https://doi.org/10.70161/30726948auna571

Aspectos tributarios del fideicomiso inmobiliario vinculados a la actuación notarial[1]

Tax Aspects of Real Estate Trusts Linked to Notarial Practice

POR **SIMÓN LABAQUI (*)**

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar los efectos tributarios de las transferencias de dominio en el fideicomiso inmobiliario desde una perspectiva técnica y notarial, y a partir de ello, la responsabilidad de los escribanos como agentes de recaudación. El alcance abarca las distintas etapas contractuales, distinguiendo entre fideicomisos puros, opacos y mixtos. La metodología utilizada consiste en un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial -especialmente el fallo "La Favorita" de la CSJN-, aplicando el principio de realidad económica y la doctrina de los actos neutros. Como conclusión, se destaca que el fideicomiso encuadra dentro de la clasificación doctrinaria de los actos neutros y su tributación depende del negocio subyacente. Asimismo, se valida la aptitud de los fideicomisos mixtos para tributar impuestos -apartándonos de su reglamentación por considerarla excesiva- y se determina que, en adjudicaciones de fideicomisos impuros sin circulación de dinero, existe una imposibilidad material que exime al notario de retener.

Palabras claves

fideicomiso inmobiliario
impuesto a las ganancias
fideicomisos de tributación mixta
actos neutros
notarios

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the tax implications of transfers of ownership in real estate trusts from a technical and notarial perspective, and, based on that analysis, to examine the liability of notaries as tax collection agents. The scope of this study covers the various contractual stages, distinguishing between pure, opaque, and mixed trusts. The methodology em-

Keywords

real estate trust
income tax
mixed-taxation trusts
neutral acts
notaries

(1) El presente trabajo es un resumen de la tesis titulada: *Tratamiento tributario del fideicomiso inmobiliario, y su relación con la actuación notarial*, por la que se obtuvo el título de magister en la Universidad Notarial Argentina (UNA), aprobada en julio de 2026 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con calificación sobresaliente y recomendación de publicación.

(*) Abogado, con especialización en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Universidad de Buenos Aires. Magister en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Universidad Notarial Argentina. Ejerce la práctica docente universitaria en materia tributaria notarial y prevención de lavado de activos en especializaciones de la Universidad Notarial Argentina, Universidad Católica Argentina y Universidad Nacional de La Plata. Asesor tributario de los colegios notariales de Provincia de Buenos Aires y Jujuy. Capacitador del Consejo Federal del Notariado Argentino en cuestiones tributarias y vinculadas a la prevención de LA/FT. Notario adscripto al Registro Notarial 11, con asiento en la ciudad de Bragado, Provincia de Corrientes.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

ployed consists of a regulatory, doctrinal, and case-law analysis -particularly the Supreme Court's "La Favorita" ruling- applying the principle of economic reality and the doctrine of neutral acts. In conclusion, it is emphasized that a trust falls within the doctrinal classification of neutral acts, and its taxation depends on the underlying transaction. Likewise, the suitability of mixed trusts for tax purposes is affirmed -setting aside their specific regulations, which are considered excessive- and it is determined that, in the transfer of impure trusts without the exchange of money, there is a material impossibility that exempts the notary from the obligation to withhold taxes.

I. Introducción

La Ley 24.441 introdujo en la legislación argentina una nueva forma de fideicomiso, tanto en el plano negocial como dominial, que superó el restringido esquema del código velezano y permitió su utilización en múltiples actividades. Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC), reguló el contrato de fideicomiso replicando dicha normativa con modificaciones, pero mantuvo un marco demasiado general para un contrato tan importante.

Una situación similar ocurre en el ámbito tributario de la figura, donde las constantes reformas normativas y la falta de regulación específica producen vacíos legales que son cubiertos con informes y dictámenes del fisco nacional que crean gran incertidumbre jurídica.

Resulta importante desarrollar un análisis legislativo de la figura en las distintas instancias del contrato. Esto cobra especial relevancia en el fideicomiso inmobiliario aplicado a la construcción de inmuebles, donde la transferencia fiduciaria de los bienes -en cumplimiento de los requisitos o presupuestos legales, formales y materiales exigidos por la legislación-, produce efectos tributarios. En este escenario, el escribano cumple un rol fundamental como agente de recaudación.

En ese orden de ideas, para realizar una correcta calificación tributaria, se debe analizar el contrato de fideicomiso desde un marco teórico. Para ello, es necesario prestar especial atención al principio de la realidad económica (artículo 2° de la Ley 11.683), al negocio subyacente de cada contrato -terminología tan utilizada por el fisco-, y a la naturaleza de la transferencia de la propiedad fiduciaria. De esta manera, según la instancia del contrato, se podrá determinar si se trata de un acto a "título de confianza" o si se trata de un acto de carácter neutro.

