

**“Fideicomiso vs. Fiduciario como sujeto fiscal. Implicancias tributarias.  
Neutralidad en la transferencia”**

**Área:** Tributaria

**Tema:** Impuesto a las Ganancias. Ausencias en la ley que debieran solucionarse.

**XIX CONGRESO NACIONAL DE PROFESIONALES EN CIENCIAS ECONÓMICAS-BICENTENARIO DE  
LA CREACION DE LA BANDERA 1812/2012**

Mendoza, Argentina 17/18/19 de octubre de 2012

**Consejo Profesional de Ciencias Económica de Mendoza**

**Autor:**

**Armando Morón – [am@estudiosantamaria.com](mailto:am@estudiosantamaria.com) – 0261 – 4297108**

**Gilberto Santamaría – [gs@estudiosantamaria.com](mailto:gs@estudiosantamaria.com) – 0261 – 4297108**

**Colaboración:**

**Mario Comellas**

**Jaled Osman Hadid**

## **INDICE**

**“Fideicomiso vs. Fiduciario como sujeto fiscal. Implicancias tributarias. Neutralidad en la transferencia”**

**1.-INTRODUCCION...1**

**2.-EI FIDEICOMISO LATINOAMERICANO...3**

**2.1.-Antecedentes...3**

**2.2.-Caracterización ...10**

**3.-DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS...12**

**3.1.-Clasificación tripartita de los contratos...12**

**3.2.-Actos de Destinación vs Actos de Atribución Patrimonial...15**

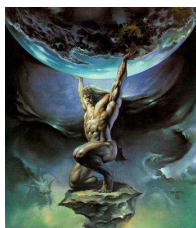
**4.-RÉGIMEN DEL PATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL...17**

**4.1.-Patrimonio como atributo de la Personalidad vs Patrimonio Autónomo...17**

**5.-CONCLUSIONES...26**

**6.-CITAS BIBLIOGRÁFICAS...30**

**“Fideicomiso vs. Fiduciario como sujeto fiscal. Implicancias tributarias. Neutralidad en la transferencia”<sup>1</sup>**



*«-Si viese usted a Atlas, el gigante que sostiene al mundo sobre sus hombros, si usted viese que él estuviese de pie, con la sangre latiendo en su pecho, con sus rodillas doblándose, con sus brazos temblando pero todavía intentando mantener al mundo en lo alto con sus últimas fuerzas, y cuanto mayor sea su esfuerzo, mayor es el peso que el mundo carga sobre sus hombros- ¿Qué le diría usted que hiciese: -Que se rebele.» -Ayn Rand (Referencia: [Ayn Rand, La Rebelión de Atlas](#))<sup>2</sup>*

## **1.-INTRODUCCION**

Queda claro que la cita hace referencia al gran peso que van soportando sobre sus espaldas los contribuyentes ante el avance fiscal, de ello dan cuentas los recientes fallos de nuestro Tribunal Supremo tendientes a sostener la relación tributaria como relación jurídica, donde estado y contribuyente se encuentran en un pie de igualdad frente a la ley.

En tal sentido consideramos que la interpretación que la AFIP está haciendo con relación al Instituto Jurídico “Fideicomiso” a los fines de enmarcar tributariamente la transferencia de bienes (adjudicación) de Fiduciario a Fideicomisario (destinatario final de los bienes, en nuestro caso fiduciantes/beneficiarios) en el fideicomiso inmobiliario de construcción al costo<sup>3</sup> como que quien adjudica ya no es el dueño en interés ajeno, Fiduciario, sino el patrimonio fiduciario como un tercero ajeno a la relación jurídica fiduciante/fiduciario. Ello no importa más que un exceso en las facultades normativas por parte de la AFIP en tanto se está creando un sujeto tributario allí donde no lo hay, se está imponiendo el pago de tributos allí donde no ha nacido hecho imponible alguno, en tanto no existe diferencia fáctica entre la construcción al costo bajo Sociedad Civil (Dict 88/01) con la construcción al costo utilizando el contrato de fideicomiso como vehículo para aislar un activo en cabeza del Fiduciario como patrimonio separado.

Al efecto se sostiene que no se ha dictado, a la fecha, ninguna norma que imponga específicamente tal calidad al mencionado patrimonio fiduciario. Para ratificar tal conclusión interpretaremos el contenido y alcance del art. 69 inc. a) apartado e) de la

<sup>1</sup> Agradecemos la colaboración de los abogados Mario Carregal, Silvio Lisoprawsky y Manuel Gómez de la Lastra en los aportes doctrinarios y comentarios sobre las tesis sostenidas en el presente trabajo.

<sup>2</sup> © Apocatastasis.com: Literatura y Contenidos Seleccionados

<sup>3</sup> Salvo fraude de ley conforme art. 15 Ley 24.441.

Ley del Impuesto a las Ganancias y su relación con la Ley de Fideicomiso 24.441 y art. 2662 del Código Civil, como así también con las disposiciones del mencionado cuerpo legal en cuanto dispone el principio de personalidad del patrimonio (no existe patrimonio que no sea atribuido subjetivamente a una persona)

Crear sujetos pasivos bajo interpretación normativa vía dictámenes o resoluciones, imponer el pago de tributos allí dónde no ha nacido hecho imponible alguno, pues no es propio del Estado de Derecho. Ello no obsta sostener que, efectivamente, no se ha creado un "sujeto fiscal" en el art 69 inc. a) ap. e) de la LIG en tanto el fideicomiso es un contrato como lo es la locación, compraventa, etc., es así que si la normativa en análisis hubiera gravado a dichos contratos en el mencionado artículo, nadie sostendría que se ha creado un sujeto fiscal llamado compraventa o locación, en virtud de ello tampoco podemos decirlo respecto del fideicomiso, que, como se expuso, es un contrato. Ahora bien, ello no importa que, efectivamente, quien soporte la carga tributaria sea el Fiduciario, no el fideicomiso, no el patrimonio fiduciario que no existe *per se*, tal como se expondrá infra, en tanto el Fiduciario es quien debe tributar la renta q genera el patrimonio fiduciario (cuya propiedad -dominio- pertenece al fiduciario). Ello es muy distinto a sostener q se ha creado un sujeto fiscal llamado "fideicomiso", ¿de dónde surge tal conclusión si ni en el debate parlamentario ni en la exposición de motivos de la ley 25.063 q modifica el mencionado art 69 dice nada al respecto?. No existe una sola referencia en ellos que haga alusión a la creación de un sujeto fiscal tal como lo hace el art. 2º de LIG con las sucesiones indivisas o el art. 4º inc. g) LIVA con las UTE..

El hecho de considerar que quien ingresa el tributo en el Impuesto a las ganancias (art. 69 inc a) apartado e) LIG) sea el Fideicomiso (imposibilidad jurídica) o el Fiduciario no tiene mayor relevancia más allá de lo jurídico en tanto el tributo se ingresa tal como lo impone la ley.

Ahora bien, no podemos sostener que quien transmite la propiedad de las unidades en el Fideicomiso de Construcción al Costo es el Patrimonio Fiduciario en tanto por imperio de la ley 24441 y art. 2662 CC el titular dominial es el Fiduciario (basta ver una escritura traslativa de dominio).

Asimismo se abordará el estudio sobre la naturaleza jurídica de la transferencia de la propiedad fiduciaria tanto a su constitución como a su extinción, en tanto es un tema ya tratado por la doctrina nacional y extranjera hace más de 70 años reconociendo la existencia de contratos neutros, incoloros o indiferentes, con claros efectos en el tratamiento tributario del Fideicomiso.

En virtud de ello consideramos esencial conceptualizar lo que la buena doctrina entiende por Fideicomiso, analizar el régimen del patrimonio y la clasificación de los contratos en nuestro Código Civil para luego concluir si son acordes a derecho o no las conclusiones que arriba parte de la doctrina o bien la AFIP a través de su resoluciones y dictámenes.

## **2.-EI FIDEICOMISO LATINOAMERICANO**

El tema que se desarrollará a continuación no es nuevo en el derecho. Efectivamente en oportunidad de tratar la naturaleza jurídica de la transferencia de la *propiedad fiduciaria* en el año 1998<sup>4</sup> y al tocar el mismo tema en 1999, en la obra colectiva “Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso”<sup>5</sup> se siguieron los lineamientos establecidos por Spota, en su Tratado de los Contratos, quien citando al autor italiano Luigi Cariota Ferrara distingue entre contratos onerosos, gratuitos y **neutros o incoloros**. En la obra del citado autor, ya en el año 1936, se practicaba esta disquisición para explicar la naturaleza jurídica de la transferencia de la *propiedad fiduciaria*.

Al parecer, para algunos el *fideicomiso* salió a la luz a partir de la ley 24.441, sin tener en cuenta la práctica jurídica en el derecho continental europeo, los más de 80 años del llamado “fideicomiso latinoamericano”, originado en el proyecto de Alfaro en Panamá en el año 1920, en los 2.000 años de vida desde su concepción en el derecho romano o los ya mil años de práctica en el derecho consuetudinario anglosajón o common law.

Aclarado lo expuesto, se procederá a dilucidar la naturaleza jurídica de la transferencia de la *propiedad fiduciaria*, que se materializa a través de un *contrato de fideicomiso*, de la mano de la buena doctrina.

### **2.1.-Antecedentes**

La irrupción del *fideicomiso* en Latinoamérica ocurrió, a principios del siglo XX, a través del contacto de hombres de negocios y juristas, tanto mejicanos como

---

<sup>4</sup> **Santamaría, Gilberto León**, disertación sobre “*Tratamiento Normativo e Impositivo de las operaciones financieras*” organizado por el Institute for Internacional Research, Alvear Palace Hotel, 28 y 29 de septiembre de 1998.

<sup>5</sup> Santamaría, Gilberto León y ot. (co-autor), pág. 169, punto 3. “*La transmisión Fiduciaria ¿es un acto a título oneroso o gratuito? ¿o bien debemos considerarlo un acto de naturaleza especial?*”, Ed. Ad Hoc, primera impresión 1999 - segunda impresión, febrero de 2.000.

estadounidenses, en los que se había despertado el interés por la utilización la figura del *trust* anglosajón, vigente hace siglos y de demostrada utilidad práctica.

