



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE TUCUMÁN



FACULTAD DE  
CIENCIAS ECONOMICAS  
UNIVERSIDAD NACIONAL TUCUMAN

# FIDEICOMISOS DE LA CONSTRUCCIÓN: ASPECTOS TRIBUTARIOS

Autores: Bailon Colombano, Florencia  
Luere, Laura Mariana  
Allori, Benjamín

Director: Comba, Luis

**2013**

Trabajo de Seminario: Contador Público Nacional

## **PROLOGO**

En el presente trabajo quisimos dejar plasmado la importancia de la figura del fideicomiso tan utilizada en la actualidad pero de relativa reciente estructuración en nuestro sistema jurídico, y que se encuentra cada vez más controlada por parte de la Administración Tributaria.

Esta particular modalidad contractual es muy utilizada dentro de la actividad de la construcción, así como en otras actividades en general.

Como resulta de público conocimiento, el inminente crecimiento de la referida actividad en los últimos años ha derivado en la utilización del contrato de fideicomiso cada vez con más frecuencia en los diversos emprendimientos inmobiliarios.

A medida que se avance en la lectura del presente trabajo, podrá apreciarse que los fideicomisos han demostrado ser un instrumento con: gran solidez desde el punto de vista jurídico y por sobre todo, porque se han consolidado como un mecanismo alternativo a las financiaciones tradicionales; gran ductilidad para dar respuesta a distintas necesidades.

Ahora bien, del análisis de los distintos capítulos que abordamos se desprende también, que existen grandes desafíos que deberían abordarse para dotar a esta herramienta de; mayor claridad y mejores regulaciones en materia tributaria. El contar con un encuadre más amplio y definido en algunos temas impositivos permitiría contar con un marco más claro de actuación; dotar al mercado de mayor protección, a partir de clarificar el marco de actuación de los principales actores tales como: fiduciarios,

empresas constructoras, entidades financieras, entre otros, así como también de mayor transparencia en la información necesaria a ser suministrada.

Como hemos mencionado anteriormente nos encontramos ante un instrumento que ha madurado positivamente, con un gran potencial para seguir creciendo hacia el futuro.

Queremos expresar nuestro especial agradecimiento al C.P.N. Luis Comba, por su apoyo y guía constante durante la preparación del presente seminario, sin su correcta intervención, hubiera sido mucho más ardua nuestra investigación, desarrollo y compilado del trabajo.

Esperamos que nuestro esfuerzo, que fue plasmado en el presente, además de darnos utilidad a nosotros, como estudiantes que estamos finalizando la carrera, les sirva a profesionales y público en general que deseen profundizar de este dicho tema.

## INTRODUCCION

A inicios de la década del `90, con la apertura de la economía y el advenimiento del fenómeno de la globalización, comenzaron a incorporarse al ordenamiento jurídico argentino ciertas figuras propias del mundo anglosajón. Básicamente el fenómeno se dio con más fuerza en el ámbito del mercado de capitales argentino, a través de la oferta pública de valores negociables; se requería en ese mercado una figura similar al trust para utilizarla en la “titulización” de activos financieros. El negocio de la titulización, requería de una figura que tuviese la titularidad o propiedad de los bienes aportados lo suficientemente aislados del riesgo de quien los transmitía y también del riesgo de quien ejerce las funciones de propietario imperfecto en razón de la confianza en él depositada. Esto constituyó el verdadero motor que impulso a tipificar el contrato de Fideicomiso por la **Ley 24.441** sancionada en el año 1.995 en medio del periodo neoliberal en la Argentina (1.989/1.999). Es decir se necesitaba un instrumento que permitiese que los bienes así transmitidos no se confundan con el propio patrimonio de quien actuase como fiduciario y que no pudiera ser agredido por los acreedores del mismo, como tampoco podría ser alcanzado por los acreedores del transmitente de los activos financieros incorporados al nuevo patrimonio así conformado.

Para responder a esta necesidad, la ley permite la combinación sistemática del contrato de fideicomiso y del artículo 2.662 del Código Civil,

norma que dió por terminada la discusión acerca de la vigencia del dominio fiduciario afirmando su existencia positiva el ordenamiento argentino. A esos fines el país cuenta con la figura latinoamericana del fideicomiso “sui generis”, que no es más que una consecuencia de no poder adoptar el trust en los países de tradición jurídica romana como en el caso de Argentina. El trust requiere para existir el denominado “sistema de la doble propiedad”, concepto inaceptable para el derecho civil de raíz continental, para el cual el carácter principal del dominio no es otro más que la exclusividad; este fideicomiso “sui generis”, brevemente descrito hasta aquí, se diferencia del “fideicommissum” romano y del “trust” anglosajón.

“Es fundamental conocer la historia del contrato de fideicomiso, sus verdaderas raíces y la evolución de la que ha sido objeto durante décadas, a fin de adaptarse y dar respuestas a las diversas problemáticas que aquejan a la contratación mundial. En lo que respecta a Argentina, es menester desentrañar su real origen a fin de explicar la incorporación de una figura que aparenta ser de raíz puramente inglesa a un país de fuertes bases romanistas. En la evolución histórica y en la comparación de diversos derechos el fideicomiso ha presentado varias fases. Se entiende por fase el conjunto de caracteres que configura al fideicomiso según las raíces y aspectos esenciales a que responde en determinado tiempo y lugar. Conocer tales fases e interpretarlas de acuerdo con las raíces de los derechos a que pertenecen es imprescindible. No es idéntico el significado del fideicomiso del derecho romano al del derecho anglosajón, pues a pesar de algunas similitudes muy genéricas la funcionalidad de uno y otro revela diferencias específicas.”<sup>(1)</sup>

---

<sup>(1)</sup> GUASTAVINO, Elías P., “La Propiedad Participada y sus Fideicomisos”, 1º Edición (Buenos Aires, 1.994).

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTORICOS: DERECHO ROMANO y DERECHO ANGLOSAJON

Sumario: 1. Concepto 2. El fideicomiso en el Derecho Romano 3. El fideicomiso en el Derecho Anglosajón 4. Consideraciones y evaluaciones del fideicomiso en la ley 24.441.

#### 1. Concepto

Etimológicamente, el Fideicomiso proviene de la conjunción de las palabras en latín **Fides** y **Comittere**. **Fides** significa “confianza”, y **Comittere**, por su parte, equivale a comisionar, persona en la que se deposita un encargo. Consecuentemente significaría “depositar confianza”. Podía ser caracterizado como **el negocio mediante el cual una persona transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes para que sean destinados a una finalidad determinada.**

De este concepto pueden desprenderse sus dos notas fundamentales, a saber:

- a) La transferencia de la propiedad; y
- b) El encargo de confianza a la persona que se le transmite la propiedad del o de los bienes para que cumpla la finalidad que le impuso el fiduciante.

Otra nota importante y para destacar es que el fideicomiso no constituye un fin en sí mismo, sino que es el instrumento utilizado para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio.

Es decir que el fin es el negocio subyacente, mientras que el fideicomiso es simplemente el medio utilizado. De esta línea de pensamiento se desprende que la ganancia o riqueza generada en un negocio jurídico a través de un fideicomiso, no surge de éste, sino de aquél; y que este medio pone a salvo ciertos bienes, que pasan a cabeza del fiduciario en un patrimonio separado

## **2. El fideicomiso en el Derecho Romano**

En el Impero Romano existieron dos figuras que son antecedentes del fideicomiso en la forma en que lo conocemos. Ellas son la *fiducia* y el *fideicommissum*.

La diferencia fundamental entre ambas figuras es que mientras la *fiducia* consistía en la transferencia de la propiedad por acto entre vivos, el *fideicommissum* consistía en una transmisión por causa de muerte.

La fiducia consistía en la transferencia de la propiedad a una persona, con el encargo de un *pactum fiduciae*, mediante el cual quien recibía los bienes en propiedad se obligaba frente al transmitente, para que luego de realizados ciertos encargos, a devolverle la propiedad al transmitente o a una tercera persona.

Y esta transferencia de bienes en propiedad tenía una subclasificación: la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La primera de ellas era la utilizada para garantizar una deuda, y consistía en que el deudor le daba en propiedad uno o más bienes a su acreedor hasta tanto le pagara su deuda, con la obligación del acreedor de devolver dichos bienes cuando su interés estaba satisfecho. Y para el caso

en que la deuda no sea satisfecha, el acreedor podía quedarse con la propiedad definitiva de los bienes que le fueron transmitidos, o enajenarlos.

En la ***fiducia cum creditore*** originaria, el acreedor no estaba obligado a devolverle diferencia alguna al deudor, por los pagos parciales que éste le haya hecho. Posteriormente para proteger los derechos del deudor, se reconoció a éste el derecho de recuperar la diferencia una vez que el acreedor había sido desinteresado.

La otra forma de fideicomiso constituido por actos entre vivos, la ***fiducia cum amico***, que era aquella mediante la cual una persona entregaba a otra ciertos bienes para que los utilizara y aprovechara, y luego de cierto plazo, se los devolviera al primitivo dueño. Esta figura fue más que nada utilizada por los romanos cuando se ausentaban por causa de viaje y decidían entregarles los bienes a personas de su especial confianza. El fiduciario (quien recibía los bienes) podía administrar y disponer libremente de los bienes transmitidos. Esta forma de fideicomiso fue cayendo en desuso para darles lugar a otras figuras contractuales, como el comodato, el depósito, la locación, la prenda y la hipoteca.

La otra rama, es decir, la del ***fideicomiso mortis causa***, fue la del llamado ***fideicommissum***, y era la utilizada por el testador para poder lograr que concurra como heredero a su sucesión quien no cuenta con el llamado por la ley a esa investidura. Así, por ejemplo, una persona podía instituir como beneficiario de su sucesión a quien de acuerdo a las leyes de esa época no podía revestir ese carácter, como ser los esclavos, peregrinos, solteros, casados sin hijos, etc.

El inconveniente a primera hora del ***fideicommissum*** era que el encargo de confianza estaba hecho a un heredero investido de tal carácter para que entregue uno o más bienes a la persona indicada por el testador.

El problema era evidente, ya que el único elemento con el que podía contar el beneficiario era con la buena fe del heredero, pero ante una enorme cantidad de encargos sin cumplir, el emperador Augusto hizo



ejecutar los *fideicommissum* con la intervención de los cónsules, otorgando así mayor control y seguridad.

Posteriormente, durante la época de Justiniano, el heredero fideicomisario llegó a adquirir un derecho real, en lugar de un crédito. Esta institución pasó a los regímenes jurídicos donde se la conoció como “sustituciones fideicomisarias”.

Estas sustituciones llegaron a un auge extraordinario hasta que fueron prohibidas por el Código Napoleón, porque el espíritu de ese cuerpo legal era el de concentrar la riqueza en una sola familia, y estas sustituciones ponían en jaque tal principio.

### **3. El fideicomiso en el Derecho Anglosajón**

En el derecho anglosajón, la figura se desarrolló con el nombre de **trust**, más cercano a nuestro fideicomiso actual, donde puede conceptualizarse 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*”.

Las partes son, a saber:

a) El **settlor** (en nuestra legislación equivalente al fiduciante), quien es el creador del trust, y generalmente desaparece una vez constituido, salvo que se reserve el derecho de revocarlo, alterarlo o enmendarlo, pudiendo también reservarse el derecho de dirigir al **trustee** y vigilar los actos que a su juicio lo precisen.

b) El **trustee** (equivalente a nuestro fiduciario), y es a quien se le transmite la propiedad legal de los bienes y está obligado a realizar los fines o cumplir el encargo para los cuales dichos bienes le han sido transmitidos. Pueden coincidir la condición de fiduciante y fiduciario, cuando el **settlor** se nombra a sí mismo **trustee**.

c) El ***cestui que trust*** (en nuestra legislación, el beneficiario), y es la persona en favor de quien se constituyó y funciona el *trust*.

Hay dos especies de *trusts*: el expreso (*express trust*) y el implícito (*implied trust*). El trust expreso se constituye mediante la voluntad expresada en forma inequívoca, ya sea escrita u oral, del fiduciante, mientras que el trust implícito es la consecuencia de la interpretación que hacen los tribunales a partir de la intención tácita de las partes. Es una declaración de existencia por parte de los jueces.

#### **4. Consideraciones y evaluaciones del fideicomiso en la ley 24.441**

La elección del fideicomiso dentro de la contratación jurídica contemporánea, representa un tema de gran interés, adquiriendo desde 1.994 con la sanción de la Ley 24.441 de “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción” una importancia aún mayor, en continuo y creciente progreso hasta nuestros días.

El éxito de este instituto radica, primordialmente, en que constituye una herramienta de aplicación a toda clase de negocios, tanto en la órbita del derecho privado, esto es, en el derecho societario, concursal, en el mercado de capitales; como así también en el derecho público, actuando el estado nacional, provincial o municipal, como fiduciante.

El Art. 1º de la ley que reglamenta el instituto define al fideicomiso diciendo 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.”*

De la definición expuesta, se desprenden con meridiana claridad dos circunstancias a destacar:

a) La primera, que el fideicomiso puede instituirse por contrato, o por disposición de última voluntad.

b) La segunda, que las partes son: el constituyente, propietario del bien que se transmite en fideicomiso y quien instruye al fiduciario sobre el encargo que debe cumplir (fiduciante o fideicomitente); el fiduciario es quien asume la propiedad fiduciaria del objeto transferido y la obligación de darles el destino previsto en el contrato; y por último encontramos al beneficiario o fideicomisario, quienes en la práctica son la misma persona aunque la ley distingue entre ambos, posibilitando su desdoblamiento.

Con los bienes fideicomitados se constituye un patrimonio de afectación; que de acuerdo con los Art. 14,15 y 16 de la ley que regula la materia, configura un patrimonio separado tanto del perteneciente al fiduciario como al fiduciante.

*Es decir que, los bienes no pasan directamente al patrimonio del fiduciario, sino que constituyen un patrimonio diverso del suyo propio. Y regulado de esta forma, el fideicomiso se caracteriza por su capacidad para proteger determinados bienes, cuya propiedad imperfecta adquiere el fiduciario para darles exclusivamente el destino final previsto en el contrato constitutivo, según instrucciones (por lo general) irrevocables impartidas en el mismo acto, por el fiduciante.*

*Son las señaladas, precisamente, las razones que determinan la selección de esta herramienta, por sobre otras alternativas; ya que se crea una red de seguridad tendiente a la consecución del fin previsto por los contratantes, cuyos riesgos devienen casi nulos. De allí su importancia creciente en la estructuración de negocios complejos y en proyectos que requieren importantes recursos financieros.<sup>(2)</sup>*

---

<sup>(2)</sup> CARREGAL, Mario A., Problemas Registrales del fideicomiso. (Buenos Aires, 2.000), Tomo VI, pág. 603.

Y es que a través de la utilización del fideicomiso, se inmuniza un patrimonio evitando las contingencias que puedan ocurrir a las partes integrantes del negocio, y asimismo, se evita que los terceros ajenos al mismo, agredan a éste, y que solo responda a las deudas originadas con motivo o en ejecución de los fines expresamente previstos en el encargo.

Siguiendo esta estructura, debe destacarse que la ley de fondo da la posibilidad de crear distintas clases de fideicomisos, sin perjuicio de que cada una de ellas se encuentre o no prevista expresamente en la norma de referencia; atendiendo también a las necesidades particulares que el negocio y las partes del mismo presenten.

*De esta forma, podemos constatar a simple vista que en la dinámica mercantil moderna se utiliza al fideicomiso como vehículo para llevar adelante, diversos tipos de proyectos. Tenemos entonces: fideicomisos ordinarios o de administración; fideicomisos ganaderos; de exportación pre financiada; de agricultura; testamentarios; fideicomisos en las relaciones de familias, o para personas incapaces; fideicomisos de garantía; fideicomisos financieros; fideicomisos creados para formular una propuesta en el concurso preventivo ; fideicomisos públicos,<sup>(3)</sup> siendo los mencionados meros ejemplos, teniendo en cuenta que esta figura se ha transformado en un útil instrumento, atento su formidable flexibilidad.*

El contrato así, puede asumir las más diversas variantes y causalidades con notable maleabilidad, aspecto este que sin duda alguna, no concurre en el resto de los contratos, favoreciendo su elección por sobre las tradicionales formas de contratación.

---

<sup>(3)</sup> MOLINA SANDOVAL, Carlos A. El Fideicomiso en la Dinámica Mercantil. Estructura y configuración de la praxis negocial. Formas extintivas y de insolvencia. Editorial Abaco. (Buenos Aires, 2.004), pág. 418.

## **CAPITULO II**

### **CARACTERES JURIDICOS DEL FIDEICOMISO**

Sumario: 1. Concepto de fideicomiso contractual 2. Distintas clases de fideicomiso 3. La propiedad fiduciaria 4. Extinción de la propiedad fiduciaria 5. Extinción del contrato

#### **1. Concepto de fideicomiso contractual**

El fideicomiso es una figura compleja que combina un negocio real de transmisión de una cosa o bien, con un negocio obligacional cuyo fundamento es la atenuación de los efectos de aquella transmisión. Cada uno de estos diferentes negocios produce sus propios efectos. Nos hallamos pues, frente a un negocio complejo que resulta de la unión de otros dos negocios distintos que se vinculan entre sí antagónicamente, por un lado un contrato real (transmisión de la propiedad o del crédito de modo fiduciario) y por el otro un contrato obligatorio negativo o pactum fiduciae (obligación del fiduciario de hacer sólo un uso limitado del bien adquirido, para restituirlo luego al transmitente o a un tercero por aquél indicado).

Se advierte, al cabo de la evolución de esta figura, la manera en que se va perfilando una condición que le es característica y que consiste en reconocer en ella la coexistencia de dos caras perfectamente identificables: la primera, relacionada con las formas jurídicas que la visten y la segunda, con la realidad económica que la motiva. Además, la apariencia externa de

esta figura revela la adquisición de un derecho de propiedad fiduciaria sobre un bien por parte del fiduciario, mientras que, en su lado interno, existe una relación obligacional entre el fiduciante y el fiduciario en virtud de la cual este último ve limitada las facultades emergentes de tal derecho, por causa del pacto de fiducia que ha celebrado en forma simultánea.

En esta figura compleja no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Esto nos introduce en el campo de los denominados "negocios indirectos", es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua. Son, pues, aquellos negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del derecho pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo.

En el fideicomiso no se da la circunstancia de que las partes le confieran a las formas jurídicas una apariencia diferente al fin que se proponen alcanzar. En todo caso, del mismo modo que frente a cualquier otra figura jurídica, el análisis ponderado del caso concreto permitirá averiguar la verdadera intención que se tuvo al celebrarlo, con el objeto de establecer si se ha pretendido obtener resultados prohibidos que derivasen en la anulación del contrato por objeto ilícito.

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección excepcional que les abre perspectivas insospechadas.

Con todo lo descripto puede vislumbrarse el crecimiento que tendrá esta figura, pues "(...) debe considerarse que el Fideicomiso no tiene trascendencia autónoma, como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son subyacentes y que pueden

ser de la más variada gama dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario como en el de la vida individual y familiar de las personas (...) (4) ”.

En conclusión el contrato de fideicomiso es consensual y, conforme a lo previsto por el art. 1.140 del Cód. Civil., queda concluido para producir sus efectos desde que las partes manifiestan su consentimiento. No es un contrato real pues no depende su existencia de que se haga efectiva la transferencia de la propiedad. La sola manifestación de voluntad es lo que perfecciona el contrato. A lo sumo, quien resulte ser su beneficiario podría demandar al fiduciario la efectiva transmisión de la propiedad fiduciaria.

## **2. Distintas clases de fideicomiso**

Según la Ley 24.441 "Financiamiento de la vivienda y la construcción", existen dos tipos de Fideicomisos:

- a) El **fideicomiso común u ordinario** (aunque no le asigna nombre), (artículos 1 a 18); y
- b) El **fideicomiso financiero** (artículos 19 a 24).

Si bien el fideicomiso puede ser aplicado a un sin número de situaciones, esbozamos a continuación aquellas que más frecuentemente aparecen en la práctica:

➤ **Fideicomiso Testamentario:** en esta figura el fiduciante establece por testamento el nombramiento de un fiduciario para que administre y eventualmente distribuya su patrimonio entre quienes revisten el carácter de herederos, conforme a las normas legales de fondo y al propio testamento. Nuestra ley 24.441 prevé expresamente esta figura en su art. 3º, contemplando asimismo la posibilidad de que el fiduciario no acepte su rol,

---

(4) Fideicomiso: Sus aspectos jurídicos y tributarios, en Internet: [www.soler.com.ar](http://www.soler.com.ar); (03/04/13).

en cuyo caso deberá ser reemplazado, aplicando para ello el mecanismo de sustitución dispuesto en el art. 10 del texto legal.

