dispone que los bienes integrantes del fondo están exentos de acciones singulares o colectivas de los acreedores del fiduciario o del fiduciante.

Si bien el fideicomiso ya se hallaba regulado en el artículo 2662 del Código Civil, a partir de la ley mencionada ha recibido un trato específico pero de carácter general, en el sentido de que este último cuerpo legal no se refirió a los distintos tipos de fideicomiso que pueden presentarse -excepto el

financiero- sino que ha previsto los principios jurídicos generales que son aplicables a la figura sin hacer distinciones de acuerdo con el tipo de que se trate.

A partir de lo indicado ya es posible examinar las características del fideicomiso en garantía que nos ocupa, el cual, según nuestra apreciación, no realiza una actividad económica sino que como surge de su objeto y de las convenciones que suscribirán las partes, tiene por único fin constituirse para garantizar al banco prestador el recupero del capital prestado al originante con más los intereses.

Con tal motivo el fideicomiso se integra con los fondos del préstamo, el terreno del enajenante, la construcción, etc., bienes estos que exclusivamente desde el punto de vista jurídico deberían considerase escindidos del patrimonio de los fideicomitentes.

Sin embargo en opinión de esta Asesoría, el hecho de que se produzca una transferencia en fideicomiso, que genera las consecuencias jurídicas apuntadas, no debería ocultar el verdadero objetivo por el cual aquél se constituye que es, como se dijo, garantizar el préstamo del banco, a raíz de lo cual se imponen a los intervinientes una serie de condiciones que permiten a la institución financiera tener control sobre las operaciones que se van concretando en la ejecución del emprendimiento, de manera tal que el desembolso que efectuó el banco se afecte exclusivamente al destino previsto (construcción de inmueble), mecanismo que evidentemente opera en resguardo de su interés patrimonial, e indirectamente de los adquirentes de las unidades vendidas.

En este contexto cabe examinar si resulta atribuible al fideicomiso la realización de hechos económicos relativos al emprendimiento constructivo que venimos tratando.

Como ya se adelantó, el fideicomiso en garantía constituye una especie que tanto por su naturaleza como por los fines que persigue, evidencia que no existe por parte del fondo la realización de actividades que pudieran ocasionarle la atribución de hechos imponibles.

Ahora bien, el desprendimiento de los bienes por parte del originante y del enajenante pone el primer interrogante en cuál es la nueva situación patrimonial de estos sujetos a partir de la transmisión en fideicomiso.

Desde el punto de vista jurídico los citados bienes no integrarían físicamente el patrimonio de los nombrados, pues como se señaló, una de las características del fideicomiso consiste en generar un patrimonio separado indemne a las acciones de terceros del fiduciario y fiduciante.

A partir de este encuadre es menester establecer si en el supuesto planteado las consecuencias jurídicas de la separación de los bienes producen efectos equivalentes desde el punto de vista de la realidad económica.

Si se asumiera que al transferir los bienes en fideicomiso éstos ya no le pertenecen al originante, se produciría en su patrimonio una modificación cualitativa pues en sustitución de los bienes de que se desprende reflejar, sin entrar a analizar su naturaleza, el derecho que tiene en el fondo.

Así la empresa constructora irá desarrollando sobre el terreno fideicomitido las obras que facturará al originante y el derecho aludido aumentaría en la medida del respectivo precio de aquéllas.

En esta hipótesis se estima que, económicamente, existe una relación directa entre el desarrollo de la construcción y el mentado derecho patrimonial, pues aún cuando las obras no puedan ser objeto de acciones por parte de los acreedores del fiduciante, se aprecia que los movimientos que se van generando en el fondo deben reflejarse en la situación patrimonial del fiduciante.

En el mismo sentido cabe advertir que por los fondos transmitidos se reflejará otro crédito cuya contrapartida es la deuda que contrajo el originante con el banco. En la medida que éste vaya aplicando a la cancelación de la misma el producido de la venta de las unidades, se irá reduciendo tanto el monto de la deuda como el del crédito.

De esta manera no existe, a criterio de esta Asesoría, un desentendimiento entre uno y otro patrimonio sino que por el contrario, las variaciones que se producen en el del fideicomiso deben reflejarse en el del originante.

En consecuencia, de acuerdo con el examen precedente se estima que desde el punto de vista de la realidad económica el fideicomitente estaría realizando obras sobre inmueble propio, porque si bien jurídicamente las obras y el terreno no integran su patrimonio, en la realidad económica es quien contrata la construcción de las mismas y quien percibirá los ingresos provenientes de las ventas de las unidades a través de la cancelación de la deuda que contrajo con el banco. Este encuadre, en el sentido de considerar que se trata de obras sobre inmueble propio, alcanzaría tanto al caso en que el originante es el titular del dominio como cuando existiera un enajenante fiduciante propietario de ese bien.

Ello en el entendimiento de que, ya sea porque existe un acuerdo entre el propietario y el originante o porque en los hechos se evidencia la conformación de alguna forma asociativa entre ambos, al percibir este último el producido de la venta de las unidades, cabe interpretar que adquirió el derecho a obtener esos ingresos y consecuentemente también tendría una obligación reconocida hacia el citado propietario.

Atento a ello se analizará seguidamente si el caso planteado encuadra en las disposiciones del Decreto Nº 780/95, reglamentario de la Ley Nº 24.441 en lo atinente a los fideicomisos.

El citado Decreto dispone en su artículo 10, primer párrafo, que "quienes con arreglo a la Ley Nº 24441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan

comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la Ley Nº 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar, como pago único y definitivo del impuesto que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, el TREINTA POR CIENTO (30%) de la ganancia neta total obtenida en dicho ejercicio. Al fin indicado se considerará como año fiscal el establecido en el primer párrafo del artículo 18 de dicha ley".

Asimismo el artículo 11 de la referida norma establece que "cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros y de fiduciantes- beneficiarios comprendidos en el Título V de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1986 y sus modificaciones), el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en cada año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, considerándose, a los fines de la determinación de la ganancia neta total del fiduciante beneficiario, tales resultados como provenientes de la tercera categoría."

Atento a estas disposiciones, a los efectos del precitado análisis, el primer aspecto a considerar es si el fiduciario reviste la condición de administrador de patrimonio ajeno, carácter este exigido por el decreto de marras para que dicho fiduciario deba ingresar los gravámenes previstos en el mismo.

Los aspectos puntualizados, en el sentido de que el fiduciario cumple la función de garantizar el reembolso del préstamo del banco, imponiendo para ello diversas medidas a los intervinientes, las que cesarán cuando la deuda esté cancelada, pondrían de manifiesto que el primero sólo maneja una parte de la operatoria inherente al negocio por lo que no estaría desarrollando la actividad de administrador de patrimonio ajeno.

En tal sentido se aprecia que los beneficios o pérdidas son atribuibles al originante y no al fondo, en el que, por acción del fiduciario, se irán produciendo modificaciones con motivo de las aplicaciones de fondos que hará éste, tanto para cancelar las prestaciones de la contratista como la mentada deuda.

En esta operatoria no se produce respecto del fondo generación de resultados, pues ello se constata en el patrimonio del originante, conclusión esta que también hace desvanecer la posibilidad de aplicar al caso el decreto aludido.

Si estas reflexiones se trasladan al gravamen previsto en el artículo 13 del citado decreto, el cual remite al Impuesto sobre los Bienes Personales, las conclusiones no podrían ser distintas a las precedentes, en el sentido de que no cabe al fiduciario su ingreso pues, como se dijo, el resultado proveniente de la operatoria y consecuentemente las transformaciones que se van produciendo en el fondo, inciden en la situación patrimonial del originante por lo que los socios o accionistas de las empresas fiduciantes, a los efectos de sus declaraciones juradas del citado impuesto, deben considerar sus participaciones o tenencias en consonancia con los estados patrimoniales dichas empresas.

Cabe ahora examinar la situación del fiduciario en relación a los regímenes de retención creados por las Resoluciones Generales Nº 2784 y 3125.

Al respecto se destaca que si bien el fiduciario no posee el carácter de administrador, realiza pagos por cuenta y en interés del originante, lo cual nos estaría colocando ante la figura del mandatario obligada a intervenir en dicho régimen con arreglo a las disposiciones del artículo 3º, inciso h) de la citada resolución.

Atento a ello, en nuestra opinión, salvo que se exceptuara al fiduciario que nos ocupa de actuar como agente de retención, debería intervenir como tal en los dos regímenes aludidos.

Para el caso en que se optara por exceptuarlo, cabe tener presente que los perceptores de los pagos que realice el fiduciario deberán sujetarse a autorretención en el impuesto a las ganancias.

En este sentido, se estima que dada la envergadura de los negocios que se concretarán en el marco de la operatoria examinada, cabría considerar la posibilidad de crear un régimen informativo que obligue a los fiduciarios a suministrar datos relativos a las operaciones en las que intervienen, ello con mayor razón si se los declarara exceptuados de actuar como agente de retención.

De conformidad a los criterios sostenidos precedentemente, a continuación se incluye una síntesis del tratamiento tributario que deben acordarle a la operatoria cada uno de los intervinientes.

I- FIDEICOMISO EN GARANTIA No resulta sujeto de los impuestos a las ganancias y al valor agregado por las razones apuntadas.

II- FIDUCIARIO

A) CON RELACION AL FIDEICOMISO

1) Imp. a las Ganancias:

No debe determinar el pago a cuenta establecido en el artículo 11 del decreto Nº 780/95

2) Imp. sobre los Bienes Personales

No es administrador de patrimonio ajeno por lo que no debe ingresar el gravamen del artículo 13 del citado decreto.

3) Agente de Retención

Si se considerara que tiene el carácter de mandatario debería:

3-1 Impuesto a las ganancias

Intervenir como tal con arreglo al artículo 3°, inciso h) de la Resolución General N° 2784.

3-2 Impuesto al Valor Agregado

Al ser mandatario debería actuar en el régimen de la Resolución General N° 3.125.

Este temperamento no obsta a que sea exceptuado de actuar en los regímenes indicados, para lo cual cabría preverlo expresamente para cada uno de ellos. En tal caso los perceptores de los pagos deberían autorretenerse en el impuesto a las ganancias.

4) Como pasible de retención

No le es de aplicación la Resolución General N° 3.026 pues no se halla comprendido entre los sujetos alcanzados.

B) CON RELACION AL FIDUCIARIO

1) Imp. a las Ganancias

Exención subjetiva del BHN por lo que está al margen de la retención.

2) Imp. al valor agregado

Es sujeto por las sumas que obtenga en relación al ejercicio de su función.

III- ORIGINANTE-FIDUCIANTE-BENEFICIANTE

1) Imp. a las Ganancias

Tributa por el resultado proveniente de la enajenación de las unidades construidas sobre inmueble propio.

2) Imp. al Valor Agregado

Determina el gravamen considerando:

-Débito Fiscal por la venta de unidades

-Crédito por certificaciones de obra

-I.V.A. sobre los intereses del BHN

-Otros créditos vinculados al negocio

3) Imp. sobre los Bienes Personales

A los efectos del valor de las acciones a computar por sus tenedores considerarán la situación patrimonial de la emisora.

4) Agente de Retención

Ver II- A.3

IV- FIDUCIANTE ENAJENANTE

1) Imp. a las Ganancias

Tributa por el resultado de sus operaciones

2) Imp. al Valor Agregado

No está alcanzado en la operatoria analizada.

V- LOCADOR DE OBRA (Empresa constructora y Dirección de Obra).

1) Imp. a las Ganancias

El resultado de la obra se encuentra alcanzado por el gravamen
2) Imp. al Valor Agregado

En relación a la operatoria considerará:

-Débito Fiscal sobre los certificados

-Computa los créditos pertinentes

Firmantes:

MARIA CECILIA VENTURA - Jefe División Dictámenes Técnicos "B" - a/c. Departamento Asesoría Técnica Tributaria
CONFORME: 12/04/96 - JORGE RUBEN STURLA - Jefe Departamento Asesoría Técnica Tributaria - a/c. Dirección de Asesoría Técnica
CONFORME: 3/5/96 - ALBERTO MARTIN GOROSITO - Subdirector General Subdirección General de Legal Tributaria

Dictamen N° 11/1997 (DAT)

Fecha: 31/03/1997

Asunto: IMPUESTO AL VALOR AGREGADO e IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Fideicomisos financieros. Tratamiento impositivo. - Corporación A.M. S.A.

Sumario:

Se consulta respecto a los supuestos que deben verificarse para la procedencia de las franquicias impositivas previstas en el artículo 83 de la Ley N° 24.441.

Al respecto, de acuerdo a dicha norma se debe verificar que los fideicomisos se constituyan para titulizar activos, lo cual también significa necesariamente que los títulos de deuda y de participación deben ser emitidos por el fiduciario.

Texto:

I. La sociedad de la referencia efectúa una consulta respecto al alcance del tratamiento exentivo previsto en el artículo 83 de la ley N° 24.441.

Informa que se encuentra constituída en la República Argentina, siendo su objeto social la titulización de créditos hipotecarios originados en bancos locales, señalando que, en tal carácter, está por iniciar el trámite correspondiente ante la Comisión Nacional de Valores a fin de obtener la autorización de oferta pública de títulos representativos de deuda emergentes de la titularización de créditos hipotecarios.

Asimismo expone una operatoria en instrumentación, por la que adquirirá créditos hipotecarios de un banco originador con el producido de la colocación por oferta pública de títulos representativos de deuda. La cartera de créditos así adquirida será cedida a un fideicomiso para garantizar el pago de los títulos de deuda

La consulta, concretamente, es:

1) Si los títulos representativos de deuda emitidos por un tercero distinto del fiduciario gozan de los beneficios impositivos previstos por el artículo 83 de la Ley N° 24.441.

2) Si el reconocimiento de la exención a los títulos de deuda emitidos por el fiduciario obsta a la aplicabilidad de las disposiciones del Decreto N° 780/95 con relación al fiduciario.

II. En primer lugar, en función a la descripción precedente cabe determinar las características de la operatoria, para luego analizarla desde el punto de vista impositivo.

De lo expresado por la consultante esta Asesoría entiende que existen tres aspectos del negocio perfectamente diferenciados:

1) Colocación de títulos de deuda, en la que participan:

1.1.) El emisor y colocador de los títulos (A. M.).

1.2.) Los adquirentes de tales valores (inversores).

2) Adquisición de créditos hipotecarios con el producido de la colocación de los títulos de deuda antes mencionados, en la que son parte:

2.1.) El Banco cedente de los créditos hipotecarios.

2.2.) El cesionario o adquirente de los créditos hipotecarios (A. M.)

3) La conformación de un fideicomiso, en el que intervienen:

3.1.) El fiduciante (A. M.), el cual transfiere al fideicomiso créditos hipotecarios en garantía de títulos de deuda de su propia emisión, en poder de terceros inversores.

3.2.) El fiduciario, el cual, si bien no es caracterizado por la presentante, debe cumplir con las condiciones establecidas por el artículo 5°, o, en su caso, el artículo 19, ambos de la ley N° 24.441.

Formuladas las particularidades de la operatoria sometida a consideración, cabe ahora referirse a la normativa aplicable.

Así, el artículo 1° de la ley N° 24.441 dispone que "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a trasmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

A su vez, el artículo 19 de la misma ley expresa que "Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos".

Agrega que "Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública". Asimismo establece que los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso.

Por su parte el artículo 21 de la ley que se trata establece que "Los certificados de participación serán emitidos por el fiduciario. Los títulos representativos de deuda garantizados por los bienes fideicomitidos podrán ser emitidos por el fiduciario o por terceros, según fuere el caso ...".

Es decir que, de acuerdo a las normas transcriptas los certificados de participación deben ser emitidos por el fiduciario en tanto los de deuda siempre han de estar garantizados por los bienes fideicomitidos, pero su emisión puede efectuarla el fiduciario o un tercero.

Es dable ahora, advertir las características que presenta el denominado fideicomiso financiero, entre otras, la emisión de certificados de participación y de deuda, estos últimos emitidos por el fiduciario u otro sujeto.

Puede decirse que los artículos 19 a 21 de la Ley N° 24.441 caracterizan en forma genérica a esta especie de fideicomiso; sin embargo no todos los que responden a las exigencias de aquellos artículos podrán acordar a los inversores los beneficios tributarios previstos en la normativa de la ley que nos ocupa, pues respecto del fideicomiso financiero las franquicias tributarias están reservadas a los supuestos de los artículos números 83 a 85 de la mencionada ley.

Así el artículo 83 prescribe que "Los títulos representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo".

A partir de este dispositivo se aprecia que no todo fideicomiso financiero otorga a los inversores los beneficios tributarios sino que debe constatarse las condiciones del referido artículo 83, es decir que los fideicomisos deben constituirse para titulizar activos, lo cual también significa necesariamente que los títulos de deuda y de participación deben ser emitidos por el fiduciario.

Es decir, cabe reiterar, no todo fideicomiso financiero constituído con arreglo a las normas de los artículos 19 a 21 generará a sus inversores beneficios impositivos, sino que sólo aquella especie que se ajuste a la caracterización del artículo 83 dará derecho a las franquicias correspondientes.

Definidos los presupuestos legales de fideicomisos financieros cuyos inversores obtendrán franquicias tributarias, resulta a continuación procedente referirse al caso planteado, adelantando como conclusión que en éste no se verifican las condiciones previstas en el artículo 83.

Efectivamente; los títulos, según lo entiende esta Asesoría, serán emitidos por la consultante, quien con esa colocación obtendrá fondos que le permitan adquirir créditos hipotecarios, de lo cual se desprende que la emisión no la efectúa el fiduciario como lo exige el artículo 83, sino una empresa que no reviste ese carácter. A su vez, el fideicomiso descripto no se constituye con el fin de titulizar activos, condición establecida por el citado artículo, sino que tiene el fin de garantizar la deuda que adquiere la nombrada.

A continuación corresponde referirse respecto al segundo punto de la presentación, en el cual consulta "Si el reconocimiento de la exención a los títulos de deuda emitidos por el fiduciario obsta a la aplicabilidad de las disposiciones del Decreto N° 780/95 con relación al fiduciario".

A fin de analizar este aspecto se evaluó necesaria una mayor especificación del negocio involucrado, ya que, al no estar tal consulta enmarcada en la operatoria planteada en primer término por la consultante, se carecía de elementos fundamentales para caracterizarla. Consecuentemente, se solicitaron aclaraciones a los asesores de la consultante, quienes manifestaron desestimar dicho punto de la presentación, razón por la cual no se continúa su consideración.

Firmantes:

JORGE RUBEN STURLA - Jefe Departamento Asesoría Técnica Tributaria
Conforme: 31/3/97 - ADOLFO JOSE GARCIA - Director Dirección de Asesoría Técnica

Dictamen N° 49/1997 (DAL)

Fecha: 21/08/1997

Asunto: PROCEDIMIENTO. IMPUESTOS VARIOS. Operatoria de la construcción a través de fideicomisos inmobiliarios. Fideicomiso en garantía. Su tratamiento.

Sumario:

El fondo fiduciario en garantía no tiene aptitud, en principio, para asumir la calidad de contribuyente directo pese a lo establecido por el artículo 14 de la ley 24.441 y el artículo 15 inciso c) de la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, en razón del rol estático que le da la función de garantía. Ello es así, a menos que una deposición legal le atribuya tal carácter, sea en forma explícita o implícita.

Texto:

I.- La entonces Subdirección General de ... requirió opinión de esa Dirección respecto de los temas enunciados a fs. ..., y que han sido materia de análisis por la Dirección de Asesoría ...en su informe de fecha 31/10/96.

II.- En el dictamen de esa Dirección recaído en las Acts. Nros. ..., ... y ... (DAL) se concluyó en que el patrimonio fiduciario en garantía no tiene aptitud subjetiva, pese a lo establecido por el artículo 14 de la Ley N° 24.441 y el artículo 15, inc. c), de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, en razón del rol estático que le atribuye la función de garantía y que ello es así a menos que una disposición legal lo establezca expresamente.

A su vez, en el dictamen N° 34/96 de la Dirección de Asesoría Técnica, aprobado por la entonces Subdirección General de ... -carpeta 18, p g. 176/8- se dijo, aludiendo al fideicomiso en garantía, que "en esta operatoria no se produce, respecto del fondo, generación de resultados, pues ello se constata en el patrimonio del originante, conclusión ésta que también hace desvanecer la posibilidad de aplicar al caso el decreto aludido" (se refiere al Decreto N° 780/95).

De tal modo, esa Dirección ya ha descartado la posibilidad de que el fideicomiso en garantía pueda revestir la calidad de contribuyente frente al impuesto a las ganancias y por ende, también la posibilidad de que, a su respecto, se dé la figura del administrador en los términos de los artículos 10 y 13 del Decreto N° 780/95.

En consecuencia el supuesto a analizar es aquel en el cual el fideicomiso es susceptible de generar un resultado económico y hechos imponibles que le sean imputables subjetivamente.

En este aspecto cabe recordar que el artículo 14 de la Ley N° 24.441 establece que "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del

patrimonio del fiduciario y del fiduciante" y a su vez el artículo 15, inc. c), de la Ley N° 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones, incluye entre los sujetos responsables por deuda propia a los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando "sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible".

Partiendo de tales precisiones corresponde analizar los supuestos traídos en consulta:

a) Situación del fideicomiso frente al impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales (Decreto N° 780/95).

En este aspecto el Decreto N° 780/95 es explícito al establecer en su artículo 10 que el fiduciario deber ingresar el treinta por ciento (30 %) de la ganancia neta total en concepto de impuesto devengado con motivo del "ejercicio de la propiedad fiduciaria".

La citada norma aclara que la obligación impuesta a los fiduciarios lo es "en su carácter de administradores de patrimonios ajenos". Resulta de lo expuesto que el fiduciario no es considerado contribuyente directo por la ley, sino responsable por deuda ajena encuadrado en el artículo 16, inc. e), de la Ley N° 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones, lo cual deja subsistente la indagación sobre quién es en el caso el contribuyente directo o sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Siendo que las rentas alcanzadas por el tributo son las provenientes del patrimonio fideicomitido y no resultando contribuyente el fiduciario, por imperio de la ley, forzoso es concluir que es el propio patrimonio de afectación el sujeto pasivo de la obligación, por cuanto la responsabilidad del fiduciario es -como queda dicho- por deuda ajena.

Sin embargo, la ley no pone ningún papel activo a cargo del contribuyente directo, siendo el administrador fiduciario el único sujeto responsable del impuesto a las ganancias en el carácter de "pago único y definitivo" y de la atribución proporcional de resultados al fiduciante en el supuesto de que éste sea beneficiario del fideicomiso (Decreto N° 780/95, artículo 11). Resulta de lo expuesto que el hecho imponible que establece el Decreto N° 780/95 en su artículo 10 tiene como soporte subjetivo al patrimonio fiduciario y el ingreso que como pago único y definitivo debe efectuar el administrador del fondo, corresponde efectuarlo en función de dicho patrimonio, con independencia de la existencia o no de un beneficiario externo al mismo.

Cabe destacar que la circunstancia de que el fiduciante asuma el carácter de beneficiario no desplaza hacia él la calidad subjetiva frente a dicho hecho imponible, ya que la tributación en función del fondo, en el carácter de pago único y definitivo, permanece inalterada.

Sin perjuicio de lo expuesto el fiduciante beneficiario deberá incorporar a sus rentas la proporción de beneficios que le atribuya el administrador fiduciario y correlativamente dispondrá de un crédito fiscal proporcional por el ingreso ya

efectuado por el administrador fiduciario, pero tal situación en modo alguno modifica el nivel de tributación en cabeza del fondo.

En razón de lo expuesto se concluye que el contribuyente directo del hecho imponible establecido por el artículo 10 del Decreto N° 780/95 es el patrimonio fiduciario, sin perjuicio de las obligaciones que como responsable por deuda ajena se impone el administrador fiduciario.

Si bien se coincide con la dependencia preopinante en cuanto a que la calidad de sujeto tributario del fondo fiduciario debe ser discernido por la ley, se considera que tal atribución subjetiva puede ser acordada tanto en forma expresa como tácita y que, en el caso particular, tal calidad resulta indudable de la interpretación -o explicitación- efectuada por el citado artículo 10 del Decreto N° 780/95.

En lo que respecta al impuesto sobre los bienes personales y siempre que no se trate de un fideicomiso financiero, el artículo 13 del citado Decreto N° 780/95 consagra el principio de separación de patrimonios de tal manera que el fideicomiso tributar por los bienes que lo constituyen.

Si bien la norma citada erige también en responsable por deuda ajena al administrador del fideicomiso, debe entenderse, al igual que en el caso del impuesto a las ganancias, que el texto legal determina suficientemente la subjetividad tributaria del patrimonio fiduciario.

b) Situación del fideicomiso frente al I.V.A.Cabe hacer aquí similar reflexión que en el punto anterior respecto del fideicomiso en garantía, ya que si se trata de un fideicomiso de tal carácter no habrá hechos imponibles que puedan atribuírseles subjetivamente, pues por su carácter est tico no habrá realizado operación comercial alguna.

Es por ello que tratándose del I.V.A. corresponderá atenerse al dato concreto de si el fondo fideicomitido protagoniza o no hechos imponibles, ya que potencialmente tiene aptitud subjetiva. En el caso particular analizado en la actuación citada al comienzo se entendió que la gestión empresarial estaba a cargo del fiduciante originante, que era el real beneficiario y quien concretaba las operaciones propias del emprendimiento.

En este aspecto se coincide con lo opinado por la Dirección de Asesoría ....

c) Régimen general de retenciones del impuesto de las ganancias (Resolución General N° 2784), situación del fideicomiso y del administrador fiduciario frente a terceros por pagos efectuados y recibidos.

En las Acts. Nros. ..., ... y ... (DAL) se dijo que la justificación para crear el agente de retención emana de la posición estratégica de quien tiene el manejo de los fondos y que frente al impuesto a las ganancias el fiduciario debiera cumplir la función de agente de retención por ser quien materializa el pago, aun cuando lo concrete por cuenta y en interés del originante.

En esta oportunidad cabe reiterar tal tesitura compartiendo al respecto la opinión de la dependencia preinterviniente.

d) Régimen general de retenciones del I.V.A. (Resolución General Nº3125) situación del fideicomiso y del administrador fiduciario frente a terceros por pagos efectuados y e) Régimen de retención a empresas, constructoras (Resolución General Nº 4052), situación del fideicomiso y del administrador.

La creación de agentes de retención es una facultad del Director General - actualmente del Administrador General de Ingresos Públicos- que emanaba del artículo 7º de la Ley Nº 11.683, t.o. en 1978 y sus modificaciones, -actualmente del artículo 7º del Decreto Nº 618/97- y su concreción práctica puede tener lugar en los casos en que su intervención pueda resultar beneficiosa para la recaudación.

Dada la diversidad operativa con que puede implementarse un fideicomiso, se advierte la conveniencia de efectuar la valoración sobre la base de un modelo ya concretamente delineado para conocer la modalidad operativa en el manejo de los fondos.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso en que el fiduciario actúe por cuenta y en interés del originante no se advierte inconveniente para que, en tal carácter, quede sometido al régimen de la Resolución General Nº 3125.

En lo relativo a las obligaciones de la seguridad social, la consideración del tema corresponde a la órbita de la Dirección competente.

f) Cesión fiduciaria de terrenos al fideicomiso por parte de los fiduciarios, tratamiento en el impuesto de sellos. En este aspecto y tal como ha sido dictaminado anteriormente, se estima que la constitución del dominio fiduciario se encuentra alcanzada por el impuesto de sellos.

Firmantes:

DARIO GONZALEZ - Jefe Interino Departamento Asesoría Legal Tributaria
CONFORME: 21/8/97 - JUAN BAUTISTA THORNE - Director Dirección de Asesoría Legal

Dictamen N° 85/1997 (DAL)

Fecha: 16/12/1997

Sumario:

Tratándose de un fondo fiduciario resulta posible asignar la clave úrnica de identificación tributaria al administrador fiduciario siempre que se identifique adecuadamente al patrimonio fiduciario de que se trata, a fin de distinguirlo adecuadamente de otros patrimonios fiduciarios o de actividades ajenas protagonizadas por el mismo administrador fiduciario.

Texto:

I.- La Dirección de ... consulta quién reviste el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria en el supuesto contemplado por el artículo 10 del Decreto No. 780/95, atento que al fiduciario sólo se le atribuye el carácter de responsable por deuda ajena y, en el supuesto de que el patrimonio fideicomitido revistiera tal calidad, se solicita indicar cuál sería la forma jurídica que debería adoptar a tal efecto.