Ciertos elementos básicos de este instituto fueron incorporados, pragmáticamente, en diversos ordenamientos jurídicos de la región, instituyendo con el nombre de *fideicomiso* a una figura que reviste *las características propias de una nueva configuración* de indudable valor, pero que, como su par anglosajón, es compleja y, por si fuera poco, multifacética.

Fue a partir del proyecto del jurista panameño Dr. Ricardo J. Alfaro (1920), que tomara algunos elementos del *trust* y muy especialmente su sentido, que Panamá se convirtió en 1925 en el primer país que legisló el *fideicomiso*, con una característica geográficamente propia.

Desde ese momento, comenzó a expandirse en los demás países del área, incorporando a su plexo normativo y bajo el nombre de *fideicomiso*, a la figura del *trust* anglosajón, confiriendo al fiduciario *la gestión* de los bienes, que le fueran transferidos en propiedad fiduciaria, en beneficio de quien se acuerde con el *fiduciante*. Esto, con el claro objetivo de brindar la mayor seguridad jurídica a las partes intervinientes, acotando su riesgo, tal como se lleva a cabo en los países que hacen un culto de la práctica de la figura. A punto tal, que se ha sostenido que el *trust* es más importante que el té, para el diario quehacer de los ingleses o que el baseball para el de los norteamericanos<sup>6</sup>.

Asimismo, debe puntualizarse que el *trust* es primordialmente una figura propia de un sistema legal de una nación y sólo puede ser comprendida si se la compara con aquellas similitudes que surgen de cada sistema legal, como es el caso de aquellos que se basan en el desdoblamiento de la propiedad en legal y equitativa.<sup>7</sup>

En ese orden de ideas, debe destacarse que Ricardo J. Alfaro, entre las críticas que se le efectuaron, acogió especialmente la efectuada por el jurista argentino Dr. Horacio Duncan Parodi<sup>8</sup>, referida a la equivocada utilización de la noción de mandato para transmitir la propiedad de bienes a un fiduciario, admitiendo que el símil por él usado

---

<sup>6</sup> Lyons, Timothy: "International Guide to the Taxation of trusts", pag. 25, International Bureau of Fiscal Documentation, 1999.

<sup>7</sup> Idem: pag. 11.

<sup>8</sup> Informe a la VII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados,

podía sustituirse por *un contrato, un contrato sui generis, un acto irrevocable, un acto jurídico* o simplemente *un acto*<sup>9</sup>.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación que el *trust anglosajón* presupone la existencia de un derecho de propiedad ajustado a la ley formal (*common law*) y otro con sustento en el derecho de equidad (*equity*).

Ello implica una distinción entre "*propiedad legal*" y "*propiedad equitativa*", lo cual hace a la particular naturaleza del instituto y supone que, sobre una misma cosa transmitida a un *trustee*, existan contemporáneamente *dos dueños*, uno *legal* y otro *en equidad*.

No se trata de un acto jurídico creado por leyes especiales, sino de una de las modalidades de la propiedad regida por el derecho civil en general, constituyendo la entrega al fiduciario en sí misma la *correlación* necesaria con la obligación de este último de poseerla a favor de un tercero.

Para más, debe recordarse que, en los contratos del derecho angloamericano, existe la institución de la *consideration* que requiere, *para que la obligación de los contratantes sea efectiva* que, a cambio del compromiso contraído por una parte, se otorgue a la otra una *compensación correlativa*, de lo contrario se estaría frente a una *obligación unilateral gratuita*, no exigible conforme al derecho angloamericano.

Ordinariamente, la transmisión de un bien para que el que lo recibe y conserva en provecho de un tercero, entraña en el derecho angloamericano un acto de *fideicomiso*, que es ejecutado por los procedimientos de los tribunales de equidad, *pero cuando el traspaso tiene por objeto la venta de una cosa para entregar el producido a un tercero*, a título oneroso o gratuito, se está frente a una *estipulación común y corriente* a favor de ese tercero, que no reviste el carácter de *fideicomiso*, sino el de una obligación regida por el derecho común y no por el derecho de equidad<sup>10</sup>.

Para más, puede mencionarse aquí al Profesor George L. Gretton, catedrático de la Universidad de Edimburgo, quien expresa en un singular artículo<sup>11</sup> que, para un analista que la compare con otras, la figura es problemática por dos razones. La primera, porque en el caso no cabe aplicar el principio moderno del derecho

<sup>9</sup> Batiza, Rodolfo: "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", pag 158 nota 245, Editorial Jus, Méjico 1995.

<sup>10</sup> Rabasa, Oscar; "El Derecho Angloamericano", pags.295 y ss., Ed. Porrúa, Méjico,1992

<sup>11</sup> Gretton, George L.: "Trusts Without Equity", The International and Comparative Law Quarterly, pags. 599 y ss, Volúmen 49, 2000.

comparado de "*cotejar más la función que la forma*" <sup>12</sup> ya que, en el caso del *trust*, la inaplicabilidad de tal regla se ve imposibilitada debido a la multiplicidad de funciones que lo caracteriza, ya que no tiene una única "*función*" sino que cuenta con la variabilidad y flexibilidad propios de una idiosincrasia pragmática, que permite adecuar este instituto a distintos supuestos, formas, expresiones y finalidades.

El arco de posibilidades en su empleo va desde lo *individual* a lo *colectivo*. Ni siquiera está limitado al derecho privado, pudiendo existir en el derecho público, orillando el límite entre lo público y lo privado. La segunda, debido a que existe una opinión generalizada que considera al *trust* una especie singular de la tradición del *common law*, particularmente en aquello que se refiere a la *dualidad del derecho de propiedad*, mencionada precedentemente, lo cual hace a la esencia del instituto y lo torna en algo *misterioso* o difícil de concebir para la doctrina *civilista tradicional*.

Esto es imposible de analizar y comprender desde una postura dogmática o por medio de una óptica que unifique en forma simplista lo que es complejo y variable. *Que algo tenga elementos comunes, no implica que en la variedad sirva la misma explicación o solución a los problemas que presenta cada especie en particular dentro del género.*

Paradójicamente y para mayor sorpresa de su lector, Gretton sostiene que es en el derecho escocés, en el que es posible encontrar la figura desde el siglo XVII, donde se ha integrado exitosamente la misma, apartándose del esquema anglosajón, dentro del más puro concepto de propiedad en el derecho civil. El derecho escocés radica la propiedad en el *trustee* y califica el derecho del *beneficiario* simplemente de *personal*.

El *fideicomiso latinoamericano* y el *trust* tienen en común la transmisión del derecho de propiedad de los bienes a un *fiduciario* en el primero, *trustee* en el segundo, siendo el mismo, en las dos hipótesis, un *dueño* en interés ajeno.

En el caso del *fideicomiso latinoamericano*, el *fiduciario* es **dueño exclusivo** de los bienes que se le transmitan, durante el *lapso o condición* acordado a esos efectos con el *fiduciante*, siendo el *beneficiario* sólo el titular de un derecho personal contra aquél.

Ahora bien, en la región pueden encontrarse dos grandes corrientes legislativas, vinculadas con la titularidad de la *propiedad fiduciaria*: a) el *fiduciario propietario* y b) el *fideicomiso propietario* (caso ecuatoriano), siendo la primera la que está generalizada en el continente.

---

<sup>12</sup> Gómez de la Lastra, Manuel y Goldenberg, Alicia: "Fondos de Inversión Directa y Fideicomiso", pags. 17 y ss., Editorial "La Ley", 2003.



En el *Fiduciario Propietario*, el *fiduciante* transmite al *fiduciario* la propiedad de los bienes, observando las formalidades correspondientes, que le sean propias a su naturaleza y según el caso, para que éste, como dueño, los administre, en beneficio del propio *fiduciante* o de un tercero <sup>13</sup>.

Con relación a la primera corriente, Batiza sostiene que el efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso *no puede asimilarse a la transmisión tradicional del derecho de propiedad*, la que se produce, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la *compraventa, la permuta o la donación*.

En el fideicomiso, por principio, la transmisión de propiedad se realiza para el solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir con el fin que se le encomienda o encarga. Por eso decía Alfaro, citado por Batiza, que el *fiduciario* no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una *propiedad fiduciaria*, es decir que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso <sup>14</sup>, sin por ello dejar de ser reconocido como dueño, en tanto es la consecuencia inmediata de la transferencia del dominio fiduciario (art 2.662 CC y art. 1º cc y ss de la Ley 24.441).

Es más, Carlos F. Dávalos Mejía puso en evidencia, en la conferencia VII Colafi-Felaban de 1997, la existencia de prácticas inadecuadas con el instrumento, especialmente en la transmisión de los bienes al fiduciario que, en muchos casos guardaba la apariencia formal y externa de un fideicomiso, pero que en la práctica no lo era, debido a que se había procurado bajar costos, forzando la figura <sup>15</sup>.

Por ello es que, este prestigioso jurista mejicano afirma que, previamente a 1994, se abusó del fideicomiso, entendiendo con ello que el abuso no consiste en usar muchas veces lo que sea, sino que se lo utilizó ***para algo para lo que no fue diseñado o para lo que no tiene vocación o habilidad***.<sup>16</sup>

Dicho abuso no obedeció a la falta disciplina o creatividad de los fiduciarios, sino a que el fideicomiso nunca había sido puesto a prueba en los tribunales, como ocurriera

---

<sup>13</sup> Respecto de la segunda corriente, cabe destacar la existencia de un único caso que es el de Ecuador (artículos 109 y 119, Ley de Mercados de Valores de 1998) y que adopta la *teoría y práctica* de Lepaulle, consistente en que el *trust* sea una persona jurídica y el *trustee* su representante o gerente (vid. González Torre: "El Fideicomiso", Guayaquil, 1996 y Peralvo, Juan Carlos XIV COLAFI, Quito 2004).

<sup>14</sup> Batiza, Rodolfo: op. cit. pag. 165.

<sup>15</sup> Lisoprawski, Silvio y Kiper, Claudio: "Tratado de Fideicomiso", pag. 217, Lexis Nexis, 2003.