➤ **Fideicomiso de Garantía:** se constituye de manera tal de funcionar como garantía de una deuda que el fiduciante posee con un tercero. En consecuencia, se instruye el fiduciario para que, en caso de no ser abonada la suma debida, se utilice el patrimonio fideicomitado para cancelar la deuda del fiduciante, ya sea mediante la entrega del bien al acreedor o enajenando el mismo y utilizando el producido de su venta para el pago de la acreencia.

➤ **Fideicomiso de Administración:** puede constituirse simplemente para que el fiduciario administre el patrimonio fideicomitado a favor de una determinada persona. La opción de un fideicomiso de este tipo puede obedecer a las más diversas razones, como por ejemplo, un titular de numerosos inmuebles puede transferir los mismos en fideicomiso a una entidad especializada en el negocio inmobiliario para que administre los alquileres provenientes de los mismos y los rinda periódicamente al beneficiario designado.

➤ **Fideicomiso Inmobiliario:** en esta modalidad se tiene por objetivo la realización de una obra de construcción, cuyo objeto final suele ser:

a) Enajenar las unidades a terceros, distribuyendo las utilidades entre los beneficiarios, o;

b) Adjudicar las unidades a aquellos que realizaron las inversiones para llevar a cabo el emprendimiento (fiduciantes o inversores) quienes a su vez asumen el carácter de beneficiarios o fideicomisarios.

➤ **Fideicomiso Agropecuario:** se trata de un fondo fiduciario que ha cobrado un importante auge en los últimos tiempos, constituido fundamentalmente para la realización de un emprendimiento de naturaleza agropecuaria (siembra y cosecha; cría de ganado, etc.). Cada uno de los sujetos que asumen el carácter de fiduciantes aportan al fideicomiso los



distintos elementos necesarios para la consecución del objetivo de fondo: campos, insumos, recursos monetarios, etc. El rol de fiduciario suele ser desempeñado por algún sujeto capacitado en materia de negocios agropecuarios, quien llevara adelante el emprendimiento, repartiéndose al finalizar el mismo las utilidades entre los beneficiarios (que suelen coincidir con los fiduciantes).

➤ **Fideicomiso Financiero:** es el único fondo fiduciario que posee una regulación específica en la ley 24.441. se trata de un instrumento destinado fundamentalmente a la obtención de recursos para los más diversos fines, a través de la titulización de los activos que componen el patrimonio del fondo. Es decir, se permite a estos fideicomisos la emisión de títulos valores con respaldo en el patrimonio fiduciario, posibilitando las siguientes ventajas:

a) **Para el fideicomiso:** hacerse de fondos como resultado de la colocación de los títulos emitidos, utilizando los mismos en pos del objetivo para el cual fue creado.

b) **Para los tenedores de los títulos:** contar con un título respaldado por un patrimonio autónomo (fuera del alcance de los acreedores de los fiduciantes y del fiduciario), el que además podrá ser negociado en los mercados de valores, cuando se trate de fideicomisos que realicen oferta pública.

c) Es importante destacar que el rotulo o denominación de fideicomiso financiero no está vinculado a la actividad o finalidad del fondo, sino a la posibilidad de emitir títulos valores por parte del mismo.

d) Así, un fideicomiso financiero puede constituirse con el objeto principal de titular una serie de activos (generalmente créditos o títulos), o bien ser creado con otra finalidad, donde la titulización aparece como un beneficiario accesorio o secundario para la consecución del objeto principal del fideicomiso.

A manera de ejemplo, podríamos pensar en un fideicomiso financiero constituido para garantizar una obligación, realizar un negocio inmobiliario, agropecuario, etc., donde la emisión de títulos es utilizada como medio para la obtención de fondos funcionales a la consecución de su objeto principal (pagar la deuda garantizada, realizar la construcción de un edificio, etc.).

### **3. La propiedad fiduciaria**

#### **3.1. La transferencia a título de confianza**

Constituye una transmisión de bienes que hace una parte (fiduciante) a la otra (fiduciario), bienes que deben estar individualizados en el contrato (o testamento) o, de no ser ello posible, constará la descripción de sus requisitos y características (arts. 3º y 4º inciso a).

Lo adquirido por el fiduciario lo califica la ley como Propiedad fiduciaria, quedando entendido que ella será Dominio fiduciario si se trata de cosas (muebles o inmuebles), como lo llama el art. 2.662 del Cód. Civil y Propiedad fiduciaria, propiamente dicha, si recae sobre objetos inmateriales o incorporales susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y "derechos" en general).

El Fiduciario no es un adquirente equiparado al que asume comúnmente el dominio de la propiedad de un bien que es objeto del acto transmisivo.

En cuanto respecta al "dominio" (que es el "modelo" con que se expresa la ley), resulta útil recordar que el Código Civil distingue dos clases de dominio (arts. 2.507 y 2.661): el que llama **perfecto o pleno** y el dominio que denomina **imperfecto o menos pleno**. Dentro de este último separa tres subespecies: el dominio fiduciario, el dominio revocable, regidos ambos en el Título VII del Libro III (arts. 2.661 a 2.672) y el dominio que resta al dueño perfecto, que ha grabado la cosa que es su objeto, con un derecho real a favor de un tercero, como la servidumbre o el usufructo.

**El dominio perfecto** tiene tres caracteres: **es exclusivo** (lo que supone que dos personas no pueden tener cada una "en el todo" el dominio de una cosa, ya que, si hay titularidad común de dos ó más personas, el derecho real no es ya "dominio" sino "condominio", que es otro derecho real); **es perpetuo** (en el sentido de que subsiste independientemente de su ejercicio salvo que otra persona lo adquiera por prescripción, en cuyo caso el anterior titular pierde el dominio en razón del carácter exclusivo antes mencionado); y **es absoluto** (en el sentido de que es el derecho real que confiere el máximo de facultades a su titular, quien podrá disponer, usar, poseer y grabar la cosa dentro de los límites que marca la ley).

Del carácter "exclusivo" participa el dominio imperfecto y, por lo tanto, el dominio fiduciario. En cambio, los otros dos caracteres -elementos naturales y no esenciales para la existencia del dominio perfecto- no son propios del dominio fiduciario y es justamente aquí donde aparece la diferencia que distingue al dominio fiduciario como especie del dominio imperfecto o menos pleno.

Es temporario y no puede durar más de 30 años contados desde la fecha de su constitución. Este carácter temporario debe entenderse que alcanza también a la propiedad fiduciaria propiamente dicha (que recaer sobre bienes que no son cosas).

El dominio fiduciario carece igualmente del carácter de ser absoluto, propio del dominio perfecto, lo que se desprende de dos circunstancias fundamentales que tipifican el fideicomiso y la titularidad que surge de su constitución:

El bien (o los bienes), en sentido amplio, que se transfiere al fiduciario, se lo entrega el fiduciante para que cumpla una finalidad, a especificar en el contrato o testamento que crea el fideicomiso y que configura, por lo general, la condición cuyo cumplimiento produce su extinción (resolución) en los términos del art. 25. Al respecto, el art. 17 faculta al Fiduciario para disponer o gravar los bienes fideicomitidos "cuando lo

requieran los fines del fideicomiso", lo que es importante, por cuanto muestra que el fiduciario tiene -aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio, recordando también que el art. 6º le impone el deber de conducirse "con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él"; se sigue así el "standard" del art. 59 de la ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, para los representantes y administradores de las sociedades comerciales (ese "standard" reemplazó el tradicional que imponía actuar como "un buen padre de familia").

Tales "fines" a cumplir por el fiduciario los confirma el art. 1º de la ley al disponer que la "propiedad fiduciaria" deberá ser ejercida por el Fiduciario "en beneficio de quien se designe en el contrato" (o en el testamento, cabe agregar) y dar a los bienes el destino indicado, a la finalización del fideicomiso (arts. 1º, 4º inciso d- y 26 de la ley, y art. 2.662 del Código Civil).

Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, la ley les da el carácter de "patrimonio separado". El art. 14 lo dice: "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante".

Cabe recordar que los frutos no integran el patrimonio personal del Fiduciario, sino que ingresan al patrimonio fiduciario, al igual que los bienes que se lleguen a adquirir con los mismos (art. 13 de la ley), a diferencia de lo que resultaba de la aplicación del art. 2.662 del Código Civil, en su redacción anterior a la actual reforma. La propiedad fiduciaria de los bienes que se adquieran con los frutos no proviene de una transferencia fiduciaria sino de una subrogación real, empleando el art. 13 de la ley la expresión "cuando así resulte del contrato", debiendo interpretarse, entonces, que si el contrato guarda silencio y la adquisición de los bienes con los frutos no fuese necesaria para alcanzar los fines determinados, le estaría al fiduciario vedado adquirirlos. Por razones prácticas es aconsejable prever en el

contrato los supuestos ante los cuales éste estaría facultado a adquirir tales bienes.

### **3.2. Carácter de la transferencia realizada por el fiduciante al fiduciario**

#### **3.2.1. Dominio Fiduciario versus Propiedad Fiduciaria**

Como primer punto, creemos necesario analizar una cuestión terminológica, tal como lo es la distinción entre los vocablos “propiedad” y “dominio”.

Aun cuando nuestra legislación de fondo utilice, en muchos casos, ambos términos de manera indistinta <sup>(5)</sup>, creemos que el dominio constituye un derecho real y, por lo tanto, se relaciona directamente con los bienes materiales (o “cosas”), mientras que la propiedad aparece como un concepto más amplio, que entraña tanto la titularidad de bienes tangibles como de inmateriales.

A manera de síntesis, podemos afirmar que el concepto “propiedad” representa el género mientras que “dominio” es la especie. En este sentido se pronuncia la doctrina especializada <sup>(6)</sup> al entender que “(...) la palabra propiedad es más genérica, pues se la puede emplear para referirse a todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria. Comprende al dominio, que es el derecho de propiedad sobre las cosas (...)”.

Ahora bien, la ley 24.441 en su art. 1º dispone que la constitución del fideicomiso implica la transmisión de la “propiedad fiduciaria” de los bienes objetos del contrato. La utilización del término “propiedad” resulta abarcativa tanto de bienes materiales como de intangibles; lo cual significa

---

<sup>(5)</sup> Art.2.509, 2.511 o 2.512, Código Civil, Ley 340 (t.o.25/09/1889).

<sup>(6)</sup> AREAN, Beatriz. Curso de Derechos Reales, Edición Abeledo Perrot (Buenos Aires, 1.980), pág.191.

que la transmisión desde el fiduciante hacia el fideicomiso puede involucrar ambos tipos de bienes.

Si bien en otros pasajes legales la referencia es al dominio y no a la propiedad (art. 4° o art. 12 de la ley 24.441), entendemos que ello evidencia simplemente una desprolijidad semántica y no una intención deliberada del legislador <sup>(7)</sup>.

### **3.3. Carácter del patrimonio fiduciario**

Según se desprende claramente de la letra del texto legal, el fiduciario no aparece como un mero administrador sino que se transforma en el titular de los bienes recibidos en fideicomisos, pues si bien recibe una propiedad acotada o imperfecta en virtud de las limitaciones que pueda imponerle al fiduciante (relacionadas con el destino de los bienes, su administración, su conservación, etc.), ello no desvirtúa el carácter de titular que el fiduciario posee.

Algunos sectores doctrinarios, inspirados sobre todo en el derecho comparado <sup>(8)</sup> han sostenido que el fideicomiso constituye un patrimonio ajeno tanto al fiduciario (que actúa como un mero administrador) como al fiduciante, lo cual equivaldría a la existencia de una masa de bienes sin dueño. No compartimos esa postura, pues entendemos que ello no se deduce de la letra ni de la filosofía inspiradora de la ley 24.441.

Creemos en cambio que el titular de los bienes que integran el fideicomiso es el fiduciario, aun cuando dicha titularidad presente algunos caracteres particulares. Es decir, el hecho que la ley 24.441 determine la separación del citado patrimonio del resto de los bienes del fiduciario, no

---

<sup>(7)</sup> Ello queda más claro si tenemos en cuenta que el texto original del Art.1° de la ley 24.441, enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso, rezaba "(...) Habrá fideicomiso cuando persona (fiduciante) transmita el dominio fiduciario (...)", lo cual luego de pasar a la Cámara de Diputados fue cambiado por "(...) propiedad fiduciaria (...)"

<sup>(8)</sup> Por ejemplo el Código Civil de la Provincia de Quebec, Canadá, Libro IV, Título VI, Capítulo II.

significa atribuir lisa y llanamente al fideicomiso el carácter de un patrimonio ajeno a toda noción de titularidad.

No obstante, somos conscientes que la creación de un patrimonio especial en cabeza del fiduciario, que no puede ser perseguido por sus acreedores o los del fiduciante, y distinto o separado de su patrimonio propio, parece contradecir la característica de universalidad que posee civilmente el patrimonio.

Por ello creemos que hubiera sido deseable que la ley 24.441 modificara nuestro Código Civil, permitiendo expresamente la existencia de distintos patrimonios en cabeza de un mismo sujeto, hecho que evitaría la proliferación de discusiones doctrinarias alimentadas por la falta de claridad y previsión a la hora de legislar.

Refuerza esta postura lo sostenido por Soler, quien brinda numerosos ejemplos en los cuales nuestro derecho civil contempla la existencia de más de un patrimonio en cabeza de la misma persona <sup>(9)</sup>.

### **3.4. Oponibilidad a terceros**

La naturaleza de los bienes transferidos implica satisfacer ciertas formalidades, como la registración cuando se trata de bienes que la requieren o la notificación cuando se trata créditos personales <sup>(10)</sup>.

Así, el art. 12 de la ley 24.441 establece claramente que: “El Carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan la formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos.”

---

<sup>(9)</sup> SOLER, Osvaldo H., Tratamiento Impositivo del Fideicomiso, Fideicomiso común u ordinario, en “Impuestos”, (Buenos Aires, oct. 1.996), N° 10 Tomo LIV, págs. 2542-61. El autor se refiere, por ejemplo, a la aceptación de herencia con beneficio de inventario (arts.3357 a 3409 del Código Civil), a la separación de patrimonios del difunto y del heredero (arts.3433 a 3448 del mismo Código), etc.

<sup>(10)</sup> RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Negocios Fiduciarios: Su significación en America Latina, (Colombia, 2.005), pag. 637. Con respecto a la notificación, el art.72 de la ley 24.441 establece para el fideicomiso financiero un régimen distinto al Cód. Civil.

Esta disposición se complementa con el art. 13 de la ley que ordena a los registros tomar razón de la transferencia de la propiedad fiduciaria cuando se trate de bienes registrables.

La inscripción registral deberá contener una síntesis clara y precisa de las limitaciones que afectan a la propiedad fiduciaria, para que los terceros puedan conocer con certeza las modalidades que la condicionan. La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición solo podrán acreditarse ante terceros por las certificaciones que se expidan, necesarias para que los escribanos intervinientes puedan autorizar los documentos que versen sobre la transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles (arts. 22 y 23, ley 17.801).

En nuestro derecho, la oponibilidad a terceros depende siempre de la buena fe, la que se valora en función de su diligencia y de la ignorancia o conocimiento de la situación real, con prescindencia del cumplimiento de los recaudos formales requeridos para la transmisión de la propiedad. La inscripción registral, de los bienes muebles e inmuebles registrables, no trae aparejada por sí sola la oponibilidad, pues ello dependerá en definitiva del conocimiento que los interesados tengan de la situación en función de un obrar diligente. La clave del asunto reside en la buena mala fe de los terceros, de ahí que las normas de los arts.12 y 13 de la ley 24.441, se refieren a los terceros de buena fe, ya que a los mala fe se les podría oponer la transmisión fiduciaria por el conocimiento que de ella tuvieron o deberían tener de haber obrado diligentemente <sup>(11)</sup>.

### **3.5.El patrimonio separado y sus consecuencias**

La Norma establece la creación de un patrimonio separado como excepción a la regla de la universalidad del patrimonio.

---

<sup>(11)</sup> KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., Tratado del Fideicomiso,3° Edición, (Buenos Aires, 2.004), pags.217 y 219.



La posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintivos sea, a la vez, su destino a la obtención de ciertos fines económicos y jurídicos es lo que ha posibilitado que surja una nueva teoría que pretende explicar el patrimonio. Es la teoría del patrimonio afectación.

Así, dicha teoría será aplicable solo cuando la ley reconozca, mediante declaración expresa, efectos jurídicos a la “afectación” de ciertos bienes a un fin determinado.

El vocablo “afectación” en el régimen legal del fideicomiso es asimilable al concepto de “destino”. Pero se trata de un destino que, además de estar permitido, está protegido y sancionado por la ley, de allí que en relación con los bienes fideicomitidos solo podrán ejercitarse los derechos y acciones que se refieran a la finalidad a la que fueron destinados

Un patrimonio separado, de afectación, es una masa de bienes destinados a responder al pago de ciertas deudas, es un desprendimiento del patrimonio general o residual, que tiene autonomía e independencia y necesariamente tiene un titular

La teoría del patrimonio afectación es receptada por nuestro derecho mediante los arts. 14 a 16 de la ley 24.441, que establecen las reglas por las cuales se regirá esta nueva institución jurídica: los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario. En la contabilidad del fiduciario, los bienes integraran una simple cuenta de orden y no deberán confundirse con otros del fiduciario, ni con aquellos pertenecientes a otros fideicomisos, porque el fiduciario adquiere la propiedad despojada de su valor económico. El fiduciario es un simple soporte jurídico de la propiedad. El no tiene el valor patrimonial o económico de los bienes.

Es el titular, el propietario formal, pero no es el dueño de la riqueza que esos bienes representan.

El fiduciario no comparte la titularidad de los bienes fideicomitidos con nadie. Consecuencia de ello es que el beneficiario o el fideicomisario no tienen ningún derecho real sobre los bienes fideicomitidos, simplemente tienen un derecho personal que está fuertemente protegido por la ley 24.441. Este derecho personal evidentemente tienen un contenido económico porque, cuando el fiduciario le transfiera al beneficiario o fideicomisario los bienes fideicomitidos, este se enriquecerá con ellos, obtendrá la propiedad plena y podrá darles el destino que mejor le parezca, ya que no estará restringido por un fin o afectación preestablecido.

Mientras exista el fideicomiso ¿Dónde se ubica la riqueza o el valor económico de los bienes?, la encontramos instaladas dentro del patrimonio separado, en definitiva, este conjunto de bienes es el que crece o decrece, se valoriza o desvaloriza.

El crédito que ostenta el beneficiario contra el fiduciario es un activo que está dentro del patrimonio personal del primero y que se va a mensurar conforme el valor del patrimonio separado.

El patrimonio separado no tiene personalidad jurídica, por eso se necesita de un sostén, de una persona que ejerza las facultades correspondientes al propietario de acuerdo a las instrucciones dadas por fiduciante.

La duración de la propiedad fiduciaria es transitoria, así la riqueza quedara en cabeza de los últimos destinatarios, cuando estos salgan del patrimonio separado o cuando se extinga el fideicomiso.

Transitoriamente la riqueza esta a buen resguardo, que la defiende de agresiones externas, llamada, según el art. 14 de la ley, patrimonio separado.

### **3.5.1. La responsabilidad objetiva del fiduciario**

Dice el Art. 1.113 del Cód. Civil, párr., 2º y 3º; *“En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el*

*daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.*

*“Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.*

A su vez, el art. 14 de la ley 24.441, intenta limitar la responsabilidad del fiduciario derivada del art. 113 del Cód. Civil en los siguientes términos: *“La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del art. 113 del Cód. Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.*

Cuando existe un *daño causado con la cosa*, alguien ha obrado como sujeto agente o autor del hecho dañoso, mediante la instrumentación de dicha cosa.

El *daño causado por el riesgo de la cosa*, es el que deriva de la acción causal de una cosa sin que medie autoría humana.

El fiduciario limita su responsabilidad cuando el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa, por el contrario, no podrá beneficiarse con esa limitación cuando el daño se produjera con la cosa. En este último supuesto, si el fiduciario no puede probar que de su parte no hubo culpa, responderá más allá del valor de los bienes fideicomitados, porque resulta inaplicable el art. 14 de la ley 24.441.