Asimismo se requiere opinión por el mismo tema en relación al impuesto al valor agregado.

II.- Esa Dirección ha tenido oportunidad de analizar el tema en la Act. N° ... (DAL) habiendo llegado a las siguientes conclusiones.

1°) Impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales.

El contribuyente directo, sujeto del hecho imponible establecido por el artículo 10 del Decreto No. 780/95, es el patrimonio fiduciario, sin perjuicio de las obligaciones que como responsable por deuda ajena se impone al administrador fiduciario.

2°) Impuesto al valor agregado.

Corresponderá establecer si el fondo fideicomitido protagoniza o no hechos imponibles, ya que potencialmente tiene aptitud subjetiva en materia tributaria.

Cabe aclarar que en aquellos supuestos en que la función del fondo fiduciario es exclusivamente de garantía, no corresponde atribuirle el carácter de sujeto tributario ya que en tales casos no será protagonista de hechos imponibles frente a los impuestos citados, esto es, a las ganancias y al valor agregado.

Sin embargo cabe tener presente que el Decreto No. 780/95, que define el tratamiento tributario a dispensar al fondo fiduciario frente al impuesto a las ganancias y a los bienes personales, no le impone obligaciones formales a cumplir en forma directa, ya que tales relaciones son atribuídas al administrador del fondo.

En este aspecto la Ley No. 23.966 que crea el impuesto sobre los bienes personales, establece en su artículo 26, en lo pertinente, que "toda persona de existencia visible o ideal domiciliada en el país que tenga ... la administración o guarda de bienes sujetos al impuesto (pertenecientes a personas físicas domiciliadas en el exterior) deberán ingresar (el impuesto) con carácter de pago único y definitivo..." y a su vez el segundo párrafo de dicho artículo dispone, para ciertos bienes en el país, que se aplique el "régimen de ingreso del impuesto previsto en el párrafo anterior", es decir; se impone el deber de ingreso a quienes no son, en rigor, contribuyentes directos.

El esquema se complementa con la previsión de que "los responsables obligados al ingreso del gravamen tendrán derecho a reintegrarse el importe abonado, incluso reteniendo y/o ejecutando directamente los bienes que dieron origen al pago".

La ley compatibiliza de esta manera la responsabilidad que respecto del pago impone al administrador y la carga real del tributo que recae sobre los bienes sujetos a la tributación.

Esta disposición resulta congruente con el artículo 13 del Decreto No. 780/95 que le impone al administrador del patrimonio fiduciario la obligación de ingresar el impuesto resultante, quedando no obstante comprendido entre los responsables del artículo 16, inciso e) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones).

De las normas reseñadas resulta claro que la ley, sin perjuicio de individualizar claramente al fondo fiduciario en su calidad de contribuyente, le ha asignado, no obstante, una posición pasiva limitada a servir de soporte del tributo, pero las obligaciones activas, propias del contribuyente deben ser cumplidas por el administrador fiduciario.

Resultando de lo expuesto que tanto las obligaciones formales propias del contribuyente, como la sustantiva de pago, han sido puestas por la ley a cargo del administrador fiduciario, no quedan dudas de que el incumplimiento de las mismas facultará a esta Administración Federal a ejercitar tanto las facultades determinativas como las del cobro de las obligaciones incumplidas, contra la persona de dicho administrador, atento que si bien la carga tributaria recae sobre el fondo, el obligado a realizar el pago, con dinero de dicho fondo, es el administrador fiduciario.

Este es, por otra parte, el criterio que resulta implícito en la Resolución General No. 4186 que aprueba el formulario a utilizar por los administradores de fondos fiduciarios en el impuesto sobre los bienes personales.

Esta solución aparece razonable atento que no obstante que el patrimonio fiduciario constituye una categoría separada del patrimonio del fiduciante y del patrimonio del fiduciario, su titularidad subjetiva la ejerce el fiduciario y, si bien se trata de un dominio imperfecto, las relaciones jurídica emergentes de a actividad del fondo fiduciario requieren la participación de quien ejerce su titularidad y con mayor razón si se trata de las relaciones jurídicas derivadas de

la propia titularidad de dominio como son las referidas al impuesto sobre los bienes personales.

Tal conclusión conduce a opinar que en la situación analizada la inscripción tributaria debiera concretarse en la persona del administrador fiduciario, efectuando la suficiente identificación del fideicomiso de que se trate.

Esta solución es posible si se tiene presente no sólo el distinto protagonismo que desempeña la persona física cuando actúa en calidad de administrador de un patrimonio fiduciario, sino también el distinto patrimonio sobre el que actúa su administración, de tal modo que si una misma persona física administrare varios fondos fiduciarios la clave única de identificación tributaria debiera ser distinta para cada caso particular.

En lo referente al impuesto al valor agregado, el sujeto a inscribir será quien protagonice los hechos imponibles como sería el caso del fiduciante beneficiario si es éste quien concreta las operaciones propias del cometido del fondo.

Teniendo en cuenta las distintas modalidades operativas que podrían adoptarse en los casos particulares no resulta atinado, en este aspecto, emitir un criterio único para ser aplicado con carácter general.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMINGUEZ DE PICIO - Jefe a/c. Departamento Asesoría Legal Tributaria
CONFORME: 16/12/97 JUAN BAUTISTA THORNE - Director Dirección de Asesoría Legal

Dictamen N° 59/1999 (DAT)

Fecha: 30/06/1999

Asunto: IMPUESTOS VARIOS. CONTRATO DE CESION FIFUCIARIA EN ADMINISTRACION - CONSULTA "A.T." S.A.

Sumario:

A un fideicomiso en administración en el cual se generan ciertos hechos imponibles del impuesto a las ganancias y donde el fiduciario reviste la calidad de administrador de patrimonio ajeno, deben aplicársele las normas de los artículos 11 y 13 del Decreto N° 780/95 y sus modificaciones -durante su vigencia-, es decir deberá efectuar los pagos referidos al aludido tributo a la renta y al impuesto sobre los bienes personales.

A partir de la modificación de la Ley N° 25.063, tal fondo debe considerarse como sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta. En lo relativo al impuesto a las ganancias, siempre y cuando el fiduciante y el beneficiario sean el mismo sujeto, este será el que tribute en razón de las ganancias que obtenga el fideicomiso, conforme las pautas del Decreto N° 254/99. De no concretarse dicha situación de concordancia entre beneficiario y fiduciante, deberá tributar el fiduciario el gravamen sobre las rentas, en representación del fideicomiso.

Con respecto al I.V.A., el fideicomiso, representado por el fiduciario, será responsable del tributo en la medida que se le pueda atribuir la generación de hechos imponibles

Texto:

I.- Las presentes actuaciones tienen su origen en la consulta presentada por la firma del rubro ante la Agencia N°...

La solicitante inquiere acerca del tratamiento fiscal que corresponde otorgar a los fideicomisos, donde dicha firma revestirá el carácter -según surge de los proyectos de contrato aportados- de "organizador" y "agente de cobro y de registro" (encargada de la gestión comercial de la estructuración de cada fideicomiso).

Tales proyectos de contrato disponen que al fiduciario (Banco N.N.S.A.) le serán cedidos en fideicomiso créditos prendarios con fines de administración de dicha propiedad imperfecta en favor del beneficiario, que podrá ser el fiduciante (acreedor prendario) o quien éste designe.

Es decir, según expresa la consultante, que "El fiduciario deberá administrar, gestionar y cobrar la cartera de Créditos Prendarios y transmitir los frutos generados por dicha administración, si es que los hubiere al beneficiario".

II. La rubrada estima que de la descripción precedente "...surge claramente que no se produce respecto del fondo generación de resultados, en tal sentido los resultados (beneficios o pérdidas) son atribuibles al originante".

Opina que a estos contratos le son aplicables las conclusiones que surgen del Dictamen N° 34/96 (DAT), pues entiende que a este tipo de fideicomisos de administración, "... en los que el Fiduciario se limitará a administrar la cobranza de los ingresos que generen los bienes fideicomitidos, para posteriormente transmitirlos al beneficiario, que es el verdadero acreedor", es evidente la ausencia de actividad económica impositivamente gravable.

Respecto del dictamen aludido, la sociedad del asunto expone lo que a su juicio, es una síntesis del tratamiento tributario propuesto.

En tal sinopsis, primeramente enuncia que el "fideicomiso en garantía" no resulta sujeto de los impuestos a las ganancias y al valor agregado, ni del impuesto sobre los bienes personales; esto último, ya que no es administrador de patrimonio ajeno. Que debe actuar como agente de retención en el impuesto a las ganancias, con arreglo al art. 3 inc. h) de la Resolución General DGI N° 2784 y sus modificaciones, y en el I.V.A. de acuerdo al régimen de la Resolución General AFIP N° 18. Que no le es aplicable la retención del régimen establecido por la Resolución General DGI N° 3026 y su modificaciones, pues no se halla comprendido entre los sujetos pasibles de dicha retención.

III. Con el objeto de dar mayor claridad al tema en cuestión, nos remitiremos al citado Dictamen N° 34/96.

En dicha oportunidad se trató el caso de un fideicomiso en garantía, "...el cual, ..., no realiza una actividad económica sino que como surge de su objeto y de las convenciones que suscribirán las partes, tiene por único fin constituirse para garantizar al banco prestador el recupero del capital prestado al originante con más los intereses".

Para considerar que dicho fondo fiduciario no resultaba sujeto del impuesto a las ganancias, se estimaron dos aspectos que se detallan seguidamente:

Primero, la realidad económica indicaba que tal fondo no fue creado con el objeto de desarrollar actividades gravadas, sino, como ya se expresó, para garantizar un préstamo, siendo los beneficios o pérdidas atribuibles al originante y no al fideicomiso; por lo tanto "... no se produce respecto del fondo generación de resultados, pues ello se constata en el patrimonio del originante, conclusión esta que también hace desvanecer la posibilidad de aplicar al caso el decreto aludido...", esto último por el Decreto N° 780/95 -actualmente sin vigencia-. Para poder darse esta situación el único beneficiario era el fiduciante.

En razón de lo expresado surge el otro aspecto que se tuvo en cuenta, pues dadas estas condiciones el fiduciario no revestía la condición de administrador de patrimonio ajeno, "... carácter este exigido por el decreto de marras para que dicho fiduciario deba ingresar los gravámenes previstos en el mismo".

Estas reflexiones se trasladaron en relación a lo previsto en el artículo 13 del Decreto N° 780/95, que se remite al impuesto sobre los bienes personales, "... en el sentido de que no cabe al fiduciario su ingreso pues,..., el resultado proveniente de la operatoria y consecuentemente las transformaciones que se van produciendo en el fondo, inciden en la situación patrimonial del originante por lo que los socios o accionistas de las empresas fiduciantes, a los efectos de sus declaraciones juradas del citado impuesto, deben considerar sus participaciones o tenencias en consonancia con los estados patrimoniales de dichas empresas".

En consecuencia, las conclusiones del dictamen citado no se fundamentan solamente en el objeto de garantía del fondo fiduciario, sino en la ausencia de hechos imponibles imputables al mismo y en el carácter del fiduciario, el cual no realiza actos de administración respecto del fondo.

En cuanto al impuesto al valor agregado, en el Dictamen N° 34/96 (DAT) se entendió que el fideicomiso analizado no poseía la calidad de responsable frente a dicho tributo, en virtud de que no realizaba actividades que pudieran ocasionarle la atribución de hechos imponibles.

Como ya se manifestó, al momento de la confección del citado informe se encontraba vigente el Decreto N° 780/95. Ahora bien, al entrar en vigor las modificaciones introducidas por la Ley N° 25.063 de reforma tributaria y por el Decreto N° 254/99 -este último en la reglamentación del impuesto a las ganancias- para el tipo de fideicomiso a que se alude en el Dictamen traído a colación, en la medida en que el fiduciante revista el carácter de beneficiario, corresponde, de acuerdo con las disposiciones del citado decreto, que las utilidades obtenidas por el fondo fiduciario las declare el fiduciante aplicando las normas del artículo 50 de la ley del tributo; es decir, dicho fondo no reviste la calidad de sujeto del impuesto, pero debe determinar sus ganancias de acuerdo con las pautas de la tercera categoría para que después se asignen al respectivo beneficiario.

Este modo de proceder no hace variar en esencia lo dictaminado por esta asesoría, ya que de no generarse hechos imponibles por la actividad del fideicomiso, la situación en el gravamen sobre las rentas es análoga a la anteriormente planteada, lo que significa que el fondo no declarará utilidades, originándose, de esta manera, importes de impuesto a pagar por el fiduciante-beneficiario por dicha actividad.

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 N° 24.441 -excepto los financieros previstos en sus artículo 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 N° 25.063); por lo tanto no resulta aplicable, desde la fecha indicada, el artículo 13 del Decreto N° 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 N° 25.063.

IV. Refiriéndonos ahora al caso bajo análisis, observamos que de la cláusula 5.3. de la sección quinta del contrato tipo de cesión fiduciaria en administración, surge que el fiduciario podrá invertir los fondos recibidos en razón de su función, en depósitos en caja de ahorro, plazos fijos o cualquier otro tipo de colocación que acordara con el fiduciante (fs. 40), infiriéndose de ello que el fideicomiso en cuestión realiza operaciones gravadas con el impuesto a las ganancias. Además, no obstante lo manifestado por la presentante, se estima que el fiduciario posee la calidad de administrador de patrimonio ajeno, ya que de los modelos de convenio que se aportaron se advierte que puede realizar actos de disposición de los activos que se le encomiendan, tal el caso de los que se refieren al cobro de los créditos cedidos fiduciariamente (sección tercera del contrato tipo), como los relativos al destino de los fondos recibidos en consecuencia (sección quinta).

Atento a lo expuesto, este servicio asesor opina que al fideicomiso aludido debieron aplicársele las normas de los artículos 11 y 13 del Decreto N° 780/95 y sus modificaciones -durante su vigencia- correspondiendo, en su caso, ingresar el pago a cuenta mencionado en el primer dispositivo por la operaciones consideradas -a tal efecto- como resultados de la tercera categoría del impuesto a las ganancias, y además, el pago que establece el segundo de los artículos citados, por el impuesto a los bienes personales, a cargo del fiduciario en su carácter de administrador de patrimonios ajenos.

Asimismo, se estima que a partir de la modificación de la Ley N° 25.063 se debe considerar al fideicomiso sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta, librándose del mencionado pago relativo al impuesto sobre los bienes personales.

Teniendo en cuenta la reforma tributaria en cuestión, en lo que respecta al impuesto a las ganancias se entiende que siempre y cuando el fiduciante y el beneficiario sean el mismo sujeto, este será el que tribute en razón de las ganancias que obtenga el fideicomiso, conforme a las pautas del aludido Decreto N° 254/99. De no concretarse dicha situación de concordancia entre beneficiario y fiduciante (no surge con claridad de la documentación aportada), el que deberá tributar por el nombrado gravamen a las utilidades será el fiduciario en nombre del respectivo fideicomiso en su calidad de sujeto, de acuerdo con las disposiciones del artículo 69 de la ley vigente.

Con respecto al I.V.A., se interpreta que el fiduciario será responsable del tributo en representación del respectivo fideicomiso, en la medida en que éste ultimo desarrolle actividades gravadas, es decir que se le pueda atribuir la generación de hechos imponibles.

En virtud de que los bienes cedidos al fondo son créditos, se entiende que se deberán aplicar las disposiciones del artículo 84 de la Ley N° 24.441, en cuanto a que "... las transmisiones al fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones gravadas", salvo que, en caso de incluirse intereses de

financiación, "... el pago deba efectuarse al cesionario o a quien este indique , en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo".

Firmantes:

JORGE RUBEN STURLA - Jefe Departamento Asesoría Técnica Tributaria Conforme: 30/06/99 - ROBERTO PABLO SERICANO - Director Dirección de Asesoría Técnica

Dictamen N° 94/1999 (DAL)

Fecha: 05/10/1999

Asunto: IMPUESTO DE SELLOS - TRANSFERENCIA DE DOMINIO FIDUCIARIO- CONSULTA

Sumario:

La transmisión de dominio de bienes inmuebles a través de un contrato de fideicomiso se encuentra alcanzada por el Impuesto de Sellos.

Texto:

I.- Vienen las presentes actuaciones de la Subdirección General de ..., con motivo de la consulta efectuada por la Escribanía General de Gobierno de la Nación, solicitando se le informe si corresponde abonar el Impuesto de Sellos en la transferencia de dominio fiduciario que el Estado Nacional realizará a favor del fiduciario que se designe en la licitación de la Ciudad Judicial.

Asimismo manifiesta que el propósito de dicha transferencia es la formación de un patrimonio de afectación que quede a salvo de eventuales insolvencias o trabas judiciales de las partes contratantes, a la vez que garantizará 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.

Señalando, por último que los futuros titulares fiduciarios argumentan que se trata de una transferencia de dominio sin contraprestación en dinero, oponiéndose al pago del impuesto de sellos a su cargo.

II.- En orden a la cuestión sometida a consideración de este servicio asesor, es dable señalar que mediante el Decreto N° 114/93, modificado por su similar N° 2291/94, se derogó el Impuesto de Sellos para todos los hechos imponibles contenidos en el mismo, con excepción de lo descripto en el artículo 2°.

En efecto, dicho artículo 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...".

La medida de política tributaria adoptada a través del referido decreto y su modificación ha tenido el propósito de eliminar costos en la administración y financiamiento de la actividad económica en virtud de la estabilidad obtenida, y solo se consideró aconsejable mantener el impuesto para las escrituras públicas de compraventa de inmuebles, a excepción de las correspondientes a la compraventa de inmuebles destinados a viviendas; resultando incluidas en dicha exención aquellas en las que la transacción se lleve a cabo con el objeto de locar el inmueble para vivienda, como asimismo la compraventa de terrenos cuyo destino sea la construcción de viviendas (cfr. penúltimo y último párrafo del aludido artículo 2°).

En orden a ello, teniendo en cuenta que solo se encuentra vigente el gravamen para operatorias vinculadas con la transferencia de inmuebles, este servicio asesor considera que los bienes -objeto del contrato de fiducia- sobre los cuales la Escribanía General de Gobierno de la Nación somete a consulta se tratarían de bienes inmuebles.

III.- Ahora bien, la intención del Poder Ejecutivo nacional fue suprimir aquellos costos que influían negativamente sobre las operatorias económicas; con la salvedad, como ya se manifestara de las escrituras públicas de compraventa de inmuebles o de cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles.

Con relación a la exención prevista en el artículo 2° del decreto en cuestión y su modificatoria, este Organismo Fiscal la reglamentó a través de la Resolución General N° 3940 (DGI), complementada por su similar N° 612, que establece las exigencias requeridas a los efectos de acceder a la misma.

Como se puede apreciar la finalidad del tributo vigente es 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.

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.

Sobre el particular, cabe recordar que esa Dirección se ha referido con relación al tema analizado en los siguientes términos:

"f) Cesión fiduciaria de terrenos al fideicomiso por parte de los fiduciarios, tratamiento en el Impuesto de Sellos.

"En este aspecto y tal como ha sido dictaminado anteriormente, se estima que la constitución de dominio fiduciario se encuentra alcanzada por el Impuesto de Sellos" [cfr. Dictamen 49/97 (D.A.L.)].

IV.- De conformidad con las consideraciones vertidas este servicio asesor concluye que las transferencias de bienes inmuebles mediante un contrato de fideicomiso se encuentran alcanzadas por el Impuesto de Sellos.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMINGUEZ - Jefe (Int.) Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 29/09/99 - ELISEO DEVOTO - Director Dirección de Asesoría Legal
Conforme: 05/10/99 - SUSANA BEATRIZ VAZQUEZ - Subdirectora General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen Nº 23/2000 (DAL)

Fecha: 01/08/2000

Asunto: IMPUESTO A LAS GANANCIAS - Rentas de fuente extranjera- "Trust"-repetición-.

Sumario:

Los residentes en el país tributan impuesto a las ganancias sobre todas sus rentas de fuente extranjera desde la vigencia de la Ley Nº 24073, quedando comprendida dentro de dicha definición las ganancias obtenidas por dicho residente en su condición de fiduciante-beneficiario de un fideicomiso o figura jurídica equivalente constituida en el exterior, como es el caso de los "trust" constituidos en Estados Unidos de América.

I.- La Región ... solicita una nueva opinión sobre el tema de la referencia, en razón de que la responsable interpuso acción de repetición por los períodos fiscales 1996 y 1997 por montos ingresados en concepto de impuesto a las ganancias proveniente de rentas obtenidas por un fideicomiso constituido en Estados Unidos de América.

II.- El responsable había incluído como ganancia gravada en sus declaraciones juradas de los períodos antes mencionados, los montos obtenidos por operaciones financieras -entre otras- plazos fijos, cajas de ahorro, radicadas en países distintos de aquél en el que se constituyó el fideicomiso o condominio.

Este servicio jurídico se expidió en informe agregado a fs....de las presentes actuaciones sobre la aplicación a dicha figura jurídica de las previsiones de la Ley Nº 24441, concluyéndose que tal normativa sólo era aplicable a los fideicomisos constituidos en el país y no a aquéllos que, como en el caso, se habían constituido en el exterior.

Se dijo, también al analizar el contrato de "trust" que se trataba de una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, observándose tres partes en el negocio: 1) una persona que posee los bienes (trustee) y es, a su vez el propietaria legal, quien está obligada a manejarlos en beneficio de otra; 2) el beneficiario (cestui que trust), propietario en equidad y 3) el constituyente del trust o persona que lo crea (settlor) y que, en el caso particular, los señores Julio (padre), Juan (hijo), y Rodolfo revestían a la vez las condiciones de "settlor", "trustee" y "cestui que trust".

Como puede observarse dichos sujetos guardan similitudes con el fiduciante, fideicomisario y beneficiario, respectivamente, del fideicomiso de la Ley Nº 24441, aunque a los efectos de la validez del acto jurídico y de la relación entre las partes sea de aplicación la ley del Estado donde se celebró dicho acto.

En su recurso de repetición, el responsable alega que el artículo 5º de la Ley de Impuesto a las Ganancias, conforme la reforma introducida por la Ley Nº 24073, nunca tuvo vigencia efectiva dado que el Poder Ejecutivo nunca

reglamentó los criterios de imposición aplicables a las rentas obtenidas en el exterior y que recién con el dictado de la Ley Nº 25063 se completó la normativa necesaria a fin de hacer aplicable la primera de las normas citadas, al definir el concepto de residencia para tipificar al sujeto local alcanzado por el criterio de renta mundial.

Entiende que cuando el Poder Ejecutivo ejerce el derecho a veto respecto de la Ley Nº 25063, a través del Decreto Nº 1517/98, establece en forma taxativa que la vigencia del criterio de renta mundial no es retroactiva sino que rige a partir de la vigencia de la nueva norma, en razón de lo cual el impuesto pagado lo habría sido sin causa al no existir norma legal válida que obligara a tal conducta tributaria.

En segundo lugar, argumenta que las rentas en cuestión no son rentas propias, habida cuenta que se ha desprendido de sus bienes a favor del trust radicado y constituido en el exterior, donde el producido de dichos bienes lo es a favor del trust, sujeto distinto en el "common law" del constituyente del trust.

Expresa sobre el particular, que conforme a la Convención de La Haya -ley aplicable al trust- se entiende por trust "a las relaciones jurídicas creadas por acto inter vivos, por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control del trustee, el administrador, con un fin determinado, donde los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee".

Concluye que ha agregado a su declaración jurada hechos tributarios que no pertenecen a renta de patrimonio propio, lo que se traduce en un ingreso sin causa a favor del Fisco.

III.- Se deja constancia, en primer término, que no se han acompañado los antecedentes del caso ni el dictamen jurídico previo requerido por la Instrucción ..., por lo que el análisis se circunscribirá a los elementos que surgen del Recurso de Repetición incoado por el responsable y a la limitada información que surge de la consulta de la División ... la Región ..., por lo que el área operativa consultante deberá relevar la coincidencia de los presupuestos tenidos en cuenta a los efectos del análisis con la realidad de los hechos que surjan de la totalidad de lo actuado.

Sentado lo expuesto y analizados los argumentos sobre los que el presentante fundamenta su solicitud de repetición, cabe ponderar que el artículo 1º de la ley del gravamen -según la modificación introducida por la Ley Nº 24073- establece claramente tres tipos de sujetos: a) los residentes en el país, b) los no residentes en él y c) las sucesiones indivisas.

El primer párrafo de la norma prevé en relación a las personas de existencia visible o ideal, que todas sus ganancias quedan sujetas al gravamen de emergencia que establece la ley y reitera en su segundo párrafo que cuando esas personas sean residentes en el país, tributarán "... sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior".

El mismo párrafo segundo establece la medida en que pueden ser computados -como pago a cuenta- los tributos análogos que el residente en el país hubiese abonado efectivamente sobre sus rentas obtenidas en el extranjero.

Dichos preceptos tienen vigencia a partir del 13/4/1992, fecha de publicación de la Ley Nº 24073 en el Boletín Oficial, Siendo aplicables a los ejercicios que cierren con posterioridad al 1/4/1992 y para el período 1992 para las personas físicas y sucesiones indivisas.

Ahora bien, a través del artículo 4º, inc. e') de la Ley Nº 25063, se introduce el Título IX a la ley del impuesto, conteniendo normas específicas sobre ganancias de fuente extranjera obtenidas por residentes del país, estableciéndose su vigencia a partir de la sanción de la Ley Nº 24073.

El artículo 6º del Decreto Nº 1517/98, mediante el cual se promulgó la precitada ley, observa dicha norma de vigencia. Sin embargo si bien la observación afectó la vigencia de la ley que promulgaba, pretender que con ello invalidaba una norma sancionada, promulgada y vigente desde 1992, implicaría dar a este instituto un alcance jurídico desde todo punto de vista inadmisible, puesto que con ello se violentarían expresas disposiciones constitucionales -cf. artículo 80 de la Constitución Nacional-.

Por ello, cabe entender que la adopción del principio de renta mundial para los contribuyentes residentes en el país fue introducido por la Ley Nº 24073, discontinuando el principio de la fuente vigente desde la sanción de la Ley de Impuesto a los Réditos en el año 1932 y mantenido luego por la Ley de Impuesto a las Ganancias (Cf.: C. A. RAIMONDI, A. ATCHABAHIAN, "EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS", Ed. De palma, 2a. Ed. pág. 94).

Si bien la Ley Nº 25063 introduce importantes modificaciones sobre conceptos de fondo a la Ley Nº 24073, -como es el caso de la noción de "residencia" a la que alude en su presentación el recurrente-, ello no significa que la última norma citada no tuviera plena vigencia con anterioridad a tal modificación.

En relación precisamente al concepto de residencia a los efectos de la Ley Nº 24073, este servicio jurídico tuvo oportunidad de pronunciarse en la Nota Nº ..., estimando que el concepto era el que surgía del juego armónico de los artículos 97 y 99 del Código Civil de la Nación, concluyéndose que "...por residencia estable debe entenderse la residencia efectiva de una persona en un lugar con la intención de permanecer en el mismo y de constituir allí el asiento de su actividad".

Habida cuenta de lo expuesto, en relación al argumento referido a la inaplicabilidad del criterio de renta mundial introducido por la Ley Nº 24073, hasta la sanción de la Ley Nº 25063, se entiende que debe ser desechado.

IV.- En cuanto al segundo de los argumentos esgrimidos, esto es, que las rentas de que se trata no son rentas propias sino que son producidas por un patrimonio diferenciado del propio y radicado en el exterior, por lo que deben considerarse como no comprendidos en el ámbito de imposición del gravamen,

corresponde reiterar los términos del precepto contenido en el artículo 1° de la ley del gravamen ya transcripto, en cuanto para los residentes del país la tributación recae sobre la "totalidad" de sus ganancias obtenidas tanto en el país como en el exterior.

En dicho contexto normativo, no puede más que concluirse que las ganancias obtenidas por un residente en el país como fiduciante-beneficiario de un fideicomiso o figura asimilable constituida en el exterior, se encuentran comprendidas en la definición aludida, sin que obste a dicha conclusión la diferenciación patrimonial a que se refiere el contribuyente.