<sup>16</sup> En la práctica comercial observamos la existencia de sociedades anónimas donde el 99,9% pertenece a un socio y el 0,1% al otro socio, no por ello abominaremos del régimen de sociedades anónimas cuando se detecte el uso abusivo de la figura.

durante la época de la denominada "*crisis del tequila*" en México, experiencia que aún no se ha vivido en la Argentina.

Por otra parte, y tomando palabras de Dávalos Mejía que, *mientras cualquier figura no sea impugnada o reciba sentencia*, en nuestro caso, Fideicomiso como Sujeto Fiscal, *todo lo que se haga con o respecto a ella es, desde el punto de vista judicial, teoría, entendiendo por tal, en sentido lato, la idea que no se ha puesto en práctica*<sup>17</sup>.

A partir de 1995, año en que entrara en vigencia la Ley 24.441, el país dispuso de un instrumento para desarrollar negocios fiduciarios de distinta especie, a través de la tipificación del contrato de fideicomiso, como vía instrumental para *la transmisión del dominio fiduciario*, de los requisitos necesarios para la existencia de la convención y particularmente de la "pieza clave" de la figura: *el patrimonio separado* conformado con los bienes fideicomitidos.

Aunque dicha norma fuera sancionada con el principal fin de titularizar activos financieros, especialmente hipotecas para el financiamiento de la vivienda y la industria de la construcción -de ahí el nombre de la citada ley-, la aplicación en la vida económica del país fue mucho más lejos que ese acotado ámbito.

Poco a poco y a través de los últimos años la figura ha tomado un predicamento tal que, como suele acontecer, se la utiliza hasta para alcanzar objetivos para lo cual la misma no resulta aconsejable.

Esto debido a la idea de que se trata de una suerte de "panacea", a la que se la cree aplicable para solucionar todo tipo de cuestiones, con el consiguiente riesgo que, como ocurriera en Méjico, en la mencionada "*crisis del tequila*", las aplicaciones efectuadas sin ton ni son, cuando sean analizadas en los estrados judiciales, se desmoronen como un castillo de naipes, desprestigiando en forma generalizada e injusta, a una figura idónea para el crecimiento de las inversiones productivas, especialmente en el interior del país, tan necesitado de las mismas.

La experiencia mejicana es aleccionadora y por lo tanto cabe pensar que pueden vivirse localmente situaciones semejantes, máxime por tratarse de una figura híbrida, adaptada al derecho continental, de la cual mucho se habla en nuestro medio, pero que es poco conocida en profundidad y conflictiva, especialmente cuando su aplicación no es cuidadosa o su uso abusivo, como suele observarse en el diario quehacer<sup>18</sup>. No obstante ello y porque es propio de la vida que existan excesos o patologías. Valga la

---

<sup>17</sup> Idem, pag. 219, nota 65.

<sup>18</sup> Idem, pag. 219.

comparación con un cuchillo: sirve para cortar pan pero también para herir. Nadie en su sano juicio abominaría de los cuchillos, alegando esta última razón <sup>19</sup>.

No cabe duda que con la sanción de la Ley 24.441 irrumpió en el sistema legal argentino una figura que, por sí misma, produjo una revolución copernicana en el orden jurídico vigente, especialmente en el ámbito de los derechos reales en general y patrimoniales, en particular.

Como tal puede calificarse, entre otras, a las disposiciones referidas al ya mencionado *patrimonio separado* o a la imposibilidad de que los *bienes fideicomitidos* sean agredidos por los acreedores del *fiduciante* o del *fiduciario*.

Pero además, como quedara dicho, en el campo específico de los derechos reales ocurrió que, al modificarse el artículo 2662 del Código Civil, tomó un vuelo desusado y propio, el *dominio fiduciario*.

En cuanto a ello, es digna de destacar **la noción de encargo en confianza (fideicomitium o cometido en confianza)**, en el sentido que el *fiduciario*, ejerciendo dicho *dominio fiduciario*, debe ejecutar ciertos actos en interés del *fiduciante*, el *beneficiario* o el *fideicomisario* o de los tres en su conjunto, según sean las modalidades del negocio y los términos del contrato de fideicomiso. **Al darse una regulación legal al contrato de fideicomiso, el *dominio fiduciario* responde a una causa-fuente “típica”, así como el contrato de compraventa, la donación, la permuta, lo son de la transmisión del *dominio pleno* <sup>20</sup>.**

También otro elemento es “*la confianza*” como *título suficiente (causa)* para que el fiduciario asuma dicho *dominio fiduciario*, lo que significa que aquél no lo recibe ni a *título (causa) gratuito* ni a *título (causa) oneroso*. Explicar el fenómeno no admite una simplificación cómoda. Observaremos que la doctrina italiana ya trata la clasificación tripartita de los contratos desde el año 1936 con Luigi Cariota Ferrara y su obra “El Negocio Fiduciario”, y aún antes, como se observará infra, el jurista Panameño Ricardo Alfaro ya en la década del '20 nos decía que la simplificación de la transferencia de la propiedad fiduciaria a actos oneroso o gratuitos no es suficiente para explicar la figura. De lo expuesto, se colige, que previo a avanzar sobre la naturaleza jurídica de la transferencia de la propiedad fiduciaria y la existencia o no de un *tertus genus* (onerosos, gratuitos, neutros) debemos proceder a su caracterización.

<sup>19</sup> Gómez de la Lastra, Manuel y Lisoprawski, Silvio: "Los trusts sin "equity", fideicomiso y otras misceláneas", Revista Impuestos, pag. 2292, "La Ley", N°19/Octubre 2006.

<sup>20</sup> Lisoprawski Silvio y Kiper Claudio: "Tratado..." op. cit. pag. 184.

## 2.2.-Caracterización

Como ya se dijera, estamos frente a una figura compleja que requiere explicaciones, según cual fuere la configuración que adopte y la perspectiva con que se la observe. Una simplificación no sólo no sirve, porque explica mal, sino que –aún cuando estuviere bien intencionada- termina siendo dañina, al consagrar en el común de la gente una visión simplista equivocada o una verdad a medias. Ya fuere esto por el solo peso de quien la afirma o de donde proviene. Se dice mal, luego se difunde y así se desprestigia o induce a sospecha o dudas acerca del *fideicomiso* y sus, por cierto, beneficiosos efectos para la sociedad en su conjunto.

Acerca de la calificación dual *onerosidad-gratuidad*, modernamente se ha planteado si es suficientemente explicativa para todos los casos y figuras o si acaso hay una tercera categoría que evite la contradicción en el análisis lógico. Es decir, que sirva para explicar realidades complejas.

Así Carriota Ferrara<sup>21</sup>, hace referencia a los contratos neutros, que no se pueden calificar de *gratuitos* u *onerosos* o bien contratos que, según el punto de vista con que se los observe, puedan calificarse de *gratuitos* u *onerosos*. A éstos últimos se los denomina doctrinalmente *incolores* o *indiferentes*. El mismo autor habla de *actos o contratos de destinación*, en los cuales el acuerdo de voluntades tiene por efecto destinar un bien a un fin amparado por la ley, sin que medie atribución patrimonial para alguna o ambas partes.

En consecuencia, el acto o contrato de destinación, aún implicando una enajenación de bienes, no es subsumible en el dualismo *gratuidad-onerosidad*, porque no hay acrecentamiento ni disminución patrimonial.

Si se desconoce esta tercera categoría (como se viene haciendo, sin mayores fundamentos jurídicos), se estaría creando, respecto del *fideicomiso*, un estereotipo que no se compadece con la realidad. De ahí en más, como consecuencia de una percepción inexacta, se generará inseguridad o incertidumbre, con otros efectos tanto o más dañinos, como lo pueden ser regulaciones que, al adoptar aquel *dualismo*, afecten gravemente la figura. Y eso será, sin lugar a dudas, dañoso “a título gratuito”. Por ese motivo se considera que la recepción de la mencionada tesis doctrinal resulta imprescindible.

---

<sup>21</sup> Idem: pags. 444 y 445.

Ya el propio Ricardo J. Alfaro, en los albores del Siglo XX adujo, en contestación a sus críticos, que los términos *gratuito u oneroso* no marcan una división del *fideicomiso* propiamente dicho y que lo que es *gratuita u onerosa* es su administración <sup>22</sup>. Debe insistirse en que la calificación de *oneroso o gratuito de un fideicomiso*, sólo porque el fiduciario reciba o no una retribución, es una simplificación que no resiste el menor análisis.

Es más, nunca debe perderse de vista el otro elemento trascendente, que hace a la constitución del *fideicomiso*, además del propio *encargo* (actos a ejecutar por el *fiduciario* en interés del *fiduciante*, del *beneficiario* o del *fideicomisario*, según las modalidades del negocio acordado) y que es *la confianza*, como *título* de adquisición del *dominio fiduciario*, lo cual es una particularidad específica de la transferencia de la *propiedad fiduciaria* de los bienes involucrados en el pacto de fiducia y que además implica la posibilidad del abuso por parte del *fiduciario*, que es la persona en quien se confía, lo que afirma la característica del *negocio fiduciario* donde el *fiduciante lo juega todo a la pura confianza* <sup>23</sup>.

En el caso del *fideicomiso*, por la índole de la relación, dicha confianza está supuesta por la ley, lo cual agrava la responsabilidad del *fiduciario* <sup>24</sup>.

La pretensión de analizar los efectos de una figura jurídica que, no obstante su vigoroso crecimiento, es novedosa en el derecho positivo nacional, utilizando sólo elementos y criterios que cuentan con más de cien años de vigencia, puede resultar no sólo anacrónica sino peligrosa, tanto para la subsistencia de la figura misma, como para los que la utilizan masivamente a esta altura de la vida económica del país y de la imperiosa necesidad de concretar inversiones productivas, que conlleven a un aumento del empleo genuino para los argentinos.

Ello resulta así, especialmente desde el punto de vista tributario, donde se transforma en sujeto fiscal aquello que no lo es, bajo la invocación de la autonomía del derecho fiscal, que abreva en criterios basados en el excluyente objetivo de mantener en el tiempo una recaudación *superavitaria*, aún a costa de principios jurídicos que tienen indiscutible prelación en la pirámide kelseniana.

No se trata de plantear una antinomia, sino la exigencia de una interpretación *jurídicamente equilibrada*, que guarde el necesario y pleno respeto del orden jurídico, más allá de conveniencias sectoriales, posiciones subjetivas o percepciones parciales.