En la última parte del art. 14 de la ley, cuando dice que la limitación de la responsabilidad funciona “si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado”.

Si el fiduciario, pudiendo haberse razonablemente asegurado, no lo hiciese, perderá la protección que le confiere el art.14 de la ley, es decir, responderá más allá del valor de los bienes fideicomitados.

Cuando por las características de los bienes fideicomitados o del encargo, el fiduciario no pudiera encontrar en plaza un seguro que cubra

adecuadamente el riesgo o si ese seguro tuviera un costo que sacara al negocio del mercado por ser irrazonablemente alto, el fiduciario estará igualmente protegido por la limitación de la responsabilidad ante daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda caer al guardián.

Si el fiduciario contrata un seguro razonable, y luego la compañía no cubre el siniestro, el límite de su responsabilidad será el valor de los bienes fideicomitidos, porque él ha cumplido con la carga impuesta por la ley a los efectos de acotar la responsabilidad.

#### **4. Extinción del contrato**

Conforme el art. 25 de la ley, el fideicomiso se extingue por diversas causas, a saber:

*a) El cumplimiento del plazo o condición a que se hubiera sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal:*

Debido a que el fideicomiso se constituye para un fin determinado, una vez que este se cumple, el encargo llega a su fin.

El art. 25, inc. a, establece que el fideicomiso se extingue por el cumplimiento del plazo a que se hubiera sometido o por el vencimiento del plazo máximo establecido en el art. 4, inc. c.

Esta norma fija como tope legal para la duración de la propiedad fiduciaria treinta años desde su constitución, salvo que le beneficiario fuera un incapaz; es este supuesto el fideicomiso podrá durar hasta la muerte del incapaz o hasta el cese de la incapacidad.

*b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad:*

La legislación consagra a favor del fiduciante el derecho de reservarse la facultad e revocación en el acto constitutivo, poniendo fin al negocio jurídico.

*c) Cualquier otra causal prevista en el contrato:*

Además de las causas legales, las partes podrán pactar otras. Acá podría incluirse, la imposibilidad de obtener el fin para el cual se ha constituido el fideicomiso.

*d) Mutuo acuerdo de fiduciante y beneficiario:*

Si el fiduciante no se ha reservado la facultad de revocar y el beneficiario ha aceptado la constitución del fideicomiso a su favor, aquel no puede ponerle fin sin el acuerdo del beneficiario y respetando los derechos del fiduciario como el pago a la remuneración debida <sup>(12)</sup>. Esta causal no está expresamente prevista en la ley.

*e) Causas que no extinguen el contrato de fideicomiso, salvo pacto expreso:*

i) La muerte del fiduciante o del beneficiario. Esta causal procederá cuando se la haya señalado como causa de terminación en el acto constitutivo, y sin que se haya designado sustitutos.

ii) Falta del fiduciario. No es causal de extinción, ya que el art. 10 de la ley prevé que a falta de fiduciario y si no hubiese sustituto, el juez designara a una de las entidades autorizadas conforme el art. 19 de la ley. Pero podría suceder que ninguna de las entidades del art. 19 acepten ser fiduciarios por no ser un fideicomiso que les resulte conveniente <sup>(13)</sup>. En ese caso, se produciría la extinción del contrato del fideicomiso y los bienes deberán ser entregados a quien corresponda de acuerdo con los términos del acto constitutivo.

iii) Renuncia de los beneficiarios. Esto no es causal de extinción del fideicomiso, ya que el art. 2º, párr. 3º, establece la cadena de suplencias.

#### **4.1. Extinción de la propiedad fiduciaria**

La propiedad fiduciaria puede extinguirse por diversas causas:

---

<sup>(12)</sup> ORELLE, José M. R., El fideicomiso en la Ley 24.441, (Buenos Aires, 1.995), pág. 874

<sup>(13)</sup> KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., op. cit., pág. 226

a) *Destrucción de la cosa:* La propiedad fiduciaria podría extinguirse por la destrucción total de los bienes objeto del fideicomiso, aunque no siempre se configura por ello la imposibilidad de realizar los fines del fideicomiso.

Aun en caso de destrucción de los bienes, corresponde a todo fiduciario tenerlos “razonablemente asegurados” (si ello es técnica y económicamente posible). En caso de siniestro podría suceder que la indemnización permita cumplir la finalidad prevista en el acto constitutivo y en tal caso, el contrato de fideicomiso no se extinguiría a pesar de haberse extinguido la propiedad sobre el bien destruido. El dinero proveniente de la indemnización se incorporaría por subrogación real al patrimonio separado y el fiduciario continuaría con el encargo.

b) *Expropiación:* Siendo el fiduciario el titular del bien que el ente expropiante afecta a utilidad pública, él será sin duda el sujeto pasivo de la expropiación, y por ende, parte en el juicio expropiatorio <sup>(14)</sup>. La expropiación pondrá fin a la propiedad fiduciaria sobre el bien objeto de este procedimiento. Pero si de la indemnización expropiatoria percibida se permite cumplir la finalidad prevista en el acto constitutivo, el contrato de fideicomiso no se extinguirá, y el dinero proveniente de la indemnización se incorpora como subrogación real al patrimonio separado.

c) *Colocación de la cosa fuera del comercio.*

d) *Adquisición por tercero a título oneroso y de buena fe de cosa mueble no registrable, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*

e) *Abandono abdicativo de cosas muebles si perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*

---

<sup>(14)</sup> KIPER, Claudio M., Régimen jurídico del dominio fiduciario, Editorial “La Ley”, (Buenos Aires, 1990), pág. 260

*f) Prescripción adquisitiva sin perjuicio de la eventual responsabilidad del fiduciario.*

## **CAPITULO III**

### **SUJETOS INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO.** **DERECHOS Y OBLIGACIONES.**

Sumario: 1. Introducción 2. El Fiduciante 3. El Fiduciario 4. El beneficiario 5. El Fideicomisario 6. Relaciones entre los sujetos

#### **1. Introducción**

Podemos apreciar que dentro de un sistema típico de fideicomiso se involucran las siguientes partes:

➤ **Fiduciante:** es el titular de los bienes que son transferidos al fiduciario, conformando el patrimonio fideicomitado.

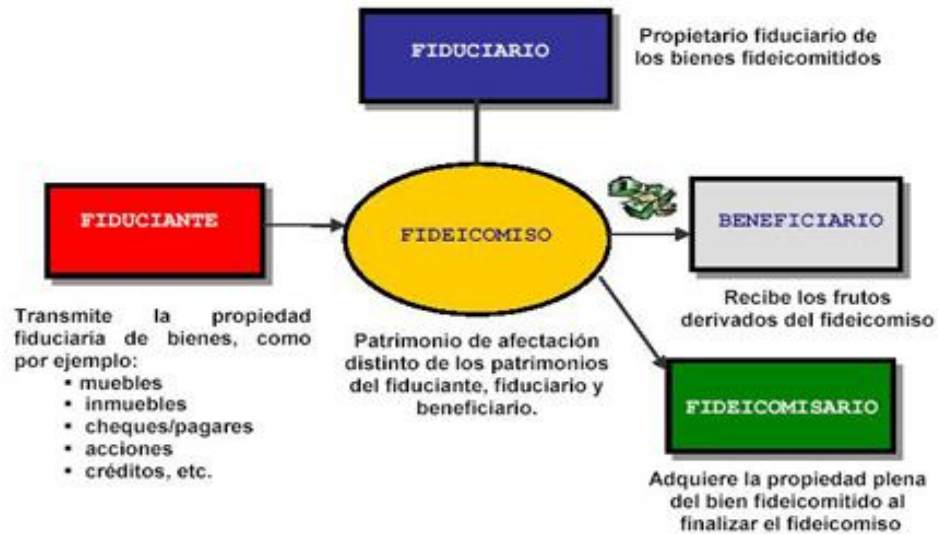
➤ **Fiduciario:** es el eje central del instituto en cuestión, pues es quien recibe los bienes en fideicomiso, debiendo darles el destino indicado por el fiduciante.

➤ **Beneficiario:** es quien recibirá los bienes derivados del fideicomiso como ser, por ejemplo, el producido de la administración de los bienes fideicomitados o bien los bienes mismos, según se hubiera estipulado.

➤ **Fideicomisario:** podría darse el caso de un fideicomiso en el cual el beneficio derivado de los bienes que integran el patrimonio fiduciario sean percibidos por un sujeto (el beneficiario, según ya hemos visto), pero los bienes en sí mismos sean entregados a otra persona al finalizar el



fideicomiso. En tal situación, quien recibe los bienes se denomina fideicomisario.



Para muchos autores la distinción entre beneficiario y fideicomisario resulta irrelevante, por entender que este último resulta una “clase” o “categoría” especial dentro de los beneficiarios. “(...) la previsión acerca de la existencia de beneficiario y de fideicomisario, es propio de nuestra ley, porque en las demás leyes latinoamericanas, las dos denominaciones son sinónimos; es decir se refieren a uno u otro modo indistintamente y con el mismo significado (...)”<sup>(15)</sup>.

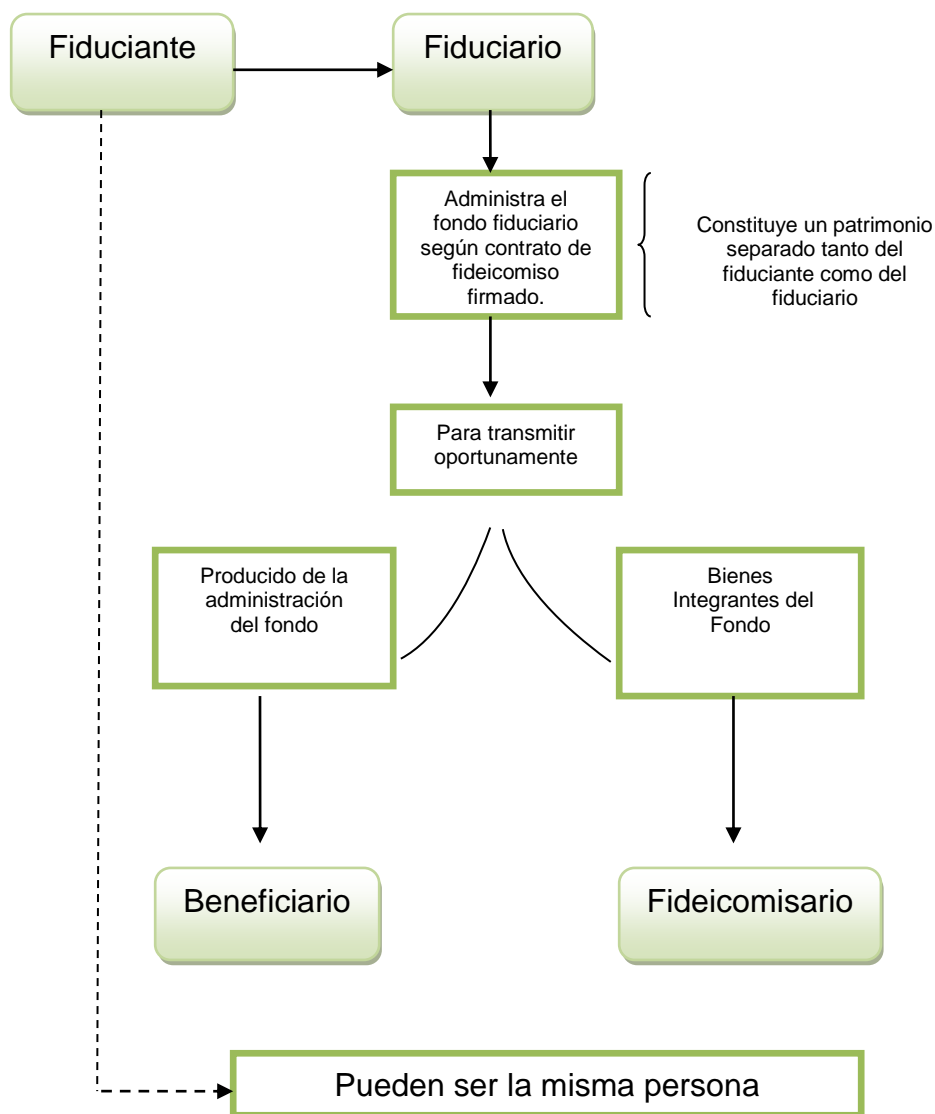
Vale advertir que tanto el fiduciante como el beneficiario y el fideicomisario pueden coincidir en una misma persona, conforme se desprende tácitamente del penúltimo párrafo del art. 3° de la ley 24.441.

Por otra parte, el art. 7° de la ley prohíbe al fiduciario la adquisición de los bienes que componen el fideicomiso, lo cual resulta coherente con la obligación de que tal sujeto posee de administrar el patrimonio del fondo con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios.

<sup>(15)</sup> KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., op.cit., pág. 403.

Debe interpretarse con criterio restrictivo la posibilidad de que el fiduciario pueda ser designado beneficiario del fideicomiso, puesto que el conflicto de intereses que podría presentarse en determinadas circunstancias atentaría contra el ejercicio imparcial y objetivo de la generalmente delicada función del fiduciario (...) <sup>(16)</sup>.

Esquemáticamente:



<sup>(16)</sup> CARREGAL, Mario, El fideicomiso, Regulación jurídica y posibilidades prácticas, 1º Edición Universidad, (Buenos Aires, 1.982), pág. 91.

## 2. El Fiduciante

Es el titular de los bienes objeto de la transmisión fiduciaria.

a) *Principio General. Derechos reservados:* El fiduciante podrá reservarse determinados derechos sobre la materia de fideicomiso. En nuestra ley el artículo 25 inc. b se encarga de regular este aspecto: “*El fideicomiso se extinguirá por (...)b) La revocación del fiduciante si se hubiera reservado expresamente esa facultad*”, y por su parte el artículo 17 dice: “*El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiese pactado lo contrario*”. También es de aplicación el artículo 13: “*Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes*”, por cuanto es una reserva de origen legal, porque los bienes comprados por subrogación real no forman parte del patrimonio separado en principio.

b) *Revocación del fideicomiso:* El fideicomiso es en principio irrevocable, pero el fiduciante puede reservarse en el acto constitutivo la posibilidad contraria, pudiendo de esa manera ponerle fin al encargo. Esta revocación no tendrá efecto retroactivo (arts. 25 inc. b ley 24.441 y art. 2670 del Código Civil según art. 74 de la citada ley).

c) *Exigir rendición de cuentas:* El fiduciario está obligado a rendir cuentas. La ley dispone que el derecho de exigir rendición de cuentas es del beneficiario, y no nombra al fiduciante. Pero una interpretación integradora de la ley salva la grave omisión. Además, si la ley faculta al fiduciante a

remover al fiduciario, entonces también lo faculta para exigir algo menos grave. O sea: quien puede lo más, puede lo menos.

d) *Exigir al fiduciario el cumplimiento y ejercer la acción de responsabilidad en su contra*: a partir del deber de actuar como un buen hombre de negocios y de la dispensa del dolo o de la culpa (arts. 6º y 7º) se desprende la facultad del fiduciante de ejercer acciones de responsabilidad contra el fiduciario si al actuar se han producido perjuicios al patrimonio especial, o para el beneficiario, o para el mismo fiduciante.

e) *Pedir la remoción del fiduciario y designar un nuevo*: El espíritu de la ley es preservar la continuidad del fideicomiso y el cumplimiento del encargo. Los artículos 9º inc. a y 10 respectivamente dicen: “*El fiduciario cesará como tal por: a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante*”; “*Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiera o no aceptara, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto por el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario*”.

f) *Saneamiento por evicción*: Cuando al beneficiario se le exige una contraprestación o cuando se trata de un fideicomiso de garantía, el saneamiento por evicción pesa sobre el fiduciante, mientras que cuando al beneficiario no se le exige ninguna contraprestación o recibe el beneficio como una liberalidad, deberá atenerse a las normas sobre evicción que se aplican a la donación (arts. 2.145 a 2.154 y 2.157 del Código Civil).

g) *Ejercer acciones para la defensa de los bienes fideicomitidos*: El fiduciante tiene derecho para pedir al juez autorización para ejercer acciones en sustitución del fiduciario (art. 18, párr. 2º). Es deber del fiduciante alegar que el fiduciario ha omitido ejercer las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin motivo suficiente. Según Bettina Freire se trata de una acción subrogatoria <sup>(17)</sup>.

h) *Impugnar los actos anulables o solicitar la declaración de inoponibilidad*: Esta facultad consiste en impugnar los actos que por haberse realizado en determinadas condiciones, pueden ser declarados nulos, anulables o inoponibles, y por lo general son los celebrados por el fiduciario en contra de las instrucciones expresas del fiduciante, o contra los fines del fideicomiso, o en exceso de sus atribuciones, en desmedro evidente del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados

### **2.1. Obligaciones del Fiduciante**

- a) Remunerar al fiduciario,
- b) Rembolsar los gastos efectuados por éste en ocasión del encargo.

### **3. El Fiduciario**

Es indudable la importancia que posee el fiduciario dentro del esquema del fideicomiso, pues es él quien debe cumplir con los designios del fiduciante, administrando los bienes objeto del fondo y dando a los mismos el destino previsto en el contrato suscripto.

---

<sup>(17)</sup> FREIRE, Bettina V., El Fideicomiso. Sus Proyecciones Inmobiliarias, Editorial Abaco, (Buenos Aires, 1.997), pág. 134

### **3.1. Obligaciones del fiduciario**

Las obligaciones atribuibles al fiduciario dependen en gran medida de lo pautado en el contrato de fideicomiso, por lo cual resulta complejo pretender una enumeración taxativa de las mismas

Sin embargo, y más allá de aquellas que se impongan contractualmente, la legislación imperante ha previsto expresamente las siguientes:

a) *Rendición de cuentas*: El art. 7° de la ley contempla la obligación del fiduciario de rendir cuentas al beneficiario al menos una vez por año, o bien en lapsos menores en la medida que así lo prevea el contrato.

Si bien el imperativo legal se refiere al beneficiario como receptor de la rendición de cuentas, dicha obligación podría verse suprimida en algunas modalidades de fideicomiso, como ser el de beneficencia, en el cual el fiduciante actuando de manera filantrópica, decide destinar parte de sus bienes a la administración del fiduciario para que el fruto de los mismos (e incluso los propios bienes) fluyan a través de éste hacia obras de bien común o entidades benéficas, que pueden no saber de antemano su rol de beneficiarios.

Es evidente que ante esta situación, carece de sentido que el fiduciario deba rendir cuentas al beneficiario, toda vez que éste último podría desconocer qué o cuánto recibirá como consecuencia del fideicomiso, por lo cual adquiere mayor relevancia que la rendición se realice al fiduciante, verdadero interesado en el destino de sus bienes <sup>(18)</sup>.

También sería de cumplimiento imposible la rendición de cuentas anual cuando el beneficiario no existiere pues, la normativa vigente permite la inexistencia del beneficiario al momento de celebrarse el contrato, bastando con que sea posible su identificación futura.

---

<sup>(18)</sup> HAYZUS, Roberto J., Fideicomiso, 1° Edición, ASTREA., (Buenos Aires, 2.000), pág. 81

b) *Diligencia en su actuación*: Adoptando una redacción similar a la prevista en nuestro ordenamiento comercial para los administradores sociales (art. 59 de la ley 19.550), el art. 6° de la ley 24.441 dispone que el fiduciario debe actuar, a efectos de cumplir con las obligaciones legales y contractuales, “(...) con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios (...)”.

Ello significa que el fiduciario debe obrar de la misma forma en que actuaría cualquier sujeto en sus propios negocios, con la correlativa responsabilidad civil derivada de su incumplimiento.

Nos encontramos sin lugar a dudas frente a la más importante de las cargas que recaen sobre este sujeto, pues la prudencia y diligencia comprenden todos los actos de administración, conservación o disposición de los bienes que conforman el patrimonio fiduciario, de manera tal que el objeto del fideicomiso se cumpla.

Aunque resulte llamativa la amplitud que presenta esta obligación impuesta al fiduciario, creemos que el legislador ha tenido por objeto no limitar por disposición legal las diversas obligaciones que pueden imponerse a las partes contractualmente.

c) *Obligaciones tributarias*: Si bien las mismas no emanan de la ley 24.441, las normas impositivas imponen determinadas obligaciones al fiduciario, vinculadas fundamentalmente con el ingreso de los gravámenes por los hechos imponibles que puedan generarse en cabeza del fideicomiso

d) *Administración de los bienes fideicomitados*: el fiduciario posee amplias facultades de administración de los bienes objeto del contrato. La ley admite, entre otras cosas, que pueda realizar actos de disposición e incluso gravar los bienes fideicomitados, aunque todo ello supeditado a los fines del fideicomiso.