Siendo trascendente la función notarial en la transferencia de dominio fiduciario,

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

la debida actuación del notario será garante de la seguridad jurídica y de la prevención de conflictos que puedan suscitarse por interpretación de los vacíos legales. Desde este rol, se plantean los siguientes interrogantes: en el marco de un contrato de fideicomiso inmobiliario o de construcción, y con relación a los impuestos nacionales, ¿cuáles son los efectos y consecuencias tributarias que se originan con cada una de las transferencias de dominio fiduciario de bienes inmuebles? ¿Cuáles son los hechos imponibles que se verifican con estas transferencias de dominio fiduciario? ¿Y cómo deben analizarse dichas transferencias para hacer una correcta calificación de los hechos imponibles y cumplir en debida forma con las obligaciones a cargo de los escribanos?

Abordar el tema del tratamiento tributario del fideicomiso es sumergirse en un mundo complejo. El instituto de fideicomiso es uno solo pero los negocios que subyacen en él pueden ser miles, cada uno de ellos con sus particularidades propias, porque justamente es elegido no sólo por la seguridad patrimonial que otorga al aislar una parte del patrimonio, ni por la posibilidad de darle a ese patrimonio un destino determinado, sino también por su maleabilidad.

II. Desarrollo

Haciendo una breve mención de la figura, el CCyC dispone que “hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”. La nueva redacción deja en claro que hay contrato cuando el fiduciante “transmite o se compromete a transmitir” la propiedad fiduciaria de bienes al fiduciario, diferenciándose de la redacción anterior que solamente tenía prevista la configuración del contrato con la transmisión de bienes determinados, admitiéndose que se transmitan universalidades.

La naturaleza jurídica es la que corresponde a todos los contratos, es decir, actos jurídicos bilaterales de contenido patrimonial del que nacen derechos personales. La propiedad fiduciaria gozará de la naturaleza de un derecho real cuando recaiga sobre cosas, y de derecho personal cuando recaiga sobre bienes.

Los sujetos del contrato podrían variar según la naturaleza del vínculo o negocio subyacente que surja del mismo. En tal sentido, podrían dividirse en dos categorías: las partes del contrato de fideicomiso, que serían fiduciante y fiduciario; y las partes del negocio que, además de fiduciante y fiduciario, serán quienes reciben los beneficios del contrato -beneficiario y fideicomisario-. Por el hecho de no ser parte del contrato, éstos últimos deben aceptar esa condición.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

En la estructura del contrato puede existir superposición de roles: el fiduciario podrá ser beneficiario -evitando cualquier conflicto de intereses y debiendo obrar en privilegio de los restantes sujetos intervinientes en el contrato-, pero nunca podrá ser fideicomisario, es decir, la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. El fiduciario estará legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, y podrá disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que sea necesario el consentimiento del resto de los sujetos, salvo limitación o prohibición que surja del contrato.

El plazo máximo es de treinta años desde la celebración del contrato. Si tiene condición y ésta no se cumple dentro del límite, provoca la reducción al referido máximo. Cumplido el plazo o condición, cesa el fideicomiso y los bienes deben transmitirse a quien se designa en el contrato; y habiéndose omitido su estipulación, los bienes deben transmitirse al fiduciante o a sus herederos.

La forma del contrato podrá ser por instrumento público o privado, excepto cuando se refiera a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público, si en ese acto se transmiten los bienes. Cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si no hay coincidencia temporal entre la celebración del contrato y la transmisión de los inmuebles, bastará que en el instrumento público de la transmisión se transcriba el contrato, cumpliendo así con la finalidad pretendida de dar matricidad al contrato.

El citado artículo también prevé que el contrato debe inscribirse en el Registro Público correspondiente. Si bien la norma nada especifica, debe entenderse que se refiere a la inscripción en un registro de contratos, y no de bienes. Esta inscripción dará publicidad frente a terceros de su existencia y de los derechos y obligaciones emergentes del contrato, es decir, tendrá efectos en el plano personal y obligacional.

La propiedad fiduciaria se constituye sobre los bienes fideicomitidos y se rige por las disposiciones que correspondan a su naturaleza. Estos bienes constituyen un patrimonio separado del de los restantes sujetos (fiduciario, fiduciante, beneficiario y fideicomisario), por lo que quedan exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante.

El contrato se extingue por el cumplimiento del plazo o de la condición, o por cualquiera de las restantes causales previstas en el artículo 1697 del CCyC. Su efecto principal es la obligación del fiduciario de restituir los bienes según lo pactado o por aplicación subsidiaria de la ley, quedando también obligado a otorgar los instrumentos necesarios para tal fin. Por ello, remarcamos la diferencia entre la extinción del contrato y la extinción del dominio fiduciario.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

II.1. Tratamiento impositivo del fideicomiso inmobiliario

El fideicomiso es una de las figuras que más controversias y análisis doctrinarios ha generado en materia tributaria. Su versatilidad contractual permite un amplio margen de contratación *(numerus apertus)*, lo que hace imposible prever normativamente la variedad de negocios posibles a instrumentar. Normalmente, el fideicomiso constituye un canal de seguridad apta para ejecutar otro negocio; o bien, a través de él, el fiduciante podrá obtener un resultado diferente del propio fideicomiso (Carregal, 2008, p. 72).