<sup>22</sup> Alfaro, Ricardo J., citado por Batiza, Rodolfo: op. cit. pag. 181, nota 285.

<sup>23</sup> Lisoprawski, Silvio y Kiper, Claudio: "Tratado....", op. cit. pag. 17.

<sup>24</sup> Idem: pag. 309.

Aunque suene ya gastado de tanta invocación poco atendida, se trata nada más y nada menos que de la tantas veces declamada y tan pocas veces observada *seguridad jurídica*.

Como se puede apreciar de lo hasta aquí expuesto, el contrato de fideicomiso ha tenido una amplia e importante difusión en Latinoamérica. Esto resulta así, porque ello se puede verificar en el desarrollo vivido en los demás países de la región, que lo emplean desde hace décadas y que lo hace una herramienta significativa para el desarrollo económico y social de la misma, que no se puede deteriorar o ensombrecer sin razón.

Siendo como es la historia del *fideicomiso latinoamericano*, que muestra un resultado práctico exitoso, resulta imprescindible requerir el mayor cuidado en el análisis de los principios y fundamentos que inspiraron a los creadores de la figura, en pos de su definitiva consolidación como herramienta idónea para el desarrollo económico y social del país.

Es sabido que la doctrina mayoritaria entiende que la misma se realiza a *título de fiducia*, es decir, se funda en la *confianza* que le inspira el *fiduciario* al *fiduciante*. Ello es lo que motiva a este último a efectuarle a aquél la transmisión de un bien o conjunto de bienes para que cumpla con los mismos el fin de la *fiducia*. No pretende el *fiduciante* obtener *compensación o contraprestación* alguna en ese hecho, ni efectuar una liberalidad en beneficio del *fiduciario*.

Si otra fuera la motivación, si se pactara una *contraprestación* estaríamos ante cualquier otra figura jurídica, **pero nunca un fideicomiso**, como un contrato de compraventa o de cesión, según el caso, pero nunca frente a uno de *fideicomiso*. Más aún: ni la recepción de un certificado de participación por parte del *fiduciante* implica la *percepción de un precio* por la *transferencia fiduciaria*. Simplemente exterioriza el derecho personal del o de los *fiduciantes* respecto del *patrimonio fideicomitado* y los que posee en los resultados de la ejecución de la *fiducia* (en caso de *fiduciante-beneficiario*).

### **3.-DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS.**

#### **3.1.-Clasificación tripartita de los contratos**

Es por todos conocido que en nuestro Código Civil recepta en su articulado diversas clasificaciones de los contratos: unilaterales y bilaterales (art. 1138), consensuales o

reales (art. 1140), nominados o innominados (art. 1143) y onerosos o gratuitos (art. 1139 CC y art. 967 Anteproyecto<sup>25</sup>).

Como consecuencia de ello ocurre que en la realidad el intérprete se encuentra tradicionalmente constreñido a una clasificación dual de los actos jurídicos: son *onerosos o son gratuitos*.

Los fundamentos de la tesis sostenida surgen, no sólo de la práctica profesional, sino de la doctrina que acude en apoyo de nuestra postura.

Ello permite afirmar que la división bipartita que nos brinda nuestra legislación (art. 1.139 del Código Civil.) no es suficiente para explicar todos los actos de la vida comercial y menos aún para ser considerada comprensiva de uno de los presupuesto fundamentales para entender la realidad subyacente en la constitución de un *fideicomiso*.

Ahora bien, como se expuso, la doctrina moderna plantea que frente a la clasificación dual de los contratos en onerosos y gratuitos puede concebirse la existencia de un tercer género (clasificación tripartita) en donde dichos contratos no serían ni lo uno ni lo otro. Es decir que, siguiendo a Cariota-Ferrara<sup>26</sup> y a Spota<sup>27</sup>, si al lado de aquellos existe un *tertium genus*; ello por considerar que determinados actos jurídicos expresados mediante la forma contractual en determinados casos no pueden ser clasificados como onerosos o gratuitos sino **neutros o incoloros o indiferentes**.

Ello resulta así, por no desprenderse del contenido del contrato de fideicomiso la existencia de una ecuación económica-financiera tenida en vista por las partes como expresión de rentabilidad y por ende de ventajas recíprocas (prestación y contraprestación), fundamento de los contratos onerosos o porque no existe un empobrecimiento (donación o liberalidad) de una de las partes, base de los contratos a título gratuito.

---

<sup>25</sup> Anteproyecto Unificación Códigos Civil y Comercial: ARTÍCULO 967.- **Contratos a título oneroso y a título gratuito.** Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas **por una prestación** que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo.

<sup>26</sup> **Cariota-Ferrara**, "El Negocio Jurídico", p. 187, núm. 61 (Monografie de "Il foro Della Lombardia", Studio de Diritto Civile, Commerciale e Prosessuale Civile. Diretti Dai Porff. Francesco Messineo e Marco Tulio Zanzucchi – Luigi Cariota Ferrara Dottore in Giurisprudenza – I Negozi Fiduciari – Transferimento Cessione e Girata. A scopo de Mandato e di Garanzia. Processo Fiduciario. CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani – Padova 1933 – XI). Obra puesta a disposición del abogado Gilberto León Santamaría de la biblioteca personal de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci

<sup>27</sup> **Spota**, "Contratos, I", págs. 152-154

Por más que consideremos la existencia de un empobrecimiento por parte del fiduciante al salir un activo de su patrimonio y no ingresar nada a cambio en concepto de contraprestación (¡¡¡no se debe confundir con el derecho personal que podría obtener a su favor el fiduciante si conserva la calidad de beneficiario!!!), no estamos frente a una transmisión a título gratuito ya que no podremos hablar de donación en razón que no existe acrecentamiento patrimonial del fiduciario, cosa que sí ocurre con el donatario.

Como ejemplo de contratos “*incolores*” o “*indiferentes*” la doctrina cita a la fianza. Como expresión de lo expuesto se observa que si en el contrato de fianza el fiador recibe retribución del acreedor o del deudor, indistintamente, estaremos frente a un contrato a título oneroso y no gratuito, según Salvat; si el que paga es el acreedor, será onerosa, si el que paga es el deudor, la fianza será gratuita, según Borda<sup>28</sup>; para Spota la fianza es gratuita aún cuando el deudor pague alguna retribución al fiador, como en el caso de la fianza bancaria, pues de todos modos constituiría una convención entre acreedor y fiador<sup>29</sup>; finalmente, López de Zavalía distingue varias situaciones. Si la retribución proviene del acreedor, trátase propiamente de fianza o de seguro, es onerosa. Si proviene del deudor, sin perjuicio de tratarse de contrato a favor de tercero, también lo es. Si el fiador no recibe ninguna retribución, debe distinguirse según sea coetánea, anterior o subsiguiente a la obligación principal: si es posterior, siempre es gratuita; si es coetánea o anterior, la solución está en la aplicación del principio de accesoriedad<sup>30</sup>

En definitiva se infiere que, en algunos actos jurídicos, no se puede establecer *a priori* el carácter *oneroso* o *gratuito* de este tipo de contratos, sino que por el contrario se deberá estar a las especiales circunstancias del caso que permitan dilucidar la existencia o no de ventajas recíprocas como expresiones de rentabilidad y de onerosidad y por ende de **enriquecimiento** (circulación de riqueza).

Según Spota, algunos contratos ya no pueden ser clasificados como indiferentes sino como “**neutros**”: el acuerdo de voluntades entre partes distintas a efectos de *destinar* un bien a un fin amparado por la ley (bien de familia –Ley 14.394, arts. 34 a 50, reglamentado por Decreto 2513/60) que se constituye sobre inmuebles urbanos o rurales hasta cierto valor, entre determinados parientes (o entre cónyuges), y que no es pasible de ejecución o embargo, salvo casos de excepción. Dicho autor sigue la

<sup>28</sup> Borda, “Contratos, II”, n° 1839, a.

<sup>29</sup> Spota, ob. Cit. pág. 153 y 155.

<sup>30</sup> López de Zavalía, “Teoría de los contratos. Parte general”, págs. 60-61



terminología de Demogue<sup>31</sup> para denominar a dicho patrimonio como “patrimonio de reserva” en oposición al “activo” o “de lucha”, y continúa diciendo: *pues bien, el contrato por el cual las partes erigen un bien de familia es un contrato neutro, que no se puede clasificar ni de gratuito ni de oneroso.*<sup>32</sup>

### 3.2.-Actos de Destinación vs Actos de Atribución Patrimonial

Como se advierte de la lectura del presente acápite para hablar de *onerosidad* o de *gratuidad* es menester determinar si en el contrato bajo análisis estamos frente a un acto de destinación o de atribución patrimonial, ya que solamente en estos últimos cabe hablar de *onerosidad* o *gratuidad* (compraventa, cesión, permuta, donación, sociedad), aún en aquellos casos en donde no estamos frente a un acto de disposición sino de administración: arrendamiento (oneroso), comodato (gratuito), depósito (gratuito), mutuo (gratuito u oneroso).

Según Cariota-Ferrara, citado también por Spota, el “**acto de destinación**” por oposición al de “**atribución patrimonial**”, resulta ser –se insiste en ello- extraño al dualismo *onerosidad-gratuidad*, no obstante que vaya unido a actos de enajenación. Aparte del indicado convenio para erigir el patrimonio familiar (o bien de familia), también debe indicarse la constitución de bienes dotales, o sea, las donaciones por causa de matrimonio, en cuanto éstas se “destinan” al matrimonio a celebrarse y llevan implícita la condición de que ese matrimonio se celebre o se hubiere celebrado (art. 1248 C.C.), o no se anulare (art. 1240), no otra cosa cabe aseverar con respecto al acto de fundación: la donación efectuada a persona colectiva, aún no existente, pero con el fin de fundarla, resulta válida (art. 1806). Estos contratos neutros, así como los indiferentes e incoloros, no pueden clasificarse ni siquiera como una subespecie de los contratos gratuitos.<sup>33</sup> Como ejemplo de acto neutro cabe hacer hincapié en las reorganizaciones empresarias cuando las empresas que se fusionan pertenecen a los mismos accionistas. Al igual que en la transferencia de la propiedad fiduciaria **es imposible materialmente realizar un acto jurídico oneroso con uno mismo.**

Los argumentos vertidos por Cariota-Ferrara, Spota, entre otros, son concordantes y coincidentes con los contenidos en la legislación de Quebec<sup>34</sup>, en cuanto a la

<sup>31</sup> Demogue, “Les notions fondamentales du droit privé”, págs. 383 y ss.