Es evidente que la norma ha buscado permitir una gran amplitud de maniobra al fiduciario, quedando en cabeza del fiduciante la posibilidad de establecer límites mediante restricciones contractuales.

e) *Imposibilidad de adquirir los bienes objeto del contrato:* el fiduciario se encuentra expresamente impedido para adquirir los bienes fideicomitidos (art. 7º, ley 24.441), siendo no válida cualquier disposición en contrario que pudiera pactarse en el instrumento constitutivo del fideicomiso.

Esta norma denota una íntima relación con la obligación de diligencia por parte del fiduciario evitando que cualquier tipo de interés personal sobre los bienes fideicomitidos pueda interferir con la objetividad e independencia que este sujeto debe tener para el desarrollo de su tarea de administración del fideicomiso.

f) *Inversión de los bienes.* El fiduciario deberá invertir los bienes fideicomitidos en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo.

g) *Intervención en procesos judiciales.* El art. 18 de la ley “*confiere al fiduciario legitimación para el ejercicio de todas las acciones que correspondan en aras de la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el propio beneficiario*”.

Continúa diciendo que:” *el juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no las hiciera sin motivo suficiente.*”



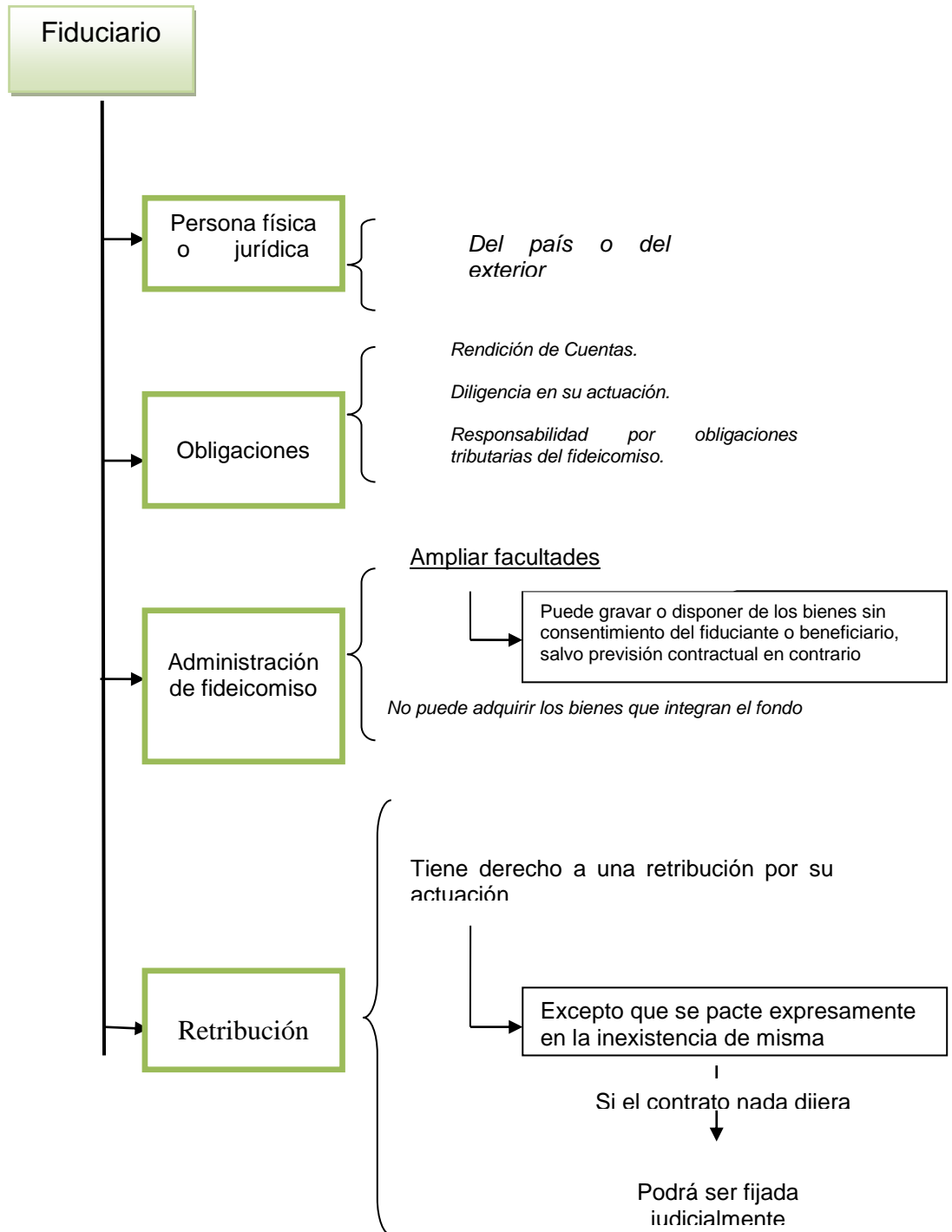
### **3.2. Derechos del fiduciario**

a) *Derecho a una retribución:* Como norma general, el fiduciario tiene derecho a percibir una retribución por el ejercicio de su tarea, así como también el reintegro de todos aquellos gastos en que incurra con motivo su actuación.

La retribución y el reintegro de gastos aparecen en el art. 8° de la ley 24.441 como un derecho del fiduciario y no como una obligación del fiduciante, situación que permiten inferir existencia de fiduciarios que actúen de manera gratuita, en la medida en que el contrato así lo prevea.

Distinta es la situación cuando el instrumento constitutivo del fideicomiso no hubiera dispuesto la magnitud de la retribución, guardando silencio sobre el tema, en cuyo caso se prevé que la misma pueda ser fijada judicialmente.

Lo hasta aquí explicado puede resumirse en el siguiente esquema:



#### 4. **El beneficiario**

La ley 24.441 regula algunos de los aspectos inherentes a la figura del beneficiario, quien constituye uno de los ejes sobre el cual se asienta el fideicomiso. Dentro del vocablo “beneficiario” incluimos también a los fideicomisarios pues, su status podría ser definido como el de un beneficiario residual, siendo su beneficio una porción del patrimonio del fondo al momento de su finalización.

Algunos de los aspectos más relevantes a la figura de los beneficiarios, son:

a) *Identificación:* Al igual que en el caso del fiduciario, se prevé expresamente que el beneficiario pueda ser una persona física o jurídica. Sin embargo, la peculiaridad en torno a este sujeto radica en que el mismo puede existir o no al momento de celebrarse el contrato, conforme lo indica el art. 2° del texto legal.

Ante el evento de su inexistencia al instrumentarse el fideicomiso, es requisito esencial que en el contrato se consignen los datos que permitan su identificación futura, pues de ninguna manera es factible concebir un fideicomiso sin beneficiario.

b) *Alcance de los beneficios derivados del fideicomiso:* El contrato podrá disponer todo lo relativo a los beneficios que corresponden a estos sujetos.

Dichos beneficios podrán estar conformados tanto por el fruto de los bienes fideicomitidos, como por sumas de dinero, o bien por el patrimonio fiduciario propiamente dicho (en el caso de los fideicomisarios).

Sin embargo, vale aclarar que hasta tanto el fiduciario no realice la rendición de cuentas determinando la cuantía de los beneficios, el sujeto indicado como beneficiario posee tan solo una expectativa de valor económico sujeta a un alea dado por la actuación del fiduciario.

Por ello, si bien el beneficiario posee un derecho en términos jurídicos desde el momento en el cual adquiere dicho status, la posibilidad de cuantificación económica del mismo solo será factible en la medida en que el fiduciario realice las rendiciones en los términos que hubiera fijado el contrato de fideicomiso.

Imaginemos un fideicomiso inmobiliario, cuya finalidad es la realización de un edificio de departamentos, el que será enajenado para luego distribuir las utilidades obtenidas entre los beneficiarios, previéndose contractualmente que la citada distribución tendrá lugar el último día del mes en que se enajene la última unidad funcional.

No puede negarse que el beneficiario posee un derecho a partir del momento mismo en que se constituye el fideicomiso, dado por la expectativa a una determinada utilidad, pero de ninguna manera puede sostenerse un derecho real sobre los bienes integrantes del fondo, pues el titular de los mismos es exclusivamente el fiduciario.

Dicho derecho solo resulta cuantificable y exigible por el beneficiario en oportunidad de producirse la determinación o distribución de los beneficios, conforme lo pautado contractualmente, pues es claro que recién a partir de dicho momento el beneficiario tiene un conocimiento cierto de la magnitud de su derecho.

c) *Transferencia de los bienes del fiduciario al beneficiario:* Si bien el fiduciario no posee el dominio pleno o perfecto de los bienes, al transferirlos al beneficiario o fideicomisario, estos últimos pasan a ser titulares de los mismos de manera plena.

Ello significa que quienes reciben los bienes como consecuencia de un contrato de fideicomiso, poseen sobre los mismos un dominio perfecto, aunque quien se lo hubiera transmitido ejerciera sobre dichos bienes un derecho real de rango inferior.

Sobre este particular, si bien la ley no ha tenido en cuenta la previsión del art. 3.270 de nuestro Código Civil que impide que alguien pueda “(...) adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere (...)”, creemos que ello no es óbice para la plenitud de la transmisión realizada, pues suponer lo contrario llevaría a pensar que el beneficiario o fideicomisario adquieren la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos, lo cual no resulta coherente.

La solución óptima hubiera sido modificar en oportunidad del dictado de la ley 24.441 el artículo citado en el párrafo anterior, evitando así la incongruencia legislativa que se deriva de la situación comentada.

## **5. El Fideicomisario**

Es el destinatario final de los bienes fideicomitidos, al cumplimiento del plazo o condición que establezca el contrato.

## **6. Relaciones entre los sujetos**

La ley de fideicomisos permite la coexistencia de distintos roles en una misma persona, mientras que prohíbe especialmente otros:

- a) El fiduciante podrá ser beneficiario y/o fideicomisario
- b) El beneficiario podrá ser también fideicomisario
- c) El fiduciario no podrá ser nunca ni beneficiario ni fideicomisario.

Además tampoco podrá adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

### **6.1. Intervención del juez y de la Comisión Nacional de Valores**

Los casos previstos en que el juez y la Comisión Nacional de Valores intervienen en la ley 24.441 son:

a) *Autorización para ofrecerse al público como fiduciarios:* De acuerdo al artículo 5º, solo podrán ofrecerse al público como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a actuar como tales y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores.

b) *Fijación de la retribución del fiduciario*: el artículo 8º establece que si la retribución del fiduciario no surge del acto constitutivo, será fijada por el juez, teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir.

c) *Remoción judicial del fiduciario*: según el artículo 9º inc. a, el fiduciante o el beneficiario (éste último con intervención de aquél) podrán solicitar al juez la remoción del fiduciario por incumplimiento de sus obligaciones.

d) *Designación judicial de un fiduciario para el caso de ausencia, renuncia o no aceptación del sustituto*: dice el artículo 10 de la ley: “*Producida una causa de cesación del fiduciario, será reemplazado por el sustituto designado en el contrato o de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hubiera o no aceptara, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 19. Los bienes fideicomitidos serán transmitidos al nuevo fiduciario*”.

e) *Autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario*: si el fiduciario no realiza las acciones necesarias para la defensa de los bienes fideicomitidos sin razón suficiente, el fiduciante y el beneficiario podrán pedir la autorización judicial para suplir la inacción del fiduciario y actuar, en tal caso, con suficiente legitimación en defensa de los bienes (art. 18, párr. 2º).

f) *Resolución de dudas*: es probable que surjan dudas sobre la interpretación del encargo, o sobre el acto constitutivo mismo. Estas dudas cuando fueran razonables y pudieran provocarle un perjuicio al fiduciario, generándole responsabilidad personal, podría recurrir ante la justicia y hacer cesar el estado de incertidumbre, salvo que en el acto constitutivo se hubiera

establecido otro modo de resolver estas cuestiones, como por ejemplo mediante el nombramiento de un comité de consultas, o con la intervención de árbitros o amigables componedores.

## **CAPITULO IV**

### **FIDEICOMISOS DE LA CONSTRUCCION: TRATAMIENTO TRIBUTARIO - REGULACION IMPOSITIVA.**

Sumario: 1. Fideicomisos inmobiliarios. Concepto 2. Tratamiento Tributario del Fideicomiso no Financiero 3. El Fideicomiso en los distintos impuestos

#### **1. Fideicomisos inmobiliarios. Concepto**

Su amplitud puede ser muy variada. Es muy útil utilizarlo en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de varias partes con intereses contrapuestos, cuya armonización y recíproca seguridad hacen necesaria la presencia de una entidad que ofrezca una garantía suficiente a quienes participen de la operación.

Un banco, una entidad financiera o un tercero interviniente, en calidad de fiduciario, puede ser el punto de equilibrio entre las partes, que confiera la imprescindible confianza entre todas ellas. Por ejemplo la construcción de un edificio con unidades a distribuir entre quienes resulten adjudicatarios bajo el régimen de la propiedad horizontal.

Confluyen en el negocio intereses diversos, en conexión recíproca, como entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la



construcción, escribanos que otorguen oportunamente los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros legales, etc.

La presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja, cuando por ejemplo, una entidad financiera especializada ejerce la titularidad del inmueble, como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido. Ya antes de dictada la ley 24.441 y aplicando el art. 2.662 del Código Civil, hubo experiencias satisfactorias en la materia.

Un caso muy común en nuestra Provincia, es el de un propietario de un terreno por un lado y una empresa constructora por el otro, quien asume el compromiso de construir el edificio o complejo habitacional y entregando a aquél unidades terminadas.



## **2. Tratamiento Tributario del Fideicomiso no Financiero.**

### **2.1. Consideraciones preliminares.**

Sin dudas, el fideicomiso inspira certeza y seguridad a las operaciones subyacentes, a las cuales les sirve de medio de realización, pues forma una coraza protectora que aísla bienes, sin embargo, su tratamiento tributario, lejos de acompañar tan preciada característica, denota en ciertos supuestos, incertidumbre y falta de certeza tributaria.

En suma, para un correcto análisis del impacto tributario es necesario partir del presupuesto fundamental enraizado en la naturaleza del fideicomiso, ya que no es un negocio en sí mismo, sino el soporte jurídico que garantiza la realización de otros que son los negocios subyacentes.

El Fideicomiso no tiene personalidad jurídica: no es un sujeto de derecho, no es un ente susceptible de adquirir derechos ni de contraer obligaciones. El fideicomiso es una relación jurídica obligacional que se caracteriza por la transferencia, actual o futura, al fiduciario de bienes a título de confianza. Instrumentada la transferencia de conformidad con las normas que deben cumplirse, conforme la naturaleza de cada bien, nacerá el patrimonio separado.

En suma, la ley 24.441 no ha conferido al fideicomiso personalidad jurídica.

Este condicionamiento impuesto por la citada ley no impide, a la regulación impositiva, adoptar una conclusión distinta solo con propósitos de política tributaria. Simplemente, el derecho tributario asigna personalidad fiscal a algunas figuras jurídicas a las que el derecho privado expresamente les niega personalidad. Ello con fundamento en la autonomía conceptual de la disciplina y por razones, de política fiscal. Ahora bien, vinculado con este aspecto aparece un nuevo interrogante a responder, y que consiste en especificar si puede ser considerado como sujeto pasivo de la obligación

tributaria por deuda propia o por el contrario, si quienes asumen tal condición son los beneficiarios del fideicomiso.

En este caso y dentro de ámbito de imposición del impuesto a las ganancias, la ley le ha dado un doble tratamiento tributario según sus características contractuales. Así lo considera como una sociedad de capital, contribuyente por sí mismo (actuando como un agente determinativo del gravamen), o bien una “sociedad de personas” que atribuyen el resultado a sus socios (actuando como mero agente informativo de resultados).

## **2.2. Importancia de un tratamiento tributario neutro**

El régimen fiscal aplicable a la transferencia de la propiedad fiduciaria no debe confundirse con el régimen fiscal aplicable al contrato de fideicomiso.

El contrato de fideicomiso es consensual, queda concluido para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen manifestado su consentimiento.

Sera oneroso cuando el fiduciario cobre una retribución por el desempeño de su función, y será gratuito cuando no cobre remuneración alguna, dejando constancia de ello en el acto constitutivo o en otro instrumento. En caso de silencio la ley 24.441 en el art. 8 lo presume oneroso y faculta al juez para fijarle la retribución.

En cambio, la transmisión de la propiedad fiduciaria no se realiza a título oneroso ni a título gratuito. La adquisición de la propiedad fiduciaria se hace simplemente a título de confianza. El fiduciario no compra los bienes destinados al fideicomiso, no paga nada por ellos, pero tampoco se los regalan.

El fiduciante no realiza un acto de liberalidad a favor del fiduciario, y sin embargo este se transforma en propietario sin desembolsar el contravalor del bien adquirido y sin comprometerse a hacerlo en el futuro. Es obvio que el título de adquisición tiene una naturaleza particular determinada por la

certeza de que este último le dará a los bienes adquiridos el destino querido por el primero.

El análisis fiscal debe distinguir al menos cinco planos:

1. El relativo al contrato de fideicomiso
2. El relativo a la transferencia de la propiedad fiduciaria
3. El relativo a la transferencia de la propiedad plena de los bienes a favor del beneficiario del fideicomiso
4. Relativo a las operaciones que realice el fiduciario con terceros ajenos al contrato de fideicomiso
5. Considerar los verdaderos negocios subyacentes al fideicomiso

#### **2.2.1. Relativo al contrato de fideicomiso**

En este plano la operación se califica como gratuita u onerosa. La retribución que reciba el fiduciario estará gravada como cualquier locación de servicios de acuerdo con el régimen que corresponda, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones a cargo del fiduciario.

#### **2.2.2. Relativo a la transferencia de la propiedad fiduciaria**

Debe tener un tratamiento fiscal neutro, asimilable al de cualquier transferencia cuyo título no es oneroso. La transferencia de la propiedad fiduciaria no debería estar sujeta a ningún tipo de gravamen.

Lamentablemente en la práctica esta situación no se produce, y las provincias han comenzado a gravar con el impuesto de sellos este tipo de transferencia fiduciaria.

#### **2.2.3. Relativo a la transferencia de la propiedad plena de los bienes a favor del beneficiario del fideicomiso.**

Esta transferencia se gravará como cualquier acto a título oneroso si el beneficiario abona o se compromete a abonar su contravalor. De lo

contrario, o sea cuando el beneficiario del fideicomiso recibe la propiedad de los bienes como una liberalidad, será considerada una transferencia a título gratuito.

**2.2.4. Relativo a las operaciones que realice el fiduciario con terceros ajenos al contrato de fideicomiso.**

Estas operaciones se regirán por los principios generales y tributarán de acuerdo con la naturaleza del negocio. Si el fiduciario realiza una compraventa con un tercero, se gravará como cualquier compraventa. El bien sale del fideicomiso a título oneroso y entra dinero que, por el principio de subrogación real, viene a integrar el patrimonio separado. Ese dinero no es recibido a título de confianza, sino a título oneroso, pero adquiere la calidad de bien fideicomitado, porque es el resultado de un negocio realizado con bienes del fideicomiso. Si en vez de tratarse de una compraventa resulta que un tercero desea hacer una donación al fiduciario, ese dinero se incorpora al fideicomiso a título gratuito e irá a incrementar el patrimonio separado, porque esa es la voluntad del donante.

**2.2.5. Considerar los verdaderos negocios subyacentes al fideicomiso.**

Un correcto análisis fiscal no debe perder de vista el régimen tributario al que se sujetan los negocios subyacentes al fideicomiso. El fideicomiso no es un fin en sí mismo, sino que configura una suerte de medio o vehículo especialmente apto para otorgar mayores seguridades jurídicas y garantías a una operación o negocio determinado.

Generalmente, será este último el que genera la riqueza, y el fideicomiso será solamente un medio para poner a salvo ciertos activos o, dicho de otra forma, el fiduciario será el recipiente en donde ciertos bienes permanecerán separados del patrimonio de los demás sujetos intervinientes.

Es por eso que el fiduciario tiene la propiedad vacía de todo contenido económico.

Estas otras operaciones son el verdadero negocio, subyacen al fideicomiso. Serán a título gratuito u oneroso de acuerdo con lo pactado por las partes. El fideicomiso podrá ser el medio para garantizar una liberalidad del fiduciante a favor del beneficiario o todo lo contrario: podrá ser el medio para garantizar una compraventa, una permuta o cualquier acto a título oneroso.