A pesar de las posibilidades y beneficios que otorga el contrato de fideicomiso -como la seguridad jurídica que brinda a inversores y terceros al constituirse un patrimonio separado con un objeto determinado-, su utilización muchas veces presenta ciertos reparos debido a los problemas de interpretación que se plantean en la faz tributaria. Esta situación se acentúa en negocios complejos, vinculados o conexos entre sí, principalmente relacionados con desarrollos inmobiliarios.

Focalizados en los fideicomisos inmobiliarios, y desde la órbita tributaria, la pregunta que surge de forma inmediata es si la transmisión fiduciaria tiene incidencia en los impuestos nacionales, los cuales requieren la onerosidad como presupuesto esencial para el nacimiento del hecho imponible.

Si bien el derecho tributario puede apartarse del derecho de fondo en aspectos específicos, ambos coexisten y su aplicación debe ser armónica. El legislador, al regular el contrato de fideicomiso, determinó que existirá un patrimonio fiduciario en cabeza del fiduciario y separado del patrimonio personal de este, así como del patrimonio del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario. Este patrimonio está protegido de la acción de terceros y afectado al negocio subyacente que surja del contrato, lo cual se aparta de la concepción tradicional del patrimonio como atributo de la personalidad, ya que no estamos en presencia de una persona jurídica con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones en los términos del artículo 141 del CCyC.

II.2. El problema de la transferencia del dominio fiduciario de inmuebles

El CCyC, al clasificar los contratos, recepta en su articulado diversos tipos: unilaterales o bilaterales; conmutativos o aleatorios; nominados o innominados; y onerosos o gratuitos. En esta última clasificación expresa que los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra; por el contrario, son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Existe una tercera categoría, no prevista en el código de fondo pero con sólido fundamento doctrinario. Al respecto, Spota expresa que "al lado de los contratos a título gratuito y de los a título oneroso, existe un *tertium genus*, por considerar que determinados actos jurídicos expresados mediante la forma contractual, en determinados casos, no pueden ser clasificados como onerosos o gratuitos sino neutros o incoloros o indiferentes" (2007, p. 152).

La doctrina mayoritaria entiende que la transferencia se realiza a título de fiducia, fundada en la confianza que dispensa el fiduciante al fiduciario, para que éste último -al realizarse la transferencia de los bienes que integraran el patrimonio fiduciario- cumpla sobre los mismos la finalidad o negocio que surge del contrato. Quienes sostienen esta postura argumentan que no es posible calificar al acto de transferencia de la propiedad fiduciaria como un acto a título oneroso, simplemente porque nada entrega el adquirente como contraprestación del bien que recibe. Pero tampoco podría decirse que es a título gratuito, porque la propiedad no se regala al fiduciario; éste la recibe como un medio para ejecutar el encargo respecto del bien transmitido. El único título por el cual puede transmitirse la propiedad fiduciaria es a título de confianza ya que el fiduciario no la recibe a título oneroso ni gratuito (Freire, 1997, p. 57).

Analizando la legislación tributaria y las situaciones de inseguridad que surgen de la jurisprudencia administrativa del fisco nacional, Liliana Molas entiende que las principales cuestiones que generan discusiones respecto de la naturaleza jurídica de la transmisión fiduciaria son la existencia o no de real desapoderamiento de parte del fiduciante y la presencia o ausencia de onerosidad en la entrega fiduciaria de bienes. Para clarificar la cuestión, plantea que las partes del contrato son cuatro, pero que las del negocio son tres, por lo que remarca que el fiduciario no es parte del negocio, sino un administrador del patrimonio ajeno a quien la ley le dio facultades de dueño al solo efecto de hacer cumplir la finalidad del contrato. Al respecto, señala que

> Si entendemos esto, dejaremos de interrogarnos sobre el título por el cual se le transfiere el dominio fiduciario y por la causa que fundamenta la posterior transferencia que él realice a beneficiarios y fideicomisarios. Esos títulos y causas no tienen ninguna importancia a efectos fiscales porque no intervienen en el negocio en sí. Lo que realmente importa en la transferencia de bienes es la relación que existe entre las partes del negocio, es decir entre el fiduciante por un lado y el beneficiario y el fideicomisario, por el otro. Cuando las tres partes sean la misma persona estaremos, muy probablemente, frente a estructuras que no implican un verdadero desapoderamiento. Cuando sean distintas, deberíamos poder encontrar una causa gratuita u onerosa en esa transferencia. (Molas, 2013, p. 207)