<sup>32</sup> Spota, ob. Cit. pág. 153.

<sup>33</sup> Spota, ob. Cit. pág. 154

<sup>34</sup> Código Civil de Quebec – año 1991-, Libro Cuarto – Título Sexto – Capítulo Segundo, del Fideicomiso. Traducción del texto oficial en francés por la Dra. Elena Irene Buz. Errepar – DTE – N°194 – Mayo/96 – T. XVI – 1019 y ss.

asimilación de los actos de destinación de bienes a una fundación o a un fideicomiso, como de creación de un patrimonio de afectación<sup>35</sup>.

Lo expuesto es aplicable también a la transferencia de la propiedad fiduciaria del patrimonio del fiduciante al fiduciario, dicho acto no puede ser considerado a título oneroso en razón que el fiduciario no ve aumentado su patrimonio, sino que se crea un patrimonio separado dentro de su patrimonio general. Como se observa, al igual que en el caso en análisis, estamos en presencia de un acto cuyos efectos económicos son neutros en relación con el patrimonio del fiduciario. Ello en razón de la intranscendencia económica de los bienes fideicomitidos con relación a la propiedad no fiduciaria del sujeto, que cumple la función de fiduciario<sup>36, 37</sup>.

Si bien el *pacto de fiducia* puede ser oneroso o gratuito –nos referimos a la retribución del *fiduciario*- esta circunstancia no se debe confundir con la naturaleza de la transferencia de la *propiedad fiduciaria*, que en sí es un acto ajeno a la clasificación dual de los contratos en *onerosos o gratuitos*, con efectos económicos neutros con relación al patrimonio general del *fiduciario*.

La cita efectuada sobre contratos neutros o incoloros tiene por principal objeto demostrar que la clasificación dual de los contratos en onerosos y gratuitos no siempre respeta la verdadera naturaleza jurídica, tributaria y económica de los actos jurídicos, tal como ocurre con la transferencia de la propiedad fiduciaria<sup>38</sup>.

Tengamos en cuenta que el mismo tratamiento como “*acto neutro*” tendrá la transferencia de la propiedad plena del *fiduciario* a la persona designada como *fideicomisario*, al concretarse la extinción del *fideicomiso*.

Trasladando estos principios al ámbito de la *transferencia fiduciaria*, ya vimos al comienzo que el *fiduciante* no percibe *compensación* alguna por ese motivo. No existe, en consecuencia acto oneroso alguno. Simplemente es un acto de asignación patrimonial a un fin determinado que debe ejecutar *el fiduciario*, en función de la *confianza* que despierta en el fiduciante.

<sup>35</sup> **Frolich-Andrade**, “Fideicomiso, Aspectos Jurídicos y Tributarios”, Errepar – DTE – N° 194 – Mayo/96 – T. XVI – 1010/1 ss.

<sup>36</sup> **Santamaría Gilberto** y otros. en obra colectiva: “**Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso**” (Instituto de Derecho Privado del Colegio Notarial - 1999).

<sup>37</sup> **Lisoprawski Silvio - Kiper Claudio M.**: “Tratado de Fideicomiso”, Ed. LexisNexis 2003, pág. 153.

<sup>38</sup> **Gómez de la Lastra; Manuel y Goldenberg, Alicia**: “Fondos de Inversión Directa y Fideicomiso”, Ed. La Ley, 2003, pags. 39 y ss.

Va de suyo que la *contraprestación* es “La prestación a la cual se obliga una de las partes en los contratos bilaterales, para corresponder a lo ofrecido o efectuado por la otra; así el precio frente a la cosa, la remuneración y el servicio”<sup>39</sup>, debiendo consistir dicha *prestación* en una ganancia o provecho material (excluyendo las satisfacciones morales o de conciencia). Todo lo cual dista de estar presente en el *fideicomiso*, cuya esencia es, desde su origen romano o anglosajón, el *fideicomitium* o *cometido en confianza*, concepto este sobre cuya naturaleza se ha explayado extensamente este trabajo.

Así conceptualizado, el acto neutro configura un *tertium genus* al lado de los actos *onerosos y gratuitos*, lo que explica la naturaleza jurídica de la transferencia de la propiedad fiduciaria a la constitución del fideicomiso como a su extinción, teniendo como “causa” de dicha transferencia el contrato de fideicomiso. Analizado lo expuesto ingresaremos en el estudio del régimen del patrimonio en nuestro Código Civil.

#### **4.-RÉGIMEN DEL PATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL..**

##### **4.1.-Personalidad vs Patrimonio Autónomo**

En primer lugar debemos ahondar en el régimen patrimonial del Código Civil en tanto el patrimonio es un atributo de la personalidad, razón por la cual no existen patrimonios autónomos en nuestro ordenamiento jurídico, sí sujetos fiscales con o sin personería jurídica, siempre que una ley haya determinado tal calidad, caso de las UTE en el IVA (art. 4 a continuación inc g) o las sucesiones indivisas (art. 1º Ley del Impuesto a las Ganancias), etc..

Nuestro régimen jurídico sigue la Teoría Clásica del Patrimonio Personalidad (Zacharie, Aubry y Rau) lo que importa que cada patrimonio es atribuido subjetivamente a una persona, no existen *patrimonios autónomos* en nuestro régimen jurídico, en razón de ello sostener que a la extinción del fideicomiso de construcción al costo en el Dict 18/06 que “...a partir de lo indicado se extrae con carácter general que **el fideicomiso es, en cuanto a sujeto pasivo del gravamen, una unidad económica con un fin determinado**, distinta del fiduciario y del fiduciante y que las consecuencias fiscales en el impuesto al valor agregado, resultantes de la operatoria que desarrolla, no pueden considerarse atribuibles a dichos sujetos, **sino al propio fideicomiso**”. “...Sentado ello, debemos reiterar que la transmisión de los inmuebles a los fideicomisarios importa en el presente caso..., un acto jurídico de naturaleza

<sup>39</sup> Ossorio, Manuel: “Diccionario de Ciencias Jurídicas”, pag. 166, Ed. Heliasta, 1992.

onerosa, no resultando consecuentemente de aplicación la jurisprudencia administrativa citada por la consultante –Dictamen N° 88/01 (DAL)”, importa desconocer la neutralidad en la transmisión de la propiedad fiduciaria ya sostenida desde 1933 por el autor Italiano Luigi Cariota Ferrara en su obra *"El Negocio Fiduciario"*<sup>40</sup>, por lo que la transmisión de la propiedad fiduciaria es neutra<sup>41</sup> desde el punto de vista jurídico (si fuera onerosa sería una compraventa y no fideicomiso) y económico (no existe acrecentamiento del patrimonio personal del fiduciario), tema que ya ha sido tratado en otra publicación<sup>42</sup>, no existe contraprestación que importe ganancia como consecuencia de la transferencia de la propiedad fiduciaria.

Como principio se sostiene que los bienes fidecomitados no constituyen un patrimonio autónomo y, por lo tanto, nunca podría ser considerado un “tercero” frente a la relación jurídica fiduciante/beneficiario, y que la única excepción -que confirma la regla- es en Latinoamérica la legislación del Ecuador, a lo que debe agregarse el precedente del Código Civil de Quebec.

Al respecto, y tal como se expuso supra, en América Latina se pueden encontrar dos grandes corrientes legislativas, vinculadas con la titularidad de la propiedad fiduciaria: a) el fiduciario propietario y b) el Patrimonio Fiduciario propietario; la primera es la más generalizada.

En ésta, el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad de los bienes, observando las formalidades correspondientes, que le sean propias a esos bienes y según el caso, para que éste los administre, en beneficio del propio fiduciante o de un tercero<sup>43</sup>.

Con relación a la primera corriente, Batiza sostiene que el efecto traslativo de dominio

---

<sup>40</sup> Cariota-Ferrara, “El Negocio Jurídico” (I Negozi Fiduciari), p. 187, núm. 61 (Monografie de “Il foro Della Lombardia”, Studio de Diritto Civile, Comérciale e Prosessuale Civile. CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani – Padova 1933 – XI).

<sup>41</sup> Actos Neutros: Cariota Ferrara, Luigi, citado por Spota en su “Tratado de los Contratos I” (pág. 152/154). Código Civil Comentado, Anotado y Concordado por Cárdenas, Kemelmajer de Carlucci, Lavallo Cobo y Smith (De las Obligaciones que nacen de los contratos. De los contratos en general, Tº 5, pág. 730). Lisoprawsky Silvio y Kiper Claudio en “Tratado de Fideicomiso” (Ed. Lexis Nexis 2003, pág 153). Ver entre otros: Dictámenes AFIP-DGI: 103/2001 –DAT-, 17/2002 –DAT-, 8/2004 –DAT).

<sup>42</sup> Santamaría, Gilberto León y Gómez de la Lastra, Manuel C. en: “El fideicomiso, los impuestos y un criterio desalentador del crecimiento de la economía real del país”, publicado en PET N° 363 (10/01/07).

<sup>43</sup> Respecto de la segunda corriente, cabe destacar la existencia de un único caso que es el de Ecuador (arts. 109 y 119, ley de mercados de valores de 1998) y que adopta la teoría y práctica de Lepaulle, consistente en que el trust sea una persona jurídica y el trustee su representante o gerente (vid. González Torre: “El fideicomiso”, Guayaquil, 1996 y Peralvo, Juan Carlos XIV COLAFI, Quito 2004).

que produce el fideicomiso no puede asimilarse a la transmisión tradicional del derecho de propiedad, la que se produce, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta o la donación.

En el fideicomiso, por principio, la transmisión de propiedad se realiza para el solo efecto de que el fiduciario pueda cumplir con el fin que se le encomienda. Por eso, decía Alfaro, citado por Batiza, que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una propiedad fiduciaria, es decir, su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso<sup>44</sup>.