El fiduciario no es más que un vehículo que utiliza el fiduciante para realizar una liberalidad a favor de los beneficiarios.

El tratamiento fiscal del fideicomiso debería siempre dar un resultado neutro. Sería deseable que la regulación fiscal recogiera la verdadera función del fideicomiso y le otorgara a los negocios subyacentes la preponderancia que tienen desde el punto de vista económico y jurídico, por ser ellos los que producen la verdadera movilización y riqueza.

Desde la política tributaria, el fideicomiso debería ser totalmente neutro, es decir, no debería aplicársele una carga tributaria mayor a la que le correspondería soportar a la operación para la cual se utiliza este vehículo, en caso de no instrumentarse el fideicomiso. En otros términos la neutralidad tributaria debería tener como único efecto que el negocio subyacente protegido a través del fideicomiso tribute de idéntica forma al a que debería tributar si el mismo no se hubiera protegido a través de este vehículo.

Castigar cualquier operación con una carga tributaria mayor por el solo hecho de haber sido protegida incorporando ciertos bienes transitoriamente a buen resguardo en un patrimonio separado del que un fiduciario es titular, es un sin sentido, tanto desde lo jurídico como desde lo económico.

### **3. El Fideicomiso en los distintos impuestos**

#### **3.1. Impuesto a las ganancias**

La ley de impuesto a las Ganancias distingue dos tipos de fideicomisos, a los que se le otorga un tratamiento diferenciado:

- a) aquellos en los que el fiduciante posee la calidad de beneficiario, excepto fideicomisos financieros o cuando el fiduciante – beneficiario sea un beneficiario del exterior, y
- b) todos los restantes.

Los primeros están regulados por el artículo 49 inc. d), y les otorga un tratamiento transparente, el fideicomiso NO ES SUJETO DEL IMPUESTO sino que las rentas que en él se generen deben ser declaradas por los fiduciantes beneficiarios como renta de tercera categoría. El artículo 70.4 del D.R. manda al fiduciario a atribuir los resultados de los fiduciantes-beneficiarios, en la proporción que les corresponda, tal como lo dice el Art. 50 de la Ley de Impuesto a las Ganancias para las sociedades de hecho.

Los segundos están regulados por el artículo 69 inc. a) apartado 6) y les otorga el mismo tratamiento que a las sociedades de capital, de manera que todas las rentas que se obtengan están alcanzadas por el gravamen sin importar la habitualidad, y la alícuota aplicable es del 35%.

#### **3.1.1. Evolución del pensamiento Tributario en la aplicación del Impuesto a las Ganancias**

En el caso puntual del impuesto a las ganancias, recién con las modificaciones introducidas por la ley 25.063 (B.O. 30/12/1.998) a la ley del tributo, el tratamiento impositivo de los fideicomisos pasó a estar expresamente incluido en su texto, al sustituirse el artículo 69.

Recordemos que hasta el año 1.998 se aplicaba el decreto 780/1995 (B.O.27/11/1.995) reglamentario de la ley 24.441 en los aspectos

registral e impositivo, cuyas principales pautas fueron luego adoptadas por la reglamentación de la ley del impuesto a las ganancias.

El inciso a), punto 6, del artículo 69 de la Ley del Impuesto a las Ganancias 20.628, (B.O.06/08/19.997) y sus modificaciones otorga el tratamiento de sujeto empresa dentro de las sociedades de capital a los fideicomisos constituidos en el país de conformidad con las disposiciones de la ley 24.441 (con excepción de los fideicomisos donde el fiduciante posee la calidad de beneficiario), a los fideicomisos financieros y a los fideicomisos en los que el fiduciante/beneficiario es un sujeto del exterior.

### **3.1.2 Los primeros pronunciamientos del ente fiscal**

De manera preliminar resulta de utilidad tomar como punto de partida un pronunciamiento que puede considerarse como un precedente básico de antigua data, cuando el fideicomiso no se encontraba tan desarrollado como en la actualidad.

Se trata del **Dictamen 1/1982 IMPUESTOS A LAS GANANCIAS Y SOBRE LOS BENEFICIOS EVENTUALES - Consorcio - Adjudicación - Venta de unidad de vivienda - Ley N° 13.512 - Tratamiento impositivo - Afectación del beneficio a la compra de otra unidad**, generado a raíz de una consulta acerca del tratamiento impositivo resultante de la enajenación bajo el régimen de propiedad horizontal de una unidad de vivienda adjudicada al contribuyente en su condición de integrante de un consorcio propietario del terreno donde se había construido el edificio.

El organismo fiscal abordó el estudio del caso desde dos puntos de vista, en atención al desconocimiento de la calidad jurídica y de la naturaleza económica que revestía el consorcio.

Desde una primera perspectiva, consideró que el consorcio propietario del terreno donde se había construido el edificio podía ser tratado como un condominio, de modo que era adquirido en copropiedad por sus integrantes, quienes decidían en común la construcción al costo de una



cierta cantidad de unidades funcionales que serían afectadas al régimen de propiedad horizontal, adjudicándose entre ellos esas unidades, una vez concluida la construcción, de conformidad con los aportes efectuados.

Por lo tanto, la adjudicación podía ser asimilada a una división de condominio, que quedaba fuera del ámbito del impuesto sobre los beneficios eventuales -entonces vigente- y del impuesto a las ganancias.

En cambio, el beneficio obtenido por la venta a un tercero de la unidad adjudicada debía tributar el impuesto a las ganancias, no siendo posible hacer uso de la opción de reemplazo del artículo 67 de la ley porque el inmueble no estaba afectado a la explotación como bien de uso.

Por último, la venta de la unidad de vivienda luego de destinarla a casa habitación o a obtener rentas mediante su locación tampoco estaba alcanzada por el impuesto a las ganancias, porque no se cumplía la condición de edificar para vender, pero sí quedaba gravada por el impuesto sobre los beneficios eventuales (hoy estaría gravada con el impuesto a la transferencia de inmuebles).

Desde una segunda perspectiva, el ente fiscal sostuvo que se podía considerar el consorcio como una sociedad civil o comercial, propietaria del terreno, que efectuaba la construcción del edificio con afectación al régimen de propiedad horizontal, donde el consorcista era un socio al cual se le adjudicaba una unidad

En este contexto, entonces, la adjudicación de la unidad de vivienda configuraba una venta, pues se transmitía el dominio del inmueble entre dos personas jurídica y económicamente independientes y, así, el resultado obtenido por la venta de la unidad efectuada por el adjudicatario no se encontraba gravado con el impuesto a las ganancias, porque ya no se verificaban a su respecto los requisitos de edificación y enajenación bajo régimen de propiedad horizontal.

Al ser la sociedad la que había llevado a cabo la construcción, el resultado de la venta de la unidad funcional adjudicada estaba alcanzado por

el impuesto sobre los beneficios eventuales (hoy lo estaría con el impuesto a la transferencia de inmuebles).

De todo ello se concluyó que la construcción del inmueble por el responsable era condición necesaria y concurrente con la de la enajenación para que procediera la aplicación del impuesto a las ganancias.

En el **Dictamen 20/1.996 Banco Z.Z. Línea de créditos para la financiación de emprendimientos constructivos con transmisión de dominio fiduciario. Su tratamiento tributario**, se abordó la operatoria de titularización de hipotecas, donde un banco asistía financieramente a emprendimientos para la construcción de unidades de vivienda y la operación se garantizaba mediante la constitución del dominio fiduciario en garantía a favor del banco de conformidad con la ley 24.441. Los sujetos intervinientes eran:

- el banco, agente financiero de la operación, otorgante del crédito, quien asumía el rol de fiduciario;
- el tomador del crédito, gerenciador del emprendimiento, denominado “fiduciante originante”;
- la empresa constructora, ejecutante de la obra sobre la base del contrato de locación de obra celebrado con el fiduciante originante;
- el propietario del terreno en cuya superficie se llevaba a cabo la construcción, a quien se lo denominó “fiduciante enajenante”, y
- el patrimonio fideicomitido constituido por el terreno, el importe del crédito otorgado al fiduciante originante y los créditos emergentes del contrato de locación de obra.

Para ello se suscribieron diversos contratos. Un convenio de financiación del proyecto, celebrado entre el banco y el fiduciante originante, donde el primero otorgaba al segundo un préstamo como aporte financiero para la construcción de las viviendas y, en calidad de garantía, el segundo se comprometía a transferir el dominio fiduciario del inmueble asiento de la obra. En relación con el contrato de locación de obra, el banco revestía la

condición de tercero y la empresa constructora era avalista de la operación y fiadora por el originante.

Luego, el contrato de fideicomiso, celebrado entre el banco, el fiduciante originante y el fiduciante enajenante, donde se transfería el dominio fiduciario, en garantía de las obligaciones asumidas por el originante, del inmueble asiento de la obra; de los derechos sobre el proyecto; de las construcciones, equipos e instalaciones que se incorporasen al inmueble; de los créditos y el dinero de la venta o preventa; del dinero del préstamo, y de los derechos emergentes de la cesión de derechos del contrato de locación de obra.

En este contrato se designaba fiduciario al banco.

Además, se celebró un contrato de locación de obra entre el fiduciante originante y la empresa constructora y un contrato de cesión de derechos y acciones entre el fiduciante originante (cedente) y el banco (cesionario), por el que se transferían 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.

En este marco, el Fisco concluyó que el patrimonio fiduciario constituía un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, y que era el contribuyente, en los términos del artículo 5, inciso c), de la ley 11.683 (t.o. 1.998 y sus modificaciones.), pero que, en atención a las características reseñadas, el patrimonio fideicomitado cumplía una función exclusiva de garantía, lo que suponía un rol estático no evolutivo.

Y, si bien constituía una unidad patrimonial, no configuraba una unidad económica, calificación asociada a un sentido de productividad, de modo que el patrimonio fiduciario en garantía no tenía fines propios a lograr sino que era un mero instrumento. Por lo tanto, no era sujeto pasivo tributario, salvo que una disposición legal lo determinara así expresamente.

Añadió que el fiduciante originante era el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir, en tanto autor del proyecto y

por ser quien llevaba adelante el emprendimiento con los medios financieros que le proporcionaba el banco (fiduciario). Él había celebrado el contrato de locación de obra, y los pagos se efectuaban con dinero del fondo, pero los ingresaba el banco por cuenta y en interés del fiduciante originante, sujeto que jurídicamente pagaba la obra.

Terminada la obra, el banco vendía las unidades de vivienda, también por cuenta y en interés del originante, y el producto de la venta se destinaba a eliminar o deprimir el pasivo del originante, quien, por intermedio del banco, vendía las unidades y pagaba la deuda contraída. Satisfecha la deuda, el fideicomiso se extinguía y los fondos excedentes -unidades de vivienda o dinero- se remitían definitivamente al originante.

Como el fondo carecía de gestión empresarial y de objetivos propios, en el fideicomiso en garantía no concurría la figura del administrador al no existir ninguna actividad respecto de la cual debieran realizarse actos de administración.

Por último, el fiduciario debía cumplir la función de agente de retención por ser quien materializaba el pago, aun cuando lo concretara por cuenta y en interés del originante.

### **3.1.3 La postura del ente fiscal luego de la reforma de la ley 25.063**

En esta segunda etapa partimos del **Dictamen 88/2.001 IMPUESTO A LAS GANANCIAS-PROPIEDAD HORIZONTAL**, que, si bien no se refiere al emprendimiento constructivo a través de un fideicomiso, es citado como antecedente en consultas relativas a fideicomisos constructivos que dieron lugar a una solución diferente en dictámenes posteriores.

Este pronunciamiento encaró la segunda alternativa del citado Dictamen 1/1.982 -consorcio considerado como sociedad civil o comercial- frente a la adjudicación de unidades destinadas a vivienda por parte de una

sociedad civil a sus miembros, luego de realizada la construcción de un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal.

En el caso, la construcción se financió con aportes de los miembros de la sociedad y se previó su duración por el término de seis años, extensible hasta el momento en que se diera cabal cumplimiento al objeto social.

El Fisco ponderó que si la sociedad tenía 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, sin el propósito de obtener un rendimiento, para posteriormente disolverse, no se producían los presupuestos generadores de los hechos imposables que gravaba el impuesto a las ganancias y, por lo tanto, no correspondía su ingreso.

La adjudicación a cada uno de los socios de las unidades construidas por las características de la operación no podía considerarse enajenación, siempre que el costo de su venta fuera compatible con los aportes societarios realizados, de modo que no quedaban alcanzadas por dicho tributo.

En cambio, las ganancias derivadas de la entrega de cuatro unidades funcionales -cuatro departamentos y cocheras- obtenidas por la sociedad como consecuencia de la venta del terreno sobre el cual se construiría el edificio estaban gravadas al configurarse enajenación bajo la forma de un contrato de permuta, pues se entregaban dichos inmuebles a la sociedad propietaria del terreno a cambio del valor por su transferencia.

Por lo tanto, quedaba perfeccionado el hecho imponible previsto en el artículo 49, inciso d), de la ley del tributo, motivo por el cual, de existir un rendimiento derivado de dicha operatoria, este quedaba alcanzado por el impuesto a las ganancias.

Cinco años más tarde, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) se expidió a través del **Dictamen 18/2.006 Impuestos varios. Fideicomiso de construcción. Adquisición de terreno y construcción de edificio a**

**afectar al régimen de propiedad horizontal. Consulta vinculante** en el marco de un contrato de fideicomiso de construcción, cuyo objeto consistía en la compra de un inmueble para la ampliación y construcción al costo de un edificio para ser afectado al régimen de propiedad horizontal.

El inmueble era adquirido por el fideicomiso con aportes de fondos de dinero en efectivo efectuados por dos tipos de fiduciantes: personas físicas residentes en el país y una sociedad anónima constituida en el país (art. 69, LIG).

En el contrato se estipulaba que los fiduciantes asumían el carácter de beneficiarios y que las obligaciones a cargo del fiduciario consistían en la compra del terreno, la gestión de la construcción y su administración, la afectación al régimen de propiedad horizontal y la adjudicación de las unidades funcionales y complementarias a los fideicomisarios con la consecuente extinción del fideicomiso.

Aquí, el ente recaudador distinguió dos situaciones. En primer lugar, la adjudicación de las unidades funcionales construidas por parte del fideicomiso a los fiduciantes-beneficiarios.

Luego de destacar que son ganancias de la tercera categoría las derivadas de los fideicomisos en los que el fiduciante posee la calidad de beneficiario inc. d), art. 49 de la ley del impuesto, en cuyo caso el fiduciario debe atribuirle, en la proporción correspondiente, los resultados obtenidos durante el año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria (art. sin número a continuación del art. 70 del DR de la ley del impuesto) y, dado el concepto de enajenación definido por el artículo 3 de la ley del tributo, el ente fiscal concluyó que la transmisión de los inmuebles a los fideicomisarios importaba, en el caso, un acto jurídico de naturaleza onerosa.

Puso de relieve que en este caso no resultaba aplicable la jurisprudencia administrativa derivada del citado dictamen 88/2.001, pues este fideicomiso se distinguía de la figura del consorcio organizado en condominio desde que, al momento de la finalización de las obras, se

operaba la transferencia del derecho real de dominio de las unidades funcionales a los fiduciantes-beneficiarios o, eventualmente, a los cesionarios, sujetos que revestían el carácter de terceros respecto del fideicomiso.

Además, la transferencia se efectuaba a título oneroso, pues los fiduciantes beneficiarios abonaban cuotas en función de su participación, considerándose momento de la transferencia del inmueble el acto de adjudicación de las unidades funcionales.

En segundo término se expidió respecto de los actos realizados por los fideicomisarios con posterioridad a la adjudicación de las unidades funcionales para concluir que, si quien obtiene los rendimientos es una persona física, tributa el impuesto en la medida en que se verifiquen los requisitos de periodicidad del ingreso, permanencia y habilitación de su fuente productora, salvo el supuesto de edificación y enajenación de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal cuando ambas operaciones son realizadas por el mismo sujeto (inc. d), art. 49 de la ley).

Y si la operatoria no quedaba alcanzada por el impuesto a las ganancias, en el caso de las personas físicas, procedía ingresar el impuesto a la transferencia de inmuebles.

#### **3.1.4 Otros aspectos a considerar**

a) Los fiduciarios, en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, ingresaban el impuesto por la ganancia devengada del fideicomiso, con carácter de pago único y definitivo. La alícuota establecida fue la vigente en su momento en el artículo 69 de la Ley del impuesto a las ganancias: 30%. Como esta alícuota pasó a ser del 33%, el Decreto 1.241/96 (B.O.: 05/11/1996), reemplazó la alícuota del 30% por esta última.

b) En sus los incisos m) y ñ) de los artículos 46 y 64 de la LIG, agrega como no computables por los beneficiarios, las utilidades distribuidas

por los fideicomisos del artículo 69, a los fines de aplicar el sistema anómalo de integración y evitar la doble imposición.

c) Con igual objeto de evitar la doble tributación, en el inciso y), agrega en el artículo 91 de la LIG, a los fideicomisos del artículo 69, dentro de las excepciones al régimen de retención de utilidades percibidas por beneficiarios del exterior.

d) En el inciso p) incorpora un artículo sin número, a continuación del artículo 69 de la LIG, por el cual establece "el impuesto de igualación", incluyendo en sus disposiciones a los fideicomisos del artículo 69.

### **3.1.5. Condición de Habitualidad**

En las cesiones de participación en fideicomisos de construcción, en cuanto al IG -Impuesto a las Ganancias-, el resultado obtenido por el cedente estará alcanzado en la medida en que dicho sujeto sea una sociedad o una persona física que ejerza habitualidad en este tipo de actividad y no lo estará si se trata de una persona física no habitualista.

El Fisco ha resaltado nuevamente que las personas físicas sólo se encontrarán alcanzadas por el Impuesto a las Ganancias cuando revistan la condición de habitualistas. La dificultad, radica entonces, en determinar con coherencia aquellos casos en los que se detenta tal condición.

Sin embargo, el camino se encuentra allanado atento a que la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho desde antaño que deben verificarse una serie de requisitos para que pueda inferirse la habitualidad de los actos realizados, tales como la existencia de ánimo de lucro, frecuencia, importancia relativa y relación con la actividad, entre otras circunstancias.

Respecto del ánimo de lucro, el mismo Ente Recaudador ha expresado, a través del **Dictamen 23/70 (DAT y J) Spanier Alberto Gabriel y otro. Tribunal Fiscal de la Nación. Sala A. 11/12/2007**, en el marco del Impuesto a los Réditos, que: "debe entenderse que, aunque la persona o entidad que realice las operaciones no tenga habitualidad en la compraventa,



cambio o disposición de bienes inmuebles, es evidente que el motivo principal y directo de la compra o construcción ha sido el propósito de lucrar con su enajenación, asumiendo así los bienes el carácter de "mercaderías", de modo que con ellos se hace "comercio" en el concepto económico, o sea en el sentido de la ley impositiva y los resultados estarán comprendidos en el impuesto a los réditos(...).

Debe analizarse si la adquisición del bien que se enajena implica un acto de inversión o si, por el contrario, la adquisición tuvo por fin un propósito de lucro.

La intención de especular debe ser simultánea a la adquisición, esto es, debe existir en el momento en que la cosa o el derecho se adquieren. Además, no basta cualquier intención de lucro, es necesario que sea el motivo principal y directo de la operación, y que ese lucro haya de producirse mediante la enajenación de lo adquirido.

**Como se aprecia, el factor determinante de la existencia de ánimo de lucro es que el mismo haya sido el móvil para realizar la actividad económica.**

La frecuencia se manifiesta a partir de la repetición de determinados actos que implican la continuidad en el tiempo necesaria para que exista habitualidad.

En concordancia con lo expuesto, la importancia relativa debe cuantificarse considerando la ganancia que genera la actividad analizada respecto de otras que realiza el contribuyente.

Finalmente, la vinculación con la actividad determina la existencia subsidiaria de habitualidad en la medida que aquella se encuentre alcanzada por el tributo.

El Tribunal Fiscal de la Nación consideró que a los fines de determinar si las operaciones realizadas por los contribuyentes eran accidentales o habituales, debía aclararse si unas, en relación con otras, eran específicamente del giro del contribuyente por estar incluidas

indubitablemente en su comercio o si tenían evidente conexión con éste o implicaban una extensión de él, debiendo en tal caso considerarlas comprendidas en la actividad habitual de quien las realizara.