V.- Por las consideraciones expuestas y con la salvedad efectuada en el primer párrafo del acápite III, se concluye que correspondería desestimar el recurso de repetición incoado, toda vez que los residentes en el país tributan sobre todas sus rentas de fuente extranjera desde la vigencia de la Ley N° 24073, quedando comprendida dentro de dicha definición las ganancias obtenidas por dicho residente en su condición de fiduciante-beneficiario de un fideicomiso o figura jurídica equivalente constituida en el exterior, como es el caso de los "trust" constituidos en Estados Unidos de América.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMÍNGUEZ - Jefe (Int.) Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 7/8/00 - ELISEO DEVOTO - Director Dirección de Asesoría Legal -

Dictamen N° 17/2002 (DAT)

Fecha: 04/02/2002

Asunto: IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES DE PERSONAS FISICAS Y SUCESIONES INDIVISAS. TRANSFERENCIA DE DOMINIO A UN FIDEICOMISO. CONSULTA VINCULANTE. ROBERTO...

Sumario:

La transmisión de dominio de inmuebles efectuada en el marco de un fideicomiso no constituye una transferencia onerosa, razón por la cual se encontraría fuera del ámbito de imposición del gravamen.

No obstante, en cada caso particular se deberán examinar -a la luz de la realidad económica- las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios -surgidas dentro del marco de las cláusulas instrumentadas o convenidas fuera de ellas-.

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones de la Agencia N° ..., a fin de que este servicio asesor intervenga conforme lo dispuesto por la Resolución General N° 182 (AFIP), en relación a la consulta efectuada con carácter vinculante por el contribuyente del epígrafe.

Concretamente el presentante consulta acerca del tratamiento tributario que corresponde dispensar en el gravamen del asunto, a la transmisión de dominio de ciertos bienes inmuebles realizada a favor de un fideicomiso en su carácter de fiduciante.

A efectos de favorecer el análisis de la cuestión sometida a consideración, aporta fotocopias de las Escrituras N°... y ..., folios ... y ..., del Registro Notarial N°..., en la cual se detallan las características de los fideicomisos constituidos y las cláusulas contractuales que circunscriben a los mismos.

Sobre el particular opina que la transacción que nos ocupa no se encuentre sujeta al Impuesto a la Transferencia de Inmuebles, por cuanto, de acuerdo a su criterio, "No existe transmisión plena y absoluta del derecho real del dominio, según la Legislación Civil y Tributaria en vigencia", ni se trata "... de una operación a título oneroso, en los términos del artículo 9° de la Ley 23.905, ya que no recibe el fiduciante, contraprestación a cambio de la transferencia fiduciaria del bien".

II. Con el fin de dar opinión acerca del encuadramiento tributario de la operatoria bajo análisis, esta asesoría entiende necesario, en primer término, efectuar una caracterización de los contratos suscriptos y de las cláusulas que integran los mismos.

En tal sentido, cabe señalar que el negocio instrumentado tiene por finalidad la entrega en fiducia de inmuebles, todos ellos ubicados en el Partido de .... Las partes intervinientes, en la primera de las Escrituras antes aludidas, son: el rubrado, en su calidad de propietario de los referidos inmuebles y fiduciante; Marcelo..., quien actuará como fiduciario, y la firma "V.V.- S:A.". en carácter de beneficiaria y fideicomisaria; en tanto que la segunda es suscripta por: el rubrado, también en su calidad de fiduciante, y la sociedad "O.D." S.A. en su calidad de fiduciario.

El objeto del fideicomiso es la administración e inversión de los bienes fideicomitidos -los cuales constituirán un patrimonio separado del perteneciente al fiduciario-, y la constitución de garantías a favor de uno o más deudores que indique el fiduciante.

Por último, cabe señalar que en cualquiera de los supuestos de extinción del fideicomiso, el beneficiario-fideicomisario tendrá derecho a recibir el remanente de los bienes fideicomitidos, luego de canceladas todas las obligaciones contraidas por el fiduciario.

III. Descriptos que fueron los elementos principales que caracterizan al negocio, es dable destacar en primer lugar que este servicio asesor estima oportuno atribuir a la consulta presentada el carácter de vinculante en virtud que el responsable debe asumir el ingreso del gravamen en caso de que el escribano actuante no haya efectuado la correspondiente retención.

Sentado ello, seguidamente se procederá a analizar la normativa que gobierna la materia.

El Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas fue establecido mediante la sanción de la Ley N° 23.905, cuyo artículo 7° dispone la aplicación del mismo "... sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país".

Por su parte, el artículo 9° del citado cuerpo legal aclara que "... se considera transferencia a la venta, permuta, cambio, dación en pago, aporte a sociedades y todo otro acto de disposición... por el que se transmita el dominio a título oneroso...".

De la normativa transcripta podemos observar que quedarán sometidas al gravamen todas aquellas transacciones a través de las cuales el propietario de un inmueble transmita el dominio que posee sobre el mismo, en tanto dicha transmisión revista como característica el ser onerosa.

Lo antes vertido es coincidente con lo expresado por la doctrina, la cual ha puntualizado que "... el legislador ha vuelto a colocar la condición para que esas opera-ciones constituyan o generen hechos imponibles: que por ellas se transmita el dominio a título oneroso de los inmuebles comprendidos dentro de la ley" ("El impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas. Ilegalidad de su reglamentación", Sánchez Ricardi, Atilio; Editorial Errepar, Revista Doctrina Tributaria, Tomo XI, pág. 397).

De este modo, resultará fundamental esclarecer si la transferencia de dominio efectuada por el fiduciante ha sido realizada o no a título oneroso.

A efectos de dilucidar esta cuestión, es dable recordar que el artículo 1139 del Código Civil establece que los contratos son a título oneroso "... cuando las ventajas que procura a una u otra de las partes no le es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle...".

Por el contrario, el mismo dispositivo establece que estaremos ante contratos a titulo gratuito "...cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte".

A su vez, el artículo 2662 define al Dominio Fiduciario como "... 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 quién corresponda según el contrato, el testamento o la ley".

De este modo, podemos afirmar que en el Contrato de Fideicomiso no existe una transmisión onerosa ni gratuita del bien en cuestión, sino que el mismo es transmitido "a título de confianza", dado que no se produce la cesión del dominio pleno del bien a cambio de una contraprestación, sino que éste se transmite sujeto a un plazo o condición resolutorios estipulados en el contrato.

Lo antes vertido permitiría atribuir al Fideicomiso una naturaleza similar a la del Dominio Revocable. Sin embargo, a diferencia de éste -en el cual se debe restituir el bien a su dueño en caso de ocurrencia de la condición resolutoria-, en el dominio fiduciario la cosa se entrega a un tercero que nunca ejerció su titularidad.

El razonamiento expuesto resulta concordante con la opinión volcada por los servicios asesores en anteriores pronunciamientos. Así, en la Actuación Nº... se dijo que "... el fiduciario no puede disponer de la cosa en razón de estar afectada a un destino determinado, ni constituir derechos reales sobre ella, resultado en definitiva un mero encargado a quien por razones de confianza se le encomienda darle un destino asignado".

Cabe agregar que el fiduciante se desprende del dominio perfecto que posee sobre el bien en cuestión, pero éste no integra el patrimonio del fiduciario, sino que pasa a formar parte de un patrimonio de afectación separado de aquél. Tal proceder se halla contemplado en el propio marco regulatorio de estos contratos, ya que el artículo 14 de la Ley Nº 24.441 aclara que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante".

Asimismo, el artículo 17 de dicho cuerpo legal restringe el accionar del fiduciario al disponer que "... podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el

consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pacta lo contrario".

Por otra parte, es dable advertir que del análisis del instrumento adjuntado no surge que el fiduciante reciba una contraprestación correlativa a la entrega que realiza al fiduciario, lo que 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.

Este temperamento resulta coincidente con la opinión expresada por servicio asesor en la Actuación Nº ..., en la cual -con relación a la gravabilidad en el Impuesto al Valor Agregado-, se concluyó que el traspaso de activos a un fideicomiso no constituye una transferencia a título oneroso, dado que no se otorga al fideicomitente contraprestación alguna, fundamento éste también recepcionado a través del Dictamen Nº 34/96 (D.A.T.).

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, por cuanto se encuentra ausente el elemento fundamental que caracteriza al mismo -la onerosidad de la transferencia-.

No obstante lo expuesto, en cada caso particular se deberán examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios -surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él.

En otras palabras, se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la transferencia definitiva de los bienes a un tercero a cambio de una contraprestación -v.g. entrega al fiduciante de acciones emitidas por el fideicomisario-.

Firmantes:

DANIEL REMBERTO GONZALEZ - Jefe (Int.) División Dictámenes Técnicos "B" - A/c. Departamento Asesoría Técnica Tributaria
Conforme: 28/01/2002 - ALBERTO BALDO - Director (Int.) Dirección de Asesoría Técnica
Conforme: 04/02/2002 - JOSE NORBERTO DEGASPERI - Subdirector General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen Nº 19/2003 (DAT)

Fecha: 28/03/2003

Asunto: PROCEDIMIENTO - FIDEICOMISO EN GARANTIA. INSCRIPCION. RESOLUCION GENERAL Nº 10 (A.F.I.P.) Y SUS MODIFICACIONES Y COMPLEMENTARIAS. ASOCIACION DE BANCO DE "A.A."

Sumario:

Los fideicomisos se encontrarán obligados a inscribirse en el Impuesto a las Ganancias y/o el Impuesto al Valor Agregado, en la medida que tengan las características de unidades económicas susceptibles de la generación de hechos imponibles.

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones de la Dirección de ..., teniendo su origen en la presentación efectuada por la Asociación de Bancos de "AA", en la cual ésta manifiesta que, a su entender, de las modificaciones introducidas a la Resolución General Nº 10 por su par Nº 776 (A.F.I.P.), no surge la obligatoriedad de inscribir ante este Organismo a los "fideicomisos en garantía" de similares características a aquellos que fueron objeto de tratamiento en los Dictámenes Nº 20/96 (D.A.L.), 34/96(D.A.T.), 48/97 (D.A.T.) y 49/97 (D.A.L.).

La citada entidad fundamenta su opinión en que dichos fideicomisos no se encuentran comprendidos en el punto 4 del inciso b) del artículo 3º del cuerpo resolutivo antes aludido.

Al respecto, el área remitente estima que no es posible diferenciar a esta categoría de fideicomisos en una norma de carácter general como es la Resolución General de marras, atento depender ello de la valoración técnico jurídica de cada caso concreto.

Por otra parte, llamada que fuera a tomar intervención la Dirección de Asesoría ..., ésta concluye que "... cuando el fideicomiso en garantía actúe como una unidad económica y protagonice hechos imponibles alcanzados por las leyes tributarias, deberá inscribirse ante este Organismo Fiscal, conforme lo prevé la Resolución General Nº 10 (A.F.I.P.), modificada por su similar Nº 776" (A.F.I.P.).

II. Con el objeto de brindar mayor claridad al tema en cuestión, nos remitiremos en primer término a los antecedentes administrativos citados por la rubrada, siendo dable advertir que los mismos fueron confeccionados antes del dictado de la Ley Nº 25.063, que introdujo modificaciones al marco legal aplicable en la especie.

En tal sentido, cabe señalar que en el Dictamen Nº 34/96 (D.A.T.) se trató el caso de un fideicomiso en garantía, "...el cual ... no realiza una actividad económica sino que como surge de su objeto y de las convenciones que

suscribirán las partes, tiene por único fin constituirse para garantizar al banco prestador el recupero del capital prestado al originante con más los intereses".

En dicha oportunidad se concluyó que el fondo fiduciario no resultaba sujeto del impuesto a las ganancias, para lo cual se tomó en cuenta que:

a) la realidad económica indicaba que tal fondo no fue creado con el objeto de desarrollar actividades gravadas, sino, como ya se expresó, para garantizar un préstamo, siendo los beneficios o pérdidas atribuibles al originante y no al fideicomiso; por lo tanto "... no se produce respecto del fondo generación de resultados, pues ello se constata en el patrimonio del originante, conclusión esta que también hace desvanecer la posibilidad de aplicar al caso el decreto aludido...", esto último en referencia a lo previsto por el Decreto Nº 780/95 - actualmente vigente por el Decreto Nº 1.389/98-. Resta aclarar que para poder darse esta situación el único beneficiario era el fiduciante.

b) Dadas estas condiciones el fiduciario no revestía la condición de administrador de patrimonio ajeno, "... carácter este exigido por el decreto de marras para que dicho fiduciario deba ingresar los gravámenes previstos en el mismo".

En cuanto al Impuesto al Valor Agregado, se entendió que el fideicomiso analizado no poseía la calidad de responsable frente a dicho tributo, en virtud de que no realizaba actividades que pudieran ocasionarle la atribución de hechos imponibles.

Por otra parte, en el Dictamen Nº 48/97 (D.A.T.) se analizó el tratamiento impositivo a dispensar a los fideicomisos "Fondo Fiduciario Municipalidad de ..." y "Fideicomiso de la Provincia de ...", respecto de los cuales este departamento sostuvo que, "los fondos fiduciarios del asunto no son sujetos del impuesto a las Ganancias, ya que administran fondos del Estado, siendo este último el fiduciante y no teniendo por objeto el fideicomiso la obtención de lucro sino la prestación de una garantía para los títulos públicos que respalda".

Con relación al Impuesto al Valor Agregado, se concluyó que "... no corresponde a los fondos del epígrafe inscribirse en tal gravamen, ya que no realizan operaciones gravadas ...".

En lo que se refiere al Dictamen Nº 20/96 (D.A.L.), en el mismo se afirmó que para atribuirle al fideicomiso una función subjetiva, éste debe tratarse de una unidad económica y existir hechos imponibles que puedan atribuírsele subjetivamente.

Agrega que "... aquí el patrimonio fideicomitido cumple una función exclusiva de garantía, lo que supone un rol estático no evolutivo, y por ello, si bien constituye una "unidad patrimonial", no configura una "unidad económica" ...", no teniendo fines propios, lo cual "... constituye una característica relevante para marginar al patrimonio fiduciario en garantía de la posibilidad de atribuirle el rol de sujeto tributario, a menos que una disposición legal lo establezca explícitamente".

Por último, en el Dictamen Nº 49/97 (D.A.L.), analizando el supuesto en que el fideicomiso fuera susceptible de generar un resultado económico y hechos imponibles que le sean imputables subjetivamente, se sostuvo que "Siendo que las rentas alcanzadas por el tributo son las provenientes del patrimonio fideicomitido y no resultando contribuyente el fiduciario, por imperio de la ley, forzoso es concluir que es el propio patrimonio de afectación el sujeto pasivo de la obligación, por cuando la responsabilidad del fiduciario es -como queda dicho- por deuda ajena".

No obstante, reconoce que "... la ley no pone ningún papel activo a cargo del contribuyente directo, siendo el administrador fiduciario el único sujeto responsable del Impuesto a las Ganancias en el carácter de "pago único y definitivo" y de la atribución proporcional de resultados al fiduciante en el supuesto de que éste sea el beneficiario del fideicomiso ...".

En cuanto al Impuesto al Valor Agregado, entiende que "... corresponderá atenerse al dato concreto de si el fondo fideicomitido protagoniza o no hechos imponibles, ya que potencialmente tiene aptitud subjetiva".

Como se aprecia los dictámenes aludidos están referidos a circunstancias anteriores al dictado de la Ley Nº 25.063, siendo de destacar que a partir de esta modificación legal el fideicomiso asume en el Impuesto a las Ganancias una personalidad tributaria propia, siendo sujeto del gravamen en la medida en que se verifiquen a su respecto los hechos imponibles definidos en la ley.

...

Llegado este punto, nos remitiremos al marco regulatorio vigente. En primer término, cabe recordar que el artículo 5º de la Ley Nº 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones) de procedimiento tributario, el cual dispone que "Están obligados a pagar el tributo al fisco en la forma u oportunidad debidas, personalmente o por medio de sus representantes legales, como responsables del cumplimiento de su deuda tributaria: los que sean contribuyentes según las leyes respectivas ..."; agregando que "Son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias, en la medida y condiciones necesarias que éstas prevén para que surja la obligación tributaria:

...

c) las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan las calidades previstas en el inciso anterior, y aún los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible...".

Como se observa en el dispositivo precedente los patrimonios destinados a un fin determinado pueden revestir la calidad de contribuyentes si los marcos regulatorios de los gravámenes respectivos los incluyen como sujetos alcanzados por los mismos, por lo que al ser los fondos fiduciarios patrimonios con tal destino les cabe la posibilidad de ser contribuyentes si las normas legales tributarias los sindican como tales.

Ahora bien, cabe señalar que, como anticipáramos en el acápite precedente, la Ley N° 25.063 incluyó, entre los sujetos del Impuesto a las Ganancias -actual punto 6 del inciso a) del artículo 69 de la Ley N° 20.628 (t.o. en 1997 y sus modificaciones)-, a "Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario", aclarando seguidamente que "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".

A su vez, el último párrafo del mencionado inciso establece que "A efectos de lo previsto en los apartados 6 y 7 de este inciso, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de los fondos comunes de inversión, respectivamente, quedan comprendidas en el inciso e), del artículo 16, de la ley 11.683, (t. o. en 1978 y sus modificaciones)".

En lo atinente a los fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, es dable mencionar que el artículo 49 de la Ley del gravamen incluye las rentas derivadas de los mismos dentro de la tercera categoría, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V -beneficiarios del exterior-
.

Aquí se aprecia que a partir de la citada modificación legal introducida por Ley N° 25.063 el fideicomiso asume en el Impuesto a las Ganancias una personalidad tributaria propia, siendo sujeto del gravamen o actuando como unidad de imputación de la renta, todo ello en la medida en que se verifiquen a su respecto los hechos imponibles definidos en la norma.

Cabe ahora destacar, que habiendo analizado los Dictámenes a los cuales se refirió la consultante, se observó respecto de los mismos, que los fideicomisos aludidos en ellos no constituían unidades económicas susceptibles de generar hechos imponibles.

En función de ello, este servicio asesor estima que en la medida que los fideicomisos tengan las características arriba señaladas -similares a los tratados en los Dictámenes N° 20/96 (D.A.L.), 34/96 (D.A.T.), 48/97 (D.A.T.) y 49/97 (D.A.L.)- no estarán obligados a inscribirse en el Impuesto a las Ganancias.

En cuanto al Impuesto al Valor Agregado, el artículo 4° de la Ley del gravamen prevé que resultan sujetos pasivos del mismo quienes realicen alguna actividad gravada. En consecuencia, la inscripción de los fondos fiduciarios que nos ocupan depende de la generación o no de los hechos imponibles definidos por el aludido plexo normativo.

En síntesis, este cuerpo asesor concluye que los fideicomisos en cuestión no se encuentran obligados a inscribirse en el Impuesto a las Ganancias y/o en el Impuesto al Valor Agregado en la medida que no guarden las características de unidades económicas susceptibles de producir hechos imponibles. Caso

contrario, deberán llevar a cabo los trámites dispuestos en el punto 4, inciso b) del artículo 3° de la Resolución General N° 10 (A.F.I.P.), modificada por su par N° 776 (A.F.I.P.)-.

Firmantes:

LILIANA INES BURGUEÑO – Jefe Departamento Asesoría Técnica Tributaria Conforme: 28/03/2003 - ALFREDO R. STERNBERG - Director (Int.) Dirección de Asesoría Técnica

Dictamen N° 46/2003 (DAL)

Fecha: 04/08/2003

Asunto: IMPUESTO SOBRE LOS CREDITOS Y DEBITOS EN CUENTAS BANCARIAS Y OTRAS OPERATORIAS. CONSULTA VINCULANTE. "Z.Z" OF NEW YORK, NATIONAL ASSOCIATION, REPRESENTACION PERMANENTE EN ARGENTINA, FIDUCIARIO DEL FIDEICOMISO HIPOTECARIO B.B.

Sumario:

El Fideicomiso Hipotecario "B.B.", por estar alcanzado por la Circular "A" 3.145 del Banco Central de la República Argentina, resulta ser una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras y constituida conforme las previsiones contempladas en la Ley N° 24.441.

En atención a lo expuesto, le resulta de aplicación el artículo 7° del Decreto N° 380/01 y sus modificatorios, reglamentario de la Ley de Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias.

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones de la Subdirección General de [...] a fin de que esa Dirección emita opinión acerca de la consulta vinculante presentada por la entidad del epígrafe -"Z.Z." of New York, National Association- respecto a si el Fideicomiso Hipotecario "B.B." debe considerarse una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras y sujeta a las disposiciones del Banco Central de la República Argentina, a los efectos de la aplicación del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias.

Al respecto, la consultante señala que con fecha 23 de noviembre de 2001 el Banco "N.N." SA y "Z.Z" of New York, National Association, representación permanente en Argentina, exclusivamente en calidad de fiduciario financiero y no a título personal, celebraron un Contrato de Fideicomiso Financiero denominado Fideicomiso Hipotecario "B.B.". En dicha oportunidad, determinados créditos hipotecarios originados por el Banco "N.N." SA fueron cedidos en Fideicomiso al fiduciario, a fin de constituir el patrimonio del Fideicomiso "B.B.".

Agrega, que el Banco "N.N." SA instruyó al fiduciario para que emitiera a su nombre un Certificado de Participación que representaba su total participación en el Fideicomiso Hipotecario "B.B.".

En la misma fecha, el Banco "N.N." SA, el fiduciario y el Banco de Crédito "A.A." SA celebraron un Contrato de Compraventa y un Contrato referente a la cesión de derechos, mediante los cuales el Banco "N.N." SA vendió al Banco de Crédito "A.A." SA el Certificado de Participación y todos sus derechos como fiduciante, beneficiario y fideicomisario bajo el Contrato de Fideicomiso.

Así las cosas, manifiesta que en la actualidad el Banco de Crédito "A.A." SA es tenedor del Certificado de Participación y fiduciante, único beneficiario y único fideicomisario del Fideicomiso Hipotecario "B.B.". El fiduciario actúa en representación del Fideicomiso "B.B." y los activos de este Fideicomiso son créditos originados por el Banco "N.N." SA.

Así las cosas, la presentante señala que cada vez que el Fideicomiso "B.B." cobra un crédito o distribuye utilidades bajo el Certificado de Participación, se genera un crédito o débito según corresponda, en la cuenta bancaria del Fideicomiso bajo estudio -cfr. fs. [...]-.

Dentro del marco fáctico precedentemente descripto, pone de realce que toda vez que el Fideicomiso "B.B." es un Fideicomiso Financiero cuyos activos son créditos originados en entidades financieras, resulta comprendido dentro de las disposiciones de la comunicación "A" (BCRA) 3145, motivo por el cual a su entender, el Fideicomiso "B.B." sería una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras, y por ello le resultaría de aplicación el artículo 7 del decreto 380/2001 y sus modif., reglamentario de la Ley de Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras operatorias.

II. En primer lugar, corresponde señalar que a los efectos de su admisibilidad formal, la consulta presentada reúne los requisitos que ameritan su tratamiento como vinculante.

Entrando al análisis de la temática planteada cabe puntualizar que mediante el dictado de la ley 25413 -modificada por su par 25453- se estableció un impuesto aplicable sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias.

La norma aludida, facultó al Poder Ejecutivo Nacional a determinar el alcance definitivo del impuesto, como así también para crear un Régimen Especial de Determinación para las Entidades Financieras.

Así pues, en ejercicio de las atribuciones aludidas precedentemente, mediante el decreto 380/2001 y sus modif., se dictó la reglamentación del gravamen bajo estudio.

En tal sentido, el artículo 7 del citado reglamento, en lo que al caso importa, establece que "Cuando se trate de entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras, las mismas estarán alcanzadas por el presente impuesto, únicamente por las sumas que abonen por su cuenta y a su nombre, cualquiera sea el medio utilizado para el pago -débito en cuenta corriente bancaria, transferencia, cheque propio, movimiento de fondos, incluidos los originados en cuentas que poseen dichas entidades en el Banco Central de la República Argentina-, respecto de los conceptos que se indican a continuación:... 1. Honorarios a directores, síndicos e integrantes del Consejo de Vigilancia... 2. Remuneraciones y cargas sociales... 3. Otros gastos de administración no mencionados en los puntos precedentes... 4. Gastos de organización, incluidos los originados en los contratos para la provisión de software... 4. Donaciones... 4. Tributos nacionales, provinciales... 5. Adquisición de bienes muebles e

inmuebles no afectados a contratos de intermediación financiera... 6. Dividendos o utilidades, en este último caso cualquiera sea su denominación 'retorno, interés accionario', etc... 7. Comercios adheridos a sistemas de tarjetas de crédito, compra y/o débito...".

Tal como puede observarse, la norma es clara al contemplar que únicamente las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras tendrán el tratamiento indicado en el artículo precedentemente transcripto.

Es decir, que para que al Fideicomiso Hipotecario "B.B.", le resulten de aplicación las previsiones contempladas en el artículo 7 del decreto 380/2001 y sus modif., será necesario establecer si el mismo es una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras.

Así las cosas, cabe puntualizar que el artículo 1 de la ley 24441 define al Fideicomiso como aquel por el cual "...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".

Luego, el artículo 19 del mentado cuerpo legal establece que "Fideicomiso Financiero es aquel Contrato de Fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de Certificados de Participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos...

Dichos Certificados de Participación y Títulos de Deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública...

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los Fideicomisos Financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias".

Tal como puede observarse, el artículo precedentemente transcripto define al Fideicomiso Financiero como aquel Contrato de Fideicomiso sujeto a las reglas relativas a Fideicomisos Ordinarios, con la particularidad que el fiduciario debe ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada para actuar como fiduciario financiero y en la forma de representar el derecho de los beneficiarios (títulos valores) -cfr. Malumian, Nicolás: "Fideicomiso Financiero y Securitización: aspectos fiscales frente a los impuestos a las ganancias y al valor agregado" - Lexco Fiscal - Periódico Económico Tributario - 2001 - Nº 242.

Siguiendo con el análisis de la cuestión planteada, cabe resaltar que el Fideicomiso bajo estudio, es un Fideicomiso Financiero constituido conforme la normativa expuesta, cuyos activos están formados por créditos originados en entidades financieras.

En este punto, cabe destacar que el artículo 3 de la Ley de Entidades Financieras establece que "Las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia".

En uso de tales facultades el Banco Central de la República Argentina, dicta la comunicación "A" 3145 (modificatoria de la comunicación "A" 2703) la cual establece que "...los Fideicomisos Financieros en cuyos activos se encuentran créditos originados por entidades financieras, quedan alcanzados por la Ley de Entidades Financieras y sujetos a las normas que establezca el Banco Central... Deberán constituirse de acuerdo a las disposiciones del Título I de la ley 24441...".

Es evidente que, si bien la ley 24441 brinda el marco jurídico general aplicable a los Contratos de Fideicomisos y en particular de una especie de aquéllos, el Fideicomiso Financiero, en aquellos supuestos en los cuales los activos del respectivo Fideicomiso Financiero se encuentren constituidos por activos financieros, se regirán conforme lo preceptuado por la Ley de Entidades Financieras.

Es decir, que el Fideicomiso Hipotecario "B.B.", por estar alcanzado por la circular (BCRA) "A" 3145, resulta ser una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras y constituida conforme las previsiones contempladas en la ley 24441.

En atención a lo expuesto, toda vez que el Fideicomiso bajo análisis constituye una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras, le resulta de aplicación el artículo 7 del decreto 380/2001 y sus modif., reglamentario de la Ley de Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y Otras Operatorias.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMÍNGUEZ- Jefe Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 05/08/2003 - JORGE A KASSLATTER - Director (Int.) Dirección de Asesoría Legal
Conforme: 6/8/2003 - JOSE NORBERTO DEGASPERI - Subdirector General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen N° 49/2003 (DAL)

Fecha: 08/082003

Asunto: IMPUESTO AL VALOR AGREGADO - EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS. CONTRATO DE FIDEICOMISO. "P.P." S.A.

Sumario:

En el caso analizado, el derecho adquirido por el fiduciante que, posteriormente se constituye en beneficiario del fideicomiso, no importa un derecho real, puesto que el derecho real de dominio sobre bienes fideicomitidos sigue siendo de propiedad del fideicomisario.

Tampoco surge en el "sub examen" que la figura del fideicomiso adoptada se vea desvirtuada por la circunstancia de que el fiduciante se constituya a su vez en beneficiario.

El convenio celebrado con un tercero por el fiduciante que "a posteriori" resulta beneficiario, implica la cesión de una posición contractual que no se encuentra alcanzada por el Impuesto al Valor Agregado.