La interpretación practicada por los funcionarios fiscales tanto en los dictámenes 18/06 citado, en los dictámenes de la Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social números 8/10 y 9/10, como en la Resoluciones (SDG - TLI) 4, 6 y 11 del 2.011 no son acordes a la correcta hermenéutica en la materia en tanto considera al patrimonio fiduciario como si fuera un patrimonio autónomo del fiduciante y fiduciario, situación que contradice el régimen jurídico del patrimonio en el Código Civil.

En lo que hace a IGMP la **resolución (SDG - TLI) 4/2011** concluye que *"detrás de la figura del fideicomiso inmobiliario **existe onerosidad y propósito de lucro**, en razón de lo cual se entiende que las **unidades que conforman los inmuebles** tienen el carácter de bienes de cambio, **no estando exentas del pago del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta**".* Ello por considerar que el patrimonio fiduciario es un tercero frente a la relación fiduciante/Fiduciario, como si en la realidad jurídica quien transmitiera fuera el patrimonio fiduciario, como tercero ajeno a la relación contractual primigenia, y no el fiduciario.

Al respecto las resoluciones citadas cambian el criterio sustentado por la Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social **Dictámenes 8/10 y 9/10** al sostener que en los fideicomisos de construcción al costo en la medida que no existe diferencia entre costo de construcción y costo de adjudicación no está sujeto a imposición en el Impuesto a las Ganancias considerando que en lo que hace a renta gravada recién se considera que existe con la transferencia del fiduciante/beneficiario a un tercero solo en el caso que exista diferencia entre el valor de adquisición y el valor de enajenación (idem Dictamen DAL 88/01).

---

<sup>44</sup> Batiza, Rodolfo: "El fideicomiso: teoría y práctica", Editorial Jus, Méjico, 1995, pág. 165

Así, conforme Dictamen DI ALIR **9/10** Recién con la enajenación de las unidades por los fiduciarios beneficiarios podrá considerarse que existe una ganancia gravada en cabeza de los mismos, en el caso de existir una diferencia entre el precio de adquisición de dichos bienes y el valor de la enajenación -cfr. Artículos 51, 55 y 59 de la ley-, y siempre que se trate de un sujeto habitualista, de conformidad con lo establecido en el Artículo 2° inciso 1 de la ley de Impuesto, o que pueda considerarse que ha existido una colocación de capital en los términos del Artículo 45 inciso a) de la Ley de Impuesto a las Ganancias -cfr. Actuación N° .../09 (DI .....)

Más allá de lo acertado de las conclusiones de ambos dictámenes en lo que hace a la inexistencia de renta gravada en la adjudicación en el fideicomiso de construcción al costo, no dejan de cometer un grave yerro de interpretación jurídica en oportunidad de entender que el patrimonio fiduciario es un tercero frente a la relación jurídica fiduciante/fiduciario<sup>45</sup>.

Para que un patrimonio con un fin determinado pueda alcanzar el carácter de Sujeto Fiscal como ocurre con las UTE y el art. 4 a continuación inc g) de la Ley de IVA, entre otros, se requiere, por elementales principios de tributación constitucional (Principio de Legalidad) que una Ley determine que tal o cual sujeto, persona física o jurídica, con personería jurídica o sin ella (caso UTE citado) tengan el carácter de sujeto fiscal frente al IVA o Ganancias o el impuesto de que se trate.

Al hablar el art. 4º a continuación del inc g) de la ley de IVA que son sujetos "...Quedan incluidos en las disposiciones de este artículo...o cualquier ente individual..."<sup>46</sup> nos reenvía normativamente al art. 5 inc c) de la ley 11.683 que determina, precisamente, que sólo una ley puede disponer como responsables por deuda propia a "...los patrimonios destinados a un fin determinado cuando sean considerados **POR LAS LEYES TRIBUTARIAS** como unidades económicas para la

---

<sup>45</sup> *Dictamen DI ALIR 8 (13/08/2010): "...Así pues, la ley del tributo coloca como sujeto pasivo, en primer término, al **fideicomiso???**.... y que reviste, en el marco del impuesto a las ganancias, el **carácter de sujeto del impuesto???**... Dictamen DI ALIR 9-2010. (06/09/2010): ...fiduciarios-beneficiarios, a los cesionarios o a terceros, revistiendo todos el **carácter de terceros???** con respecto al fideicomiso.*

<sup>46</sup> Lo expuesto en este párrafo está dirigido a aquellos que pretenden ver en la norma que al referirse a "...cualquier otro ente individual o colectivo..." hace referencia a la existencia de un patrimonio con un fin determinado, y que el patrimonio fiduciario al importar transferencia de bienes con un fin determinado, implica la existencia de un sujeto fiscal en el IVA, sin tener en cuenta que para que exista un sujeto fiscal se requiere la existencia de una norma que así lo disponga, ello en cuanto no existe tributo sin ley, no existe sujeto fiscal sin ley que así lo determine.

atribución del hecho imponible..." No existe una sola norma legal que específicamente determine al patrimonio fiduciario como una unidad económica para la atribución del hecho imponible.

En lo que hace al Impuesto a las Ganancias se sostiene que el "Fideicomiso" es sujeto del impuesto a las Ganancias en tanto el art. art 69, inc. a) punto 6 del Capítulo "Sociedades de Capital. Tasas. Otros sujetos comprendidos" en cuanto determina quienes son los obligados a tributar a la tasa del del 35%, incluyendo, entre ellos, a los "Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante -beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V".

Si la norma bajo análisis dispusiera que son sujetos obligados a tributar a la tasa del 35% las "Locaciones" o "la Compraventa" o, ello importaría que se creó normativamente un sujeto fiscal?, no deberemos interpretar que al ser simples contratos, como lo es el Fideicomiso, sobre quien se genera el hecho imponible será el locador, comprador o fiduciario?

El fideicomiso es un Instituto Jurídico del Código Civil, como lo es la locación o la compraventa que admite dos fuentes, actos inter vivos: contrato, o mortis causa: testamento, o un contrato tal cual lo define expresamente el Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial<sup>47</sup>. Es más, si analizamos la exposición de motivos o el debate parlamentario de la Ley 25.063 (30/12/98) no observamos una sola referencia a que el legislador haya tenido como intención directa crear un sujeto fiscal llamado fideicomiso, en tal caso, debió referirse al patrimonio fiduciario, que es el efecto directo de la transferencia de bienes en propiedad fiduciaria con la salvedad que el dueño de esos bienes es el Fiduciario, no es un mero administrador, es el dueño de los bienes que se transfieren en propiedad por efecto directo de lo establecido en el art. 2662 del Código Civil y Art. 1º de la ley 24.441.

---

<sup>47</sup> Así el CAPÍTULO 30 - **Contrato de fideicomiso** - SECCIÓN 1ª - **Disposiciones generales del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial** dispone en su **ARTÍCULO 1666.- Definición.** *Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.* (Ver CAPÍTULO 30 - **Contrato de fideicomiso** - SECCIÓN 1ª - **Disposiciones generales del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial**).

Tal vez la confusión surja por considerar la Ley del Impuesto a las Ganancias<sup>48</sup> (art. 69 inc a) ap. 7 último párrafo) al Fiduciario, “a los efectos” de los apartados 6 y 7” un mero administrador de patrimonios ajenos en los términos del art 6 in e) de la ley 11.683 que dispone *“Responsables del cumplimiento de la deuda ajena... 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”*, entendemos que el único efecto de este artículo es generar en cabeza del fiduciario la responsabilidad solidaria con relación al patrimonio que administra, yerro normativo en tanto que el Fiduciario es dueño de los bienes transferidos en propiedad fiduciaria por efecto directo de lo previsto en el mencionado art. 2662 del CC y art. 1º de la ley 24.441. Observamos una colisión normativa entre lo previsto en la LIG y la ley 24.441, máxime que su art. 97 expresamente dispone **“Déjase sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley”**, sumando que al modificar la ley 24.441 el art. 2662 del CC estamos frente a una norma de orden público, con todo lo que ello importa. Bajo la mentada autonomía del derecho tributario no podría modificarse las disposiciones sobre dominio del art. 2504, 2661 y 2662 del CC.

En virtud de lo expuesto consideramos que al hacer referencia el art. 69 inc. a) apartado 6) de la LIG a que tributan a la tasa del 35% “los fideicomisos” dispone que, para el caso allí contemplado, quien tributa es el Fiduciario a través del CUIT asignado al efecto, importando un yerro considerar al patrimonio fiduciario como un tercero frente a la relación jurídica fiduciante/fiduciario, como si tal patrimonio fuese un sujeto fiscal, ello en tanto el art. 1º del mencionado cuerpo legal no menciona a los patrimonios fiduciarios como sujetos pasivo del impuesto (referencia al instituto jurídico “fideicomiso”), ni los debates parlamentarios de la ley 25.063 (que modifica el art. 69 LIG disponiendo que los fideicomisos tributan a la tasa del 35%) con lo que la razón de la sin razón de los mencionados dictámenes que consideran al patrimonio fiduciario como un tercero, carece de todo contenido jurídico que le de sustento desde la dogmática jurídico tributaria y constitucional.

Otro yerro en el que se incurre es considerar que el dominio fiduciario del art. 2662 CC es un dominio diferente al dominio revocable del art. 2662 CC o al dominio pleno o

---

<sup>48</sup> “...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, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones...”



perfecto del art. 2507 del CC. La única diferencia estriba en que el dominio puede ser pleno o perfecto o menos pleno o imperfecto (texto art. 2507 CC), pero el derecho real de dominio como aquel en el cual una cosa está sometida a la voluntad y a la acción de una persona no admite distinción. Por lo tanto, al tener el dominio fiduciario de los bienes transferidos en propiedad fiduciaria, el Fiduciario es dueño de los bienes que integran el patrimonio fiduciario aunque limitado en el tiempo y sujeto las cláusulas contractuales.