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

El fisco nacional se ha expresado a través de distintos dictámenes que muestran evolución y cambios de criterio al respecto. Los Dictámenes de la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) números 17/2002[2] y 103/2001[3] sostuvieron que la transferencia de dominio de un inmueble al fiduciario era a título de confianza, y que no se verificaba el hecho imponible por encontrarse ausente en la misma el elemento esencial de la onerosidad. Sin embargo, hizo la salvedad de que en cada caso particular se deben examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios, y conforme el principio de la realidad económica, determinar si existe una contraprestación en la transferencia definitiva de los bienes a un tercero.

El Dictamen 55/2005[4] de la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) de la AFIP, con fundamento en la realidad económica y el negocio subyacente, determinó que la transferencia de un terreno a un fiduciario a cambio de la adjudicación de unidades funcionales a construir debe considerarse onerosa. Esto se debe a que asimiló esa operación a una permuta, en la cual se entrega una cosa existente (terreno) y la contraprestación consiste en una cosa futura (unidades funcionales).

II.3. Negocio subyacente y principio de la realidad económica

Teniendo presente la postura del fisco nacional que sostiene desde hace más de veinte años, corresponde analizar qué se entiende por negocio subyacente, aplicando el principio de realidad económica.

En el fideicomiso inmobiliario, el negocio subyacente debe ser entendido como el propósito o la finalidad específica por la cual se constituye la estructura. Se trata del negocio -tanto jurídico como económico- que se pretende lograr a través del contrato y que motiva la transferencia de los bienes para su administración fiduciaria. Incluso dentro de esta categoría de fideicomisos, el negocio subyacente puede variar ampliamente: el hecho de tratarse de un fideicomiso inmobiliario no implica que su única finalidad sea construir un edificio o realizar un desarrollo; ya que a menudo coexisten operaciones subyacentes como la financiación de la obra o la ejecución de inversiones paralelas.

Esta interpretación ha sido sostenida por el fisco, lo que dio lugar a jurispruden-

(2) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 17/2002. Emisión: 04/02/2002.
(3) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 103/2001. Emisión: 30/11/2001.
(4) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 55/2005. Emisión: 26/12/2005.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

cia administrativa a través del Dictamen 18/2006[5] (DAT). En el mismo se remarcó nuevamente la obligación de examinar las características del negocio subyacente al contrato y determinar las relaciones económicas entre sus sujetos, ya sea que surjan dentro del marco legal instrumentado o se establezcan fuera de él. Asimismo, se estableció que, para determinar los efectos impositivos derivados del contrato no basta con limitarse a su apariencia formal, sino que es necesario completar el análisis penetrando en las operaciones subyacentes para evaluarlas 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.

Esta interpretación del negocio subyacente muchas veces no presenta dificultades, ya que surge con claridad del propio cual es su objeto, su finalidad y las obligaciones de las partes. Sin embargo, en fideicomisos que instrumentan negocios o emprendimientos inmobiliarios mas complejos, entender el mismo para su calificación tributaria podría traer problemas de interpretación. Esto se debe a la eventual existencia de negocios indirectos, entendidos como una derivación o consecuencia -voluntaria o no- del negocio inmobiliario principal. Por lo tanto, dada la amplia autonomía de la voluntad que habilita esta figura, el fideicomiso también podría utilizarse para desarrollar en forma indirecta negocios vinculados con el emprendimiento principal, complejizando aún más la calificación del negocio subyacente.

Este negocio subyacente debe ser analizado a la luz del principio de realidad económica, previsto en el artículo 2° de la Ley 11.683. Éste ha sido descripto como “el principio interpretativo de excepción instaurado en la Ley de Procedimiento Tributario que debe ser aplicado cuando no exista una verdadera identidad entre el hecho jurídico que se pone de manifiesto y que, consiguientemente, provocará una carga fiscal y el sustento real que de ese hecho se desprende” (Gómez y Folco, 2018, p. 64).

En virtud de este principio, y de manera excepcional a los efectos interpretativos, se faculta al organismo recaudador a desconocer las formas y estructuras legales asignadas por los contribuyentes a sus negocios, con la posibilidad de recalificarlos a fin de considerar la situación económica real que se desprende de los mismos. Su utilización permite apartarse de formalismos conceptuales, prescindiendo de apariencias jurídicas engañosas; lo que permite aplicar la legislación tributaria según la realidad de los hechos económicos que surgen de los negocios. En definitiva, permite descubrir la real intención de las partes más allá de las formas o figuras jurídicas utilizadas.