Texto:

I.- La Dirección de ... remite las presentes actuaciones para la intervención de esa Dirección, en las que se analiza la procedencia del ajuste practicado a la contribuyente de la referencia en concepto del Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 12/97 a 12/01, por los ingresos declarados como provenientes de emprendimientos inmobiliarios.

II.- La empresa citada en el asunto es una empresa constructora que adquirió fracciones de terreno para llevar a cabo un plan de urbanización, a cuyos efectos se suscribió un contrato de fideicomiso, en el que "P.P." S.A. revestía la calidad de fiduciante y "E.E." S.A., la de fiduciario, quien debía realizar en el predio un emprendimiento inmobiliario, asumiendo la obligación de llevar a cabo las obras y trámites necesarios para cumplimentar la urbanización del inmueble, afectarlo al régimen de la Ley N° 13.512 y adjudicar las unidades funcionales a los beneficiarios o sus sucesores particulares.

"E.E." S.A debía captar suscriptores de lotes (beneficiarios), quienes financiarían el pago de las obras a través de cuotas prefijadas que incluían el impuesto al valor agregado. A tales efectos tenía a su cargo el ofrecimiento en venta a terceros de los lotes integrantes suscribiendo con dichos beneficiarios un contrato "fiduciario-beneficiario", en virtud del cual los beneficiarios se comprometían al pago de la cuota y, una vez terminada la construcción, el fiduciario perfeccionaría el dominio con la entrega de la posesión y el título respectivo.

El procedimiento de captación y suscripción debía finalizarse en ciento veinte (120) días cumplidos los cuales, las unidades funcionales que no habían sido

captadas quedaban en poder del fiduciante, como un beneficiario más, quien podía celebrar con nuevos interesados una "cesión de contrato de fideicomiso" correspondiente al lote por un precio al contado, haciéndose cargo del cesionario de las cuotas siguientes, previéndose asimismo la obligación de comunicar la cesión a la empresa fiduciaria.

La fiscalización actuante entendió que, en virtud del principio de la realidad económica previsto por el artículo 2° de la Ley N° 11.683 -texto ordenado en 1998 y sus modificaciones-, la empresa constructora sería "P.P." S.A., toda vez que al actuar como fiduciante-beneficiario vendió obras sobre inmueble propio y que al momento de percibir el precio pactado por las cuotas de los lotes a la fecha de venta, se produjo el perfeccionamiento del hecho imponible, contemplado en el último párrafo del artículo 5° de la Ley del tributo, al considerar que lo percibido por "P.P." S.A. constituyó un anticipo que congela precio.

Por su parte, llamada a intervenir la División ..., ésta sostiene que no resulta de aplicación el principio de la realidad económica, desconociendo que el sujeto alcanzado por el tributo es el Fideicomiso y no "P.P." S.A ., además de que toda vez que el contrato prevé cláusulas de reajuste, el hecho imponible en el impuesto al valor agregado recién quedaría configurado con la posesión o escritura, el que fuere anterior.

La División Jurídica, en informe agregado a fs. ..., comparte lo opinado por la División ... y concluye que "E.E." S.A. en su carácter de fiduciario y administrador del fideicomiso objeto del contrato, resultaría ser el sujeto pasivo del impuesto y que el hecho imponible se perfecciona conforme lo dispuesto por el artículo 5°, inciso e) esto es al extenderse la escritura traslativa de dominio a favor del beneficiario o al entregársele la posesión, el que fuera anterior.

Por último, la Dirección de ... si bien se pronuncia en el mismo sentido, estima que corresponde dar intervención a esta área jurídica, a fin de que evalúe si se considera válida la figura de "cesión de contrato de fideicomiso", ya que de lo contrario, variaría el tratamiento tributario indicado.

Si bien considera que en definitiva es una cuestión de prueba correspondería determinar si hechos tales como el plazo limitado que dispone el fiduciario para la colocación de los lotes o que en el mismo acto en que "P.P." S.A realiza la transferencia fiduciaria de dominio del predio, recibe los lotes no comercializados por la fiduciaria permitirían desvirtuar la existencia de un contrato ajustado a las regulaciones que la Ley N° 24.441 dispone para esta figura.

III.- De los antecedentes agregados surge que la figura del fideicomiso ha sido adoptada de manera transitoria, hasta tanto se afecte el inmueble al régimen de la Ley N° 13.512, de Propiedad Horizontal.

La cláusula quinta del contrato de fideicomiso dispone que cumplidos los pagos por parte de los beneficiarios de acuerdo a sus respectivos compromisos, el

fiduciario podrá entregar el beneficiario la posesión de su fracción correspondiente. Agrega este artículo que, una vez afectado al inmueble al régimen a que se hiciera referencia, el fiduciario transferiría al beneficiario el dominio de su unidad funcional correspondiente, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan, conforme lo determina el artículo 26 de la Ley N° 24.441.

La cláusula novena, a su vez, prevé como causal de extinción del fideicomiso el cumplimiento de la condición prevista en la cláusula quinta o, el cumplimiento del plazo de cinco (5) años.

En forma concordante, la cláusula segunda dispone que es obligación del fiduciario afectar el inmueble al régimen indicado y adjudicar las unidades funcionales resultantes a los beneficiarios o sus sucesores particulares, "restituyendo al FIDUCIANTE el dominio de las restantes unidades funcionales". De tal manera, la "restitución" solo podrá efectuarse mediante la adjudicación de la unidad funcional, circunstancia que supone que el inmueble fue subdividido de acuerdo a la Ley N° 13.512.

De ello se sigue que el fiduciante, hasta tanto no se extinga el fideicomiso, sólo tendrá un derecho personal de similar naturaleza que el resto de los beneficiarios, toda vez que la propiedad fiduciaria del inmueble sigue en cabeza del fideicomisario, esto es, "E.E." S.A .

En efecto, el derecho adquirido por "P.P." S.A constituyéndose en beneficiario del fideicomiso, no importa un derecho real, puesto que el derecho real de dominio sobre los bienes fideicomitidos siguen siendo de titularidad del fideicomisario. Se trata entonces de un derecho personal, en virtud del cual el beneficiario no adquiere el derecho real sobre un inmueble determinado, sino que lo coloca en la situación de exigir que ello ocurra.

Cabe analizar, al respecto, el contrato agregado a fs...., cuyo punto 2.1 referente al objetivo del contrato se establece que el mismo consiste en "....la realización en el INMUEBLE de un emprendimiento inmobiliario destinado a la construcción de viviendas..." sujetas a determinadas pautas y planos preestablecidos, a cuyo efecto, el punto 2.2 aclara que el predio "será dividido íntegramente en fracciones cuyos derechos serán preadjudicados a cada BENEFICIARIO...", aclarando que "El encuadre definitivo del emprendimiento será bajo el régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley N° 13.512 o el régimen legal que mejor se adapte al emprendimiento encarado".

Ello lleva a considerar que, en el caso particular, no se ve desvirtuada la figura del fideicomiso adoptada, por la circunstancia de que el fiduciante, se constituya a su vez en beneficiario.

A fin de determinar si la "cesión de contrato de fideicomiso", perfecciona el hecho imponible, tal como lo sostiene la fiscalización, es menester destacar que para que opere la transmisión del derecho real de dominio, el artículo 2602 del Código Civil de la Nación dispone, respecto de la tradición traslativa de dominio, que ésta debe ser por título suficiente, en tanto que el artículo 2603

prevé que "Los únicos derechos que pueden transmitirse por la tradición, son los que son propios del que la hace".

Es decir que, en el caso en estudio, para que se produjera la transmisión de dominio del inmueble sería necesario el cumplimiento de dos requisitos: la entrega de la cosa y el título suficiente, es decir que a la tradición de la cosa se debe sumar "...un acto jurídico revestido de todas las condiciones de fondo y forma exigidas por la ley y que sea apto o idóneo para servir de fundamento o base a la transmisión del dominio" (Marina Mariani de Vidal "Curso de Derechos Reales" T° I, Editorial Zavalía, año 1989).

Ello, sin perjuicio de considerar como principio general, que de conformidad con el artículo 3270 del citado Código de fondo, nadie puede transmitir a otro sobre una cosa un derecho mejor o más extenso que el que gozaba.

En dicho contexto, resulta claro que el convenio de cesión de fideicomiso efectuado por "P.P." S.A con terceros adquirente, no es más que la cesión de posición contractual, en virtud de la cual la mencionada empresa cede sus derechos y obligaciones como beneficiario en el contrato de fideicomiso y, por lo tanto, no resulta alcanzado por tales hechos, por el impuesto al valor agregado.

IV.- Por lo hasta aquí expuesto, se concluye que en tanto se encuentre vigente el fideicomiso, es en cabeza de éste que se perfeccionará el hecho irnponible, adquiriendo el fiduciario la calidad de responsable por deuda ajena, aún respecto de los lotes no comercializados por "E.E." S.A. y que el fiduciante-beneficiario transfiere en su calidad de beneficiario a terceros, mediante el convenio de cesión de fideicomiso. A juicio de este servicio jurídico, es en función de tales extremos que debe analizarse el hecho imponible y su perfeccionamiento.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMÍNGUEZ -Jefe Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 8/8/2003 - JORGE A KASSLATTER - Director (Int.) Dirección de Asesoría Legal

Dictamen Nº 59/2003 (DAL)

Fecha: 11/09/2003

Asunto: IMPUESTO AL VALOR AGREGADO - EMPRENDIMIENTOS INMOBILIARIOS. CONTRATO DE FIDEICOMISO. "P.P." S.A.

Sumario:

Según surge del inciso e) del artículo 5°, en el caso de obras sobre inmueble propio, el hecho imponible se perfecciona con la transmisión del dominio perfecto, lo cual ha de suceder, según dicha norma, en el momento de la escrituración, o en el de la "traditio" del inmueble, el que fuera anterior.

La cesión de una posición contractual -en el caso la de beneficiario del fideicomiso- no implica la transmisión de un derecho real sino personal, acto éste que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del tributo.

Texto:

I. Vuelven las presentes actuaciones de la Dirección de [...] a fin de que este servicio jurídico emita opinión respecto del tratamiento que correspondería dar en el caso analizado, considerando que se trataría de obras sobre el inmueble perteneciente al patrimonio fideicomitido.

II. Cabe destacar que del informe de fs. [...] no surge con claridad la motivación del área remitente para efectuar la nueva consulta. Ello en mérito a que a la vez que opina que se constituiría "...en cabeza del fideicomiso obras sobre inmueble ajeno...", propone una nueva intervención del área legal a fin de que se realice un nuevo análisis "...respecto del tratamiento de obra sobre inmueble propio sugerido considerando la titularidad del patrimonio fideicomitido".

III. En primer término, este servicio ratifica lo opinado en el informe de fs [...], en cuya oportunidad se dijo que es en cabeza del fideicomiso que se perfeccionará el hecho imponible.

Como consecuencia de lo expuesto se desprende que para que el hecho analizado encuadre en el artículo 3, inciso b) de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, se deberán analizar las circunstancias de hecho, es decir que no sólo se trate de una obra sobre inmueble propio, requisito que se cumple en el caso, sino que, además, la obra sea efectuada por una empresa constructora que, de acuerdo con lo exigido por el artículo 4, inciso d) efectúe las referidas obras "...con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial del inmueble".

Al respecto, este servicio jurídico tiene dicho en las Actuaciones Nº [...] y [...], conformadas por nota Nº [...] que las construcciones sobre inmueble propio se encuentran alcanzadas por el impuesto, cuando son realizadas por empresas de construcción cuyo ánimo es obtener un lucro con su ejecución y/o con la posterior venta del inmueble, total o parcial.

Sin perjuicio de lo expuesto, en relación al momento de perfeccionamiento del hecho imponible, se debe señalar que el artículo 5, inciso e), dispone que el mismo se perfecciona "En el caso de obras realizadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, en el momento de la transferencia a título oneroso del inmueble, entendiéndose que ésta tiene lugar al extenderse la escritura traslativa de dominio o al entregarse la posesión, si este acto fuera anterior...".

De la norma transcripta se deduce pues que el hecho imponible previsto por la norma se perfecciona con la transmisión del dominio perfecto, lo cual ha de suceder, según la norma transcripta, en el momento de la escrituración, o en el de la "traditio" del inmueble, el que fuera anterior.

Asimismo, es menester destacar que, si bien la doctrina ha elaborado distintas teorías en torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso, de la apreciación del régimen jurídico imperante en nuestro país surge claramente que desde su constitución, éste deviene en "...una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones..." pudiendo dicho patrimonio "...ser declarado en quiebra o liquidación, sin que ello apareje necesariamente la quiebra del fiduciario" (Lisoprawski, Silvio V. - Kiper, Claudio M.: "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización" - 2ª ed. actualizada - Ed. Depalma - 1996 - pág. 144).

Por las razones ya expuestas en la Actuación Nº [...], respecto de cuáles son los requisitos para la transmisión de dominio (título y modo), este servicio asesor reitera que, en el sub examen, mediante las operatorias contractuales que oportunamente se analizaran, aún no se ha producido la transmisión de derecho real alguno sino que es el propio patrimonio considerado como universalidad jurídica el que ha construido las obras, respondiendo por sí por las obligaciones adquiridas, a la vez que se han operado diversas cesiones de posición contractual, actos estos que importan la transmisión de un derecho personal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del tributo.

Firmantes:

ROSA ANTONIA DOMÍNGUEZ- Jefe Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 11/9/2003 - JORGE A KASSLATTER - Director (Int.) Dirección de Asesoría Legal

Dictamen N° 63/2003 (DAL)

Fecha: 20/112003

Asunto: IMPUESTO SOBRE LOS CREDITOS Y DEBITOS EN CUENTAS BANCARIAS Y OTRAS OPERATORIAS. FIDEICOMISO EN GARANTIA. SERVICIO DE PAGO ELECTRONICO Z.Z. S.A. CONSULTA VINCULANTE.

Sumario:

El "fideicomiso en garantía" sometido a consideración no reúne los requisitos exigidos por el inciso d), del artículo 10, del Decreto N° 380/01 y sus modificatorios, toda vez que el mismo no reviste la condición de ser una entidad que se ocupe del servicio electrónico de pagos y/o cobranzas de servicios, por cuenta y orden de terceros, impuestos, etc.

Texto:

I.- Vienen las presentes actuaciones de la Subdirección General de ..., a fin de que esa Dirección emita opinión acerca de la consulta vinculante presentada por la entidad del epígrafe respecto al tratamiento que cabe aplicar a las cuentas bancarias pertenecientes a un "Fideicomiso de Garantía", en el marco del Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

Al respecto, pone de manifiesto que Servicio de Pago Electrónico Z.Z. S.A. tiene por objeto la prestación de un servicio de recaudación de facturas de servicios públicos, impuestos y otros pagos, consistente en la recepción del pago, su registración electrónica y procesamiento, la transmisión del dato y la transferencia de los fondos del emisor de la factura, cuyos principales clientes son compañías telefónicas, de gas natural, de agua, de electricidad, municipios y otras autoridades fiscales, planes de salud, institutos educativos, etc.

Así las cosas, y a los efectos de darle mayor seguridad a las acreencias debidas a sus clientes, es intención de la misma otorgar en fideicomiso en garantía los fondos percibidos en cada una de las transacciones que hacen a su negocio, de modo tal que se mantendrán dichos fondos en un patrimonio de afectación separado del propio, con la evidente finalidad de resguardarlo.

En este sentido, señala que los fondos ingresarían a una cuenta de una sociedad fiduciaria -en virtud de un contrato de fideicomiso en garantía-, los cuales posteriormente serían derivados a las cuentas bancarias pertenecientes a los clientes de Servicio de Pago Electrónico Z.Z. S.A., con excepción de la comisión y las correspondientes retenciones de impuestos, que se acreditarían en las cuentas bancarias cuya titularidad detenta la entidad citada.

Por último, considera que en función de las características que reviste la operatoria precedentemente descripta, las cuentas bancarias del fiduciario del contrato de "fideicomiso en garantía", deberían encontrarse exentas del Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras

Operatorias, conforme lo establecido en el inciso d) del artículo 10 del Decreto N° 380/01 y sus modificaciones, reglamentario del tributo en cuestión.

Llamada a intervenir la Dirección de ..., y luego de realizar el pertinente análisis de la cuestión precedentemente descripta, entendió que "1) El fideicomiso en garantía resulta sujeto pasivo del impuesto, criterio éste que se ve ratificado por las disposiciones del artículo 7° del Decreto N° 380/01 y sus modificaciones, el cual prevé el beneficio de reducción de alícuota para el supuesto de fideicomisos en garantía en los que el fiduciario sea una entidad financiera regida por la Ley N° 21.526 y sus modificaciones..."

"La exención prevista en el artículo 10 inciso d) del Anexo del mencionado Decreto Reglamentario, es una exención objetiva que recae sobre la actividad dedicada al servicio electrónico de pago y/o cobranzas por cuenta y orden de terceros, de facturas de servicios públicos, impuestos y otros servicios; la cual requiere para su configuración -entre otros requisitos- que la cuenta corriente se utilice en forma exclusiva en la gestión de cobro al que se hayan suscripto los respectivos convenios..."

"En función de estas conclusiones y el conflicto interpretativo que se produce con relación al encuadramiento a dispensar a la operatoria aquí descripta, ...estima conveniente elevar los presentes actuados a la Subsecretaría de Ingresos Públicos, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, a efectos de que la misma analice si el contrato de fideicomiso en garantía a celebrar por la empresa consultante queda comprendido o no comprendido en el esquema exentivo aquí descripto..." -cfr. fs. ...-

No obstante lo cual la Subdirección General de ... estimó pertinente dar intervención sobre el particular a esta Dirección de ....

II.- En primer lugar, corresponde señalar que a los efectos de su admisibilidad formal, la consulta presentada reúne los requisitos que ameritan su tratamiento como vinculante.

Sentado ello, este Departamento considera pertinente realizar una breve reseña del encuadre jurídico tributario del contrato de fideicomiso sometido a consideración de este servicio asesor.

En este sentido, cabe traer a colación el artículo 1° de la Ley N° 24.441 que define al fideicomiso como aquel contrato por el cual "...una persona (fiduciante) trasmite 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 trasmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario", resaltando que "...los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio fiduciario y del fiduciante..."

En tal sentido la doctrina ha señalado que el amplio margen de contratación (numerus apertus) que anima esta materia, hace prácticamente imposible enunciar la variedad de combinaciones en las cuales el fideicomiso puede

intervenir...Sin embargo, por la función o finalidad inmediata de los bienes fideicomitidos y la función que en relación a ellos cumple el fiduciario, podemos reunir las especies en cuatro grupos generales..." entre los cuales se enuncia a los fideicomisos de garantía -cfr. Silvio V. Lisoprawsky y Claudio M. Kiper, "Fideicomiso, Dominio Fiduciario y Securitización", Editorial Depalma, segunda edición 1996, Buenos Aires, página 307-.

Así pues, el fideicomiso en garantía es aquel por el cual "...se trasmiten al fiduciario bienes que se afectan en garantía de obligaciones a cargo del fiduciante o a cargo de terceros para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o al tercero acreedor, según se haya estipulado en el contrato..." -cfr. Julián Martín, "Fideicomisos. Estado Actual". Doctrina Tributaria Errepar N° 232, Julio 1999, Tomo XX, página 226-.

Ello así, cabe puntualizar que el Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso, es quien "Adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la constitución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es propietario frente a terceros y ejecutor de la voluntad del constituyente..." -cfr. Bollini Shaw Carlos y Boneo Villegas Eduardo "Manual para Operaciones Bancarias y Financieras", cuarta edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, pág. 526-.

Dada la particularidad de la citada figura, ha sido objeto de análisis por parte de este servicio jurídico, quien se expidió en el sentido de que "...el fiduciario no es considerado contribuyente directo por la ley, sino responsable por deuda ajena encuadrado en el artículo 16, inciso e) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1978 y sus modif.), lo cual deja subsistente la indagación sobre quien es en el caso el contribuyente directo o sujeto pasivo de la obligación tributaria..."

"Siendo que las rentas alcanzadas por el tributo son las provenientes del patrimonio fideicomitido y no resultando contribuyente el fiduciario, por imperio de la ley, forzoso es concluir que es el propio patrimonio de afectación el sujeto pasivo de la obligación, por cuanto la responsabilidad del fiduciario es -como queda dicho- por deuda ajena" -cfr. Dictamen 49/97 (D.A.L.)-.

Dentro de tales lineamientos, la rubrada elabora un proyecto de contrato de "fideicomiso en garantía" -cfr. fs. ...-, la cual en calidad de fiduciante, cede en garantía los activos dinerarios que fueron pagados por los usuarios al fiduciario, quien administra la propiedad fiduciaria de los fondos fideicomitidos, siendo los beneficiarios de los mismos los clientes de Servicio de Pago Electrónico Z.Z. S.A. y el fiduciante.

Así las cosas, y toda vez que de acuerdo a lo expuesto es la situación del "fideicomiso en garantía" ante el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias la que corresponde merituar, deberá dilucidarse si las cuentas bancarias cuya titularidad detente en virtud de dicha administración de fondos en garantía, se encuentran alcanzadas por el mencionado tributo.

III.- Mediante el dictado de la Ley N° 25.413 -modificada por su par N° 25.453- se estableció un impuesto aplicable sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias.

Así pues, el artículo 1° de la mencionada norma establece, entre otras cosas, el alcance definitivo de los hechos gravados previendo que el impuesto se aplicará sobre "a) Los créditos y débitos efectuados en cuentas -cualquiera sea su naturaleza- abiertas en entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras... b) Las operatorias que efectúen las entidades mencionadas en el inciso anterior en las que sus ordenantes o beneficiarios no utilicen las cuentas indicadas en el mismo, cualquiera sea la denominación que se otorgue a la operación, los mecanismos empleados para llevarla a cabo -incluso a través de movimiento de efectivo- y su instrumentación jurídica... c) Todos los movimientos de fondos, propios o de terceros, aún en efectivo, que cualquier persona, incluidas las comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, efectúen por cuenta propia o por cuenta y/o a nombre de otras, cualesquiera sean los mecanismos utilizados para llevarlos a cabo, las denominaciones que se le otorguen y su instrumentación jurídica, quedando comprendidos los destinados a la acreditación a favor de los establecimientos adheridos a sistemas de tarjetas de crédito y/o débito".

Por otra parte, contempla que el impuesto se hallará a cargo de los titulares de las cuentas bancarias a que se refiere el inciso a) del presente artículo, de los ordenantes o beneficiarios de las operaciones comprendidas en el inciso b) del mismo, y en los casos previstos en el inciso c), de quien efectúe el movimiento de fondos ya sea por cuenta propia o de terceros.

En este sentido, cabe observar que en el marco del tributo bajo estudio se dan básicamente tres presupuestos objetivos que de configurarse dan nacimiento a la obligación tributaria, entre los cuales se hallan, los créditos y débitos generados en cuentas bancarias, encontrándose a cargo del impuesto los titulares de las mismas.

Ello así y tal como fuera puesto de manifiesto precedentemente, el "sub examen" versa acerca de débitos y créditos originados en cuentas bancarias pertenecientes a un "fideicomiso en garantía", configurándose pues, uno de los hechos objetivos previstos por la norma bajo estudio, motivo por el cual este Departamento entiende que, en principio, las mencionadas cuentas se encontrarían dentro del ámbito de aplicación del Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

Ahora bien, establecida la gravabilidad de la cuentas bancarias pertenecientes a un "fideicomiso en garantía", cabe poner de realce que la normativa en cuestión facultó al Poder Ejecutivo Nacional a determinar el alcance definitivo del tributo y a eximir total o parcialmente del mismo, a aquellos casos que estime pertinente.

En ejercicio de tales atribuciones, mediante el Decreto N° 380/01 y sus modificaciones se dictó la reglamentación del gravamen bajo estudio, enumerando el artículo 10 los supuestos que se encuentren exentos del

Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

En este orden de ideas, el inciso d) del artículo citado precedentemente establece que estarán exentas las "Cuentas utilizadas en forma exclusiva en el desarrollo específico de su actividad por las empresas dedicadas al servicio electrónico de pagos y/o cobranzas por cuenta y orden de terceros, de facturas de servicios públicos, impuestos y otros servicios, como así también las utilizadas en igual forma por los agentes oficiales de dichas empresas".

Sobre el particular, la Dirección de ... entendió, en términos que esta Asesoría Legal comparte, que la exención se configurará en tanto se "...verifiquen simultáneamente tres circunstancias a) estar en presencia de una empresa dedicada al servicio electrónico de pagos y/o cobranzas por cuenta y orden de terceros o una agencia oficial de aquella; b) que se trate de la cancelación de facturas de servicios públicos, impuestos u otros servicios; y c) que las cuentas en cuestión se utilicen específicamente en el desarrollo de dicha actividad" -cfr. Dictamen N° 30/02 (D.A.T.)-.

De las consideraciones expuestas, surge que la exención en cuestión sólo comprende a aquellas cuentas bancarias cuya titularidad corresponda a una entidad dedicada al servicio electrónico de pagos y/o cobranzas de impuestos, servicios, etc., y que, además, las mismas se utilicen para tal fin, situación que no se configura en el supuesto sometido a consideración de este servicio jurídico.

En efecto, la titularidad de las cuentas bancarias serán del "fideicomiso en garantía" quien, corresponde indicar, se ha constituido a fin de implementar un eficiente sistema de resguardo de los fondos cuya titularidad pertenece a los clientes de Servicio de Pago Electrónico Z.Z. S.A.

Obsérvese que el fideicomiso en cuestión no es quien presta el servicio de recepción, registro y procesamiento por cuenta y orden de clientes, de transacciones efectuadas por Usuarios, en la Red de Lugares de Pago que dispone Servicio de Pago Electrónico Z.Z. S.A.

En este sentido, cabe recordar que "Las normas que establecen exenciones y beneficios tributarios son taxativas y deben ser interpretadas en forma estricta. No es admisible la interpretación extensiva ni tampoco la integración por vía de la analogía" -cfr. Héctor B. Villegas "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", séptima edición, ampliada y actualizada, Editorial Depalma, pág. 284-.

Conforme a lo expuesto, y de acuerdo al criterio de interpretación restrictiva de las exenciones, el "fideicomiso en garantía" sometido a consideración no reúne los requisitos exigidos por el inciso d), del artículo 10, del Decreto N° 380/01 y sus modificatorios, toda vez que el mismo no reviste la condición de ser una entidad que se ocupe del servicio electrónico de pagos y/o cobranzas de servicios, impuestos, etc.

IV.- En atención a las consideraciones vertidas, este Departamento concluye que las cuentas bancarias pertenecientes al "Fideicomiso en Garantía" objeto de análisis, se encuentran gravadas por el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

Firmantes:

ALEJANDRO C. EGLIS - Adjunto a/c. Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 13/11/2003 - ROSA ANTONIA DOMÍNGUEZ - Jefa- Departamento Asesoría Legal "A" - a/c. Dirección de Asesoría Legal
Conforme: 20/11/2003 - JOSE NORBERTO DEGASPERI - Subdirector General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen (Nº 11/2004 (DAL)

Fecha: 27/02/2004

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones de la Dirección de [...] provenientes de la Subdirección General de [...] a fin de que esa Dirección emita opinión acerca de la consulta vinculante presentada por la entidad del epígrafe, mediante la cual plantea si el referido fideicomiso puede considerarse como una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras a los efectos de la aplicación del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias.

Al respecto, pone de manifiesto que con fecha 29 de diciembre de 2000, el Banco BB SA y el Bank DD of New York, National Association, oficina de representación permanente en Argentina, celebraron un contrato de fideicomiso financiero denominado "Fideicomiso Financiero SS", atribuyéndose la custodia y administración de los bienes al Banco BB SA.

Asimismo, destaca que el citado fideicomiso se constituyó de acuerdo con lo dispuesto en el Título I de la ley 24441, conformando su activo con créditos originados en entidades financieras, motivo por el cual se encuentra comprendido dentro de las previsiones contempladas en la comunicación (BCRA) A-3145.

En atención a ello, entiende que el Fideicomiso Financiero SS es una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras, motivo por el cual le resultaría aplicable el régimen especial de determinación del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias, previsto en el artículo 7, del decreto 380/2001 y sus modif., para las entidades financieras.

II. En primer lugar, corresponde señalar que a los efectos de su admisibilidad formal, la consulta presentada reúne los requisitos que ameritan su tratamiento como vinculante.