Efectivamente la misma ley 24.441, en su art. 1º, tipifica el contrato de fideicomiso al definir al instituto<sup>49</sup>, sin que el legislador haya tenido intención alguna de referirse al patrimonio fiduciario como una unidad económica. Cabe señalar que la doctrina pacífica de la Corte Suprema de Justicia en materia de interpretación y aplicación de la ley señala que: “ **La inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por la otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto**” (Fallos, Tº 310, pag. 195, entre otros)

No caben dudas que cuando la ley de ganancias en su art. 69, inc a), ap 6) se refiere al Fideicomiso lo hace en los términos del art. 1º de la ley 24441 que, ni más ni menos, es la norma que *tipifica* al Fideicomiso, introduciéndolo por vez primera y tras largos años de controversias doctrinarias en la materia, en el orden jurídico argentino. Es por ello que no podemos confundir “Fideicomiso” con el “patrimonio fiduciario o fideicomitado”, que es la consecuencia natural de la celebración de un contrato de fideicomiso, al efectuarse la transferencia “*en confianza*” de la propiedad de un bien del fiduciante a un fiduciario, tal como ocurre con la transferencia de la propiedad plena en la compraventa. El fideicomiso es solamente un contrato, como tantos otros que legisla el Código Civil en su Libro II, Sección Tercera, no siendo “per se” y bajo ningún concepto sujeto de derechos, como si lo es el fiduciario, titular del patrimonio fideicomitado, puesto en su cabeza por la “confianza” que éste le inspira al fiduciante.

**Si no existe norma legal** alguna que determine al patrimonio fiduciario como sujeto pasivo en el Impuesto al Valor Agregado (La ley de IVA no lo designa expresamente en todo su articulado), como tampoco lo hace la Ley del Impuesto a las Ganancias en tanto sólo trata el caso, en su art. 1º, de las sucesiones indivisas, bajo qué normativa

---

<sup>49</sup> Art. 1º Ley 24.441: **Habrá fideicomiso** cuando una persona (fiduciante) **transmita la propiedad fiduciaria** de bienes determinados a otra (fiduciario)...

la AFIP-DGI en sus dictámenes y resoluciones fundamenta el carácter de “tercero” del patrimonio fiduciario frente a los adjudicatarios en el fideicomiso de construcción al costo? (ya sea fiduciantes/beneficiarios o fideicomisarios)

No se debe confundir, reiteramos, lo básico o esencial, una cosa es que el fiduciario sea el responsable tributario en el Impuesto a las Ganancias, por ejemplo, cuando el fiduciante y beneficiario sean distintas personas, o siendo éste el mismo sea beneficiario del exterior<sup>50</sup>, y otra cosa sostener que es Patrimonio Fiduciario que se conforma como consecuencia del contrato de fideicomiso suscripto por las partes (mero contrato o vehículo jurídico), sea quien liquida el impuesto o que transfiere la propiedad fiduciaria a la extinción del fideicomiso tal como expresamente dispone el dictamen 18/06 o dan entender los dictámenes DI ALIR 8/10 - 9/0, y las recientes resoluciones SDG-TLE 4/2011 - 6/200 y 11/2011.

Basta con ver una escritura traslativa de dominio fiduciario para constatar que quien transmite es una persona física o jurídica llamado a ejercer como dueño en interés ajeno, es decir, el **fiduciario**, cabe simplemente constatar que en los registros de la propiedad el inmueble transmitido en propiedad fiduciaria se inscribe a nombre de una persona física o jurídica como **fiduciario** y que, a la extinción del fideicomiso, quien transmite la propiedad plena al fiduciante/beneficiario o al fideicomisario es, precisamente una persona física o jurídica llamada **fiduciario** !!!!

Finalmente la simple lectura del art. 1º de la ley 24.441 hecha luz en cuanto el Fiduciario es el dueño de los bienes que se le transmiten en propiedad fiduciaria, efecto principal de la ley 24.441, transmitir la propiedad fiduciaria de bienes desde una persona llamada fiduciante hacia otra llamada fiduciario, basta con leer el art. 97 del mencionado cuerpo legal en cuanto deja “sin efecto toda norma legal que se oponga al contenido de la presente ley”.

Quien transmite la propiedad plena a la extinción del contrato de fideicomiso es el propio fiduciario, *nunca transmite la propiedad el patrimonio fiduciario*, por lo que mal puede ser considerado un tercero frente a la relación original fiduciante/fiduciario o, a la extinción, fiduciario/fideicomisario o fiduciario/fiduciante-beneficiario, por lo que no puede asignarse consecuencias fiscales a dicha transferencia, **ello mientras no exista una ley específica**, que claramente y sin lugar a dudas considere al **patrimonio fiduciario** expresamente sujeto fiscal al cual puedan serle atribuibles

---

<sup>50</sup> Art. 69 inc. a) ap. 6) Ley 20.628 (LIG)

hechos imponible, tal como lo hace el art.1º de la LIG con relación a las sucesiones indivisas o el art. 4 a continuación inc g) de la ley de IVA con relación a la Uniones Transitorias de Empresas.

Al respecto téngase en cuenta lo expuesto por DGI en el dictamen 88/01 de fecha 09/10/2001 con respecto a la construcción al costo bajo la forma de Sociedad Civil, expresa: “***...si la sociedad ha tenido como único fin y razón de ser la construcción del edificio y la adjudicación de cada una de las unidades habitacionales a cada socio, en la medida de los aportes efectuados para solventar el costo de la realización de la obra - es decir, sin el propósito de obtener un rendimiento- para posteriormente disolverse, no se producirán los presupuestos generadores de los hechos imponible que grava el impuesto en cuestión - impuesto a las ganancias -, por lo que no cabrá tributar el mismo...- siempre que el costo de la venta de los mismos condiga con los aportes societarios realizados -,...***”

No caben dudas que en el fideicomiso de construcción al costo los aportes de los fiduciarios son efectuados para solventar el costo de la realización de la obra por parte del fiduciario, hecho que se demuestra con contraponer el costo de construcción por cada unidad con los aportes efectuados por los fiduciarios, salvo fraude a la ley que se deberá determinar en cada caso concreto.

Sostener que no se aplica el Dictamen 88/01 de Sociedad Civil de Construcción al Costo al Fideicomiso de Construcción al Costo, valga la redundancia, por considerar que en éste último caso el que transmite la propiedad a la extinción (adjudicación) al fiduciario/beneficiario es el patrimonio fiduciario y, por ende, un tercero a la relación contractual original, es un yerro desde la dogmática jurídica que debería importar una revisión por parte de los funcionarios firmantes de las resoluciones y dictámenes que tienen al patrimonio fiduciario como un tercero frente a la relación jurídica fiduciario-fiduciario a la extinción del fideicomiso con la consecuente adjudicación de unidades a los fiduciarios/beneficiarios y/o fideicomisarios. Ello conforme los principios que informan nuestro Código Civil, en lo que hace al Patrimonio como atributo de la personalidad y de los principios constitucionales que imponen el principio “No hay Tributo sin Ley” o de la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal cuando declara la inconstitucionalidad de normas en violación a tal principio.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Situación similar a la aquí planteada se dio con el Decreto 780/98 en tanto creaba mediante una norma de rango inferior un sujeto pasivo al disponer que los fiduciarios debían ingresar

En consecuencia de lo expuesto, sostener que en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, como se hace en la Resolución 04/2011 (SDE-TLE), no resultan de aplicación a las inversiones realizadas en la construcción de los mismos las exclusiones y exenciones previstas en el inciso b) del Artículo 12 y en el inciso j) del Artículo 3

de la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta por entender que en a la extinción del fideicomiso de construcción al costo se transmite el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios o eventualmente a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso, como así sostener, como se hace en el Dictamen 18/06 *que el fideicomiso es, en cuanto a sujeto pasivo del gravamen, una unidad económica con un fin determinado, distinta del fiduciario y del fiduciante y que las consecuencias fiscales en el impuesto al valor agregado, resultantes de la operatoria que desarrolla, no pueden considerarse atribuibles a dichos sujetos, sino al propio fideicomiso*, importa tal dislate jurídico como el afirmar que el patrimonio fiduciario es un patrimonio autónomo que existe per se y sin sujeto al cual atribuirle su propiedad, en abierta contradicción a todo nuestro régimen jurídico.

## **5.-CONCLUSIONES**

En razón de lo expuesto se concluye lo siguiente:

1.- La transferencia de la propiedad fiduciaria a la constitución del fideicomiso y a su extinción (fideicomiso de construcción al costo) es un acto neutro que tiene como causa el contrato de fideicomiso.

2.- El patrimonio es un atributo de la personalidad, por ende, todo patrimonio es atribuido subjetivamente a una persona.

3.- La ley admite la existencia de patrimonios separados cuyo titular siempre será una persona física o jurídica:

- La herencia aceptada a beneficio de inventario
- El hogar legalmente constituido (Bien de Familia).

---

como pago único y definitivo el impuesto a la tasa del 35%, violando el principio constitucional de legalidad. (Video Club Dreams del 06/06/95).

- El patrimonio del Quebrado.
- Los bienes constituidos en fideicomiso

4.- El Código Civil Argentino, conforme lo expresado en el punto 2. sigue el principio del patrimonio personalidad, por lo que NO EXISTEN PATRIMONIOS AUTÓNOMOS “per se” (en América sólo en el Ecuador y el Código Civil de Quebec, se admite la existencia de un patrimonio autónomo y *la existencia del fiduciario como un simple administrador*).

5.- No se ha dictado norma fiscal que determine expresamente que el “patrimonio fiduciario” es un patrimonio destinado a un fin determinado susceptible de ser considerado como una unidad económica para la atribución del hecho imponible. Nuestra legislación no comparte la existencia de Patrimonios Autónomos ya que considera inadmisibles que se admita la existencia de derechos en sentido subjetivo y deberes jurídicos, que no estén imputados a una misma persona jurídica, colectiva o física. De modo, que se descarta absolutamente la noción de patrimonio autónomo en el derecho argentino. Ello no obsta que una norma pueda considerar como sujeto fiscal al patrimonio fiduciario, tal como lo ha hecho la ley de IVA en su artículo 4º a continuación del inc. g), último párrafo, con las UTEs; o la Ley del Impuesto a las Ganancias en su art. 1º, con las sucesiones indivisas; dicha norma, a la fecha, no existe, ello sin discutir que el art. 69 inciso a) apartado e) haya puesto en cabeza del fiduciario la responsabilidad del tributo.