La CSJN ha dicho que “sin desconocer la significativa importancia que tiene en materia tributaria el principio de realidad económica, su aplicación no puede con-

(5) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 18/2006. Emisión: 16/03/2006.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

ducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales, ya que lo contrario afectaría el principio de reserva o legalidad y supondría paralelamente un serio menoscabo de la seguridad jurídica" (Fallos: 319:3208).

El Máximo Tribunal ha recurrido en numerosas oportunidades a la aplicación del principio de la realidad económica, señalando que la facultad de la administración tributaria de interpretar las leyes impositivas mediante este método solamente es válida cuando resulta manifiesta la discordancia entre la sustancia económica del acto y la forma jurídica asignada. De no ser esa contradicción manifiesta, debe otorgarse prioridad a las estructuras jurídicas adoptadas por los particulares.

II.4. Aporte de inmuebles al fideicomiso

La ley de impuesto a las ganancias prescribe en su artículo 3° que "se entenderá por enajenación la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso. Tratándose de inmuebles, se considerará configurada la enajenación (...) cuando mediare boleto de compraventa u otro compromiso similar, siempre que se diere u obtuviere -según el caso- la posesión o, en su defecto, en el momento en que este acto tenga lugar, aun cuando no se hubiere celebrado la escritura traslativa de dominio".

Como se adelantó al analizar la naturaleza jurídica de la transferencia fiduciaria, la postura del fisco es concluyente: para una correcta calificación tributaria del aporte de inmuebles, resulta imprescindible interpretar el acto a través del criterio de la realidad económica. De este modo, es posible determinar el tratamiento fiscal aplicable al fideicomiso mediante el análisis exhaustivo de las relaciones económicas que plantea su negocio subyacente.

El concepto de onerosidad, estrechamente asociado al de contraprestación, resulta esencial para determinar la gravabilidad del aporte. En consecuencia, corresponde dilucidar si dicho aporte -que implica la transferencia de dominio de los inmuebles- puede ser considerado oneroso en los términos de la Ley de Impuesto a las Ganancias (en adelante LIG). Al respecto, cabe reiterar la postura de la doctrina mayoritaria, la cual sostiene que esta transmisión no reviste carácter gratuito ni oneroso, sino que se efectúa título de confianza, y que por carecer de efectos impositivos en sí misma, podría ser considerada neutra. Será, en definitiva, el negocio subyacente el que determine la verdadera naturaleza de las relaciones jurídicas generadas entre las partes y, consecuentemente, la onerosidad o gratuidad de la operación.

Al aplicar este criterio al fideicomiso inmobiliario se observa que el negocio más habitual se configura cuando el fiduciante aporta un terreno y transmite su propiedad al fiduciario para que este construya un edificio -habitualmente mediante el

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

aporte dinerario de otros fiduciantes-. Finalizada la obra, el fiduciario adjudica las unidades funcionales, entrega el producido de su venta o combina ambas modalidades. En estos supuestos, y bajo el criterio vigente del fisco plasmado en referido Dictamen 55/2005, el negocio subyacente revela una contraprestación futura: la obligación del fiduciario de adjudicar las unidades construidas o su equivalente en dinero. Por lo tanto, la transferencia de dominio que realiza el fiduciante reviste carácter oneroso, queda alcanzada por los tributos nacionales y debe asimilarse a una permuta de cosa actual por cosa futura.

Teniendo en miras el análisis del negocio subyacente, cierta parte de la doctrina coincide con la existencia de onerosidad en el aporte de inmuebles al fideicomiso, en los términos de la LIG. Sin embargo, nos interesa comentar la postura de Molas al respecto, quien ha dicho que comparte la conclusión del mencionado dictamen, pero no su justificación.

Según este criterio, y tras un exhaustivo análisis del negocio subyacente, se evidencia que no es el fiduciario quien paga la contraprestación. En este tipo de fideicomisos inmobiliarios, son los fiduciantes aportantes de fondos quienes le abonan al fiduciante aportante del terreno la parte proporcional de este. De este modo, aquellos adquieren una porción indivisa del inmueble que posteriormente será afectado al régimen de propiedad horizontal, y sobre el cual se erigirán las unidades funcionales. El fiduciario solamente hace que este negocio se lleve a cabo (Molas, 2013, p. 233).

A la fecha, y en lo que respecta a la actuación notarial, si del negocio subyacente del contrato surge onerosidad, el escribano deberá calificar con qué impuesto está alcanzado el acto. Tratándose de impuesto a las ganancias (régimen general), porque el fiduciante que aporta el inmueble es una persona humana habitualista o una sociedad anónima, por ejemplo; no corresponderá practicar retención alguna por aplicación de lo previsto en el artículo 15 de la RG (ARCA) 2139/06[6], más allá de que los resultados de esa enajenación estén alcanzados por dicho impuesto.