III. Entrando al análisis de la temática planteada cabe puntualizar que mediante el dictado de la ley 25413 -modificada por su par 25453- se estableció un impuesto aplicable sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias, facultándose mediante la misma al Poder Ejecutivo Nacional a determinar el alcance definitivo del impuesto, como así también para crear un régimen especial de determinación del tributo exclusivamente para las entidades financieras.

Así pues, en ejercicio de las atribuciones aludidas precedentemente, el decreto 380/2001 y sus modif., reglamentario de la ley del gravamen previó que cuando se trate de entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras, las mismas estarán alcanzadas por el presente impuesto, únicamente por las sumas que abonen por su cuenta y a su nombre, cualquiera sea el medio utilizado para el pago respecto de los conceptos que la norma enumera -cfr. artículo 7-.

Tal como se desprende claramente del precepto bajo análisis, sólo estarán beneficiadas por sus términos aquellas entidades que se encuentren regidas por la Ley de Entidades Financieras.

Así pues, en este orden de la exposición corresponde traer a colación el interrogante planteado por la consultante, en el sentido de si el Fideicomiso Financiero SS puede considerarse encuadrado en los términos del artículo 7 antes citado.

Es decir, que a fin de establecer si al Fideicomiso Financiero SS le resultan de aplicación las previsiones contempladas en el artículo 7 del decreto 380/2001 y sus modif., será necesario definir si el mismo resulta ser una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras.

Así las cosas, cabe puntualizar que el artículo 1 de la ley 24441 define al fideicomiso como aquel por el cual "... 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".

Luego, el artículo 19 del mentado cuerpo legal establece que "Fideicomiso Financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos...

Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública...

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias".

Conforme se desprende de lo expuesto el fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas relativas a fideicomisos ordinarios, con la particularidad que el fiduciario debe ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada para actuar como fiduciario financiero y en la forma de representar el derecho de los beneficiarios (títulos valores) -cfr. Malumian, Nicolás: "Fideicomiso financiero y securitización: aspectos fiscales frente a los impuestos a las ganancias y al valor agregado" - Periódico Económico Tributario - Nº 242 - Lexco Fiscal - 2001-.

Siguiendo con el análisis de la cuestión planteada, cabe resaltar que el fideicomiso bajo estudio, es un fideicomiso financiero, constituido conforme la normativa expuesta, cuyos activos están formados por créditos originados en entidades financieras.

En este punto, cabe traer a colación las consideraciones vertidas en el acto de asesoramiento conformado a través de la nota Nº [...], en el cual se analiza un caso de ribetes idénticos al "sub examen". Así pues, en dicha oportunidad se puso de realce que "... el artículo 3 de la Ley de Entidades Financieras establece que 'Las disposiciones de la presente ley podrán aplicarse a personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a juicio del Banco Central de la República Argentina lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia'...

En uso de tales las facultades, el Banco Central de la República Argentina, dicta la comunicación A-3145 (modificatoria de la comunicación [BCRA] A-2703) la cual establece que '... los fideicomisos financieros en cuyos activos se encuentran créditos originados por entidades financieras, quedan alcanzados por la Ley de Entidades Financieras y sujetos a las normas que establezca el Banco Central... Deberán constituirse de acuerdo a las disposiciones del Título I de la ley 24441...'".

Concluyendo que "... si bien la ley 24441 brinda el marco jurídico general aplicable a los contratos de fideicomisos y en particular de una especie de aquellos, el fideicomiso financiero, en aquellos supuestos en los cuales los activos del respectivo fideicomiso financiero se encuentren constituidos por activos financieros, se regirán conforme lo preceptuado por la Ley de Entidades Financieras...".

Es decir, que de lo expuesto se colige que el Fideicomiso Financiero SS, por estar alcanzado por la comunicación (BCRA) A-3145, resulta ser una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras y constituida conforme las previsiones contempladas en la ley 24441.

En atención a lo expuesto, este Departamento concluye que toda vez que el fideicomiso bajo análisis es una entidad regida por la Ley de Entidades Financieras, únicamente estará alcanzado por el impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias por los conceptos enumerados en el artículo 7 del decreto 380/2001 y sus modif., reglamentario del citado tributo.

Dictamen Nº 17/2004(DAT)

Fecha: 24/02/2004

Asunto: IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES. FIDEICOMISO EN GARANTIA. TRANSFERENCIA DE DOMINIO. "A.A." & "E.E." ARGENTINA S.A.

Sumario:

I. Los activos integrantes de un patrimonio fiduciario se encuentran alcanzados por el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, recayendo la responsabilidad de la determinación e ingreso del gravamen en cabeza del administrador de los bienes fideicomitidos, ello con independencia de que el fondo en cuestión realice o no una actividad económica.

II. En supuesto que los bienes no se encuentren en poder del fideicomiso al 31 de diciembre del respectivo año fiscal, y en tanto ello no responda a una maniobra tendiente a eludir el tributo, los mismos no integrarán su base imponible.

III. En cuanto a la situación del fideicomiso ante el Impuesto sobre los Bienes Personales, dicha figura no resulta sujeto pasivo del tributo.

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones de la Agencia Nº [...], teniendo su origen en la presentación efectuada por la contribuyente del epígrafe, mediante la cual solicita se le informe, en su carácter de fiduciario, el tratamiento que corresponde dispensar en los impuestos a la ganancia mínima presunta y sobre los bienes personales a un fideicomiso en garantía, y en cabeza de quien -fiduciante o fideicomiso- recaen dichos gravámenes.

Al respecto, explica que "Se trata de un fideicomiso ordinario, sin oferta al público" por el que una empresa productora, procesadora y/o comercializadora de materias primas y/o productos elaborados de origen agropecuario (fiduciante), transfiere mercadería a un fideicomiso, en garantía de un préstamo recibido de una entidad financiera (beneficiario), actuando como fiduciario nuestra empresa, cuya función será la de depositario y custodio de dicha mercadería y por la que recibirá un honorario que será abonado bien por el fiduciante, bien por el beneficiario".

Agrega que "El contrato de fideicomiso se realizará por un plazo determinado, al cabo del cual el fiduciante deberá cancelar el préstamo recibido del beneficiario", aclarando que, "Si cancela el mismo, el fideicomiso restituirá la mercadería fideicomitida al fiduciante y el contrato de fideicomiso se dará por terminado".

Asimismo, enuncia los siguientes supuestos básicos y a los efectos de su consideración impositiva:

"- El Fideicomiso no realiza actividad económica, ni arrojará ganancia alguna.
- El Fiduciario no reviste la condición de administrador del patrimonio ajeno.
- La fecha de cierre del balance del fideicomiso (31/12 según indica la reglamentación) puede o no coincidir con el cierre del ejercicio del fiduciante de la mercadería.
- Al 31/12 el fideicomiso puede o no tener dentro de su patrimonio la mercadería.
- El incumplimiento de las condiciones del préstamo por parte del Fiduciante implicaría la transferencia del dominio real de los bienes al beneficiario, toda vez que la transferencia fiduciaria original al fideicomiso fue de un dominio imperfecto".

II. En primer término cabe señalar que el artículo 1 de la ley 24441 dispone que "Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

Del citado dispositivo se desprende que el esquema legal instaurado a través del mismo regula a las distintas clases de fideicomisos, entre los que se incluye el denominado fideicomiso en garantía.

Con relación a esta figura, la doctrina comenta que "La transmisión de la propiedad en fiducia tiene como finalidad garantizar al fiduciario el cobro de su acreencia contra el fiduciante, ya sea con la renta que los bienes generen o con el producido de su venta. El remanente que quede luego de la cancelación de su crédito le será reembolsado al fiduciante o a quien él designe" (cfr. Molas, Liliana: "El fideicomiso: análisis jurídico y tributario" - XXVI Jornadas Tributarias - Colegio de Graduados en Ciencias Económicas - Mar del Plata - 7, 8 y 9 de noviembre de 1996 - pág. 104).

La misma autora agrega que "Se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales (prenda, hipoteca). La diferencia sustancial, que deriva de la transmisión de la propiedad, es que en caso de incumplimiento del deudor-fiduciante, se efectiviza más fácilmente la garantía: la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino el simple cumplimiento de una obligación alternativa prevista en el contrato".

Cabe agregar que el fiduciante se desprende del dominio perfecto que posee sobre el bien en cuestión, pero éste no integra el patrimonio del fiduciario, sino que pasa a formar parte de un patrimonio de afectación separado de aquél. Tal proceder se halla contemplado en el propio marco regulatorio de estos contratos, ya que el artículo 14 de la ley 24441 aclara que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante".

Definido ello, seguidamente se procederá a analizar el tratamiento impositivo que corresponde dispensarle a la luz de la normativa que gobierna la especie.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 5 de la ley 11683 (t.o. 1998 y sus modif.), dispone que "Están obligados a pagar el tributo al Fisco en la forma u oportunidad debidas, personalmente o por medio de sus representantes legales, como responsables del cumplimiento de su deuda tributaria: los que sean contribuyentes según las leyes respectivas", agregando que "Son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias, en la medida y condiciones necesarias que éstas prevén para que surja la obligación tributaria:

c) las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan las calidades previstas en el inciso anterior, y aun los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible".

Del dispositivo transcripto se puede colegir que los patrimonios destinados a un fin determinado poseen aptitud subjetiva para revestir la calidad de contribuyentes de los distintos gravámenes, en tanto los respectivos marcos regulatorios los incluyan como sujetos alcanzados por los mismos.

Por otra parte, es del caso mencionar que el artículo 6 del mismo cuerpo legal establece que se encuentran "obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley:

e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero".

Sentado ello, es dable recordar que mediante la ley 25063 se procedió a establecer 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 a las disposiciones de la propia ley.

En tal sentido, el artículo 2, inciso f) su prevé que resultarán sujetos del tributo, entre otros, "Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley".

Asimismo, el último párrafo del citado artículo aclara que "A los efectos previstos en los incisos f), excepto fideicomisos financieros, y g) precedentes, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de fondos comunes de inversión, respectivamente, se encuentran comprendidas en las disposiciones del artículo 16, inciso e), de la ley 11683, t.o. 1978 y sus modif.".

Por su parte, el artículo 3, inciso f) establece que estarán exentos del impuesto los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen, a fin de evitar que un mismo activo resulte doblemente gravado.

En función de normativa glosada puede inferirse que los activos integrantes de un patrimonio fiduciario se encuentran alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta -excepción hecha del fideicomiso financiero-, correspondiendo al administrador de tales bienes -fiduciario- el cumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales fijado por la respectiva normativa, en su carácter de responsable por deuda ajena.

El criterio descripto resulta coincidente con el arribado por el área legal en la Actuación N° [...], con relación a los bienes entregados a un fideicomiso en garantía, donde se concluyó que el artículo 2, inciso f) de la ley del gravamen "define claramente la obligación de los fideicomisos de tributar el impuesto analizado, recayendo la responsabilidad de ingreso del gravamen en el carácter de responsable de deuda ajena en cabeza del administrador de los bienes fideicomitidos por los actos realizados en ejercicio de su función".

Asimismo, cabe tener en cuenta que un criterio contrario al aquí sostenido podría conducir a excluir de la imposición en el presente gravamen a los bienes fideicomitidos, los que no quedarían gravados en cabeza del fideicomiso ni en cabeza del fiduciante -ello atento a las disposiciones contenidas en el artículo 3 supra transcripto-.

En virtud de las consideraciones vertidas, este servicio asesor concluye que en el presente caso los bienes administrados por la consultante -la firma "AA & EE Argentina SA"- se encontrarán sometidos al tributo que nos ocupa, recayendo en cabeza de esta última la responsabilidad por la determinación e ingreso del tributo.

Por otra parte, en el caso de precque los bienes no se encuentren en poder del fideicomiso al 31 de diciembre del respectivo año fiscal, y en tanto ello no responda a una maniobra tendiente a eludir el tributo, los mismos no integrarán la base imponible del gravamen.

En cuanto a la situación del fideicomiso en trato frente al impuesto sobre los bienes personales, cabe resaltar que dicha figura no resulta sujeto pasivo del tributo.

Firmantes:

LILIANA INES BURGUEÑO - Jefa Departamento Asesoría Técnica Tributaria
Conforme: 24/02/2004 - ALFREDO R. STERNBERG - Director (Int.) Dirección de Asesoría Técnica

Dictamen N° 47/2004 DAT)

Fecha: 29/07/2004

Asunto: IMPUESTOS VARIOS - FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION DE CARTERA DE CREDITOS. FIDEICOMISO PUBLICO. TRATAMIENTO TRIBUTARIO. CONSULTA VINCULANTE. BANCO DE LA PROVINCIA DE ...

Sumario:

Se trata la situación tributaria de un fideicomiso cuyo fiduciante y beneficiario es la Provincia de ... -Fideicomiso Público-, y cuyo fondo fiduciario consta de una cartera judicial y/o morosa de créditos.

Texto:

I. Habiendo tomado conocimiento del informe elaborado por la Dirección Nacional ..., dependiente de la Subsecretaría de Ingresos Públicos, en el que dicha instancia se expide con relación al tratamiento que cabe dispensar en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta a los fideicomisos públicos en los que el Estado reviste la calidad de fiduciante y único beneficiario, se procede a retirar del archivo provisorio la Actuación N° ... a los fines de evacuar la consulta oportunamente efectuada por la entidad del epígrafe en los términos de la Resolución General N° 858 (A.F.I.P.).

Al respecto, cabe recordar que mediante la aludida presentación la rubrada solicitó se dilucidara diversos aspectos relativos al tratamiento tributario que cabe otorgar tanto en el tributo supra referido como también en los Impuestos a las Ganancias, al Valor Agregado y sobre los Intereses y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresario, a la operatoria que describiera en dicha oportunidad.

En tal sentido, informa que se trata de un fideicomiso constituido por la Provincia de ..., la cual, en su carácter de fiduciante y único beneficiario, cede al Banco de la Provincia de ... una cartera judicial y/o morosa de créditos, a fin de que la entidad financiera, en su calidad de fiduciaria, se encargue de todas las gestiones judiciales o extrajudiciales necesarias y convenientes para el cobro de las acreencias objeto de fiducia, con más sus intereses y accesorios.

Aclara que el fiduciante es titular de la cartera transferida en dominio fiduciario, en virtud de dos contratos celebrados con el Banco de la Provincia de ..., denominados respectivamente "Contrato de Cesión de Cartera Judicial y/o Morosa de Créditos" y "Contrato de Cesión de Cartera Morosa de Créditos".

Asimismo, explica que el Banco de la Provincia de ... es una entidad de economía mixta con participación mayoritaria de la Provincia de ..., creada como entidad de fomento provincial.

Concretamente, la institución bancaria plantea las siguientes cuestiones:

a) Impuesto a las Ganancias:

Sobre este particular, la consultante opina que "El fiduciante-beneficiario es la Provincia de ..., sujeto exento del Impuesto a las Ganancias por el artículo 20, inciso a), de la Ley, por ello las **ganancias del fideicomiso, se encuentran exentas de citado impuesto**", entendiendo de esta forma que se sigue un criterio equivalente al sustentado por el Fisco en el Dictamen N° 61/95 (D.A.T.).

Adicionalmente requiere "... si con respecto a los Fideicomisos Públicos, la exención subjetiva del Estado establecida en el artículo 20, inciso a) de la Ley, se mantiene desde la vigencia de la Ley N° 25.063, en el supuesto de tratarse de un Fideicomiso Financiero".

b) Impuesto al Valor Agregado:

En lo atinente a las prestaciones financieras correspondientes a la cartera de créditos fideicomitida, que constituye el Fideicomiso de Administración, estima que "... se encuentran exentas del I.V.A. en el marco del artículo 7°, inciso h), apartado 1 de la Ley de I.V.A., (t.o. 1997) por Decreto N° 280/97 y sus modificaciones, debido a que el titular de los créditos es la Provincia de ...".

En cuanto a la previa cesión de la carpeta de crédito del Banco de la Provincia de ... a la Provincia de ..., interpreta que en el "... supuesto en que la Provincia fuere quien realizó la prestación financiera, la operación se encuentra exenta en virtud del artículo 7º, inciso h) punto 1 de la ley".

Agregando que "En el supuesto en el que el Banco obtuviera un beneficio financiero por la cesión, la prestación financiera se encuentra exenta en el I.V.A., de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7°, inciso h), punto 16, apartado 9 de la Ley y el primer artículo incorporado a continuación del artículo 37 del Decreto Reglamentario, por Decreto N° 679/99...".

Además, efectúa un distingo respecto de las prestaciones financieras en las que el hecho imponible se perfeccione con posterioridad a la citada cesión onerosa, estableciendo dos supuestos:

1) que el cesionario tome a su cargo la administración y cobranza: aquí considera que "... los intereses estarían exentos, en virtud del artículo citado (7.h)16.1.)";

2) que el cedente tome a su cargo la administración y cobranza: en este caso, entiende que no obstante que "... la entidad financiera sería el sujeto del impuesto y en consecuencia la prestación estaría gravada por I.V.A. (Decreto Reglamentario artículo 16)...", atento ser "...el Cesionario la Provincia de ..., beneficiada expresamente por la exención subjetiva prevista en el artículo 7°, inciso h), punto 1, la entidad interpreta que la citada norma reglamentaria no resulta de aplicación".

c) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta:

La consultante plantea que no obstante no exceptuarse a los fideicomisos del Estado Nacional o Provincial como sujetos del gravamen, "... por tratarse de un impuesto complementario del Impuesto a las Ganancias, en el caso de los Fideicomisos constituidos por el Estado, no es razonable ni equitativo que deban tributar este impuesto, mientras se encuentran exentos del Impuesto a las Ganancias por el artículo 20, inciso a), con algunas excepciones que no afectan la cuestión bajo análisis".

d) Impuesto sobre los Intereses y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresario:

En este punto, la presentante sostiene que "Los intereses y el costo financiero de las operaciones de crédito que constituyen el objeto del Fideicomiso, se mantienen en el marco del impuesto", ya que el artículo 6° del Título IV de la ley, en su inciso a), establece que en los casos de créditos otorgados por entidades financieras, el régimen de percepción estará a cargo de la entidad financiera que hubiera otorgado el préstamo o, **en su caso agente cobrador,** en la forma y condiciones que establezca la A.F.I.P..

Sin perjuicio de ello, subraya que "No se observan precisiones con respecto a si el Fiduciario debe actuar en nombre y por cuenta del Fideicomiso (con C.U.I.T. del Fideicomiso) o en nombre propio (con su C.U.I.T.)...".

II. Descriptos que fueran los interrogantes en torno de los cuales giran los presentes obrados, seguidamente se pasará al análisis de cada uno de ellos.

II. a) Impuesto a las Ganancias

En primer lugar, corresponde mencionar que la Ley N° 25.063 procedió a incorporar entre los sujetos del gravamen enumerados por el inciso a) del artículo 69 del respectivo plexo legal a "6. Los Fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto aquéllos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario", aclarando a continuación que "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".

A su vez, el artículo 49 del mismo cuerpo legal considera como ganancias de tercera categoría, entre otras, a "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" -inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo antes citado-.

Por su parte, el cuarto artículo agregado a continuación del 70 de la reglamentación de la ley del gravamen prevé, para el caso de fideicomisos no financieros donde el fiduciante posea la calidad de beneficiario y no se encuentre comprendido en el Título V de la ley, la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 50 del texto legal, es decir que el resultado del balance impositivo será asignado al fiduciante-beneficiario.

Aquí se aprecia que, a partir de la reforma introducida por la Ley N° 25.063, el plexo legal designa como sujetos del gravamen a los fideicomisos financieros y a aquellos no financieros en los que el fiduciante no asuma la calidad de beneficiario o que sea un beneficiario del exterior. Por el contrario, en el supuesto de fideicomisos no financieros en los que el fiduciante asuma también la calidad de beneficiario, la renta será declarada en cabeza de este último.

De lo expuesto, este servicio asesor concluye que en el presente caso -fideicomiso de administración- corresponderá atribuir los resultados del ejercicio fiscal al sujeto que reviste el carácter de fiduciante-beneficiario, o sea la Provincia de ....

Ahora bien, atendiendo que el Estado Provincial reviste la calidad de sujeto exento del tributo -ello en virtud de lo previsto en el inciso a) del artículo 20 de la ley-, la mencionada atribución no dará lugar a la liquidación del gravamen, ello en tanto el fideicomiso en cuestión no revista el carácter de financiero.

Por último, y para el caso que la operatoria que nos ocupa asuma la figura de un fideicomiso financiero, cabe reseñar lo opinado en la Actuación N° ..., en la cual se sostuvo que "... los fideicomisos financieros son sujetos del impuesto a las ganancias en virtud de las ya mencionadas disposiciones de los respectivos incisos a) de los artículos 49 y 69 de la ley del tributo", opinión que resulta coincidente con la sustentada por la Dirección Nacional ... -la cual fuera transcripta en la Actuación N° ...-. Es decir que, bajo las circunstancias supra aludidas, no sería aplicable el beneficio exentivo, debiendo tributar el fideicomiso como sujeto del Impuesto a las Ganancias.

II. b) Impuesto al Valor Agregado

Con relación a este punto, es dable señalar que el primer interrogante planteado gira en torno a dilucidar el tratamiento que cabe dispensar frente al gravamen a los intereses provenientes de los préstamos originalmente otorgados por el Banco de la Provincia de ... y que fueran cedidos por dicha institución financiera a la Provincia de ... y posteriormente entregados por ésta en fiducia a la entidad financiera.

A tales efectos, cobra relevancia establecer quién revestirá el carácter de sujeto pasivo en el marco de la operatoria planteada y, por lo tanto, quién asumirá la responsabilidad por la determinación e ingreso del tributo.

Sobre esta cuestión, es del caso mencionar que el segundo párrafo del artículo 4° de la ley del tributo incluye entre los sujetos pasivos de éste a cualquier ente individual o colectivo que realice actividades gravadas, de lo cual se deduce que los fideicomisos poseen aptitud subjetiva frente al gravamen.

Por su parte, el artículo 7°, inciso h), apartado 1, del mismo cuerpo legal establece que estarán exentas del impuesto las prestaciones y locaciones incluidas en el apartado 21 del inciso e) de su artículo 3° "... realizadas por el Estado Nacional, las provincias y municipalidades, por instituciones

pertenecientes a los mismos o integrados por dos o más de ellos, excluidos las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1° de la Ley N° 22.016".

Aquí debemos recordar que las prestaciones y locaciones comprendidas en el citado apartado 21 son "Las restantes locaciones y prestaciones, siempre que se realicen sin relación de dependencia y a título oneroso, con prescindencia del encuadre jurídico que les resulte aplicable o que corresponda al contrato que las origina".

En virtud de la normativa expuesta se colige que aquellos servicios financieros prestados por los Estados nacional, provinciales o municipales se encontrarán eximidos del Impuesto al Valor Agregado.

Sentado ello, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 16 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto al Valor Agregado prescribe que "En los casos de compra y descuento, mediante endoso o cesión de documentos, tales como pagarés, letras, prendas, papeles comerciales, contratos de mutuo, facturas, etc., que incluyan intereses de financiación, son sujetos pasivos del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos, quienes resulten titulares del crédito al momento de producirse alguna de las circunstancias previstas en el punto 7. del inciso b) del artículo 5° de la ley".

Cabe aclarar aquí que las circunstancias comprendidas en el dispositivo aludido en último término son las relativas al vencimiento del plazo fijado para el pago de los correspondientes accesorios o el momento de percepción total o parcial, el que fuese anterior.

No obstante ello, el segundo párrafo del mismo artículo reglamentario prevé que no resultarán aplicables las disposiciones contenidas en su primer párrafo "... cuando en la operación actúe como cedente o cesionario una entidad financiera sometido al régimen de la Ley N° 21.526 y sus modificaciones y el cedente o, en su caso, administrador o agente perceptor de la cartera designado al efecto, sea un sujeto radicado en el país que asume formalmente la calidad de cobrador de los documentos negociados, ni cuando en la operación realizada el cesionario sea un sujeto radicado en el exterior".

Se colige de lo expuesto que en aquellos casos en los que se verifiquen las circunstancias descriptas por la norma reglamentaria -participación en la operación de una entidad financiera-, el cedente o administrador de la cartera continuará siendo sujeto pasivo del tributo por los hechos imponibles verificados con posterioridad a la cesión de los créditos.

Por lo tanto, se aprecia en el sub-examine los intereses generados por los créditos cedidos al Estado provincial se hallan alcanzados por el gravamen, sin que resulte óbice a ello el beneficio exentivo de que goza la provincia.

En esa inteligencia, cabe entender que la cesión fiduciaria de los créditos no debería modificar el tratamiento tributario dispensado a los respectivos intereses, criterio que resulta coincidente con el oportunamente arribado en la Actuación N° ..., donde se transcribiera el criterio sustentado por la Dirección

Nacional ... en un caso de un fideicomiso al cual se le cedían créditos en los que el Estado asumía el carácter de deudor.

En dicha ocasión, la citada dependencia ministerial entendió que, al haberse concretado las prestaciones financieras en oportunidad que el Banco otorgó los préstamos a las provincias y a los municipios, "... la existencia de una cesión de créditos no puede modificar el tratamiento que legalmente cabe al tomador original".

En consecuencia, este cuerpo asesor opina que acaecida la cesión fiduciaria tampoco debería modificarse el tratamiento dispensado en el gravamen a los tomadores originales, por lo que los intereses de los créditos otorgados originalmente por el Banco de la Provincia de... permanecerán gravados, esto tanto antes como después del traspaso fiduciario e independientemente de quien realice la administración y cobranza.

Por último, y en lo atinente al segundo interrogante planteado, referente a la operación relativa a la cesión fiduciaria de los créditos, es dable resaltar que el artículo 84 de la Ley N° 24.441 establece que "A los efectos del Impuesto al Valor Agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas". En razón de ello, este servicio asesor considera que la mentada transferencia de derechos crediticios queda fuera del alcance del gravamen.

II. c) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Con relación a este punto, cabe remitirnos a las disposiciones del artículo 2° del Título V de la Ley N° 25.063, el cual establece que constituyen sujetos pasivos de este gravamen "... f) Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley".

De la norma precedentemente glosada se desprende que, en principio, aquellos fideicomisos de carácter no financiero constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

No obstante ello, existe una marcada contraposición de criterios respecto del alcance del mencionado tributo sobre los bienes de un fideicomiso público, conceptuándose así a aquel en que el Estado es a la vez único fiduciante y beneficiario.

Por una parte, se ha opinado que la complementariedad del gravamen que nos ocupa con relación al Impuesto a las Ganancias no resulta óbice para considerar no alcanzados a dichos fondos fiduciarios por el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, pues desde el punto de vista normativo no hay disposición alguna que indique que si un sujeto está exento de imposición a la renta no deba tributar el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

En contraposición con el criterio precedente, respetada doctrina opina que cuando el fiduciante es el Estado y el fideicomiso es un medio que tiene por finalidad el bien público y no un fin lucrativo se puede presumir que tal instituto no obtendrá ganancias gravadas, y, además, en razón de la complementariedad de ambos gravámenes y a la exención que goza el Estado en el Impuesto a las Ganancias, esta clase de fideicomiso no tiene obligación tributaria frente al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (Diplotti, Malumian y Gutiérrez; "Los Fideicomisos Públicos y la Inmunidad Fiscal"; Periódico Económico Tributario N° 199).

Planteada la controversia descripta, y atento a la validez de los argumentos utilizados por una y otra parte, esta asesoría, a través de la Actuación N° ..., procedió a elevar el tema en consulta a la ex Subsecretaría de Política Tributaria, dependiente del Ministerio de Economía, ello a los efectos de resolver cuestiones de idénticas características a las surgidas en el tratamiento de la presente actuación.

A su vez la precitada instancia dio intervención a la Dirección Nacional ..., quien procedió a emitir opinión mediante el Memorando N° ..., sosteniendo en el mismo que, en el caso de un fideicomiso donde el fiduciante y el beneficiario son el propio Estado y que el fideicomiso responde a la actividad o ejercicio de la función específica que justifica el tratamiento exentivo del fiduciante, no puede presumirse que obtendrá ganancias gravadas, dado que el Estado goza de una exención subjetiva en el gravamen a la renta, y que debería aplicarse idéntico tratamiento respecto del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. Ello dado el carácter de complementariedad que opera respecto del Impuesto a las Ganancias en la medida que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta sea absorbido por el primero, "... toda vez que estaría subsumiendo el tributo sobre la presunta utilidad de los activos en el impuesto que genuinamente grava la renta real de las actividades económicas".