En el caso analizado, de las actividades efectuadas por los sujetos podía inferirse que las mismas estaban íntimamente relacionadas, ya que los contribuyentes adquirirían los derechos sobre los inmuebles a valor de costo - según surgía de los boletos de compraventa- para luego enajenarlos en el mercado.

Además, conforme surgía de las declaraciones juradas presentadas por dichos sujetos, la ganancia obtenida por la actividad en cuestión constituía la principal fuente de ingresos en los períodos en discusión.

En función de lo expuesto, expresó el tribunal administrativo que la continuidad no necesitaba ser diaria. Bastaba la existencia de un número de operaciones adecuado para la eficacia de la especulación en tales bienes, que suponía la posibilidad del transcurso de algún tiempo entre la compra y la enajenación.

Por lo dicho, sentenció que, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, se debería considerar que las operaciones realizadas habían sido efectuadas con ánimo de especular y con la expectativa de obtener un beneficio, situación que quedaba evidenciada con los márgenes de ganancia que surgían de los boletos de compraventa y de los contratos de cesión de derechos respectivas.

### **3.2 Fideicomisos de la Construcción - Particularidades en el impuesto a las ganancias**

Los fideicomisos de construcción tienen por objetivo la realización de una obra de construcción, que puede ser:

a) sobre inmueble propio, cuyo objeto final suele ser:

➤ Enajenar las unidades a terceros, distribuyendo las utilidades entre los beneficiarios, o

➤ Adjudicar las unidades a aquéllos que realizaron las inversiones para llevar a cabo el emprendimiento (fiduciantes), quienes a su vez asumen el carácter de beneficiarios o fideicomisarios.

b) sobre inmueble ajeno, aplicable generalmente sobre obras públicas.

**El nacimiento del fideicomiso se produce con la suscripción del contrato entre el administrador fiduciario y los fiduciantes. Mediante este contrato, se perfecciona la transferencia de dominio, de los segundos al primero, del terreno sobre el cual se desarrollará el emprendimiento. Otra alternativa es que los fiduciantes sólo aporten dinero y sea el mismo fideicomiso el que adquiera el terreno sobre el que se efectuará la construcción.**

Por otra parte, el fiduciante, en caso que sea beneficiario, recibe un derecho sobre el resultado que se genere en el fondo, producto de la actividad de construcción y venta que desarrollará.

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 en la construcción del emprendimiento (ingenieros, arquitectos, gestores, asesores, etc.).

Una alternativa posible es que el fiduciario sea el encargado de construir la obra (constructor).

En ambos casos el constructor factura periódicamente al fondo los avances de la obra previamente pactados. Puede ocurrir que el fideicomiso no subcontrate a un constructor para realizar el emprendimiento, sino que asuma las características de empresa constructora, contratando a los profesionales y operarios a tal fin.

El dinero necesario para afrontar el avance de obra proviene de los aportes de los fiduciantes y de los compromisos de venta suscritos de unidades con clientes (venta en el pozo).

Una vez finalizada la obra, las unidades terminadas son entregadas a los clientes o adjudicadas a los beneficiarios.

El tratamiento de los fideicomisos ordinarios (no financieros), en relación al Impuesto a las Ganancias, detallados en el punto 3) es aplicable a los fideicomisos de construcción.

Sin embargo, en estos fideicomisos se presenta una variante con particularidades controvertidas: el "fideicomiso de construcción al costo".

Respecto de estos fideicomisos, expresa Calcagno <sup>(19)</sup> : "Por lo general, se encuentran inhabilitados para enajenar las unidades funcionales a terceros, por lo cual su única finalidad consiste en la construcción del inmueble a los efectos de la posterior adjudicación a los fiduciantes— beneficiarios de las citadas unidades funcionales". En este caso, el resultado se generaría en la posterior operación de venta a realizar por el fiduciante— beneficiario. En dicha oportunidad su gravabilidad dependerá de si el vendedor es sujeto empresa o no.

La determinación de la ganancia gravada en el fideicomiso de construcción al costo, genera opiniones divergentes. Detallamos a continuación las distintas posturas:

➤ **Opinión del fisco:**

Se detallan a continuación dos dictámenes relevantes sobre el tema que nos ocupa:

**Dictamen (DI ATEC) N° 18/2.006** (de fecha 16/03/2006), ya analizado, manifiesta que, para analizar las consecuencias tributarias de un fideicomiso inmobiliario, **se deberá siempre examinar las características del negocio subyacente al contrato**, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y los beneficiarios o fideicomisarios. Para determinar los efectos impositivos que derivan del contrato de fideicomiso, no se deben considerar sólo las consecuencias

---

<sup>(19)</sup> CALCAGNO, Gabriel A., Aspectos fiscales del Fideicomiso No Financiero: temas controvertidos y asignaturas pendientes. VIII Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Editorial Edicon,(Buenos Aires, 2.006), pág. 140.

fiscales desde el punto de vista de su apariencia formal, sino que es necesario completar el análisis penetrando en las operaciones subyacentes, a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese negocio particular o a los actos que el fiduciario debe ejecutar como consecuencia del contrato.

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

En consecuencia, resulta aplicable el artículo 3 de la Ley del impuesto a las ganancias, mediante el cual se equipara a venta todo acto de disposición, por el que se transmita el dominio a título oneroso, respecto de la transmisión de los inmuebles a los fideicomisarios.

**Dictamen (DI ATEC) N° 54/2.010** (de fecha 19/10/2010). La finalidad de este dictamen es analizar el tratamiento del fideicomiso inmobiliario en el impuesto a la ganancia mínima presunta. Si bien no se refiere al impuesto a las ganancias, su análisis es interesante respecto de este gravamen por el carácter otorgado a los inmuebles construidos.

En este dictamen, la Asesoría remite al principio de **análisis del negocio subyacente**, manifestado en el Dictamen (DI ATEC) N° 18/2.006, a partir del cual analiza un contrato de fideicomiso inmobiliario, en el cual sus objetivos finales son:

a) enajenar las unidades a terceros, distribuyendo las utilidades entre los beneficiarios y

b) adjudicar unidades a aquellos que realizaron las inversiones para llevar a cabo el emprendimiento, quienes a su vez asumen el carácter de beneficiarios y fideicomisarios.

Por las características del contrato analizado, la Asesoría manifiesta que detrás de la figura de fideicomiso existe onerosidad y propósito de lucro, razón por la cual también entiende que las unidades que conforman el citado inmueble tienen para el fideicomiso inmobiliario el carácter de bienes de cambio. No se aplica al fideicomiso la figura de consorcio organizado en condominio porque en el primero, a diferencia del segundo, se transmite el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes— beneficiarios y eventualmente a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso. La transferencia de dominio se efectúa a título oneroso, ya que los fiduciantes— beneficiarios abonan cuotas en función de su participación.

Por los motivos expuestos, el Dictamen concluye que:

i. Los fideicomisos no financieros (como es el caso del fideicomiso inmobiliario) son sujetos del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, por disposición del artículo 2, inciso f) de la Ley del gravamen.

ii. Los inmuebles integrantes del fondo tienen el carácter de **bienes de cambio**, por lo que son activos computables, no beneficiados por la exclusión establecida por el artículo 12, inciso b) de la Ley del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

➤ **Opinión de la doctrina:**

En relación al Dictamen (DI ATEC) N° 18/2.006, Ruiz Julián <sup>(20)</sup> manifiesta que la A.F.I.P. se limitó a analizar la onerosidad de los

---

<sup>(20)</sup> RUIZ, Julián, Manual Tributario de Fideicomisos de Construcción, 2° Edición, (Buenos Aires, Editorial Buyatti, 2.010), págs. 136-140.

fideicomisos y no evaluó la circunstancia de que la base imponible era neutra. El autor señala que, en el fideicomiso de construcción al costo, **el precio de venta o adjudicación de unidades está determinado por el valor de compra del terreno más los gastos necesarios para realizar la obra**. Si ese valor resulta sensiblemente inferior al de mercado, la AFIP podrá impugnarlo (por aplicación del artículo 18, inciso b) de la Ley de Procedimiento Tributario) y, dado que el hecho imponible se encuentra perfeccionado, corresponderá tributar por la diferencia ajustada: valor de mercado y el costo de tales obras.

CALCAGNO <sup>(21)</sup> expresa que el fideicomiso en sí mismo no representa un negocio "autónomo", sino que constituye un medio para desarrollar otras transacciones o negocios subyacentes, bajo un "paraguas" jurídico que otorga apropiada garantía sobre el patrimonio fiduciario.

Los fideicomisos de construcción al costo, por lo general, se encuentran inhabilitados para enajenar las unidades funcionales a terceros, por lo cual **su única finalidad consiste en la construcción del inmueble a los efectos de la posterior adjudicación a los fiduciantes— beneficiarios de las citadas unidades funcionales**". En este caso, la ganancia se generaría a partir de la posterior operación de venta a realizar por el fiduciante— beneficiario. El autor reconoce un tratamiento similar al establecido por el Dictamen (DAL) 88/2001 (Construcción por una sociedad civil constituida para construir bajo el régimen de la Ley 13.512, adjudicar las unidades a los socios y luego disolverse: no está alcanzada por el impuesto a las ganancias).

ETEROVICH <sup>(22)</sup> critica la postura de la A.F.I.P. que califica la adjudicación de unidades, del fideicomiso a los fiduciantes,

---

<sup>(21)</sup> CALCAGNO, Gabriel A., *op.cit.*, págs. 136 y 140.

<sup>(22)</sup> ETEROVICH, Nancy, El Fideicomiso de Construcción al Costo. Análisis de sus Aspectos Tributarios. XVII Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas - Área II: Tributaria, (Editorial Buyatti, Córdoba, 09/2.008), págs. 177 a 206.

como transferencia de dominio onerosa. Porque la operación no trasciende a terceros. La transmisión de dominio al fiduciario se realiza a los fines de aprovechar las ventajas de la protección patrimonial que ofrece la figura del fideicomiso, sin que ello determine apartarse de la decisión de construir en común. **La adjudicación será igual al costo impositivo que tiene el terreno más el costo de las obras realizadas. De esta forma no existe resultado alguno sobre el cual corresponda aplicar el gravamen.** Si el fiduciante aporta un terreno y será beneficiario de unidades construidas, estas se "reincorporarán" a su patrimonio al costo proporcional que tenía el terreno cuando se cedió en propiedad fiduciaria más el costo proporcional de la construcción.

GOTLIB, KEINIGER y KAPLAN <sup>(23)</sup> expresan su disidencia de los dictámenes de la A.F.I.P., que consideran, a los fideicomisos de construcción al costo, como contratos onerosos gravados por IVA e impuesto a las ganancias. Su tratamiento fiscal debería ser similar al interpretado como un consorcio de construcción en forma de sociedad civil.

COTO <sup>(24)</sup> se aparta de los autores anteriores. Manifiesta que el fideicomiso inmobiliario tiene carácter de oneroso porque se transfiere la propiedad del terreno al fondo fiduciario, sobre el cual se desarrollará un emprendimiento inmobiliario, y se obtiene como contraprestación de dicha transferencia el derecho a recibir una determinada cantidad de unidades funcionales, una vez que la obra se encuentre concluida. Desde el punto de vista impositivo, tanto las adquisiciones como **las ventas que el fideicomiso realice, deben ser tratadas como lo serían en cabeza de cualquier otro empresario.** El autor considera que las transferencias con motivo de la

---

<sup>(23)</sup> GOTLIB, Gabriel; KEINIGER, Walter; KAPLAN, Carlos G. , Fideicomisos inmobiliarios al costo, ¿su muerte por razones fiscales? Doctrina Tributaria. Tomo XXIX. (Buenos Aires, Editorial Errepar, Marzo de 2.008), págs. 206 a 210.

<sup>(24)</sup> COTO, Alberto P., Aspectos Tributarios del Fideicomiso, (Buenos Aires, Editorial La Ley, Junio de 2.006), págs. 37, 42, 49 a 52.



finalización del contrato de fideicomiso resultan similares, en cuanto a su naturaleza, a las adjudicaciones que tienen lugar al liquidarse un ente societario, por lo cual deberían valuarse al valor de plaza, por aplicación del artículo 71 del D.R. de la Ley de Ganancias. No obstante, el autor reconoce que este artículo se aplica a las sociedades comerciales y que, en relación a los fideicomisos, hay **carencia normativa**. Por lo que, el tratamiento a otorgar ante la adjudicación de los bienes a los fideicomisarios, por la extinción del contrato de fideicomiso, **dependerá de las características particulares de cada fondo fiduciario y de la realidad económica de la operación realizada.**

En este sentido, el autor realiza la siguiente distinción:

➤ Fideicomisos creados con el único propósito de mantener en su poder determinados bienes, para que, luego de un cierto lapso de tiempo o de haberse cumplido determinada condición, los mismo sean devueltos al fiduciante o bien transferidos a terceros, sin que tal transferencia permita inferir un interés económico en cabeza del ente fiduciario. Fideicomisos comprendidos: de garantía, de administración, testamentarios.

➤ Fideicomisos constituidos para la **realización de actividades netamente empresarias**, apareciendo la creación del fondo fiduciario como un sucedáneo a la adopción de formas societarias. **El análisis debe centrarse en la actividad económica llevada por el fondo.** Fideicomisos comprendidos: inmobiliarios. Tratamiento a aplicar para las adjudicaciones: artículo 71: valor de plaza. El autor reitera la necesidad de legislar sobre este tema.

*En nuestra opinión, para determinar la ganancia gravada del fideicomiso de construcción hay que analizar no sólo el objetivo del contrato, sino también el negocio subyacente.* A tal fin se tendrán en cuenta las operaciones realizadas, los sujetos intervinientes y la relación económica entre ellos. Por ejemplo:

a) Si el objetivo del **fideicomiso al costo**, es construir inmuebles que serán destinados por los fiduciantes/ fideicomisarios como **bienes de uso, casa habitación o locación**: En este caso el fideicomiso es sólo un instrumento para la construcción en común, aprovechando la protección patrimonial de esta figura jurídica. No existe la diferencia, desde el punto de vista económico, con un consorcio de propietarios. Si bien en el fideicomiso se produce la transferencia de dominio, su finalidad no es realizar una operación económica, sino construir un inmueble, bajo la protección y ventaja jurídica del fideicomiso.

En nuestra opinión, la ganancia gravada es nula en este caso, ya que el precio de adjudicación de los inmuebles iguala a los costos incurridos por el fideicomiso.

b) Si el objetivo del **fideicomiso al costo**, es construir inmuebles que serán destinados por los fiduciantes/ fideicomisarios a **inversión**, hay que analizar el negocio subyacente. Si los fideicomisarios son personas físicas que, al poco tiempo de la adjudicación, venden la totalidad de las unidades funcionales, es posible que la realidad económica indique que se trata de un negocio inmobiliario, consistente en la construcción y venta bajo el régimen de propiedad horizontal, cuyo velo jurídico es un fideicomiso al costo, integrado por personas físicas. En este caso, será importante el análisis de los vínculos existentes entre la empresa constructora y los fiduciantes/ fideicomisarios.

c) Si el **objetivo del fideicomiso es la actividad de construcción, en la cual los aportes de los fiduciantes/ fideicomisarios superan el costo de construcción**: En este caso la ganancia gravada sería positiva, equivalente al excedente entre los aportes de los fiduciantes y los costos y gastos incurridos por el fideicomiso. En este caso la adjudicación de las unidades funcionales será al valor de plaza, que es el precio pagado por los fiduciantes, a través de sus aportes.

d) **Si el objetivo del fideicomiso es la actividad de construcción, para vender las unidades funcionales a sujetos ajenos al fideicomiso:** la determinación de la ganancia gravada será similar a la de cualquier otra empresa constructora. En este caso, si se adjudican unidades a los fiduciarios, se valuarán al precio de venta, por tratarse de bienes de cambio (por aplicación de los artículos 3 y 57 de la LIG y 28 del D.R.).

### **3.3 Impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas**

El impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas alcanza a las transferencias de dominio de inmuebles a título oneroso de personas físicas no habitualistas en ese tipo de operaciones.

**La Ley 23.905** (BO 18/2/91), artículo 7º, y siguientes, establece el impuesto que se aplica sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país.

Son sujetos de este impuesto las personas físicas y sucesiones indivisas, que revistan tal carácter para el impuesto a las ganancias, que transfieran inmuebles, en la medida que dicha transferencia no se encuentre alcanzada por el mencionado impuesto.

En una transferencia de inmuebles efectuada a un fideicomiso de administración debe examinarse, en cada caso en particular, las características del negocio subyacente al contrato y las relaciones económicas existentes entre las partes, a fin de analizar su gravabilidad en el Impuesto a las Ganancias o el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles (ITI) de personas físicas y sucesiones indivisas.

Así lo entendió el servicio asesor de la AFIP mediante el **Dictamen N° 12/2.007 DAT** que hace hincapié en las relaciones económicas entre los

fiduciantes, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios, que pueden surgir dentro del marco legal instrumentado o establecerse fuera de él.

Luego de una reseña de las características más relevantes del contrato, la Dirección de Asesoría Técnica advirtió que se trata de un fideicomiso de administración, por cuanto **se transfiere la propiedad de bienes a un fiduciario para que los administre** conforme a lo establecido por el fideicomitente, destinando el producido del mismo al cumplimiento de una determinada finalidad.

En este marco, sostuvo que resulta fundamental analizar si la transferencia de dominio efectuada por el fiduciante ha sido realizada o no a título oneroso.

Recordamos que el ITI se aplica siempre que se configure una transferencia de dominio y que la misma sea a título oneroso y no se encuentre alcanzada por el impuesto a las ganancias.

Para que se configure el hecho imponible, la entrega fiduciaria del inmueble debe ser efectuada a cambio de una contraprestación, sea ésta actual o futura.

Así entonces, la transferencia fiduciaria de un terreno se encuentra alcanzada por el impuesto cuando el fiduciante beneficiario tiene derecho a recibir, ya como fideicomisario, unidades construidas. Por otro lado, en el caso de un fideicomiso hereditario, la transferencia del fiduciante al fiduciario no se encuentra alcanzada.

Esto sucede en la práctica. Los escribanos perciben el ITI.

### **3.4 Impuesto a la ganancia mínima presunta**

La ley de impuesto a la ganancia mínima presunta admite cancelar la obligación tributaria con el impuesto a las ganancias determinado por el mismo ejercicio. En caso de no ser ello factible porque no exista impuesto a las ganancias, se ingresará el impuesto a la ganancia mínima presunta que

podría ser computado contra el impuesto a las ganancias durante los diez años siguientes.

La ley establece que son sujeto de impuesto los fideicomisos, excepto los de tipo financiero.

El Fisco entendió que, aún en el caso de los fideicomisos en garantía (donde el fiduciario no realiza actividad económica alguna), el gravamen recae en cabeza del fiduciario, como titular de los activos gravados. **Dictamen DAT 17/2004.**

Según El **Dictamen Nº 78/2008**, el fiduciario deberá abonar el gravamen de referencia, teniendo en cuenta el derecho al cómputo de los respectivos pagos a cuenta recíprocos con el impuesto a las Ganancias en cabeza de los beneficiarios (contribuyentes del imp. a las Ganancias en virtud de los réditos generados por los bienes fideicomitidos. Esto es en virtud de lo dispuesto en La **Ley Nº 25.063 de IGMP** – Art. 13 y su decreto reglamentario - Art. 18.

### **3.5 Impuesto sobre los bienes personales**

La **Ley 25.585** (BO 15/05/02) introdujo un cambio sustancial en el Impuesto sobre los Bienes Personales, estableciendo un régimen de responsabilidad por deuda ajena para las sociedades regidas por la Ley 19.550.

Los fideicomisos (con anterioridad al dictado de la **Ley 26.452 MPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES-FIDEICOMISO-CAPITAL SOCIAL-ACCION**) no estaban alcanzados por tal responsabilidad, ya que no son sociedades. Los fiduciantes tampoco estaban obligados a declarar en sus DD.JJ. del gravamen los bienes aportados a los fideicomisos.

La ley 26.452 incluyó a esta figura en la obligación del art. 25 del gravamen.

Mediante esta norma se incorpora un párrafo al artículo agregado a continuación del 25 de la ley de Bienes Personales.

Ésta dispone que, cuando se trate de fideicomisos no financieros u ordinarios, será el fiduciario el obligado a liquidar e ingresar el gravamen, aplicando la alícuota del 0,5% sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año.