6.- Las normas fiscales sólo determinan en cabeza del fiduciario la responsabilidad fiscal en el Impuesto a las Ganancias según el caso que el fiduciante sea o no sea, a su vez, beneficiario del fideicomiso, pero no crea ni determina que el patrimonio fiduciario sea sujeto fiscal, ni la ley de IVA ni la de Ganancias, conforme lo expuesto supra.

7.- No existe diferencia ontológica entre la situación fáctica que se da entre la Sociedad Civil, utilizada como vehículo para la construcción al costo y el Fideicomiso de construcción al costo. En ambos se hacen aportes, en ambos la contraparte (Sociedad Civil o fiduciario) llevan adelante el emprendimiento constructivo, y en ambos, a la extinción, se transfieren unidades directamente de la contraparte a la parte, es decir, en el caso de la Sociedad Civil, de la sociedad al socio, en el caso de utilizar el contrato de fideicomiso como vehículo, del fiduciario al fiduciante/beneficiario. Es por ello que no pueden confundirse los aportes efectuados

por el fiduciante al fideicomiso de construcción al costo para llevar la obra adelante como si fuera el pago de precio o considerar onerosa las transferencias en propiedad fiduciaria, tal como no se lo considera expresamente en el Dictamen 88/01 de fecha 09/10/2001, con relación a la construcción al costo bajo la forma jurídica Sociedad Civil.

Es tal la apetencia fiscal, al igual que la del Dios Moloch de los fenicios, a cuyo vientre hirviendo se suele arrojar, tal como se hacía en la antigüedad, al contribuyente, que los que observamos o analizamos éstas normativas tan sui generis, advertimos, no sin temor republicano, cómo se está dando a la recaudación tributaria, como si tratase de una suerte de fetiche o deidad en sí misma, un valor superior a los derechos y garantías individuales, que emanan de la Carta Magna.

El empresario, inversor, como contribuyente, buscará aquellos vehículos legales que le permitan o bien maximizar su ganancias, o bien reducir el impacto fiscal o bien, simplemente, lograr la aislación del activo, objeto de la inversión, con el único fin de dejarlo a salvo de la acción particular o colectiva de las personas, físicas o jurídicas, llamadas a invertir en tal o cual proyecto de inversión, en nuestro caso, inmobiliario de construcción al costo, sin que ello importe la existencia de maniobras tendientes a evadir el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

El Estado, por un esencial principio de “buena fe”, congruencia, actos propios, no puede dar vida legislativa a cuerpos normativos, como en este caso, la Ley 24.441 “Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, generar toda una reforma legislativa tendiente a dar contenido legal al tratamiento tributario a dispensar al instituto jurídico fideicomiso, y luego, por vía interpretativa, la AFIP-DGI bajo el amparo del principio de realidad económica, tirar abajo todo el andamiaje jurídico sobre el cual sostiene sus bases el fideicomiso, como vehículo para canalizar inversiones hacia la economía real, en el caso bajo análisis, Fideicomiso Inmobiliario de Construcción al Costo, por entender que el patrimonio fiduciario es un tercero frente a la relación jurídica fiduciante-fiduciario, en oportunidad de adjudicar la/s unidades/s que corresponder a las personas llamadas como fideicomisarios (diferencia en tanto el fiduciante puede o no ser el destinatario final del bien a la extinción), sin sustento legal en ningún cuerpo normativo que determine que el patrimonio fiduciario es un sujeto fiscal ante el impuesto de que se trate, ello sin violar el principio de legalidad que informa todo nuestro ordenamiento jurídico y tributario.

Al respecto baste citar la jurisprudencia de nuestros Tribunales en el caso Eunerlian Eduardo<sup>52</sup>, en lo que hace a la elección de herramientas jurídicas tendientes a obtener el menor impacto fiscal o la protección jurídica de los bienes que han de ser objeto de un emprendimiento económico. Al respecto, y en torno al fenómeno de la elusión, economía de opción o ahorro fiscal y sus efectos: *"...Sostenemos que la cuestión, a nuestro juicio, pasa por lo que se ha dado en llamar elusión o economía de opción o ahorro fiscal, que viene a ser el método legal de obrar de tal modo de evitar el hecho imponible o bien resulte una imposición menor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha sostenido que **"cualquiera puede arreglar sus asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible"**; no está obligado a elegir la fórmula más productiva para el Fisco, ni aun existe el deber patriótico de elevar sus propios impuestos, ya que ese proceder no importa violación de la ley, sino impedir el nacimiento de la pretensión tributaria evitando el hecho imponible"*<sup>53</sup>.

Es claro, entonces, que la AFIP-DGI no puede mediante normas de rango inferior, como lo son el Dictamen 18/06 o las Resoluciones (SDG - TLI) 4, 6 y 11 del 2.011, crear un sujeto fiscal, patrimonio fiduciario, sin una norma (Ley) que le sirva de sustento, ello sin violentar los principios constitucionales.

Parecería ser que el Estado, en pos de la recaudación, se va transformando en una entidad substancial dónde los ciudadanos existimos por y para el Estado y no, como manda nuestra Constitución, en una entidad accidental donde el Estado existe por y para los ciudadanos, en tanto practica interpretaciones normativas con el único objeto de cumplir sus metas fiscales.

No olvidemos a Hobbes y su "homo hominis lupus" (el hombre es lobo del hombre) que terminó generando un Leviatán Bíblico (el Estado) para que, en aras de la protección de los más necesitados generó persecuciones con sus consecuencias nefastas al mejor estilo Jacobino en la Revolución Francesa.

El debate está abierto.

---

<sup>52</sup> Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, "**Eurnekian, Eduardo**" - 21/08/2008, en especial fallo Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, fecha 27/09/2010 in re "**Eunerlian Eduardo**".

<sup>53</sup> Ver Soler — Frohlich — Andrade: "Régimen Penal Tributario"— Ed. La Ley — pág. 161.

## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Santamaría, Gilberto León, disertación sobre "*Tratamiento Normativo e Impositivo de las operaciones financieras*" organizado por el Institute for International Research, Alvear Palace Hotel, 28 y 29 de septiembre de 1998.
2. Santamaría, Gilberto León y ot. (co-autor), pág. 169, punto 3. "*La transmisión Fiduciaria ¿es un acto a título oneroso o gratuito? ¿o bien debemos considerarlo un acto de naturaleza especial?*", Ed. Ad Hoc, primera impresión 1999 - segunda impresión, febrero de 2.000.
3. Lyons, Timothy: "International Guide to the Taxation of trusts", pag. 25, International Bureau of Fiscal Documentation, 1999.
4. Informe a la VII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados.
5. Batiza, Rodolfo: "El Fideicomiso, Teoría y Práctica", pag 158 nota 245, Editorial Jus, Méjico 1995.
6. Rabasa, Oscar; "El Derecho Angloamericano", pags.295 y ss., Ed. Porrúa, Méjico,1992
7. Gretton, George L.: "Trusts Without Equity", The International and Comparative Law Quarterly, pags. 599 y ss, Volumen 49, 2000.
8. Gómez de la Lastra, Manuel y Goldenberg, Alicia: "Fondos de Inversión Directa y Fideicomiso", pags. 17 y ss., Editorial "La Ley", 2003.
9. González Torre: "El Fideicomiso", Guayaquil, 1996 y Peralvo, Juan Carlos XIV COLAFI, Quito 2004.
10. Lisoprawski, Silvio y Kiper, Claudio: "Tratado de Fideicomiso", pag. 217, Lexis Nexis, 2003.
11. Gómez de la Lastra, Manuel y Lisoprawski, Silvio: "Los trusts sin "equity", fideicomiso y otras misceláneas", Revista Impuestos, pag. 2292, "La Ley", N° 19/Octubre 2006.
12. Alfaro, Ricardo J., citado por Batiza, Rodolfo: op. cit. pag. 181, nota 285.
13. Anteproyecto Unificación Códigos Civil y Comercial
14. Cariota-Ferrara, "El Negocio Jurídico", p. 187, núm. 61 (Monografie de "Il foro Della Lombardia", Studio de Diritto Civile, Comérciale e Prosessuale Civile. Diretti Dai Porff. Francesco Messineo e Marco Tulio Zanzucchi – Luigi Cariota Ferrara Dottore in Giurisprudenza – I Negozi Fiduciari – Trasferimento Cessione e Girata. A scopo de Mandato e di Garanzia. Processo Fiduciario. CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani – Padova 1933 – XI).
15. Spota, "Tratado de los Contratos, I", págs. 152-154.
16. López de Zavalía, "Teoría de los contratos. Parte general", págs. 60-61
17. Demogue, "Les notions fondamentales du droit privé", págs. 383 y ss.
18. Código Civil de Quebec – año 1991-, Libro Cuarto – Título Sexto – Capítulo Segundo, del Fideicomiso. Traducción del texto oficial en francés por la Dra. Elena Irene Buz. Errepar – DTE – N° 194 – Mayo/96 – T. XVI – 1019 y ss.
19. Frolich-Andrade, "Fideicomiso, Aspectos Jurídicos y Tributarios", Errepar – DTE – N° 194 – Mayo/96 – T. XVI – 1010/1 ss.
20. Santamaría Gilberto y otros. en obra colectiva: "Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso" (Instituto de Derecho Privado del Colegio Notarial - 1999).
21. Lisoprawski Silvio - Kiper Claudio M.: "Tratado de Fideicomiso", Ed. LexisNexis 2003, pág. 153.
22. Gómez de la Lastra; Manuel y Goldenberg, Alicia: "Fondos de Inversión Directa y Fideicomiso", Ed. La Ley, 2003, pags. 39 y ss.
23. Ossorio, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas", pag. 166, Ed. Heliasta, 1992.
24. Código Civil Comentado, Anotado y Concordado por Cárdenas, Kemelmajer de Carlucci, Lavallo Cobo y Smith (De las Obligaciones que nacen de los contratos. De los contratos en general, T° 5, pág. 730).
25. Santamaría, Gilberto León y Gómez de la Lastra, Manuel C. en: "El fideicomiso, los impuestos y un criterio desalentador del crecimiento de la economía real del país ", publicado en PET N° 363 (10/01/07).
26. Batiza, Rodolfo: "El fideicomiso: teoría y práctica", Editorial Jus, Méjico, 1995, pág. 165