Fundamenta tales afirmaciones en que la estructura del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta sólo admite dos posibilidades: que los entes alcanzados por el gravamen también resulten sujetos pasivos del Impuesto a las Ganancias, o que, en caso contrario, revistan ese carácter sus integrantes.

De esta forma expresa que "Las características y fundamentos del impuesto de que se trata, como así también las formas que deben observarse en la creación de un fideicomiso cuyo fin es el interés público y donde el estado es fiduciante-beneficiario, generan... razonables dudas respecto de que tales fideicomisos resultan sujetos pasivos del tributo...", agregando que "... pareciera que tales patrimonios no revisten ese carácter en atención a que aún cuando en el contrato de fideicomiso... prevé que el fiduciante transfiere los bienes en propiedad fiduciaria en los términos de la Ley N° 24.441, debe señalarse que para su constitución, funcionamiento y organización... corresponde observar las normas atinentes al derecho administrativo, incluidas las disposiciones del presupuesto nacional y las de control de los gastos del sector público".

En virtud de lo expuesto, concluye que en el caso de fideicomisos públicos, conformados para cumplir con un fin de asistencia social o de interés público,

"... tales patrimonios no revestirían el carácter de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta".

Cabe indicar que las expresiones vertidas en el citado Memorando de la Dirección Nacional ... fueron compartidas por la Dirección General de Asuntos Jurídicos y la Subsecretaría de Ingresos Públicos que consecuentemente responde en el sentido señalado a la entidad que generó tales actuados.

Atento a las conclusiones precedentes, y atendiendo a las características del fondo fiduciario bajo examen -obtención de recursos para cumplir fines del Estado-, este servicio asesor entiende que, el mismo se encontrará excluido de la órbita del impuesto bajo análisis.

II. d) Impuesto sobre los Intereses y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresario.

A fin de dilucidar esta cuestión, es del caso mencionar que el inciso a) del artículo 1° de la ley del tributo dispone que éste "... se aplicará sobre los intereses de las deudas y el costo financiero de las empresas que resulten deducibles en el Impuesto a las Ganancias, originados en: ... Operaciones de crédito, cualquiera sea su instrumentación, obtenidas en las entidades regidas por la Ley N° 21.526...".

En virtud de ello, y dado que el sub-exámine involucra operaciones de crédito concertadas en una primera instancia con el Banco de la Provincia de ... -institución regulada por la Ley de Entidades Financieras- podemos colegir que los intereses provenientes de los mismos están alcanzados por el gravamen que nos ocupa.

En lo que respecta al ingreso del impuesto, el artículo 6° del plexo normativo indica que el mismo se efectuara a través de "... un régimen de percepción que estará a cargo de la entidad financiera que hubiera otorgado el préstamo o, en su caso agente cobrador, en la forma y condiciones que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos...".

En tal sentido, el segundo artículo incorporado por el Decreto N° 290/00 a continuación del 7° de su par N° 1.532/98, dispone que "A los fines del artículo 6° de la ley, en el caso de créditos transferidos en fideicomiso por entidades regidas por la Ley N° 21.526, cuyos intereses se encuentren alcanzados por el gravamen, corresponderá que el fiduciario actúe como agente de percepción del impuesto en el momento en que se produzca el pago de los respectivos servicios".

Consecuentemente, y siguiendo idéntico razonamiento al de las normas enunciadas, el fiduciario del fideicomiso bajo análisis, deberá actuar en estas operaciones como agente de percepción con su propio número de C.U.I.T.

Firmantes:

DANIEL REMBERTO GONZALEZ - Jefe (Int.) División Dictámenes Técnicos "B" - a/c. Departamento Asesoría Técnica Tributaria
Conforme: 28/07/2004 ALFREDO R. STERNBERG -- Director (Int.) Dirección de Asesoría Técnica
Conforme: 29/07/2004: JOSE NORBERTO DEGASPERI - Subdirector General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen N° 55/2004 (DAL)

Fecha: 27/12/2004

Asunto: IMPUESTO SOBRE LOS CREDITOS Y DEBITOS EN CUENTAS BANCARIAS Y OTRAS OPERATORIAS - FONDO FIDUCIARIO DE DESARROLLO RURAL. FIDEICOMISO. "FIDUCIARIA M.M." S.A. CONSULTA VINCULANTE

Sumario:

a) En el contrato de fideicomiso, los bienes fideicomitidos, resultan ser un patrimonio autónomo, separado tanto del patrimonio del trasmitente -fiduciante- como del receptor del mismo -fiduciario-.

b) Los débitos y créditos generados en la cuenta bancaria correspondiente al fideicomiso como patrimonio de afectación están alcanzados por el gravamen de la referencia.

Texto:

I.- Vienen las presentes actuaciones de la Subdirección General de ..., provenientes de la Agencia Sede ..., a los efectos de que este servicio asesor emita opinión con relación a la consulta vinculante efectuada en los términos de la Resolución General N° 858 y sus modificaciones por la entidad del asunto, referida a si el Fondo Fiduciario de Desarrollo Rural de la provincia del Chaco se encuentra alcanzado por el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

Al respecto, la presentante pone de manifiesto que el Gobierno de la provincia del Chaco mediante el Decreto Provincial N° 1.414/2004 creó el Fondo Fiduciario de Desarrollo Rural cuya finalidad consiste en la provisión de los insumos específicos al productor primario.

A tal efecto, con fecha 23/08/2004 el Ministerio de la Producción de la provincia del Chaco -fiduciante- celebra un contrato de fideicomiso con "Fiduciaria M.M." S.A.-fiduciaria-, siendo beneficiarios del mismo los productores primarios y/o entidades intermedias y Fideicomisario el Ministerio de la Producción precedentemente citado -cfr. fs. ...-.

Conforme a ello, la rubrada señala que procedió a abrir una cuenta corriente bancaria en el Banco Z.Z. S.A., a los efectos de que el Gobierno de la provincia de Chaco transfiriera el dinero que constituirá el fondo fiduciario en cuestión, entendiendo que "Al ser parte del Presupuesto General de la Provincia, son fondos pertenecientes al Estado Provincial, y por lo tanto exentos en virtud del inciso a) del artículo 2° de la Ley N° 25.413 y sus modificatorias" -cfr. fs. ...-.

II.- Previo a analizar el fondo de la cuestión sometida a consideración de este servicio jurídico, corresponde señalar que a los efectos de su admisibilidad

formal, la consulta presentada reúne los requisitos que ameritan su tratamiento como vinculante.

III.- En primer término, este Departamento considera pertinente realizar una breve reseña de las características que reviste el contrato de fideicomiso.

En este sentido cabe traer a colación el artículo 1° de la Ley N° 24.441 que define al fideicomiso como aquel contrato por el cual "...una persona (fiduciante) trasmite la propiedad fiduciaria de los bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a trasmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

Sobre el particular, la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que el contrato aludido "...consiste en una operación de transferencia de un bien a la persona a la cual se le adiciona un encargo o una gestión vinculados con dicho bien. Pero el aspecto más importante de la operatoria es que se reconoce un patrimonio separado "ad hoc", desafectado del patrimonio del trasmisor de dicho bien (fiduciante) y del receptor del mismo (fiduciario), siendo una unidad patrimonial autónoma afectada a la finalidad perseguida por el contrato en cuestión..." -cfr. Julián Alberto Martín "Securitización, Fideicomisos, Fondos de Inversión, Leasing", Price Waterhouse, 1996, pág. 11-.

Siguiendo este orden de ideas, cabe traer a colación el artículo 14 de la normativa bajo análisis, el cual específicamente preceptúa que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del Fiduciario y del Fiduciante".

En efecto, "De esta forma se evita la confusión de esos patrimonios...Ese patrimonio constituido con los bienes fideicomitidos está exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario o del fiduciante...y los acreedores del beneficiario pueden ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos (artículo 15 de la ley)...

"El fiduciario sólo puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que hubiera pactado lo contrario" -cfr. Leonardo Hugo Hansen, "Tratamiento Tributario - Fideicomiso Financiero", Ediciones Macchi, págs. 18/19-.

A mayor abundamiento, cabe agregar que "...El patrimonio separado es un patrimonio de destino, tiene una finalidad. Para que se pueda cumplir, la ley eleva a esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos. Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá en consecuencia tantos patrimonios como fideicomisos tenga bajo su titularidad. El patrimonio autónomo en caso de insuficiencia podría ser declarado en quiebra o liquidación, sin que ello apareje necesariamente la quiebra del fiduciario" -cfr. Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper "Fideicomiso,

Fondo Fiduciario, Securitización", Editorial Depalma, segunda edición, pág. 144-.

De lo expuesto, palmariamente surge que en el contrato de fideicomiso, los bienes fideicomitidos, resultan ser un patrimonio autónomo, separado tanto del patrimonio del trasmitente -fiduciante- como del receptor del mismo -fiduciario-.

En efecto, el fiduciario es quien "Adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la constitución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es propietario frente a terceros y ejecutor de la voluntad del constituyente..." -cfr. Bollini Shaw Carlos y Boneo Villegas Eduardo "Manual de Operaciones Bancarias y Financieras", cuarta edición actualizada, Ed. Perrot-.

Dada la particularidad de la citada figura, ha sido objeto de análisis por parte de este servicio jurídico, quien se expidió en el sentido de que "...el fiduciario no es considerado contribuyente directo por la ley, sino responsable por deuda ajena encuadrado en el artículo 16, inciso e) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), lo cual deja subsistente la indagación sobre quién es en el caso el contribuyente directo o sujeto pasivo de la obligación tributaria...

"Siendo que las rentas alcanzadas por el tributo son las provenientes del patrimonio fideicomitido y no resultando contribuyente el fiduciario, por imperio de la ley forzoso es concluir que es el propio patrimonio de afectación el sujeto pasivo de la obligación, por cuanto la responsabilidad del fiduciario es -como queda dicho- por deuda ajena" -cfr. Dictamen 49/97 (D.A.L.)-.

De las consideraciones vertidas, este Departamento entiende que será la situación del fideicomiso ante el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias la que corresponde merituar, a los efectos de dilucidar si las cuentas bancarias cuya titularidad posea en virtud de la administración del Fondo Fiduciario de Desarrollo Rural, se encuentran alcanzadas por el tributo.

IV.- Sentado ello, cabe señalar que mediante dictado de la Ley N° 25.413 -modificada por su par N° 25.453- se estableció un impuesto aplicable sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias.

Así pues, el artículo 1° de la mencionada norma establece, entre otras cosas, el alcance definitivo de los hechos gravados previendo que el impuesto se aplicará sobre**"a) Los créditos y débitos efectuados en cuentas -cualquiera sea su naturaleza- abiertas en entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras..."**, encontrándose el tributo a cargo de **los titulares de las cuentas bancarias a que se refiere el inciso a) del presente artículo.**

En este sentido, cabe observar que en el marco del tributo bajo estudio entre los presupuestos objetivos que de configurarse dan nacimiento a la obligación tributaria se hallan, los créditos y débitos generados en cuentas bancarias, encontrándose a cargo del impuesto los titulares de las mismas.

Tal como fuera puesto de manifiesto precedentemente, el "sub examen" versa acerca de débitos y créditos originados en una cuenta corriente bancaria perteneciente al Fondo Fiduciario de Desarrollo Rural configurándose pues, el hecho objetivo aludido precedentemente, motivo por el cual este Departamento entiende que, en principio, las mencionadas cuentas se encontrarían dentro del ámbito de aplicación del Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias y otras Operatorias.

V- Ahora bien, el artículo 2° establece que estarán exentos del gravamen -en lo que al caso importa- "a) Los créditos y débitos en cuentas bancarias, como también las operatorias y movimientos de fondos, correspondientes a los Estados nacional, provinciales, las municipalidades y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, e Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, estando excluidos los organismos y entidades mencionados en el artículo 1° de la Ley N° 22.016...".

Tal como puede observarse la norma prevé una exención de carácter subjetivo la cual alcanza a las cuentas y operatorias cuyos titulares sean los sujetos enumerados en la misma con expresa exclusión de los descriptos en el artículo 1° de la Ley N° 22.016, esto es organismos estatales, provinciales o municipales, sociedades de economía mixta, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal, sociedades del Estado, los bancos y demás entidades financieras y todo organismo nacional, provincial o municipal que vendiera bienes o prestara servicios a terceros a título oneroso.

A esta altura del análisis, cabe poner de realce conforme se indicara en el acápite I, que el Fondo Fiduciario en cuestión resulta ser una unidad patrimonial autónoma del Ministerio de la Producción de la provincia de Chaco -Fiduciante-, como también de "Fiduciaria M.M." S.A -Fiduciaria-.

En consecuencia, el fideicomiso como patrimonio de afectación que realiza actividades gravadas por dicho tributo está alcanzado por el mismo, ya que representa un patrimonio separado del Estado Provincial con obligaciones tributarias propias.

Es decir, que la exención aludida, no resulta de aplicación al "sub examen", toda vez que el sujeto incidido por el impuesto no es el estado provincial, sino, por el contrario el fondo fideicomitido -Fondo Fiduciario de Desarrollo Rural-.

En este sentido, cabe recordar que "Las normas que establecen exenciones y beneficios tributarios son taxativas y deben ser interpretadas en forma estricta. No es admisible la interpretación extensiva ni tampoco la integración por vía de la analogía" -cfr. Héctor B. Villegas "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", séptima edición, ampliada y actualizada, Editorial Depalma, pág. 284-.

VI.- En atención a las consideraciones vertidas este servicio asesor concluye:

a) En el contrato de fideicomiso, los bienes fideicomitidos, resultan ser un patrimonio autónomo, separado tanto del patrimonio del trasmitente -fiduciante- como del receptor del mismo -fiduciario-.

b) Los débitos y créditos generados en la cuenta bancaria correspondiente al fideicomiso como patrimonio de afectación están alcanzados por el gravamen de la referencia.

Firmantes:

ALEJANDRO C. EGLIS - A/c. Departamento Asesoría Legal "A"
Conforme: 21/12/2004 - JORGE A KASSLATTER - Director (Int.) Dirección de Asesoría Legal
Conforme: 27/12/2004 - JOSE NORBERTO DEGASPERI - Subdirector General Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva

Dictamen N° 74/2004 (DAT)

Fecha: 15/12/2004

Asunto: IMPUESTO A LAS GANANCIAS. IMPUESTO A LA GANANCIA MINIMA PRESUNTA - FIDEICOMISO DE ADMINISTRACION. TRATAMIENTO TRIBUTARIO. FIDEICOMISO OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA .... DEPARTAMENTO ...

Sumario:

I. En el presente caso -fideicomiso de administración en el cual el fiduciante reviste la calidad de beneficiario del fideicomiso-, corresponderá atribuir al fiduciante-beneficiario como renta de tercera categoría, los resultados obtenidos por el fideicomiso en ejercicio de la propiedad fiduciaria, en la proporción que corresponda.

II. Atento el carácter de sujeto exento en el Impuesto a las Ganancias que reviste el fiduciante, las rentas atribuidas al fiduciante-beneficiario no darán lugar a la determinación del gravamen por parte de estos últimos, en tanto se verifique en los hechos que la actividad desarrollada por el patrimonio fiduciario responde a los mismos fines que han dado lugar al beneficio exentivo.

III. Con respecto al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, en principio, los fideicomisos de carácter no financieros constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del gravamen. No obstante ello, en el caso de fideicomisos cuyo fiduciante-beneficiario se encuentra subjetivamente exento en el impuesto a las ganancias, en la medida que la finalidad del fideicomiso responda al objeto social que justificó el tratamiento exentivo de aquel, el fondo fiduciario no revestirá el carácter de sujeto pasivo del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Texto:

I. Vienen las presentes actuaciones del Departamento..., a los efectos de que este servicio asesor determine el tratamiento tributario que cabe dispensar en los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta a un fideicomiso de administración instrumentado por la Obra Social del Personal de la Industria ....

Al respecto, señala que los obrados reconocen su origen en la presentación efectuada en forma conjunta por el Banco N.N. en su carácter de fiduciario y la entidad gremial, mediante la cual explican que esta última -en su carácter de fiduciante- cede a la entidad bancaria en propiedad fiduciaria la totalidad de la recaudación que le corresponde en concepto de aportes y contribuciones de la Ley N° 23.660, con el objeto de que el fiduciario proceda a cancelar todas las obligaciones ordinarias emergentes de la actividad del fiduciante, en su condición de Agente Natural del Seguro de Salud.

Seguidamente, plantea la discrepancia de criterios surgida entre ambas partes, pues mientras la entidad bancaria ha inscripto al fideicomiso en los Impuestos a las Ganancias y a la Ganancia Mínima Presunta, la fiduciante sostiene que por revestir ésta la calidad de sujeto exento en el Impuesto a las Ganancias, también están exentos los bienes cedidos en propiedad fiduciaria.

Por su parte, luego de una breve exposición de las características del contrato bajo análisis, el área remitente señala que "... siendo el fideicomiso en cuestión de administración -no financiero-, en el cual el fiduciante reuniría la calidad de beneficiario respecto de los intereses emergentes de los depósitos en plazo fijo *de* los fondos recibidos por el fideicomiso en propiedad fiduciaria, el fiduciario deberá atribuir dichas rentas obtenidas por el fondo fiduciario en el año fiscal. Asimismo, en el entendimiento que el fiduciante -beneficiario- es una entidad subjetivamente exenta, conforme lo previsto en el inciso f), artículo 20 de la ley del tributo, tal atribución de resultados no daría lugar a la liquidación del Impuesto a las Ganancias ni alteraría su condición de exento".

No obstante lo expuesto, advierte que "... atento a que en el presente caso también se definen como beneficiarios a terceros adherentes -según el contrato adjuntado- aún cuando éstos no sean quienes recibirán los bienes y fondos remanentes al término del contrato, cabría determinar si la parte del resultado que precede a tales beneficiarios, debe ser liquidada en cabeza del fideicomiso".

Por otra parte, y con relación al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, concluye que "... los bienes entregados por el fiduciante no se encuentran legal y fiscalmente dentro de su patrimonio, por lo que el fideicomiso no financiero del presente caso, sería sujeto pasivo del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta".

II. Previo al análisis de la cuestión traída a consulta, resulta de interés señalar que el presente contrato de Fideicomiso de Administración tiene por objeto recibir en propiedad fiduciaria los activos fideicomitidos a fin de aplicar su producido al pago de las obligaciones a favor de los beneficiarios según el mecanismo dispuesto en el artículo 7.9. del Contrato de Fideicomiso y de las obligaciones complementarias emergentes de los Formularios de Adhesión, previa deducción de los gastos del Fideicomiso.

Los bienes fideicomitidos cedidos por el fiduciante comprenden: (1) aquéllos generados en virtud de los aportes y contribuciones efectuados por afiliados y demás obligados legales en los términos de la Ley N° 23.660; (2) toda suma líquida que el Fiduciante aporte voluntariamente; (3) aportes y contribuciones destinados a la cobertura de prestaciones médicas especiales de alta complejidad o de elevado costo y baja frecuencia y las de discapacidad; y (4) todo producido, renta, amortización, indemnización, fruto, accesión y derecho de cualquier naturaleza y especie que se obtenga de los Activos Fideicomitidos enunciados en los apartados (1) y (2) y de la inversión de Fondos Líquidos Disponibles en los términos que se autorice en el contrato, hasta la cancelación total de las obligaciones emergentes de los acuerdos celebrados con los beneficiarios o hasta el cumplimiento del plazo del fideicomiso.

Con respecto a la aplicación de los fondos, el artículo 4.4 del contrato establece que los mismos serán destinados a la cancelación total o parcial de las obligaciones asumidas por el fiduciante a través de los Convenios celebrados con los beneficiarios, previa deducción de todos los gastos del Fideicomiso y los honorarios del Fiduciario, aplicando el esquema de prioridades previsto en el artículo 7.9.:

- Cancelación de honorarios del Fiduciario;
- Cancelación de los gastos deducibles previstos en el artículo 7.4.;
- Conformación de un fondo para el pago de todas las obligaciones ordinarias de la Obra Social, incluyendo salarios y honorarios y demás obligaciones;
- Conformación de un fondo de contingencias para su posterior aplicación por parte de la Obra Social a situaciones excepcionales que requieran disposición de fondos inmediata;
- Pago de las obligaciones emergentes de los Formularios de Adhesión debidamente suscripto por los Acreedores.
- Pago de las obligaciones emergentes de los Formularios de Adhesión debidamente suscriptos por los Prestadores; y
- Acumulación, sin responder a prioridad de ningún tipo, del Fondo para la cobertura de prestaciones médicas de alta complejidad o de elevado costo y baja frecuencia y las de discapacidad.

Por otra parte, el artículo 1.2. prevé que "Si al término final del Contrato de Fideicomiso, hubiere sumas o activos remanentes que no requieran aplicación en los términos del Presente o de los Formularios de Adhesión al Fideicomiso en la o las cuentas fiduciarias disponibles, estos serán reintegrados al Fiduciante en su calidad de Fideicomisario, como activos o fondos líquidos disponibles, una vez íntegramente cancelada toda suma adeudada bajo las disposiciones del Presente y cancelados los gastos deducibles".

Por último, resta aclarar que el artículo 5.1. estipula que la formalización y cumplimiento del Contrato y de los actos que son su consecuencia se encuentran dentro de las facultades y **objeto social** del Fiduciante.

En virtud de las particularidades descriptas, podemos observar que el presente Fideicomiso de Administración tiene como finalidad la administración de los fondos fideicomitidos provenientes principalmente de los aportes y contribuciones recaudados por el fiduciante en los términos de la Ley N° 23.660, para la cancelación de las obligaciones emergentes de su actividad como Obra Social, siguiendo un esquema de prioridades convenidas en el propio Contrato.

Asimismo, cabe advertir que si bien el contrato designa como beneficiarios a las personas físicas o jurídicas que adhieran al Fideicomiso mediante el Formulario de Adhesión, éstas resultan ser acreedores y/o prestadores que contribuyen al accionar de la Obra Social, y respecto de los cuales se transferirán las sumas acordadas según el mecanismo propuesto en el Convenio. Advertimos así que tales sujetos, desde el punto de vista de la realidad económica, no revisten la calidad de beneficiarios de las rentas

eventualmente obtenidas por el fideicomiso, dado que las sumas recibidas constituyen la contraprestación por los servicios prestados a la fiduciante -la obra social-.

En ese mismo orden de ideas, cabe resaltar que el propio contrato estipula que las sumas o activos remanentes que no requieran aplicación en los términos del mismo, quedarán a disposición del fiduciante, lo cual permite vislumbrar que el negocio subyacente que da origen a esta operatoria es la administración del patrimonio fideicomitido y la cancelación de los pasivos asumidos por el fiduciante, quien se constituye de este modo en el único beneficiario del fideicomiso.

III. Sentado ello cabe recordar que el inciso a), punto 6) del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, incorporado al texto legal por la Ley N° 25.063, dispone que son sujetos del gravamen "Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario", aclarando a continuación que "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".

Asimismo, el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 del mismo cuerpo legal, incluye como ganancias de tercera categoría a las provenientes 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.

A su vez y de conformidad con lo previsto por el cuarto artículo incorporado sin número a continuación del artículo 70 de la reglamentación de la ley del tributo, se establece que en los casos en los que el fiduciante posea simultáneamente la calidad de beneficiario -excepto que se trate de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un beneficiario del exterior-, el fiduciario deberá atribuirle, en la proporción correspondiente, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

El mismo dispositivo añade que a los efectos allí previstos resultarán " ... 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".

De la normativa transcripta se desprende que en aquellos casos en que el fiduciante revista al mismo tiempo el carácter de beneficiario del fideicomiso, las ganancias resultantes de la actividad desarrollada en el marco de éste deberán ser declaradas -en la proporción correspondiente- en cabeza del primero, excepto que se trate de un fideicomiso financiero o que el fiduciante-beneficiario revista el carácter de beneficiario del exterior, en cuyo caso la renta será declarada por el fideicomiso.

Sobre el particular, cabe traer a colación el criterio vertido en el Dictamen N° 59/99 (D.A.T.), en el cual se concluyera, en oportunidad de analizar un fideicomiso de administración, que en lo relativo al Impuesto a las Ganancias, "... siempre y cuando el fiduciante y el beneficiario sean el mismo sujeto, éste será el que tribute en razón de las ganancias que obtenga el fideicomiso, conforme a las pautas del aludido Decreto N° 254/99. De no concretarse dicha situación de concordancia entre beneficiario y fiduciante ... el que deberá tributar por el nombrado gravamen a las utilidades será el fiduciario en nombre del respectivo fideicomiso...".

En idéntico sentido, en la Actuación N° ... se sostuvo que tratándose de un fideicomiso no financiero "... el fiduciario deberá atribuir los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal, a los fiduciantes-beneficiarios, conforme las pautas fijadas por la reglamentación y por el artículo 50 del cuerpo legal".

Asimismo, y en lo atinente a la atribución de resultados al fiduciante-beneficiario, entiende que "... atento al carácter de sujetos exentos en el Impuesto a las Ganancias que revisten los fiduciantes, la misma, en principio no dará lugar a la determinación del gravamen por parte de estos últimos"; no obstante lo cual, advierte que "... las rentas generadas por el fideicomiso se encontrarán amparadas por la franquicia legal otorgada a sus fiduciantes en tanto se verifique en los hechos que la actividad desarrollada por el patrimonio fiduciario responde a los mismos fines que han dado lugar al beneficio exentivo".

En virtud de lo expuesto, este cuerpo asesor concluye que en el presente caso -fideicomiso de administración en el cual el fiduciante reviste la calidad de beneficiario del fideicomiso-, corresponderá atribuir al fiduciante-beneficiario, como renta de tercera categoría, los resultados obtenidos por el fideicomiso en ejercicio de la propiedad fiduciaria, en la proporción que corresponda.

Ahora bien, atento el carácter de sujeto exento en el Impuesto a las Ganancias que reviste el fiduciante-beneficiario, las rentas atribuidas a éste no darán lugar a la determinación del gravamen, en tanto se verifique en los hechos que la actividad desarrollada por el patrimonio fiduciario responde a los mismos fines que han dado lugar al beneficio exentivo del fiduciante.

En lo que respecta al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, cabe señalar que el inciso f) del artículo 2° de la ley del gravamen, atribuye el carácter de sujeto pasivo del impuesto a "los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441, excepto los fideicomisos financieros, previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley", acotando al respecto el citado artículo, en su último párrafo, que "A los efectos previstos en los incisos f), excepto fideicomisos financieros y g) precedentes, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios ..., se encuentran comprendidas en las disposiciones del artículo 16°, inciso e) -actual artículo 6° inciso e)-, de la Ley N° 11.683 ...".

De la norma transcripta se desprende que, en principio, los fideicomisos de carácter no financieros constituidos en el país revisten la calidad de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

No obstante ello, cabe traer a colación el Memorando N° ... de la Dirección Nacional ..., el cual procedió a analizar la naturaleza del impuesto en trato y su tratamiento frente a un fideicomiso público cuyo fiduciante-beneficiario es el Estado.

Así, dicho pronunciamiento sostuvo que en el caso de un fideicomiso cuyo fiduciante y beneficiario es el propio Estado no puede presumirse que obtendrá ganancias gravadas, dado que el Estado goza de una exención subjetiva en el impuesto a las ganancias. Por consiguiente, estima que idéntico tratamiento debería aplicarse respecto del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, dado el carácter de complementariedad que opera respecto del impuesto a las ganancias, "... toda vez que se estaría subsumiendo el tributo sobre la presunta utilidad de los activos en el impuesto que genuinamente grava la renta real de las actividades económicas...".

Agrega que el gravamen en cuestión ha sido concebido considerando que los sujetos alcanzados por el mismo son aquéllos que obtienen rentas gravadas en el impuesto a las ganancias o las obtienen sus integrantes o titular.

En ese contexto concluye que "... en principio, ...desde el punto de vista de la lógica del gravamen y de su finalidad, no cabría imponer con el tributo complementario a aquél que está exento del impuesto principal, siempre que los bienes del Fondo y ganancias que obtenga el fideicomiso respondan a la actividad o ejercicio de la función específica que justificó el tratamiento exentivo del fiduciante en el impuesto a las ganancias...".