Al respecto, también presume, sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen de manera directa o indirecta a sujetos pasivos del Impuesto sobre los Bienes Personales.

Obsérvese que, a diferencia de las sociedades comerciales, el cálculo del gravamen se debe efectuar sobre la totalidad de los bienes que integren los fideicomisos, y no sobre el patrimonio neto de ellos.

El **Decreto 780/95 (B.O.27/11/1.995)**, reglamenta ciertas disposiciones de carácter registral e impositivo de la Ley 24.441, constituyendo un avance destinado a cubrir vacíos normativos de la referida ley. Dispone en su art. 1° que a fin de identificar a los bienes fideicomitados, en todos los balances o registraciones relativas a esos bienes se deberá hacer constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación de “en fideicomiso” y que el ejercicio fiscal deberá estipularse de acuerdo al art. 18 del primer párrafo de la LIG, entendiéndose que comienza el 1° de enero y finaliza el 31 de diciembre.

La Ley 25.063 de reforma tributaria introduce modificaciones, entre otros al Impuesto sobre los Bienes Personales, que incorporó a los fideicomisos comunes como sujetos fiscales del impuesto a las ganancias.

Mediante Resolución AFIP 770/00 (03/02/2.000) se fija el procedimiento para la inscripción de los fideicomisos, como sujetos obligados a la liquidación e ingreso de los gravámenes que les correspondan por la actividad que desarrollen.

### **3.6 Impuesto al Valor Agregado**

Según el artículo 5 de la Ley 11.683 son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias, las sociedades y entidades a las que el derecho privado no reconoce la calidad de sujeto de derecho 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.

El artículo 4 de la ley de IVA adopta una amplia definición de sujetos que incluye a las UTE, a las ACE, a los consorcios, a los agrupamientos no societarios y a cualquier otro ente individual o colectivo.

Por lo tanto la gravabilidad en este impuesto corresponderá en la medida que realice los hechos imponibles previstos en la normativa legal.

Una vez formalizado el contrato se podrán empezar a ejecutar los actos que le son propios conforme a las instrucciones definidas en el mismo. La práctica de los Fideicomisos supone la afectación de una parte del patrimonio de los Fiduciantes a una finalidad específica. En virtud de un contrato de Fideicomiso inmobiliario puede que los fiduciantes comprometan la entrega de dinero para la compra de un terreno o bien suponga la entrega del terreno por parte de aquel, a efectos de que el Fiduciario los administre realizando las contrataciones necesarias y luego se adjudiquen las unidades producidas. Esto supone distintas etapas, que requieren un análisis particular.

#### ➤ **Entrada: Transferencia fiduciaria de dominio:**

Si el Fiduciante aporta bienes estará gravado como una operación normal. Si su aporte fuera de créditos, el mismo no estará gravado, salvo que los mismos contengan intereses, en cuyo caso sólo dicho concepto estará gravado.

➤ **Ejecución: Fideicomiso en Marcha:**

Atendiendo a que el **Fideicomiso tiene personalidad tributaria, por la cual responde el Fiduciario** en su carácter de responsable sustituto. En relación a este impuesto, el Fideicomiso será sujeto del mismo en tanto realice hechos gravados. De modo que el encuadre se asocia con la naturaleza del negocio que subyace a la figura. De acuerdo a la naturaleza de los desarrollos inmobiliarios, durante el transcurso de la obra se acumulan créditos fiscales por las compras de materiales y/o contrataciones de servicios. Al respecto, cabe aclarar que igual que en otros esquemas, el fideicomiso pagará 21% como alícuota general por sus compras, salvo que por las características de la construcción pueda considerarse que ha sido concebida con destino a vivienda, en cuyo caso por las contrataciones de contratistas afectados a la construcción pagará la alícuota reducida en un 50% (10,5%). Asimismo, dicho beneficio será aplicará a la construcción de cocheras y bauleras, en tanto sean unidades complementarias de las destinadas a vivienda. En los esquemas de **Fideicomisos de administración y venta**, debe prestarse especial atención a las señas pagadas por terceros adquirentes que congelan el precio de las unidades, ya que de acuerdo a la normativa los mismos están gravados, generando débito fiscal para el fideicomiso. Si los mismos se perfeccionan al inicio del Fideicomiso, cuando todo de lo que se dispone es del terreno (que está exento) no habrá créditos fiscales contra los cuales imputarlo, generando un impuesto a pagar que no podrá compensarse con créditos posteriores.

➤ **Fin de la Obra: Transferencia a favor de los Beneficiarios y/o Fideicomisarios**



La adjudicación de unidades a favor de los beneficiarios encuadra como hecho imponible y es lo que genera para el Fideicomiso Débito Fiscal. Para su determinación debe tomarse el valor total de adjudicación, descontarse la proporción del costo atribuible al terreno. El valor obtenido contendrá el IVA, de modo que la ecuación supone dividir dicho valor por el 1,105 o el 1,21 (de acuerdo a los destinos de la construcción) para obtener la base imponible.

Al respecto, cuando se trata de obras con destino a vivienda, todo lo referido a las contrataciones propias de trabajo de construcción está gravado al 10,5% generando crédito en esa proporción. Sin embargo, el resto de los conceptos, como honorarios de los profesionales intervinientes o compra de materiales si se trata de contratos abiertos, estará gravado a la alícuota general, generando la acumulación de un crédito fiscal más alto que el débito correspondiente a la adjudicación. Por ello es que recomendamos realizar una planificación fiscal inicial seguida de un monitoreo permanente a lo largo de todo el proyecto.

Por lo tanto, concluimos que los efectos tributarios serian los siguientes:

a) La transferencia del terreno, por parte de los copropietarios del mismo, al fiduciario estaría por fuera del objeto del impuesto.

b) La empresa constructora realiza la obra sobre inmueble ajeno, por lo tanto se regulan de acuerdo al artículo 3 de la ley del impuesto.

c) La empresa constructora generaría el debito fiscal de acuerdo al artículo 5 inciso c de la ley (en el momento de la aceptación del certificado de obra, parcial o total, o en el de la percepción total o parcial del precio o en el de la facturación por la empresa constructora al fiduciario, dueño formal del inmueble).

d) Contra el debito fiscal generado por el punto anterior, la empresa constructora debería computar el 100% de los créditos fiscales por compra de materiales y servicios recibidos de terceros durante el proyecto.

e) Al momento de adjudicar las unidades, o con el otorgamiento de la posesión el fiduciario generaría el hecho imponible “obra sobre inmueble propio” (Art. 3 inc b) del gravamen.

f) Contra el debito fiscal generado por el fiduciario al momento de la adjudicación o la entrega de posesión, el fiduciario computaría los créditos fiscales correspondientes a la facturación de la empresa constructora.

Por último agregamos que las cesiones de participación en fideicomisos de construcción constituyen la transmisión de un derecho personal que no resulta alcanzado por el IVA -Impuesto al Valor Agregado- (Dictamen 49/2003 DAL y 59/2003 DAL)

### **3.7 Impuesto sobre los Ingresos Brutos**

Muy pocas legislaciones locales han incorporado al fideicomiso como sujeto del impuesto sobre los ingresos brutos y esto se debe realizar con mucho cuidado para que no quepan dudas respecto de la imposibilidad de que exista doble imposición gravando las transferencias entre las distintas partes del contrato. Este impuesto de carácter local que recae sobre el ejercicio habitual de una actividad a título oneroso sin importar el propósito de lucro, el resultado obtenido, ni la naturaleza del sujeto que la realice.

La principal razón para alcanzar al fideicomiso como sujeto es de tipo práctico: recordemos que el fideicomiso es un contrato y el patrimonio autónomo no realiza actividades *per se* sino que quien las realiza es el fiduciario.

Sin embargo si el impuesto gravara las múltiples transferencias de dominio que pueden darse entre los sujetos del gravamen o las transferencias a título de fiducia y las que se producen del fiduciario al beneficiario y/o fideicomisario, en ausencia de transferencia onerosa y definitiva de dominio de bienes, atentaría contra el uso del impuesto en cuestión, creándolo como sujeto sólo por razones prácticas de recaudación.

Por lo tanto concluimos que corresponde la misma interpretación que con el Impuesto al valor agregado.

No considera quien es el sujeto, sino qué actividad realiza.

A tal efecto el art. 204 inc. i de la Ley 8.149 del Código Tributario de la Provincia de Tucumán (B. O.31/12/2008), establece:

*"(...) i) Para los fideicomisos constituidos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Nacional Nº 24.441 y sus modificatorias, o la que en el futuro la sustituya o reemplace, los ingresos brutos obtenidos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen...."*

Por ello es que la inclusión del fideicomiso como sujeto del gravamen de ningún modo puede derivar en pretender aplicar el efecto cascada hacia los aportes de bienes en fiducia, salvo que la misma revele una transferencia onerosa y definitiva de dominio o hacia los pagos de utilidades que el fiduciario puede hacer a los beneficiarios o la entrega del patrimonio remanente al fideicomisario.

### **3.8 Impuesto a los Sellos**

El impuesto de sellos grava, entre otras cosas, la transferencia de dominio a título oneroso e instrumentada de bienes en general. Por lo tanto las dos condiciones básicas son: onerosidad e instrumentalidad.

Por definición la transmisión fiduciaria de bienes del fiduciante al fiduciario no se realiza a título oneroso sino a título de confianza.

Del mismo modo, la transmisión final de los bienes que integran el patrimonio fideicomitado son entregados del fiduciario al fideicomisario no a título oneroso sino en cumplimiento del mandato otorgado.

Si nos quedamos con esto ninguna transferencia fiduciaria estaría gravada dado que no existe onerosidad.

Pero al decidir estructurar un proyecto inmobiliario bajo la modalidad de fideicomiso, los fiduciantes originarios deberán designar un

Fiduciario para que lo administre, asignándole al mismo una retribución por su tarea. Cuando dicha operación se formaliza mediante el contrato de fideicomiso, el mismo **estará gravado por el impuesto de sellos**, siendo su base imponible el valor de la retribución al fiduciario (que define la onerosidad del contrato)

Posteriormente si se encuentran gravados todos los contratos realizados con contratistas, subcontratistas y profesionales. . Asimismo, las cesiones de derechos que pudieran perfeccionarse entre fiduciantes durante el transcurso del Fideicomiso también se encuentran gravadas.

Donde sí puede haber onerosidad en relación entre el fiduciante y el fideicomisario es cuando los bienes que entrega el fiduciante serán luego recibidos por el fideicomisario pero para que ello suceda este último debe realizar cualquier tipo de contraprestación (ya sea que esta contraprestación sea recibida por el fiduciario quien luego se la entrega al fiduciante-beneficiario, ya sea que sea recibida por el fiduciante sin pasar por el fideicomiso), estamos frente a una realidad económica subyacente de manifiesta onerosidad. Esto nos lleva a pensar que al menos una de las transferencias (cuando entra al patrimonio fideicomitado o cuando sale de él) debería tributar el impuesto de sellos.

Claro que esto no es lo que surge del principio de instrumentabilidad que rige al gravamen: “con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes”.

En algunos casos la transferencia fiduciaria no está gravada como así tampoco la sustitución del fiduciario. Si grava la transferencia de unidades funcionales a los fiduciantes-beneficiarios.

En estos casos el impuesto de Sellos constituye una restricción al funcionamiento de fideicomisos. En dicho impuesto están alcanzadas las operaciones que se formalizan mediante escrituras públicas por las que se transfiere el dominio de inmuebles, en virtud de cualquier acto oneroso. Al

ser el fideicomiso un contrato y en ese contrato no se transfiere el dominio de inmuebles, ya que estos necesitan para ello una escritura pública, no encuadra en la transmisión de dominio ni es onerosa dado que por un lado al inicio, la propiedad fiduciaria se transmite a título de confianza y al final es en cumplimiento de un mandato. Por ello correspondería interpretar que la transmisión fiduciaria de inmuebles no se encuentra gravada

Pero cuando el fiduciario enajena inmuebles a terceros, es decir vende inmuebles que conforman el patrimonio fideicomitado y firma las escrituras se está en presencia de operaciones onerosas gravadas con el Impuesto sin lugar a dudas.

Por lo tanto está gravado cuando la operación que subyace en el fideicomiso es onerosa y esto es cuando el fideicomisario paga una contraprestación que tiene relación con el valor de los inmuebles que recibe, al fiduciario o al fiduciante.

En relación con la transferencia de dominio fiduciario de un inmueble, en un aparente caso de consorcio de construcción al costo, la misma es onerosa porque el fiduciante se reserva el derecho a recibir unidades funcionales de vivienda, y en consecuencia se halla alcanzada por el impuesto.

En el caso de nuestra Provincia, la transferencia fiduciaria se encuentra gravada con el Impuesto a los Sellos.

## **CAPITULO V**

### **RÉGIMEN DE INFORMACIÓN PARA LOS FIDEICOMISOS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA ACTIVIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN**

Sumario: 1. Análisis de la Resolución General Nº 3312 2. Sujetos obligados 3. Actividad de la construcción 4. Vigencia de la norma 5. Régimen de Información U.I.F. 6. Nuevas disposiciones AFIP.

#### **1. Análisis de la Resolución General Nº 3.312**

La creciente utilización jurídica y económica de fideicomisos para instrumentar distintos tipos de operaciones económicas, ha hecho que la operatoria de los mismos sea de particular interés para el fisco nacional. Por tal motivo se dictó la R.G. de referencia donde se establece una importante regulación normativa en el marco de actuación de los fideicomisos que en muchos casos condiciona sus posibilidades de aplicación

práctica.



Con lo dispuesto por esta Resolución, se modifica y extiende el régimen al que se encontraban sujetos los fideicomisos con el propósito de verificar esta modalidad contractual, señalando sus efectos en la actividad de la construcción.

La Administración Federal de Ingresos Públicos, mediante la publicación de la misma, ha modificado y ampliado el régimen de información al que se encontraban sujetos los fideicomisos.

Al igual que establecía la norma antecesora, <sup>(25)</sup> determinada información a suministrar tendrá carácter anual -ver vencimientos-, con corte al día 31 de diciembre de cada año, debiendo suministrarse hasta los últimos días del mes de julio de cada año.

#### TERMINACION---FECHA DE C.U.I.T.----VENCIMIENTO

0-1 -----Hasta el 27 de julio, inclusive

2-3 -----Hasta el 28 de julio, inclusive

---

<sup>(25)</sup> Resolución General 2.419. Administración Federal de Ingresos Públicos. B.O. del 06/03/2008. Derogada por la Resolución General 3.312 (AFIP).

4-5 -----Hasta el 29 de julio, inclusive

6-7 -----Hasta el 30 de julio, inclusive

8-9 -----Hasta el 31 de julio, inclusive

Sin perjuicio de lo expuesto, se amplía el régimen establecido, para extenderlo a determinadas operaciones que, en el caso de acontecer en el marco de un contrato de fideicomiso, serán pasibles de ser informadas dentro de los diez días hábiles administrativos siguientes contados a partir de la fecha de formalización de las mismas.

## **2. Sujetos obligados**

Cuando se trate de fideicomisos constituidos en el país el régimen de información deberá ser cumplido por aquel sujeto que actúe como fiduciario del mismo así como por los vendedores o cedentes y adquirentes o cesionarios de participaciones, en este último caso, exclusivamente por las operaciones en las que participen respecto del fideicomiso.

En los casos en que los fideicomisos se encuentran constituidos en el exterior, tal obligación no sólo se circunscribe a los fiduciarios, sino que se extiende a aquellos fiduciantes y/o beneficiarios (únicamente por las operaciones relacionadas con sus respectivas participaciones), en la medida que revistan la condición de residentes en el país.

Evidentemente, con la novedosa normativa, el Fisco pretende obtener la información adecuada que le permita determinar y controlar con exactitud e inmediatamente, las operaciones realizadas por los referidos patrimonios de afectación, mediante un efectivo entrecruzamiento de datos.

Especial interés ha generado la presente normativa respecto del tratamiento tributario a dispensar a los fideicomisos de construcción. En tal caso es de notar que el régimen de información instituido constituye el acto previo a la validación de la referida reforma tributaria.



Debe dársele a la Resolución la entidad que tiene: una nueva normativa mediante la cual el Fisco pretende mejorar la información que necesita para ejecutar adecuadamente sus funciones de control y verificación.

En tal orden de ideas, el Órgano Recaudador podrá ejercer una férrea revisión, por ejemplo, sobre las múltiples cesiones de posiciones contractuales que se suscitan durante el desarrollo de las construcciones objeto de los diversos contratos. En tal sentido, se deberá analizar en cada caso en particular las implicancias tributarias que deriven de los referidos actos.

El Fisco contará con las herramientas que le permitan aplicar el régimen existente que establece que las cesiones de derechos de participaciones en fideicomisos de construcción por parte de personas físicas, se encuentran alcanzadas por el Impuesto a las Ganancias, cuando revistan la calidad de habitualistas, quedando acreditada tal circunstancia con el cumplimiento de determinadas condiciones.

Cabe aclarar que no resulta necesaria ninguna modificación tributaria para que dichos actos queden alcanzados por el gravamen referenciado, pues siempre lo estuvieron. Es el caso concreto de aquellos sujetos, que invertían en múltiples fideicomisos y cesionaban dichos derechos antes de la entrega de las unidades, los constructores que permutaban materiales por metros, etc. Todos ellos, se encuentran alcanzados por el tributo analizado (excepto en contadas oportunidades) y consecuentemente, deberán tributar el mismo por aquellos períodos no prescriptos.

La información obtenida también podrá ser utilizada para determinar el valor de adjudicación de las unidades funcionales en el caso de fideicomisos al costo. La adjudicación en contraprestación a la entrega de aportes, al contarse con un precio determinado consistente en la sumatoria

de los fondos aportados por los fiduciantes- beneficiarios, corresponderá valuarse considerando el monto que arroje la misma.

Como contrapunto de la Resolución publicada, cabe advertir que deviene excesiva la carga administrativa que se continúa trasladando a los contribuyentes -además de a otros sujetos- y que no debiera desconocerse a futuro el impacto recesivo real que tendrá este régimen informativo sobre determinadas actividades en general y sobre la construcción en particular.

### **3. Actividad de la construcción**

La actividad de la construcción, principalmente, se va a ver jaqueada en parte de su operatoria. Ello responde a que fundamentalmente la obra privada se desarrolla a través de fideicomisos. La característica esencial que les permitió a los mismos transformarse en instrumentos idóneos para el desarrollo de dicha actividad, se basó en la posibilidad de financiar gran parte de éstas obras desde el pozo.

En la mayoría de los casos, no se evaluaba el origen de los fondos aportados a los mismos, más allá de un simple escrito en carácter de declaración jurada donde se consignaban que los fondos provenían del ejercicio de actividades lícitas.

Sucede que ante la obligación de informar todos los "movimientos" que se suscitan durante el proceso de desarrollo de los emprendimientos, más de un inversor desistirá de realizar tales operaciones. Llegado este nivel de análisis, cabe realizar una distinción esencial: no se está justificando desde estas páginas el accionar de aquellos contribuyentes que mediante diversos ardides, utilizan la figura contractual para evadir tributos en claro detrimento de la recaudación fiscal, circunstancia que no sólo debe ser repudiada sino condenada penalmente.

Por el contrario, se está intentando plasmar los hechos conforme ocurren en el devenir cotidiano independientemente de cualquier juicio de valor. Sucede, que el contrato de fideicomiso ha tenido tanta repercusión

porque, ante la ausencia de créditos hipotecarios, otorga la posibilidad real de acceder mediante inversiones "desde el pozo" a una vivienda.

En tal sentido, los aportes iniciales, muchas veces provienen de ahorros de años, préstamos familiares, etc. Ante esta circunstancia fáctica, deberá encontrarse algún tipo de flexibilización respecto de las penalidades aplicadas. ¿O acaso pretenderá el Fisco que los préstamos realizados entre familiares y amigos, que en infinidad de veces acaecen informalmente, y que son destinado a la integración de aportes, tengan fecha cierta? ¿Deberán los fiduciarios exigir tal requisito cuando muchas veces los aportantes actúan como meros compradores y no se encuentran inscriptos en ningún tributo?.

Como se puede apreciar, la necesidad de control de la modalidad contractual deviene tardía, puesto que no le otorgará al Fisco la posibilidad de "atrapar a los grandes evasores", pues aquellos, ante estos regímenes, trasladarán los fondos hacia otras actividades, siendo los principales afectados los fiduciantes que actúan como meros compradores y que se verán obligados a cumplir con un sinfín de requisitos tributarios.