II.5. La doctrina de los autos neutros en el derecho argentino

Como se desarrolló anteriormente, dentro de la clasificación de los contratos, nuestro Código de fondo plantea la dualidad entre onerosos y gratuitos. Ante ello, la doctrina de los actos neutros surge como una respuesta necesaria al vacío legal de esta categorización en el derecho contractual, permitiendo explicar ciertos fenómenos económicos y jurídicos que, por su naturaleza, no encajan en ninguna de las dos clasificaciones tradicionales.

(6) Artículo 15: en las operaciones de permuta, únicamente procederá practicar la retención cuando el precio se integre parcialmente mediante una suma de dinero (...)" (Resolución General 2139/2006 ARCA -ex AFIP-).

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Estos actos que no implican un aumento de patrimonio -requisito necesario para la onerosidad-, ni una disminución o liberalidad -característico de los actos gratuitos-, la doctrina de nuestro país que los avala los denomina como actos neutros.

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

Rubén Lamber, al hablar de la causa de la transmisión dominial, se ha inclinado por entender que doctrinariamente hay una clasificación tripartita que incluye los actos neutros. Se ha expresado respecto de los fideicomisos al decir que

> hay otros contratos, como el fideicomiso, en el que la transmisión, a diferencia de las demás transmisiones de dominio en propiedad exclusiva y perpetua, no pueden calificarse de onerosas o gratuitas, porque se transmiten como dominio revocable, pero, además, no en interés del adquirente, sino de los fines del fideicomiso que él representa como fiduciario y nunca en interés propio. La sola exclusión del interés desplaza la onerosidad o gratuidad, que en modo alguno está en la constitución del fideicomiso, aunque pudiera ser onerosa para el fiduciante cuando recupera la cosa con beneficios de esa administración o del fiduciario que recibe retribución, o de los fideicomisarios o beneficiarios, que reciben cosas o derechos al cabo del fideicomiso, o el remanente de bienes, en forma totalmente gratuita. Pero ello no hace a la naturaleza y calificación del fideicomiso, con motivo de la transmisión en ese carácter. (Lamber, 2008, p. 80)

La mayor parte de la doctrina entiende que la fiducia es la esencia del contrato, lo cual motiva al fiduciante a transmitir el patrimonio para que el fiduciario cumpla, con dichos bienes, el fin convenido. Precisamente en este punto se originan las dificultades de interpretación en torno a la naturaleza de la relación jurídica que existe entre ambas partes.

El fideicomiso es un negocio jurídico tipificado legalmente, y la transmisión fiduciaria un contrato que es la causa fuente de esa obligación (Lisoprawski y Kiper, 1995, p. 213). Este pensamiento es ratificado por Lamber al expresar que “está claro que la causa de la transmisión es neutra por las características particulares del adquirente, que no lo hace en su propio interés como sucede en las demás transmisiones de dominio, sino en el del objeto del fideicomiso, y que este, como negocio con causa fin expresada en el contrato, puede ser oneroso o gratuito, como puede ser incluso la confianza, a pesar de su calidad de negocio neutro o incoloro; al decir de Spota, según las circunstancias, aunque en el mismo no está involucrada la transmisión dominial” (2008, p. 84).

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Santamaría plantea que, en el contexto de un fideicomiso, la transferencia de la propiedad fiduciaria es uno de los ejemplos más claros de un acto neutro, porque cuando un fiduciante transfiere bienes a un fiduciario, no está realizando un acto de enajenación típico. Aunque los bienes se transfieren a otra persona -el fiduciario-, no hay un incremento patrimonial en el fiduciario, ya que estos bienes están destinados a cumplir con un fin específico determinado por el fideicomiso, y se conforma en su cabeza un patrimonio separado que reconoce al fiduciario como dueño en interés ajeno (2021, p. 147).

El fiduciario recibe los bienes para administrarlos según las instrucciones del fideicomiso como dueño en interés ajeno, pero no adquiere pleno derecho sobre ellos. Adquiere el dominio imperfecto (propiedad fiduciaria), limitado por plazo y condición. Este tipo de transferencia fiduciaria no altera el patrimonio neto del fiduciario, manteniendo la neutralidad económica del acto.

Plantea el autor que, desde una perspectiva económica y tributaria, esta neutralidad tiene importantes consecuencias. Al no existir un enriquecimiento del fiduciario ni contraprestación con relación a los bienes transmitidos, dicha transferencia no genera obligaciones fiscales adicionales con relación a aquellos hechos imponibles que requieren la onerosidad como elemento tipificante. Este razonamiento deviene fundamental en el correcto análisis tributario de la figura fiduciaria.

II.6. Adjudicación de inmuebles a los fideicomisarios

Conforme lo expuesto hasta aquí, los fideicomisos se encuentran incluidos entre los sujetos del impuesto a las ganancias. A pesar de carecer de personalidad jurídica en el derecho privado, esta condición responde a la decisión legislativa de incorporarlos en el artículo 53 y el 73 de la LIG. En concordancia con ello, el artículo 1° de dicho texto legal establece que todas las ganancias obtenidas por los sujetos indicados en la misma quedan alcanzadas por el impuesto, debiendo tributar por la totalidad de las ganancias obtenidas en el país.