Atento las consideraciones expuestas, este servicio asesor interpreta que, tratándose de un fideicomiso de administración cuyo fiduciante-beneficiario se encuentra subjetivamente exento en el Impuesto a las Ganancias, en la medida que la finalidad del fideicomiso responda al objeto social que justificó el tratamiento exentivo del aquél, el fondo fiduciario no revestirá el carácter de sujeto pasivo del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

Firmantes:

LILIANA INES BURGUEÑO - Jefa Departamento Asesoría Técnica Tributaria
Conforme: 15/12/2004 - Alfredo R. STERNBERG - Director (Int.) Dirección de Asesoría Técnica

Dictamen Nº 18/1998 – Dir. Técnica Tributaria – D.P.R. Bs. As.

Fecha: 17/03/1998

VISTAS:

Las presentes actuaciones en las cuales se consulta sobre la gravabilidad en los impuestos sobre los ingresos brutos y sellos, del fideicomiso que las empresas Dolper SA y SES SA estarían por conformar, es que se informa.

En primer término estimamos conveniente desarrollar someramente las características generales que rodean a este instituto, no sin antes advertir que no obstante la ley 24441 (BO - 16/1/1995) haya tratado más acabadamente los distintos aspectos del fideicomiso, éste ya había sido tenido en cuenta por Vélez Sarsfield, formando parte de nuestro Código Civil, a partir de los artículos 2661 y 2662 de ese cuerpo legal.

I. Características del instituto

La ley 24441, que se integra de 13 Títulos, trata en el primero de ellos al fideicomiso, estableciendo en varios Capítulos disposiciones acerca de sus efectos, cuestiones diversas respecto del fideicomiso financiero, causales de su extinción, etc.

Asimismo, la ley 24441 se ocupa de legislar respecto de temas tales como: leasing, letras hipotecarias, créditos hipotecarios para la vivienda, modifica el Código Civil, el Régimen de Corretaje, la Ley de Fondos Comunes de Inversión, etc.

No resulta ocioso recordar la intención que el legislador tuvo en miras al sancionar esta ley. En este sentido diremos que es una norma cuyo objetivo básico y principal es incentivar la construcción y el desarrollo de la industria inmobiliaria en general, a fin de paliar el déficit que este sector padece en nuestro país. En abono del mismo objetivo, se procura el establecimiento de los instrumentos adecuados para ampliar las posibilidades de financiación a largo plazo para la adquisición de viviendas, simplificando los mecanismos para adquirirlas y creando los institutos legales aptos para desarrollar el mercado secundario de hipotecas, que permite la captación de ahorro para proveer recursos a la financiación, con lo que se logra la ampliación y consolidación del mercado de capitales en nuestro país.

Entrando ahora en el análisis de la ley en lo que hace al instituto que en particular nos convoca, hemos de advertir que la ley 24441 establece dos clases de fideicomiso: el fideicomiso que podemos denominar como civil (entre los cuales se encuentra el inmobiliario) y el financiero.

1) Concepto

El artículo 1 de la ley 24441 dice que: "Habrá fideicomiso cuando una persona transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, quien se obliga

a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato y a trasmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

2) Las partes

Reconocemos, entonces, distintos sujetos que intervienen en esta operatoria, a saber:

- El fideicomitente o fiduciante (algunos autores lo denominan también constituyente), que es el titular de los bienes sujetos a la fiducia.
- El fiduciario o fideicomitido, que es aquel a quien se le transmite el dominio fiduciario y asume su administración.
- El beneficiario, que será aquel sujeto que percibirá las rentas o frutos de la administración.
- El fideicomisario, que es aquel al que habrán de transmitirse los bienes a la cesación del fideicomiso y que puede o no coincidir con la persona del beneficiario, o también del fideicomitente.

3) Formas de constitución. La cosa objeto del fideicomiso

El fideicomiso puede constituirse por contrato o por testamento.

La ley 24441, en sus artículos 1 y 4, inciso a) establece la exigencia de que el contrato de fideicomiso verse sobre "bienes", ya sea cosas o derechos, determinados o susceptibles de determinar o de individualizar, para el supuesto de que aquella alternativa no sea viable a la fecha de la celebración del fideicomiso.

4) Fideicomiso. Patrimonio de afectación

El artículo 2312 de nuestro CC establece en su parte final que "El conjunto de los bienes de una persona constituyen su patrimonio".

De los extremos del citado artículo así como también de la nota del codificador al mismo, se desprende la imposibilidad de separación patrimonial en el derecho argentino. El patrimonio constituye una universalidad jurídica que no resulta susceptible de división en partes determinadas por sí mismas o que puedan ser separadamente determinadas. Estamos frente al principio de unicidad e indivisibilidad del patrimonio.

No obstante lo expuesto, la ley 24441 prevé que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, estableciendo así una aparente excepción al principio de unicidad e indivisibilidad del patrimonio -como ya vimos-. En efecto, el artículo 14 de la ley 24441 establece: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...".

Para algunos autores esta circunstancia significa una dura prueba a la teoría vigente en el Código Civil desde su sanción, que consagra al patrimonio como

un atributo de la personalidad, esto es que no puede existir un patrimonio sin la correspondiente existencia y relación con una persona.

Sin siquiera haber entrado en las consideraciones de tamaña discusión doctrinal, tan sólo diremos que la intención del legislador cuando define el patrimonio del fideicomiso como un patrimonio separado, tanto del perteneciente al fiduciario como al fiduciante, encuentra su razón de ser en el propósito de sustraerlo de la garantía común de los acreedores de ambos.

Desde los referidos puntos de vista, debe tenerse presente que el fideicomiso constituye un patrimonio autónomo pleno o patrimonio de afectación, distinto o perfectamente diferenciado del patrimonio del fiduciante como del fiduciario, persona esta última que por otra parte y como veremos, puede ser titular del patrimonio fiduciario de varios fideicomisos. Estos patrimonios fideicomitidos no pueden confundirse entre sí, ni con el patrimonio de quien los administra (fiduciario).

De todas maneras, esta situación no empece que a los fines de la tributación, el patrimonio fiduciario pueda considerarse como sujeto pasivo de gravámenes. De hecho el patrimonio fiduciario resulta ser cabeza de obligaciones -por ejemplo en los llamados fideicomisos inmobiliarios- (en la realización de la preventa de las unidades que se están construyendo, puede obtener créditos otorgando como garantía hipotecas sobre el inmueble y la obra en construcción, emite certificados de participación y titulización de hipotecas). Las alternativas planteadas nos llevan a colegir que estaríamos frente a un "sujeto" de especiales características, que posee facultades que sólo ejerce a través de un tercero, es decir mediante la actividad del administrador fiduciario, pero no por ello encontramos razón para substraerlo o hacerlo carecer de una personalidad que, por otra parte, le es adosada a la hora de hacerlo contribuyente de impuestos, tasas y/o contribuciones.

En el orden nacional, como más adelante veremos, el decreto 780/1995, le asigna al patrimonio fideicomitido personalidad jurídico-tributaria frente al pago del impuesto a las ganancias, asimilándolo a una sociedad de capital y del impuesto sobre los bienes personales, haciendo lo suyo como si fuera un residente del exterior.

En realidad estamos frente a una persona de características "abstractas" que presenta particularidades sensiblemente diferentes a las hasta hoy conocidas, con lo cual, tal vez, no estaríamos en presencia de una excepción al principio de unicidad del patrimonio adoptada en nuestra legislación civil, como se dijo.

Así se ha entendido para el impuesto sobre los ingresos brutos respecto de otros sujetos, que, salvando las distancias, presentan ciertas similitudes, como lo son las uniones transitorias de empresas, consorcios u otros entes en general.

5) Dominio fiduciario

Cuestión que merece ser especialmente observada es la que gira en torno a las características del dominio que el fiduciario adquiere sobre los bienes fideicomitidos (patrimonio fiduciario). En este sentido habremos de analizar algunos artículos del Código Civil que nos darán las herramientas para efectuar la caracterización pretendida.

El artículo 2507 del CC establece las características del llamado dominio pleno o perfecto, y también del menos pleno o imperfecto, que es aquel que debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc.

Asimismo, el artículo 2661 define el dominio imperfecto, como: "... el derecho real, revocable o fiduciario de una sola persona sobre un cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil".

Según los elementos transcriptos y de las características del instituto bajo estudio, podemos decir que el dominio fiduciario es una especie del género dominio imperfecto, al que alude el artículo 2662 del CC, el que textualmente dice: "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, testamento o ley".

Es decir que el dominio fiduciario es un derecho real temporario, puesto que su vigencia está subordinada al cumplimiento de una condición resolutoria o al vencimiento del plazo convenido.

En otro contexto, la salvedad apuntada en el párrafo anterior, esto es que el dominio fiduciario es imperfecto, es decir que está desprovisto de la perpetuidad que caracteriza al dominio pleno, no amerita dejar de concluir que el dominio fiduciario es exclusivo, es decir que otorga a su titular (fiduciario) todas las facultades posibles sobre una cosa. Asimismo, es absoluto, resultando sólo circunscripto a las facultades otorgadas y a los fines del fideicomiso que han sido establecidas en el contrato pertinente o respectivo.

Las circunstancias advertidas no nos pueden alejar de la fundamentación de nuestra teoría, esto es, que sostenemos que el patrimonio fiduciario posee personalidad y hasta que esa personalidad devendría de una especie de "prolongación" de la que resultaba estar en cabeza del fideicomitente o fiduciante o, a "contrario sensu", una especie de "anticipación" de la personalidad que resultara estar en cabeza del fideicomisario, cuando la condición se cumpla (artículo 2 de la ley).

Una situación de características similares se da en el impuesto a las ganancias, cuando se le otorga el carácter de sujeto del tributo a la sucesión indivisa (persona inexistente en el derecho civil), desde el fallecimiento del causante y hasta la declaratoria de herederos, o hasta la declaración de validez del testamento. La sucesión indivisa debe contribuir como si se tratara de una

persona física adoptando los atributos personales que el fallecido tenía mientras vivía (mínimo no imponible, deducción especial, cargas de familia, traslado de quebrantos, etc.).

En efecto, hasta el día del fallecimiento, el contribuyente es el causante y luego de haberse declarado válido el testamento o de la declaratoria de herederos, los contribuyentes serán cada uno de los sucesores en proporción a sus respectivas vocaciones hereditarias. Entre ambos momentos, la ley creó un sujeto distinto: la sucesión indivisa, que podría ser considerada como la "prolongación de la personalidad" del causante o como una "anticipación de la personalidad" de los derechohabientes.

La propia ley 24441 establece, en el contexto de sus artículos todos, en especial el 18 y 25 que el patrimonio fideicomitido, revierte en ciertas circunstancias al del fiduciante. Asimismo, cuestión que merece ser advertida de especial manera, radica en que no existe transferencia onerosa, ni muchas veces definitiva del pasaje de bienes que se realiza de fiduciante a fiduciario; dichas cuestiones dependen del tipo de fideicomiso que tengamos en vista.

II. Onerosidad o gratuidad de la transmisión fiduciaria

Varios autores sostienen que la transmisión del dominio fiduciario del fiduciante al fiduciario o la creación de un patrimonio de afectación no es realizada a títulos onerosos o gratuitos, sino de fiducia o de confianza.

Spota sostiene que la moderna doctrina plantea el interrogante de si la clasificación dual de los contratos en onerosos y gratuitos se mantiene en el tiempo, ante la existencia de nuevas formas de contratación que no podrían ser reputadas bajo ninguna de las dos categorizaciones señaladas.

El mismo autor entiende que los actos de destinación no pueden subsumirse en la clasificación de contratos gratuitos y onerosos porque no media atribución patrimonial, esto es que no hay tradición, no hay entrega o transferencia a una nueva persona física o jurídica existente o a crearse y sólo en aquellos contratos en los cuales se verifica esta última, es decir, la incorporación de los bienes a un nuevo patrimonio perteneciente a una persona distinta (jurídica o física), como en los supuestos de compraventa, cesión, permuta, donación, legado, etc., cabe hablar de onerosidad y gratuidad.

El acto de destinación, por oposición al de atribución patrimonial, no puede subsumirse como un contrato oneroso o gratuito, no obstante que vaya unido a actos de enajenación, desde el punto de vista de las formalidades adoptadas.

Algunos autores, en cambio, confunden la onerosidad de la transmisión de dominio fiduciario con la del ejercicio de la administración fiduciaria, cuestión que presenta serias repercusiones en materia tributaria. Resultan ser actos o actividades conexas, accesorias una de la otra, pero distintas a la vez, diferentes en su naturaleza jurídica.

Pareciera, no obstante lo dicho y según lo sostenido por alguna doctrina, encontrarse cierta onerosidad en el caso de los fideicomisos financieros, ya sean inmobiliarios o no, cuando el fiduciante recibe a cambio de su cesión, "certificados de participación", los que en su carácter de título valor, podrán transferirse libremente. En estos casos y desde el punto de vista tributario, sería menester definir el momento en que nace el hecho imponible de aquellas gabelas cuyo presupuesto fáctico contemple la onerosidad como hecho generador. En estos supuestos, deberíase seleccionar entre la fecha en que se perfecciona la transferencia del dominio fiduciario o aquella en que se efectiviza la contraprestación. La elección de este último momento es la que nos permite discernir, sin temor a equivocarnos, que el contrato de fideicomiso trastoca o deviene en oneroso, por haber recibido el fideicomitente (fiduciante) en contraprestación, una suma de dinero a cambio, o un bien apreciablemente distinto en su contextura o valor, al oportunamente entregado para la conformación del fondo fiduciario o por el hecho, también, de que los bienes fideicomitidos fueren reintegrados a una persona distinta del fiduciante original, por haber transferido este último sus certificados de participación.

A los sostenedores del criterio expuesto en el párrafo anterior, cabría advertirles que no deben confundirse los actos u operaciones efectuados en el marco de la disolución o liquidación del fideicomiso, de aquellos otros que son propios del mismo, como son su constitución, representada por la transferencia del dominio fiduciario de los bienes. Así, por ejemplo, las transferencias de los "certificados de participación" o de los títulos de deuda, constituyen operaciones, actos o transacciones independientes y no pueden ser utilizadas para calificar al fideicomiso como oneroso o gratuito, gravado o exento, y dichas operaciones independientes se regirán por el derecho común, así como el tratamiento impositivo quedará sujeto a lo que dispongan las distintas leyes tributarias.

Cabe concluir que el fideicomiso es esencialmente "no oneroso" y no puede confundirse tal circunstancia cuando la figura haya sido utilizada para "encubrir" o "disimular" operaciones de compraventa o de permutas, o actividades de construcción y venta en cabeza del fiduciante que actúen como verdaderas empresas de construcción.

El análisis de estas situaciones deberá ser efectuado a la luz del principio de la "realidad económica" (artículo 7 del CF). Así, las respectivas autoridades de aplicación, en consecuencia, tienen las herramientas legales para desentrañar la realidad de las operaciones en juego y constatar si el fideicomiso se ha utilizado como un "velo" o se ha desnaturalizado su esencia jurídica.

III. Descripción básica del funcionamiento del fideicomiso inmobiliario

El nacimiento del fideicomiso se da con la suscripción del contrato de fideicomiso entre el administrador fiduciario y el o los fiduciantes. En la generalidad de los supuestos, mediante este contrato, se perfecciona la transmisión de dominio del terreno sobre el cual se desarrollará el emprendimiento, cuyo "gerenciamiento" le es encomendado al fiduciario, quien pasa a ejercer el dominio fiduciario del inmueble que da nacimiento a un

patrimonio: fondo fiduciario absolutamente separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante.

Por otra parte, el fiduciante recibe un derecho o los bienes sobre el resultado que se genere en el fondo, producto de la actividad de construcción y venta que desarrollará.

Por tratarse de un fideicomiso, además financiero, el derecho se instrumenta mediante la emisión de "certificados de participación" cuyo primer titular pasa a ser el fiduciante, pero que posteriormente éste puede libremente negociar en el mercado.

Con el fondo conformado y en cumplimiento de su función, el administrador selecciona y suscribe, por cuenta del fideicomiso, el respectivo contrato de locación de obra con el o los constructores y demás sujetos que intervendrán directa o indirectamente en la construcción del emprendimiento (ingenieros, arquitectos, gestores, asesores, etc.).

El constructor factura periódicamente al fondo, los avances de obra previamente pactados en el respectivo plan de certificaciones, los que son cancelados, previo dictamen favorable de una o más empresas especializadas en auditoría de obra. El dinero necesario para afrontar el avance de la obra proviene de dos fuentes: por un lado suscriben compromisos de venta de unidades con clientes (preventa), quienes aportan al fideicomiso durante la etapa de construcción, una parte del precio de venta final de la unidad a construir. Estos pagos revisten la naturaleza de anticipo de precio y constituyen, por lo tanto, un pasivo para el fondo.

La otra fuente de ingresos está dada por la financiación, cuya estructura resulta sumamente interesante.

El fideicomiso, en su condición de fideicomiso financiero inmobiliario, emite, a partir de su constitución, "títulos de deuda" con garantía hipotecaria. Dichos títulos son emitidos en sucesivas series, de forma tal que cada avance de obra certificado que aumenta el valor del activo del fondo, constituye el mayor valor de la garantía hipotecaria que posibilita el lanzamiento de la nueva serie.

En la colocación de los títulos el Banco Hipotecario Nacional actúa como "stand by underwriter", en virtud de un acuerdo firmado con el administrador fiduciario. Una vez finalizada la construcción las unidades terminadas son entregadas a los clientes quienes cancelan el saldo de precio.

De esta forma, con la entrega de las unidades construidas, se da lugar a un paquete de créditos hipotecarios homogéneos que dan paso a un segundo proceso de titulización, mediante su inclusión en un nuevo fondo fiduciario financiero que procederá a la emisión de nuevos títulos valores a colocar en el mercado.

El fideicomiso inmobiliario, por su parte, con el saldo de precio cancelado por los clientes, cancela sus pasivos y distribuye el remanente entre los tenedores de certificados de participación, liquidándose.

En el supuesto de que no se logre comercializar alguna o ninguna de las unidades inmobiliarias, las mismas "volverán" al patrimonio del fiduciante, quien luego procederá a enajenarlas.

IV. Aspectos contables

La forma de exposición de la información contable relativa a los bienes integrantes del patrimonio fiduciario no presenta dificultad alguna.

Al establecer, la ley 24441, la separación patrimonial de los bienes fideicomitidos de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario y atento a que el fiduciario puede administrar más de un fideicomiso, incluso fideicomisos de distinta naturaleza, hace pensar que la información relativa a dichos bienes no puede en forma alguna confundirse con los patrimonios de ninguno de ellos y por ende, tampoco puede existir confusión entre ninguno de los estados contables que representan la situación patrimonial y financiera de los fondos fiduciarios del fiduciario y de los fondos fiduciarios que pudiesen estar involucrados.

El fiduciario en su carácter de administrador de los bienes que conforman el fideicomiso es el responsable de valuar y efectuar la presentación de la información contable del fondo en un juego de estados contables independiente.

Dichos estados contables deberán contar con el correspondiente dictamen del auditor externo; asimismo deberán surgir de los libros llevados de acuerdo a la técnica contable, aunque los mismos podrán o no estar rubricados.

Estando los fideicomisos financieros bajo la órbita de la Comisión Nacional de Valores, por expresa disposición de la ley 24441, le cabe a este organismo dictar las normas positivas que regulen el tema.

En este sentido la resolución (CNV) 271/1995 que regula y fija diversas pautas para fideicomisos financieros, tales como características de los títulos valores a emitir, prospecto de emisión de los mismos, registro de fiduciarios financieros, etc.; establece en su artículo 16 la obligatoriedad para el fiduciario de brindar información trimestral de cada fideicomiso que administre mediante estados contables independientes a presentar en los plazos fijados para el régimen de oferta pública.

La participación en patrimonios fiduciarios financieros estará representada por un porcentaje sobre el patrimonio fiduciario, calculado mediante un procedimiento similar al utilizado para valuar, por ejemplo, inversiones permanentes en sociedades (VPP - valor patrimonial proporcional).

Un aspecto que resulta interesante para la observación es que al estar el fideicomiso habilitado a tomar deuda y siendo un patrimonio autónomo -como vimos- que presenta información independiente, la valuación de dichas deudas se muestra detallada sólo en el estado de situación patrimonial del fondo, pero no en el del tenedor de certificados de participación, quien muestra participación en una sola línea del activo.

Una cuestión que requiere consideración es el valor asignado a los bienes que pasan al fondo con la transmisión de dominio del fiduciante al fiduciario. Al respecto y teniendo en cuenta que el valor de dicha transmisión es intranscendente desde el punto de vista jurídico y de la realidad económica de la operación, la valuación de la misma podría estar dada por el valor que tenían los bienes en el patrimonio del fiduciante, o por el valor de plaza o valor corriente, cuando existiere más de un fiduciante que contribuya con distintos aportes al mismo fideicomiso, única forma de poder determinar el por ciento de participación de cada uno en el fondo fiduciario, en términos reales o en términos económicos actuales.

V. Situación impositiva del fideicomiso en el ámbito nacional

El Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 780 (BO - 27/11/1995) mediante el cual se delinearon los extremos a observar en la gravabilidad de la figura respecto del impuesto a las ganancias e impuesto sobre los bienes personales. El encuadre del contrato de fiducia en el impuesto al valor agregado, no presenta mayores inconvenientes con la actual redacción de la norma.

El citado decreto asigna al fiduciario el carácter de "responsable por deuda ajena" al incluírselo en las disposiciones del artículo 16 de la ley 11683. Esta situación se deriva desde que los artículos 10 y 13 del decreto 780/1995 disponen: "Quienes con arreglo a la ley 24441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 1, inciso e) de la ley 11683, por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar... el impuesto...". Estas normas otorgan al fiduciario el carácter de "responsable por deuda ajena", al incluírselo en las disposiciones del artículo 16 de la ley 11683 que dispone: "Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación... e) los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente...".

La decisión de haberlos incluido en el artículo 16, inciso e) de la ley 11683, hace aplicable el artículo 17, párrafo 2 de la ley 11683, que pone en cabeza de las personas mencionadas en aquél, el cumplimiento de los deberes que dicha ley y las leyes impositivas imponen a las personas, entidades, etc., que con ellas se vinculan a los fines de la determinación, verificación y fiscalización de los impuestos.

También resulta de aplicación el artículo 18, inciso a) de la misma ley, en virtud del cual responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, cuando, por incumplimiento de cualesquiera de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen con la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal.

Esta atribución de responsabilidad personal y solidaria se contradice -al decir de la doctrina en la materia- con lo establecido en el artículo 16 de la ley 24441, que pone al patrimonio del fiduciario a salvo de las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos.

De todas formas, en el ámbito nacional, se verifica la existencia de los patrimonios de afectación como responsables de obligaciones tributarias, es decir que esta circunstancia no resulta ser cosa nueva, desde que el legislador considera responsables por deuda propia, que deben pagar el tributo en forma personal o por medio de sus representantes, a "los patrimonios destinados a un fin determinado" (artículo 15, inciso c], ley 11683), cuando sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible.

1) Impuesto sobre los bienes personales

El artículo 13, párrafo 1 del decreto 780/1995 establece: "Quienes con arreglo a la ley 24441 asuman la calidad de fiduciario, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la ley 11683, 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 23966 y sus modif., 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 su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos".

El artículo 14 expresa: "El ingreso a que se refiere el párrafo 1 del artículo anterior, tendrá el carácter de pago del impuesto que les hubiere correspondido abonar por cada período fiscal a los sujetos del impuesto que en definitiva incorporen los bienes a su patrimonio o, en su caso, a aquellos que sean titulares del capital de las empresas que efectúen esa incorporación".

En general, vemos que el instituto resulta asimilado, en su tratamiento, al caso de bienes situados en el país, pertenecientes a sujetos radicados en el exterior (artículo 26, Ley Bienes Personales).

2) Impuesto a las ganancias

En lo que hace a este tributo, el artículo 10 del decreto 780/1995 efectúa el tratamiento en los fideicomisos no financieros, disponiendo: "Quienes con arreglo a la ley 24441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la ley 11683 por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar, como pago único y definitivo del impuesto que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria, el 30% de la ganancia neta total obtenida en dicho ejercicio. Al fin indicado se considerará como año fiscal el establecido en el párrafo 1 del artículo 18 de dicha ley.

Dicha ganancia neta deberá establecerse de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1986) que rigen la determinación de las ganancias de la tercera categoría. Para la determinación de la ganancia neta aludida no serán deducibles los importes que, bajo cualquier denominación, corresponda asignar en concepto de distribución de utilidades".

Así las cosas, la ganancia del fideicomiso debe establecerse de acuerdo a las normas establecidas para las ganancias de la tercera categoría que son aquellas derivadas de cualquier tipo de sociedad o empresa unipersonal, con prescindencia del origen de las mismas.

En este gravamen, el tratamiento del fondo fiduciario es similar al que se aplica respecto de sociedades de capital (SA, SRL, etc.) del país o del exterior, cuya tasa es hoy del 33% del beneficio, con algunas limitaciones en cuanto a deducciones admitidas.

3) Impuesto al valor agregado

El decreto 780/1995 nada dice respecto del tratamiento del instituto en el IVA. Ello deviene así toda vez que la figura no requiere de un tratamiento especial. Este impuesto grava el valor agregado en cada etapa, facturándose por "fuera" el tributo, sin incluirse en el precio y siguiendo un sistema "financiero" de liquidación, que surge de un enfrentamiento de impuestos, o impuesto contra impuesto (débitos contra créditos fiscales).

En efecto, siendo el IVA un tributo que define hechos imponibles de carácter objetivo, el carácter de sujeto de impuesto que puede caberle al fideicomiso no depende de los atributos jurídicos particulares de la figura, sino que dicho carácter tendrá relación con las actividades que se lleven adelante en el mismo o, lo que es lo mismo, con su objeto. En el caso del fideicomiso financiero inmobiliario la actividad de construcción y venta de emprendimientos claramente encuadra en el hecho imponible definido en el artículo 3, inciso b) de la ley (obra sobre inmueble propio) y el carácter de sujeto de impuesto del fideicomiso se ve respaldado por la definición del artículo 4 que establece dicho carácter a: "... cualquier otro ente individual o colectivo..." que verifique el hecho imponible mencionado (empresa constructora).

De esta forma el fideicomiso financiero inmobiliario computará crédito fiscal por los certificados de avance de obra facturados por la empresa constructora y en general, por el resto de sus proveedores y prestadores de servicios y generará

débito fiscal por los anticipos de preventa facturados y la transferencia definitiva de las unidades construidas a los compradores.

VI. La gravabilidad del fideicomiso en la Provincia de Buenos Aires

En la Provincia de Buenos Aires no encontramos tratamiento alguno de la figura a nivel impositivo.

Desde este ángulo, resultaría indispensable que a nivel provincial se dictaran normas legales que legislen al instituto respecto de su tratamiento tributario. Téngase presente, según ya se dijera, que la Nación ha tenido que dictar el decreto 780/1995 a los fines de indicar la forma en que esta figura debe liquidar los tributos nacionales como el impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales, así como también la Comisión Nacional de Valores hizo lo propio mediante la resolución (CNV) 271/1995, para regular acerca de la aplicación de ciertas normas contables y de exposición de la información patrimonial y financiera.

Ante la inexistencia entonces, de normas específicas, hemos de efectuar una armonización de las vigentes a fin de adecuarlas a la naturaleza del instituto que nos ocupa. Para ello, trataremos en primer término, la gravabilidad en el impuesto de sellos, para luego pasar a la correspondiente al impuesto sobre los ingresos brutos y otros gravámenes provinciales.

A) Impuesto de sellos

Ante todo, definamos el hecho imponible del tributo. El artículo 214 del CF (t.o. 1996) dice que: "Estarán sujetos al impuesto de sellos... los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en el territorio de la Provincia, en instrumentos públicos o privados suscriptos que exterioricen la voluntad de las partes".

1) Hemos de advertir que en lo que hace a este gravamen y en base a lo observado ut supra resulta recomendable que las normas que en consecuencia sean dictadas, contemplen la gravabilidad de los actos de constitución y disolución del fideicomiso en forma independiente, con un impuesto fijo, una tasa retributiva o mediante la aplicación de la alícuota fija general sobre una base presunta a determinar, de acuerdo al tipo de bienes en juego.