#### **4. Vigencia de la norma**

En tal sentido, las disposiciones establecidas por la resolución en cuestión, entrarán en vigencia a partir del día 1 de julio de 2012, inclusive y resultarán de aplicación según se indica seguidamente:

a) El régimen de información anual: a partir del período finalizado el día 31 de diciembre de 2011. Además y de tratarse de fideicomisos constituidos en el exterior, los responsables indicados en la misma deberán presentar la información, respecto de los años 2009 y 2010, hasta la última semana del mes de julio de 2012, siempre que la fecha de constitución del pertinente fideicomiso así lo permita.

b) El régimen de registración de operaciones acaecidas en el transcurso del año calendario: para las operaciones formalizadas a partir del día 1º de enero de 2012, inclusive hasta el 31 de mayo de 2012.

Por otra parte, aquellos responsables que hayan presentado la declaración jurada correspondiente al año 2011 en los términos establecidos por la derogada Resolución General 2419 (AFIP), deberán confeccionar y presentar nuevamente dicha información de acuerdo con el régimen implementado por la presente resolución.

Cabe destacar que, cuando se omita el cumplimiento del referido régimen, el sujeto obligado será pasible de las sanciones establecidas en la Ley Fiscal.

El Fisco mediante la implementación y extensión del régimen de información contará con las herramientas necesarias que le permitan verificar adecuadamente la modalidad contractual. Sin perjuicio de lo expuesto, deberá manejar dicha información con prudencia y actuar en consecuencia, distinguiendo entre fiduciantes que actúen como grandes inversores respecto de aquellos que sólo lo hagan en calidad de meros compradores, porque de no hacerlo de tal manera, podría exterminar la figura contractual, afectar la actividad de la construcción, y limitar el acceso a la vivienda.

##### **5. Régimen de Información U.I.F.**

La Unidad de Información Financiera (UIF), sancionó su Resolución 140/2013 (B.O. 14/8/12), mediante la cual aprobó las **directivas sobre la reglamentación del régimen de información de operaciones sospechosas de lavado de activos** y de financiación del terrorismo que deberán observar las personas físicas o jurídicas que actúen como fiduciarios en cualquier tipo de fideicomiso y las personas físicas o jurídicas titulares de o vinculadas, directa o indirectamente, con cuentas de fideicomisos, fiduciantes o fiduciarios en virtud de contratos de fideicomisos.

<p><b>Sujetos obligados</b> (Art. 2)</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>✓ en los <b>fideicomisos financieros</b> con oferta pública, a las personas físicas o jurídicas que actúen como fiduciarios, administradores y todo aquel que realice funciones propias del Fiduciario (incluidos agentes colocadores y otros)</li><li>✓ en los <b>restantes fideicomisos</b>, las personas físicas o jurídicas que actúen como fiduciarios, administradores y todo aquel que realice funciones propias del Fiduciario</li></ul>
<p><b>Clientes</b> (Art. 2)</p>	<p>En función del tipo y monto de las operaciones los <b>clientes deberán ser clasificados</b> como:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>✓ <b>Habituales:</b> son aquellos clientes que realizan operaciones por un monto anual que supere la suma de \$ 60.000</li><li>✓ <b>Ocasionales:</b> son aquellos clientes cuyas operaciones anuales no superan la suma de \$ 60.000</li></ul> <p>A los fines de la clasificación de los clientes deberá tenerse en consideración el fondeo de las operaciones realizadas por año calendario.</p>
<p><b>Reportes sistemáticos - Operaciones inusuales y sospechosas</b> (Art. 2)</p>	<p><b>Reportes sistemáticos:</b> son aquellas informaciones que obligatoriamente deberán remitir los Sujetos Obligados, a la Unidad de Información Financiera, en forma mensual mediante sistema on line</p> <p><b>Operaciones inusuales:</b> son aquellas operaciones tentadas o realizadas en forma aislada o reiterada, sin justificación económica y/o jurídica, ya sea porque no guardan relación con el perfil económico, financiero, patrimonial o tributario del cliente, o porque se desvían de los usos y costumbres en las prácticas de mercado por su frecuencia, habitualidad, monto, complejidad, naturaleza y/o características particulares</p> <p><b>Operaciones Sospechosas:</b> son aquellas operaciones tentadas o realizadas, que habiéndose identificado previamente como inusuales, luego del análisis y evaluación realizados por el Sujeto Obligado, no guardan relación con el Perfil de Cliente o cuando se verifiquen dudas respecto de la autenticidad, veracidad o coherencia de la documentación presentada por el cliente, ocasionando sospecha de Lavado de Activos; o aun cuando tratándose de operaciones relacionadas con actividades lícitas, exista sospecha de que estén vinculadas o que vayan a ser utilizadas para la Financiación del Terrorismo</p>

<p><b>Datos a requerir a Personas Físicas</b></p> <p>(Arts. 13 y 16)</p>	<p>Nombre y apellido completos; Fecha y lugar de nacimiento; Nacionalidad; Sexo; Tipo y Número de documento de identidad que deberá exhibir en original y al que deberá extraérsele una copia; CUIL, CUIT o CDI; Domicilio real (calle, número, localidad, provincia y código postal); Número de teléfono y dirección de correo electrónico; Declaración Jurada indicando estado civil y profesión, oficio, industria o actividad principal que realice; Declaración Jurada indicando expresamente si reviste la calidad de persona expuesta políticamente</p> <p>A quienes se consideren <b>clientes habituales además</b> se deberá requerir documentación adicional para definir el perfil del cliente</p> <p>Esta información debe ser solicitada también a quienes actúen como representantes</p>
<p><b>Datos a requerir a Personas Jurídicas</b></p> <p>(Arts. 14 y 17)</p>	<p>Denominación o Razón social; Fecha y número de inscripción registral; CUIT o CDI; Fecha del contrato o escritura de constitución; Copia del estatuto social actualizado, certificada por escribano público o por el propio Sujeto Obligado; Domicilio legal (calle, número, localidad, provincia y código postal); Número de teléfono de la sede social, dirección de correo electrónico y actividad principal realizada; Copia del acta del órgano decisorio designando autoridades, representantes legales, apoderados y/o autorizados con uso de firma social, certificadas por escribano público o por el propio Sujeto Obligado; Datos identificatorios de las autoridades, del representante legal, apoderados y/o autorizados con uso de firma, que operen ante el Sujeto Obligado en nombre y representación de la persona jurídica; Titularidad del capital social (actualizada); Identificación de los Propietarios y de las personas físicas que, directa o indirectamente, ejerzan el control real de la persona jurídica;</p> <p>A quienes se consideren <b>clientes habituales además</b> se deberá requerir documentación adicional para definir el perfil del cliente</p> <p>Los mismos recaudos se deberán solicitar a UTES, agrupaciones y otros entes similares</p>

<p><b>Datos a requerir a organismos públicos</b></p> <p>(Art. 15)</p>	<p>Copia certificada del acto administrativo de designación del funcionario interviniente y del acto administrativo que lo autorice fehacientemente para llevar a cabo la transacción, en caso de corresponder;</p> <p>Número y tipo de documento de identidad del funcionario que deberá exhibir en original, informando su número de CUIL; CUIT, domicilio legal (calle, número, localidad, provincia y código postal) y teléfono del Organismo o dependencia en la que el funcionario se desempeña; Domicilio real del funcionario (calle, número, localidad, provincia y código postal)</p>
<p><b>Fideicomisos vigentes</b></p> <p>(Art. 36)</p>	<p>Los legajos de clientes deberán conformarse con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 y sólo <b>respecto de aquellas operaciones</b> que se efectúen con posterioridad a la entrada en vigencia de esta resolución (14/8/12)</p>
<p><b>Vigencia</b></p> <p>(Art. 38)</p>	<p>La presente resolución comenzará a regir a partir de su publicación en el Boletín Oficial <b>(14/08/12)</b></p>

## 6. Nuevas Disposiciones AFIP <sup>(26)</sup>



La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) busca **terminar con la evasión** entre quienes **invierten en fideicomisos inmobiliarios**.

Y, a fin de potenciar la avanzada, el organismo a cargo de Ricardo Echegaray **direccionará sus acciones de fiscalización sobre todos los integrantes de la respectiva cadena**.

Tal es así que ya puso la mira sobre los **encargados de aportar el capital y de administrar un proyecto** inmobiliario como así también sobre quienes se convierten luego en los **propietarios** de nuevas unidades.

De esta forma, se apuntará a que las referidas adjudicaciones de **propiedades se realicen a valor de plaza o mercado y no al costo**. Asimismo, la lupa estará puesta en los **administradores de los fideicomisos**.



El fisco nacional "quiere alcanzar con el Impuesto a las Ganancias a **la diferencia** que existe **entre el valor de origen y el valor de mercado de la propiedad**".

"La AFIP también deja en claro que, siendo el beneficiario una persona física que vende los inmuebles recibidos, procederá el pago del tributo **si existe habitualidad en este tipo de operaciones**".

Puntualmente, el fisco nacional busca terminar con los "agujeros" que se presentan en el tratamiento de los mismos respecto del **Impuesto a las Ganancias y de Ganancia Mínima Presunta**.

En particular, la AFIP también pretende que el fideicomiso **pague el 35% de Ganancias sobre el valor de mercado de las unidades adjudicadas**. De no haberlo hecho, amparados en que se trata de fideicomisos de construcción al costo, el fisco iría en contra del administrador ya que subsiste la responsabilidad solidaria del mismo.

### **Múltiples obligaciones**

Asimismo, el organismo **profundizó las herramientas de control** que recaen sobre los administradores de los fideicomisos conformados en el país o en el exterior.

Como principal cambio, se destaca la incorporación de **una nueva obligación** por la cual **los fiduciarios disponen de 10 días hábiles administrativos** para informar cualquier modificación que se produzca en el fideicomiso.

Puntualmente, se deben declarar, las siguientes operaciones:

- **Constitución** inicial de fideicomisos.

➤ **Ingresos y egresos** de fiduciarios y/o beneficiarios, que se produzcan con posterioridad al inicio. De tratarse de fideicomisos financieros, deberá detallarse el resultado de la suscripción o colocación.

➤ **Transferencias o cesiones gratuitas** u onerosas de participaciones o derechos en fideicomisos.

➤ **Entregas de bienes** efectuadas a fideicomisos, con posterioridad a su conformación.

➤ **Modificaciones** al contrato inicial.

➤ Asignación de **beneficios**.

➤ **Extinción** de contratos de fideicomisos.

Según indica la normativa, la obligación de registrar las operaciones anteriormente detalladas también deberá ser cumplida por:

➤ "**Sujetos residentes** en el país que actúen como fiduciarios en fideicomisos constituidos en el exterior.

➤ Residentes que actúen como **fiduciarios y/o beneficiarios** en fideicomisos constituidos en el exterior, únicamente por las operaciones relacionadas con sus respectivas participaciones.

➤ **Vendedores o cedentes** y adquirentes o cesionarios de participaciones en fideicomisos constituidos en la Argentina, respecto de las transferencias o cesiones gratuitas u onerosas de participaciones o derechos en fideicomisos".

La información deberá ser suministrada ante la AFIP "dentro de los 10 días hábiles administrativos, contados a **partir de la fecha de formalización de la operación.**

## **CONCLUSIÓN**

El fideicomiso en la economía real garantiza la inversión y los resultados emergentes que de ella se esperan, son a partir de un proceso transparente, operaciones previsibles y pautas claras, considerando tanto intereses particulares como generales.

La utilización del fideicomiso debe partir de un diagnóstico de situación y de un cuidadoso análisis de los mecanismos que se deseen incluir en el contrato.

Con la Ley 24.441 se pretendió dar dinamicidad a la construcción y financiación a largo plazo y dar a los inversores instrumentos que se utilizan en los principales países desarrollados.

La figura del fideicomiso al ser una figura relativamente nueva para nuestro derecho y de muy amplio espectro, tiene en Argentina una regulación escasa y muchos vacíos legales. Por lo tanto, resulta de vital importancia definir bien y especificar en la mayor medida posible los imprevistos que pudieren acontecer. Según las características del contrato, y las facultades que tiene el fiduciario, sería conveniente averiguar los antecedentes de los intervinientes y/o de los bienes que se van a transferir ya que el fundamento de esta figura es la confianza.

A pesar de los puntos que podemos encontrar en contra, creemos que es de mucha utilidad y usado correctamente es una figura que permite realizar diferentes tipos de negocios. Por un lado, brinda una protección

especial al patrimonio que posibilita la ejecución del objeto del contrato. Por otro, se cubre de los riesgos típicos, como por ejemplo la insolvencia de las partes y la realización de malos negocios externos a la relación.

Con esta colaboración pretendemos brindar una síntesis del estado impositivo actual del fideicomiso constructivo tanto para impuestos nacionales como provinciales.

Si bien el auge de esta operatoria de cara a emprendimientos constructivos se sustentó en las ventajas que el instituto del fideicomiso otorga desde la regulación de derecho privado, cabe reconocer que, en muchos casos, se ha hecho abuso de esta figura con la finalidad de lograr también ventajas impositivas.

La evolución reseñada evidencia cómo el Fisco ha advertido este fenómeno para girar su postura hacia la gravabilidad por conducto del excepcional método de apreciación del hecho imponible de la “realidad económica” y el estudio del “negocio subyacente” a las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes.

El nuevo escenario lleva, entonces, a replantearse acerca del uso del fideicomiso constructivo en términos de conveniencia impositiva.

## **INDICE BIBLIOGRÁFICO**

### **a) General:**

CARREGAL, Mario A., El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades prácticas, Edición Universidad, Buenos Aires, 1982.

GUASTAVINO, Elías P., Actos fiduciarios. Estudios de derecho civil, Edición Depalma, Buenos Aires, 1968.

KIPER, Claudio M., Régimen jurídico del dominio fiduciario, La Ley, Buenos Aires, 1990.

KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., Fideicomiso, Dominio fiduciario, Securitización, Edición Depalma, Buenos Aires, 1994.

ORELLE, José M. R., El fideicomiso en la ley 24.441, LL, Buenos Aires, 1995.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Contratos bancarios, Felabán, Bogotá, 1977.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina, 1º Edición, Legis Editores S.A., Colombia, 2005.

### **b) Especial:**

COTO, Alberto P., Aspectos Tributarios del Fideicomiso, Buenos Aires, Editorial La Ley, Junio de 2.006.

FREIRE, Bettina V., El Fideicomiso. Sus Proyecciones Inmobiliarias, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1.997.

KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., Tratado del Fideicomiso, 3° Edición, Buenos Aires, 2.004.

SOLER, Osvaldo H., Tratamiento Impositivo del Fideicomiso, Fideicomiso común u ordinario, en "Impuestos", (Buenos Aires, oct. 1.996), N° 10.

**c) Otras Publicaciones:**

Ley N° 24.441 FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCION

Ley N° 26.452 IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES-FIDEICOMISO-CAPITAL SOCIAL-ACCION)

Ley N° 25063 Modificaciones en los Impuestos al Valor Agregado, a las ganancias y sobre los Bienes Personales, en el Régimen de los Recursos de la Seguridad Social y el Código Aduanero. Creación del Impuesto sobre los Intereses Pagados y el Costo Financiero del Endeudamiento Empresarial y el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

**d) Consultas en Internet:**

[www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar)

[www.errepar.com.ar](http://www.errepar.com.ar)

[www.biblioteca.afip.gov.ar](http://www.biblioteca.afip.gov.ar)

[www.iprofesional.com](http://www.iprofesional.com)

## ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
<u>PROLOGO</u> .....	- 1 -
<u>INTRODUCCION</u> .....	- 3 -
<u>CAPITULO I</u> .....	- 5 -
<u>ANTECEDENTES HISTORICOS:</u>	
<u>DERECHO ROMANO y DERECHO ANGLOSAJON</u> .....	- 5 -
1. <u>Concepto</u> .....	- 5 -
2. <u>El fideicomiso en el Derecho Romano</u> .....	- 6 -
3. <u>El fideicomiso en el Derecho Anglosajón</u> .....	- 8 -
4. <u>Consideraciones y evaluaciones del fideicomiso en la ley 24.441</u> .	- 9 -
<u>CAPITULO II</u> .....	- 12 -
<u>CARACTERES JURIDICOS DEL FIDEICOMISO</u> .....	- 12 -
1. <u>Concepto de fideicomiso contractual</u> .....	- 12 -
2. <u>Distintas clases de fideicomiso</u> .....	- 14 -
3. <u>La propiedad fiduciaria</u> .....	- 17 -
3.1. <u>La transferencia a titulo de confianza</u> .....	- 17 -
3.2. <u>Carácter de la transferencia realizada por el fiduciante al fiduciario</u> -	20
3.2.1. <u>Dominio Fiduciario versus Propiedad Fiduciaria</u> .....	- 20 -
3.3. <u>Carácter del patrimonio fiduciario</u> .....	- 21 -
3.4. <u>Oponibilidad a terceros</u> .....	- 22 -
3.5. <u>El patrimonio separado y sus consecuencias</u> .....	- 23 -
3.5.1. <u>La responsabilidad objetiva del fiduciario</u> .....	- 25 -
4. <u>Extinción del contrato</u> .....	- 27 -
4.1. <u>Extinción de la propiedad fiduciaria</u> .....	- 28 -
<u>CAPITULO III</u> .....	- 31 -
<u>SUJETOS INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO.</u>	
<u>DERECHOS Y OBLIGACIONES.</u> .....	- 31 -
1. <u>Introducción</u> .....	- 31 -
2. <u>El Fiduciante</u> .....	- 34 -
2.1. <u>Obligaciones del Fiduciante</u> .....	- 36 -
3. <u>El Fiduciario</u> .....	- 36 -
3.1. <u>Obligaciones del fiduciario</u> .....	- 37 -
3.2. <u>Derechos del fiduciario</u> .....	- 40 -

4.	<u>El beneficiario</u> .....	- 42 -
5.	<u>El Fideicomisario</u> .....	- 44 -
6.	<u>Relaciones entre los sujetos</u> .....	- 44 -
6.1.	<u>Intervención del juez y de la Comisión Nacional de Valores</u> .....	- 44 -
<u>CAPITULO IV</u> .....		<u>- 47 -</u>
<u>FIDEICOMISOS DE LA CONSTRUCCION: TRATAMIENTO TRIBUTARIO - REGULACION IMPOSITIVA.</u> .....		<u>- 47 -</u>
1.	<u>Fideicomisos inmobiliarios. Concepto</u> .....	- 47 -
2.	<u>Tratamiento Tributario del Fideicomiso no Financiero.</u> .....	- 49 -
2.1.	<u>Consideraciones preliminares.</u> .....	- 49 -
2.2.	<u>Importancia de un tratamiento tributario neutro</u> .....	- 50 -
3.	<u>El Fideicomiso en los distintos impuestos</u> .....	- 54 -
3.1.	<u>Impuesto a las ganancias</u> .....	- 54 -
3.1.1.	<u>Evolución del pensamiento Tributario en la aplicación del Impuesto a las Ganancias</u> .....	- 54 -
3.2	<u>Fideicomisos de la Construcción - Particularidades en el impuesto a las ganancias.</u> .....	- 65 -
3.3	<u>Impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas</u> .....	- 74 -
3.4	<u>Impuesto a la ganancia mínima presunta</u> .....	- 75 -
3.5	<u>Impuesto sobre los bienes personales</u> .....	- 76 -
3.6	<u>Impuesto al Valor Agregado</u> .....	- 78 -
3.7	<u>Impuesto sobre los Ingresos Brutos</u> .....	- 81 -
3.8	<u>Impuesto a los Sellos</u> .....	- 82 -
<u>CAPITULO V</u> .....		<u>- 85 -</u>
<u>RÉGIMEN DE INFORMACIÓN PARA LOS FIDEICOMISOS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA ACTIVIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN</u> .....		<u>- 85 -</u>
1.	<u>Análisis de la Resolución General N° 3.312</u> .....	- 85 -
2.	<u>Sujetos obligados</u> .....	- 87 -
3.	<u>Actividad de la construcción</u> .....	- 89 -
4.	<u>Vigencia de la norma</u> .....	- 90 -
5.	<u>Régimen de Información U.I.F.</u> .....	- 91 -
6.	<u>Nuevas Disposiciones AFIP</u> <sup>(26)</sup> .....	- 95 -
<u>CONCLUSIÓN</u> .....		<u>- 98 -</u>
<u>INDICE BIBLIOGRÁFICO</u> .....		<u>- 100 -</u>
<u>ÍNDICE</u> .....		<u>- 102 -</u>