Al tratar las ganancias de los beneficios empresariales (ganancias de la tercera categoría), el artículo 53 de la LIG incluye entre otras: “a) las obtenidas por los responsables incluidos en el artículo 73 (...)”. Por ello, y atento la remisión al artículo 73 de la LIG que determina la tasa a la que están sujetas las sociedades de capital, los fideicomisos como sujetos del impuesto deben tributar a la tasa proporcional del gravamen. De este modo, la legislación les otorga el mismo tratamiento fiscal que a los demás sujetos mencionados en dicho artículo, tales como las sociedades constituidas en el país y las empresas unipersonales.

Sin embargo, la misma ley contempla una excepción en el artículo 73, inciso a)

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

acápite 6 al expresar que quedan sujetos a las tasas allí previstas por sus ganancias netas imponibles: "(...) los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V".

Se trata de una excepción que aplica solamente a los fideicomisos constituidos en el país en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o si el fiduciante-beneficiario es un sujeto residente en el exterior. Las rentas obtenidas por los fideicomisos constituidos en el país en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario están incluidas en el inciso c) del artículo 53 de la LIG. Y los resultados que obtengan estos se atribuirán entre los fiduciantes en la proporción que les corresponda. Es decir que los fiduciantes deberán incorporar dicho resultado en sus declaraciones juradas como una ganancia de la tercera categoría.

Liliana Molas ha expresado su opinión sobre esta excepción que brinda la ley y que permite a los fideicomisos asignar la renta de la tercera categoría a los fiduciantes-beneficiarios, entendiendo que se "intenta otorgarles un tratamiento transparente, es decir, que ´hace como si´ el fideicomiso no existiera y en su lugar fuera el propio fiduciante-beneficiario el que realiza las actividades que jurídicamente lleva adelante el fiduciario para un determinado fideicomiso. Se trata de aplicar en estos casos el principio de neutralidad en la imposición" (2013, p. 218).

Si bien no existe una tipificación legal expresa al respecto, a los efectos de la imposición sobre las ganancias, la doctrina reconoce dos clases de fideicomisos:

• los incluidos en el artículo 73, inciso a) acápite 6 de la LIG: revisten el carácter de sujetos del impuesto y tributan la tasa proporcional del gravamen. La doctrina los denomina "impuros u opacos".

• los incluidos en el artículo 53, inciso c) de la LIG: no actúan como sujetos del impuesto, sino que atribuyen el resultado impositivo a los fiduciantes-beneficiarios; siendo éstos últimos los sujetos del gravamen. La doctrina los denomina "puros o transparentes".

II.7. La cuestión de los fideicomisos mixtos

La ley del impuesto a las ganancias no prevé el tratamiento tributario aplicable a aquellos fideicomisos que cuentan con una pluralidad de fiduciantes, donde solo algunos de ellos revisten el carácter de beneficiarios. Frente a esta problemática de

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

larga data, nos preguntamos si pueden existir -a los efectos de la tributación del impuesto a las ganancias- los fideicomisos denominados "mixtos", donde una parte del resultado lo declara el fideicomiso y tributa el gravamen respectivo, y otra parte es distribuida entre los fiduciantes-beneficiarios por cumplir la condición de la "transparencia" y estos tributan en la proporción que a cada uno corresponda[7].

La doctrina se encuentra dividida al respecto, entendiendo una parte que es posible la tributación de los fideicomisos "mixtos"[8], y otra se ha expresado en sentido contrario[9].

El fisco emitió su opinión sobre este tema -Dictamen 8/2010[10] (DI ALIR)- rechazando la posibilidad de una tributación mixta. En ese sentido ha dicho que

> la ley del gravamen no admite la tributación proporcional en el supuesto que se celebren contratos de fideicomiso en los cuales se prevea la posibilidad de la existencia de beneficiarios que no revistan la calidad de fiduciantes, toda vez que ésta contempla el tratamiento de la figura del fideicomiso desde una óptica pura, donde determinará el impuesto el fideicomiso si está compuesto por fiduciantes-beneficiarios y simples beneficiarios o los fiduciantes beneficiarios en el caso de que este estuviera integrado en su totalidad por beneficiarios que a su vez revistan el carácter de fiduciantes, sujetos a los que se atribuirá la renta imponible.