Luego y en forma separada, llegado el cumplimiento de la condición a la cual estaba sujeto el dominio fiduciario o cumplido su plazo, tiempo en que se opera la transferencia definitiva de los bienes objeto de la fiducia, si correspondiere gravar este acto final, atendiendo a la forma y características en que los bienes pasan a formar parte del patrimonio de los fideicomisarios (compraventa, permuta, herencia, legado o donación o sin transferencia o por reversión del dominio cuando el fideicomisario es el propio fiduciante).

2.a) Teniendo en cuenta que el hecho imponible del impuesto al que nos hemos referido en párrafos anteriores, y en lo que hace específicamente al tratamiento que habrá que darle a la transmisión que hace el fiduciante de los

bienes objeto de la fiducia, hemos de concluir que por el contrato de transmisión de dominio fiduciario no deberá ingresarse la gabela en cuestión, cuando estemos en presencia de una transferencia a título no oneroso.

b) Para el caso de que estemos frente a un transmisión en propiedad fiduciaria, que pueda representar ciertas connotaciones de onerosidad, como se dijo sostiene alguna doctrina y por ejemplo para el caso de que el fiduciante reciba como contrapartida de su aporte al fondo, un certificado de participación al que pueda negociar, su aporte podría asimilarse con el que realizan los socios a una sociedad que se forma, por lo tanto aunque pueda encuadrar en el hecho imponible, sabemos que tal concepto se encuentra exento en nuestro Código Fiscal.

En efecto, teniendo en cuenta que al fondo fiduciario en su carácter de patrimonio autónomo o de afectación, se le otorga como vimos, personalidad jurídico-tributaria como si fuera un ente, deberíamos considerar a los bienes objeto del fideicomiso como los aportes de los fiduciantes a la creación del mismo y darles por ende, similar tratamiento al que la Ley de Sellos le otorga a los aportes societarios, por constitución o aumento de capital (están exentos).

3) Cuestión que merece una conclusión distinta es la que versa respecto del contrato de constitución de fideicomiso, es decir, aquel instrumento por el cual se determinan el carácter de las partes, las obligaciones y derechos de los sujetos intervinientes, las condiciones a las que estará subordinado el fideicomiso, la remuneración del fiduciario, etc. El citado convenio es esencialmente oneroso ya que la actividad del fiduciario se encuentra remunerada, es más se presume la onerosidad de su tarea, toda vez que la ley señala que será el juez el encargado de determinar el valor de su trabajo, cuando las partes no lo hayan establecido específicamente. Es entonces que esa retribución deberá ser considerada a los efectos de la base imponible de este gravamen.

B) Impuesto sobre los ingresos brutos

Recordemos también el hecho imponible de este tributo. Acudimos entonces al artículo 143 del CF (t.o. 1996) que reza: "El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso -lucrativo o no- cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste... estará alcanzada con el impuesto sobre los ingresos brutos". Por su parte, el artículo 15 del CF en concordancia con el artículo 162 del mismo cuerpo normativo, otorga carácter de sujeto a las personas de existencia visible o jurídicas con o sin personería jurídica y demás entes.

- Fiduciario: Este sujeto es contribuyente de ingresos brutos en la medida que la labor de administración de fideicomisos, es ejercida a título de oficio o profesión, en forma habitual en la jurisdicción de Buenos Aires, esto es que la actividad es utilizada como uno de los medios de vida por el sujeto. Es así que se encontrarán gravados los ingresos derivados del ejercicio habitual y a título

oneroso en jurisdicción de la Provincia de Buenos de la actividad de administrador de fideicomisos, sin interesar si dicha actividad es lucrativa o no.

- Fiduciante: Por lo indicado en el punto VI.A.2.a), si las transferencias no son realizadas a título oneroso, no se encontrarán dentro del ámbito del tributo. Por el contrario, si existiere onerosidad por tener derecho a alguna contraprestación, deberemos estar a las pautas generales del tributo (ejercicio de la actividad, habitualidad, territorialidad) y atender al momento del nacimiento del hecho imponible.

- Fondo fiduciario: Resulta indudable y ello según lo sentado en párrafos anteriores, que el fondo puede ser considerado, a los fines tributarios, como sujeto del tributo. En este sentido el encargado de realizar el ingreso del tributo, en los términos del artículo 17, inciso 2) del CF (t.o. 1996) será el fiduciario. En este sentido, recordamos que el citado artículo expresa: "Se encuentran obligados al pago de los gravámenes, recargos e intereses, como responsables del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los contribuyentes -en la misma forma y oportunidad que rija para éstos- las siguientes personas: ... 2) Los integrantes de los órganos de administración o quienes sean representantes legales de personas jurídicas, civiles o comerciales; asociaciones, entidades y empresas, con o sin personería jurídica; como asimismo los de patrimonios destinados a un fin determinado, cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible".

Es así que el fondo fiduciario será contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos por la actividad que realiza, no obstante que las obligaciones formales, inscripciones, presentaciones de DDJJ, pagos, etc., se efectúen a través de su representante: el fiduciario.

C) Otros impuestos provinciales

No obstante que no haya sido objeto de la presente consulta precisar la gravabilidad del instituto que nos ocupa, frente a los demás impuestos provinciales, hemos de señalar que en lo que hace específicamente al impuesto inmobiliario, resulta necesario adecuar los extremos del artículo 129 del CF (t.o. 1996), cuyo contenido versa respecto de las precisiones jurídicas de quienes deberán ser considerados como contribuyentes del gravamen, toda vez que sería insostenible afirmar que en los supuestos en que estos nuevos sujetos sean titularidad de inmuebles no ingresen la gabela.

En este aspecto, resulta necesario introducir el concepto de patrimonios de afectación o fondo fiduciario como un contribuyente más dentro de las precisiones del artículo citado, en tanto se esté frente a un supuesto en que aquéllos se constituyan en titulares del dominio de bienes inmuebles.

En este sentido, no resulta ocioso advertir una vez más que, no obstante ser el fondo fiduciario el contribuyente del gravamen, la obligación de su ingreso estará en cabeza del fiduciario, quien resulta ser responsable por deuda ajena.

Similar razonamiento debe propenderse respecto de los restantes gravámenes provinciales, esto es, adecuar la normativa vigente relativa a los impuestos al automotor y embarcaciones recreativas, haciendo sujeto pasivo de cada una de los tributos al fondo fiduciario.

VII. Planteo de la consultante

No obstante que a continuación hagamos una síntesis del tipo de operatoria que la presentante manifiesta que realizará habiendo adoptado para ello los lineamientos del fideicomiso, adelantamos nuestra opinión en el sentido que -y ello pese a no resultar hábiles desde el punto de vista de la competencia, a fin de calificar la procedencia o no del instituto para el negocio descripto-, advertimos respecto de ciertas anomalías en la caracterización de los operadores.

Las empresas Dolper SA y SES SA habrían formado una asociación a los fines de realizar la construcción de unidades de vivienda para ser comercializadas y financiadas por el Banco Hipotecario Nacional.

Llevarán a cabo la operatoria en cuestión bajo la forma de un fideicomiso de la ley 24441.

Así las cosas, la firma Dolper SA asume el carácter de fiduciante y "entrega" en propiedad fiduciaria un inmueble baldío en donde se realizará el emprendimiento.

La otra firma, SES SA, es fiduciante también, y en su carácter de empresa constructora, su "aporte" consiste en efectuar todas las actividades necesarias para la concreción de las viviendas habitacionales, es decir realiza la obra en sí (esto es, combina materiales, mano de obra, gastos generales, máquinas, herramientas, etc.) por lo que la integración de su aporte se va difiriendo en el tiempo.

El carácter de fiduciario será asumido por un nuevo ente conformado por las dos empresas citadas. Esta nueva persona es una sociedad anónima, distinta por cierto a cada una de las empresas que lo conforman.

Es así que por un lado, y si la figura utilizada no desfigura el fideicomiso, estaremos en presencia del patrimonio fiduciario formado por los "aportes" otorgados por los fiduciantes: las empresas Dolper y SES.

Este fondo fiduciario o patrimonio de afectación estará bajo la propiedad fiduciaria del fiduciario, que está representada por la nueva firma que han integrado los fiduciantes.

Finalmente, el carácter de beneficiario (cabe aclarar que en los conceptos que hemos desarrollado acerca de las partes que integran un fideicomiso, denominamos fideicomisario a aquel que recibe en propiedad la cosa objeto del fideicomiso y no beneficiario, a quien identificamos como el sujeto que percibe las rentas de la administración fiduciaria) es asumido por los compradores de

las unidades, como asimismo por las empresas que a su vez son fiduciantes. Todo ello, según las manifestaciones de los presentantes.

El producido de las ventas de las unidades construidas será distribuido entre los fiduciantes, esto es, entre las empresas Dolper SA y SES SA como asimismo recibirán determinadas unidades habitacionales (tanto las prefijadas como las que no sean vendidas).

De las constancias agregadas al expediente, se ha podido observar, por una parte, que las funciones en cabeza del fiduciario están totalmente acotadas. Toda la actividad tendiente a la realización de los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso es llevada a cabo por la fiduciante B, es decir, por la empresa SES SA. La función de la empresa fiduciaria se limita a proporcionar, alcanzar o facilitar esa tarea.

Asimismo, advertimos y ello teniendo presente lo estudiado respecto de las características de la propiedad fiduciaria, que el fiduciante (empresa SES SA), está autorizado a constituir hipotecas para garantizar los préstamos que solicitare a los fines de la concreción del proyecto de construcción, sobre un inmueble que no es de su propiedad, atento que forma parte del dominio fiduciario transmitido. De la misma manera puede efectuar preventas y utilizar el dinero obtenido en la construcción. Es de señalar que estas tareas son propias y específicas del fiduciario y los fondos que éste obtuviera por cualquiera de los medios previstos, deberían destinarse al cumplimiento de los fines perseguidos con la creación del fideicomiso. De lo expuesto, surge que la "obra" no constituye un aporte del fiduciante B, desde el mismo momento que recurre a los fondos que obtiene por actos de disposición de los bienes en construcción que pertenecen al fideicomiso o fondo fiduciario (vende, hipoteca, etc.), en definitiva desplaza al fiduciario en sus funciones específicas, por las que este último recibe o debería recibir una compensación y asume o debería asumir responsabilidades.

Otras de las alternativas que se plantea radica en el hecho de que resulta especial el tipo de aporte que realiza la fiduciante B. El mismo consiste en aportes "progresivos" puesto que las características propias del compromiso que asume para con el fondo fiduciario tienen como resultado final una obra construida, pero que naturalmente no se efectiviza en un solo acto, automáticamente. En este sentido, entendemos que será de aplicación la norma del artículo 1 de la ley 24441 junto con los extremos del artículo 4, inciso a) del mismo plexo normativo, que señala que el contrato fiduciario deberá contener la individualización de los bienes objeto del mismo a la fecha de celebración del fideicomiso. Para el supuesto de que esto no sea posible, deberá hacerse constar la descripción de los requisitos y características que deberán reunir dichos bienes.

Finalmente, daremos cuenta de la gravabilidad en los impuestos sobre los ingresos brutos y sellos de este caso.

Fiduciantes

Empresa SES SA - impuesto de sellos: En lo que hace a este tributo, seguiremos las ideas vertidas en el punto VI. Así, de considerar como un aporte la realización de la obra que hace SES SA (tema de la onerosidad), el contrato de locación de obra que efectivizare o integrare al fondo queda comprendido dentro del hecho imponible del tributo, pero debido a la asimilación efectuada (punto VI.A.2.b]), devendría exento. Ahora bien esta franquicia no prosperaría en el presente caso, dada la desnaturalización de la figura del fideicomiso a que se aludiera párrafos atrás.

Impuesto sobre los ingresos brutos: Por el ejercicio de la actividad propia de construcción que SES SA desarrolla, la firma se encuentra gravada, toda vez que perfecciona el hecho imponible de la gabela.

Empresa Dolper SA - impuesto de sellos: En lo que hace al fiduciante A, es decir la empresa que transmite el terreno, hemos de estar a lo señalado en el punto VI.A.2.a) del presente.

Impuesto sobre los ingresos brutos: no está gravado, porque no perfecciona el hecho imponible (carece de onerosidad y habitualidad).

Fiduciario: El fiduciario resulta ser contribuyente también del impuesto sobre los ingresos brutos, puesto que realiza la administración del fideicomiso, no importando a esos efectos si su actividad es lucrativa o no, toda vez que lo importante aquí es el carácter de onerosidad que asume la misma frente al impuesto. Tal condición se da desde el momento que se le reconocen todos los gastos que se le originaren en el cumplimiento de su gestión, lo que importaría una remuneración no lucrativa.

A su vez el contrato de fideicomiso, por ser esencialmente oneroso, se encuentra alcanzado por el impuesto de sellos (VI.A.3).

Patrimonio fiduciario: Deberá tributar en el impuesto sobre los ingresos brutos también por la actividad propia que desarrolla, en este supuesto por construcción y venta de viviendas sobre inmueble propio. El fondo constituye una unidad operativa de carácter funcional, encuadrando dentro de los presupuestos de hecho que hacen nacer la obligación tributaria (registramos antecedentes con los casos de las UTE, consorcios y otros entes de similares características). No olvidemos que el ingreso del tributo, como así también el cumplimiento del resto de las obligaciones impositivas en el ámbito de la Provincia quedan en cabeza del fiduciario, atento las características ya observadas.

Finalmente también existirá gravabilidad en el impuesto de sellos, respecto de los instrumentos mediante los cuales se formaliza la transferencia de la propiedad o unidades funcionales, del fondo fiduciario a los fideicomisarios.

En el caso de las unidades no vendidas y que en definitiva son adjudicadas al fiduciante A, es decir, cuando Dolper SA se convierte en fideicomisario, dicha transferencia no estaría alcanzada como compraventa de inmueble, sino como adjudicación por división de condominio, sin perjuicio del tratamiento de las

posteriores ventas de las referidas unidades funcionales en cabeza de esta firma.

Lo expuesto es todo cuanto tenemos para informar.

Dictamen Nº 21/1999 – Dir. Técnica Tributaria – D.P.R. Bs. As.

Fecha: 17/05/1999

VISTO:

El requerimiento efectuado por Ricardo Galarce, notario titular del Registro Notarial 442 de Capital Federal referido al tratamiento fiscal aplicable a una escritura por la cual se instrumenta la adjudicación de unidades funcionales a los beneficiarios de un contrato de fideicomiso, este Departamento Técnico cumple en informar:

I. Antecedentes

Con fecha 24 de octubre de 1997 y por ante el notario peticionante se instrumenta un contrato de fideicomiso.

Comparecen a la celebración del acto una empresa en carácter de sociedad fiduciaria, luego determinadas personas físicas en calidad de propietarios fiduciantes y, por último, otras personas como inversores fiduciantes.

Por el mismo se acuerda adjudicar a la sociedad fiduciaria un lote de terreno a fin de que la misma gestione la construcción de un edificio que será afectado al Régimen de Propiedad Horizontal (ley 13512) y una vez finalizada la construcción, se procederá a la adjudicación de las unidades funcionales resultantes, a los beneficiarios del mismo -propietarios fiduciantes, inversores fiduciantes o quienes éstos designaren-.

A fin de dar cumplimiento al objeto del negocio, los propietarios fiduciantes se comprometen a transferir a la sociedad fiduciaria un lote de terreno de su propiedad en los términos del artículo 2662 del CC y de la ley 24441, modificatorias y concordantes (conf. fs. 20 vta.). A su vez se transfieren todos los derechos y acciones que les corresponden en relación al convenio suscripto por los mismos con un arquitecto, que se acompaña en autos (conf. fs. 36). Por su parte los inversores fiduciantes acuerdan transferir a la firma la suma de dinero conforme a la proporción por cada uno asumida.

La sociedad fiduciaria debe en este marco administrar el terreno y los fondos fideicomitidos, los cuales quedan afectados a la construcción de dicho edificio bajo el Régimen de Propiedad Horizontal (conf. fs. 21).

Por esta gestión, las partes convinieron fijar una suma de 71.146 dólares estadounidenses en favor de la fiduciaria en concepto de retribución, la cual deberá ser abonada por los propietarios fiduciantes (conf. fs. 26).

Tomando como base el acuerdo de voluntades relacionado, con fecha 16 de noviembre de 1997, opera la transferencia de dominio fiduciario a favor de la sociedad fiduciaria. En efecto, la fiduciaria recibe de los propietarios fiduciarios los inmuebles que se individualizan en el título (conf. fs. 11 vta. y 12).

II. El acto sometido a consulta

La consulta objeto de autos se basa en que el fiduciario ha cumplido con el objeto encomendado en el contrato -el edificio se ha construido y se ha afectado el mismo al Régimen de Propiedad Horizontal conforme lo estipulado- y al presente es menester adjudicar las unidades funcionales y complementarias a los beneficiarios.

En tal sentido el peticionante considera que tal acto no debería oblar impuesto de sellos, por cuanto no se cumple el requisito de onerosidad que determinaría el nacimiento del hecho imponible.

Al respecto corresponde hacer notar que este Departamento se ha pronunciado reiteradamente en numerosos antecedentes antes de ahora, en cuanto a que la transmisión realizada al fiduciario no resulta alcanzada por el impuesto de Sellos. En efecto, 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.

Lo señalado se refiere únicamente a la transmisión fiduciaria del inmueble y no a la labor encomendada al fiduciario en su carácter de administrador del fondo fiduciario, en relación a lo cual normalmente se establece una retribución, de allí que -y en virtud de dicha onerosidad- en los antecedentes a que se ha hecho referencia, se ha establecido el pago del gravamen en base a la alícuota del 10 por mil (10‰) sobre la retribución pactada con el fiduciario.

Ahora bien, en esta oportunidad se plantea la situación de que finalizado el fideicomiso por obtención de la finalidad que motivó su constitución, se entregarán las unidades construidas. Esta situación nos conduce a la consideración de la operación de fideicomiso en su totalidad, en la cual se han previsto ventajas y prestaciones recíprocas. Así los fiduciantes han realizado la operación de fideicomiso con el objetivo de recibir unidades funcionales una vez construidas, lo que permite atribuirle una indiscutible naturaleza onerosa.

Ello surge claramente si se analiza la estructura de los actos que lo corriponen y el hecho de que los beneficiarios -tanto inversores como propietarios- reciben una ventaja que se traduce en la adjudicación a los mismos de las unidades funcionales conforme lo acordado en el contrato. Por otro lado dicha adjudicación tiene como correlato los aportes que los fiduciantes han realizado oportunamente tal como lo estipulan los instrumentos analizados.

Todo ello en base a que la operación en análisis encuadra en el concepto de acto oneroso descripto por la norma general, vale decir "... cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no le es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle..." (conf. artículo 1039, CC).

Esta onerosidad que asignamos a la operación permite en esta instancia asimilar la conclusión de la operatoria a la situación que el ordenamiento fiscal

atrapa en oportunidad de la liquidación de sociedades y adjudicaciones a los socios (artículo 214, CF, t.o. 1996).

Corresponde tener presente que antes de ahora esta dependencia sólo se expidió sobre la ausencia de gravabilidad del acto puntual de transferencia del dominio a la fiduciaria a los efectos de constitución del patrimonio de afectación. El fideicomiso como operación única y globalmente considerada reviste el carácter oneroso, estimándose procedente la aplicación del tributo en el momento de la adjudicación.

III. Conclusión

Como corolario de lo expuesto, se concluye que la operación de fideicomiso que da cuenta el presente mediante la cual, una vez cumplido el cometido de su constitución, la sociedad fiduciaria adjudica las unidades funcionales reviste carácter oneroso, y se halla por lo tanto alcanzada por el impuesto de sellos.

Tomando como criterio orientador las disposiciones de la norma mencionada (artículo 214), se deberá ingresar 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, aplicándose una alícuota del 40 por mil (40‰) conforme lo fija la ley impositiva en curso.

Con lo informado, se eleva el presente a consideración de la superioridad, a fin de que, de coincidir con el criterio expuesto, se notifique al escribano actuante.

BIBLIOGRAFÍA

Ley Nº 24.441. Boletín Oficial del 16/01/95.

Ley Nº 25.063. Boletín Oficial del 30/12/98.

Decreto Nº 780/95. Boletín Oficial del 27/11/95.

Decreto Nº 254/99. Boletín Oficial del 22/03/99.

ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS. DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA. Biblioteca electrónica. Página web www.afip.gov.ar.

BARBIERI, Javier. Modalidades contractuales del fideicomiso. Revista Impuestos, Editorial La Ley, Tomo LVIII-B, págs. 2767 a 2762.

BRANDI, Nelly A, Taiana de, y **LLORENS**, Luis R. El fideicomiso y la relación jurídica subyacente. Revista Jurisprudencia Argentina, Tomo 1996-A, págs. 1417 a 1423.

BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civíl. Novena Edición, actualizada. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

CARREGAL, Mario A. Fideicomiso en garantía. Lícito y necesario, La Ley 2000-E, pág. 948.

CARREGAL, Mario A. El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas. Universidad, , Buenos Aires, 1982.

CASANOVA DE CABRIZA, Alicia Nora. El principio de inmunidad fiscal del Estado. Boletín de la AFIP Nº 43, Buenos Aires, febrero de 2001, págs. 163/182.

CASTRO HERNÁNDEZ, Manuel. Consideraciones sobre el fideicomiso en la ley 24.441. El Derecho, 168, págs. 1188.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES. Resoluciones Generales Nros. 290/1996 368/2001.

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE CAPITAL FEDERAL. COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE CONTABILIDAD. Tratamiento contable del fideicomiso. Informe Nº 28. Buenos Aires, agosto de 1997.

CORTIGIANI, Pablo y **VENNERI,** Ariel Hernán. . Los negocios fiduciarios. Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, XXVI Jornadas Tributarias. Mar del Plata, Noviembre de 1996.

DAMIANI, Marina V. La figura del fideicomiso y su tratamiento tributario. Los fideicomisos de garantía y el impuesto de sellos. Editorial La Ley, Periódico Económico Tributario, noviembre de 20004, La Ley On Line.

DE ARESPACOCHAGA, Joaquín. Trust y fiducia, Ediciones Marcial Pons, 2º Edición, Madrid, 2000.

DE MIGUEL PEREZ, Luis. Objetivo: sin fronteras fiscales. Los paraísos fiscales y la inversión extranjera en España. Editorial Tex Nova, 2º Edición, Valladolid, 1995.

DÍAZ, Vicente Oscar. Impuesto de sellos. Editorial Errepar, Segunda Edición, Buenos Aires, 2004.

FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, 1997.

FREIRE, Bettina Verónica. El régimen tributario del fideicomiso analizado a partir de su realidad jurídica y económica. Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, XXVI Jornadas Tributarias. Mar del Plata, Noviembre de 1996.

FREIRE, Bettina Verónica. El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 1997.

FROHLICH, Juan y **ANDRADE,** Jorge. Fideicomiso. Aspectos jurídicos y tributarios. Editorial Errepar, Revista Doctrina Tributaria, Buenos Aires, Mayo de 1996.

GIRALDI, Pedro Mario. Fideicomiso (Ley 24.441). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

GAMES, Luis M., y **ESPARZA**, Gustavo A. Liquidación del patrimonio en Fideicomiso, JA 1998-III, págs..

GOLDSCHMIDT, Roberto. Trust, fiducia y simulación. Revista jurídica La Ley, Tomo 67, págs. 777 a 786.

GOTLIB, Gabriel. Nuevos instrumentos financieros. Valletta Ediciones SRL, Buenos Aires, 1995.

HANSEN, Leonardo Hugo. Tratamiento tributario. Fideicomisos financieros. Editorial Macchi, Buenos Aires, 2000.

HANSEN, Leonardo Hugo. Análisis fiscal de instrumentos de financiación "no tradicionales". Fideicomisos financieros sin ocurrencia a la oferta pública. Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, XXIX Jornadas Tributarias, Comisión Nº 2, Mar del Plata, Noviembre de 1999.

HAYZUS, Jorge R. Fideicomiso. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

ITURBIDE, Gabriela. El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios. JA 1998-III, págs. 814/823.

JARACH, Dino. El hecho imponible, Ediciones Depalma.

KENNY, Mario Oscar. Titulización y fideicomiso financiero. Editorial Errepar, Buenos Aires, abril de 2002.

KIPER, Claudio. Régimen jurídico del dominio fiduciario. Editorial La Ley, Buenos Aires.

KIPER, Claudio M., y **LISOPRAWSKI**, Silvio V. Tratado de Fideicomiso, Ediciones Depalma, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 2004.

LASCALA, Jorge Hugo. Práctica del fideicomiso. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

MALUMIÁN, Nicolás., **DIPLOTTI**, Adrián, y **GUTIÉRREZ**, Pablo. Fideicomiso y Securitización. Análisis legal, fiscal y contable. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

MANTILLA, Fernando R. "Una introducción al fideicomiso". Revista Jurídica La Ley, Tomo 1995-B, págs. 788 a 799.

MANTILLA, Fernando R. "El fideicomiso financiero". Revista Jurídica La Ley, Tomo 1995-D, págs. 1103 a 1116.

MÁRQUEZ, José F. Notas sobre el fideicomiso con fines de garantía., Jurisprudencia Argentina, Editorial La Ley, Nº 6223, del 06/12/2000, pág. 10.

MARTÍN, Julián Alberto. Tratamiento impositivo de operaciones financieras. Capítulo X. KPMG, Buenos Aires, Junio de 1999.

MARTÍN, Julián Alberto. Fideicomisos. Situación actual. Editorial Errepar, Revista Doctrina Tributaria Nº 232, Buenos Aires, Julio de 1999.

MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz. Tratado teórico práctico de fideicomiso, Colegio Notarial de Mendoza, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

MAVRICH, Ana Ingrid. El patrimonio separado creado por la ley 24.441 para los bienes fideicomitidos. Trabajo publicado en el libro "Tratado teórico práctico de fideicomiso", Tomo II. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

MEDINA, Graciela, y **MADERNA ECHEGARAY**, Horacio. El fideicomiso testamentario en el proyecto del Código Civil de 1999. Su relación con la legítima y la protección de incapaces. , JA 1999-III, págs. 1065/1068.

MELZI, Flavia I., **SCHNEIR,** Alejandra y **DIAZ,** Vicente O. Conceptualización del sujeto tributario en el contrato de fideicomiso. Aproximación doctrinaria y positiva. Editorial Errepar, Revista Doctrina Tributaria Nº 206, Buenos Aires, Mayo de 1997.

MICHELSON, Guillermo. Ley de fideicomisos. Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1970.

MOLAS, Liliana. El fideicomiso. Análisis jurídico y tributario. Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, XXVI Jornadas Tributarias. Mar del Plata, Noviembre de 1996.

MOLAS, Liliana. Planes de retiro a medida que son armados como fondos fiduciarios. Diario El Cronista Comercial, Suplemento Economía y Política, 28 de octubre de 2004.

MOLINA DE ALEVA, Marcela. Fideicomiso público. Trabajo publicado en el libro "Tratado teórico práctico de fideicomiso", Tomo I. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

PALIAFITO, Gladis Josefina. Fideicomiso financiero. Trabajo publicado en el libro "Tratado teórico práctico de fideicomiso", Tomo I, Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

PÉREZ HUALDE, Fernando. El fideicomiso de garantía y las posiciones del negocio fiduciario en la ley 24.441. Trabajo publicado en el libro "Tratado teórico práctico de fideicomiso", Tomo I. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

PORTO, José Manuel. Fuentes de financiación. Editorial Osmar Buyatti, Primera Edición, Buenos Aires, 2004.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Su significación en América Latina. Biblioteca Felaban, Bogotá, 1990.

SEMIRAZ Daniel. Estructuras posibles para el diseño financiero de operaciones de titulización en Argentina. Editorial La Ley, Revista Impuestos, Tomo LV-A, págs. 1627 a 1637.

SOLER, Osvaldo H. El impuesto de sellos. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.

TORRES CAVALLO, Javier. Fideicomiso de garantía. Trabajo publicado en el libro "Tratado teórico práctico de fideicomiso", Tomo II.. Editorial Ad-Hoc S.R.L., Segunda Edición, primera reimpresión, Buenos Aires, noviembre de 2002.

VERÓN, Carmen Stella. Un nuevo ente contable llamado fideicomiso, Revista Enfoques, Editorial La Ley, año 2000, Nº 424, La Ley On Line.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. Títulos valores y valores negociables, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

VILLEGAS, Héctor B. Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario, Séptima Edición, ampliada y actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1996.