En los mismos términos, y rechazando la posibilidad de una tributación mixta, también ha dicho -Dictamen 9/2010[11] (DI ALIR)- que

> en los supuestos en los que se plantee una situación mixta, en la que concurran fiduciantes beneficiarios junto con otros simples beneficiarios que han adquirido tal derecho por ejemplo, en virtud de un contrato de cesión, por imperativo legal, es el fideicomiso quien debe tributar en los términos del artículo 69, inciso a), punto 6), de la ley del impuesto, puesto que el único supuesto en que corresponde la exclusión del fideicomiso como sujeto será cuando exista una total adecuación entre fiduciantes y beneficiarios.

---

(7) En el tratamiento de la problemática de los fideicomisos mixtos que se desarrolla en este punto del trabajo, seguimos, con matices, el esquema propuesto por Osvaldo Balán en *Los fideicomisos como sujetos en el impuesto a las ganancias*.
(8) En favor de esta postura: Alberto P. Coto, Claudio M. Kiper y Silvio Lisoprawski, entre otros.
(9) Liliana Molas se inclina por esta interpretación de la ley por entender que los fideicomisos del artículo 53 son la excepción a la regla general, y que la norma da un tratamiento preferencial para una situación que se encuentra explicitada de manera taxativa en la que no está previsto ´abrir´ los resultados del fideicomiso para que una parte encuadre en la excepción y el resto en la regla general.
(10) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social (DI ALIR). Dictamen N° 8/2010. Emisión: 13/08/2010.
(11) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social (DI ALIR). Dictamen N. 9/2010. Emisión: 06/09/2010.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Sosteniendo su postura, y en respuesta a una consulta vinculante, entendió que "en los casos de fideicomisos en los que existan beneficiarios que no revistan el carácter de fiduciantes, el sujeto pasivo del impuesto será, en todo caso, el fideicomiso, teniendo en cuenta que la ley del gravamen no admite la tributación proporcional en cabeza de los fiduciantes beneficiarios y el fideicomiso"[12].

Ante este vacío legal que ha planteado intensas discusiones y diferencias doctrinarias, el Decreto 1.170/2018 intentó zanjar la discusión y dar una solución a la cuestión, modificando el artículo 130 del Decreto reglamentario de la Ley del tributo (LIG), el cuál quedó redactado de la siguiente manera: "cuando exista una total coincidencia entre fiduciantes y beneficiarios del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de aquellos que hagan uso de la opción prevista en el apartado 8 del inciso a) del artículo 73 de la ley o de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el Título V de esa norma, el fiduciario atribuirá a estos, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria (...)".

Debemos advertir que un decreto reglamentario es una norma emitida por el poder ejecutivo con el objeto de pormenorizar la aplicación de una ley. En esencia, establece cómo se implementará una ley específica, sin alterar su contenido esencial. La potestad reglamentaria del ejecutivo, aunque amplia, tiene límites: no puede modificar el espíritu de la ley ni regular materias que la Constitución reserva al Congreso.

Entonces nos preguntamos, ¿puede el Poder Ejecutivo a través de un decreto reglamentario tratar cuestiones de fondo que la ley no ha regulado, estableciendo condiciones no previstas por el legislador al exigir "total coincidencia"? ¿La actual redacción del artículo 130 del Decreto reglamentario de la LIG, no se excede en su reglamentación contradiciendo el espíritu de la ley y vulnerando, en consecuencia, el principio de legalidad?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo encuentra su base en la determinación de los pormenores y detalles necesarios para la ejecución legal, y encuentra su limitación constitucional en la no alteración del espíritu de la norma por vía de excepción reglamentaria (Fallos 237:636 y 270:42).

La modificación del citado artículo 130 no se limitó a definir procedimientos para la implementación de la ley que reglamenta. Muy por el contrario, y ante una problemática que llevaba años de discusión, introdujo la condición o requisito de que "exista totalidad coincidencia de fiduciantes-beneficiarios" para que los fideicomisos

(12) Consulta Vinculante N° 6/2011 (SDG TLI). Publicada: 16/02/2011.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

puedan encuadrar en los términos del artículo 53 de la LIG, cuando la propia ley no prevé tal requisito.

Ante este panorama, y si bien nos inclinamos por la afirmativa a las preguntas formuladas, deberá ser la justicia quien responda a estas inquietudes que seguramente serán planteadas en esa instancia.

Otra discusión que se plantea respecto de los fideicomisos mixtos es cuando estos comienzan siendo "puros o transparentes" y luego dejan de serlo. Ello podría suceder cuando alguno de los fiduciantes-beneficiarios cede su condición de beneficiario, o bien, cuando alguno de ellos pierde su condición de residente fiscal.

La primera cuestión la analizaremos en el punto siguiente. Respecto de la segunda, esta tuvo su tratamiento en instancia judicial en el fallo del Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) conocido como "La Favorita". El planteo de la litis versa sobre un fideicomiso de administración cuyos fiduciantes-beneficiarios eran residentes en el país y en el exterior que tributó el impuesto a las ganancias ingresando solamente la parte correspondiente a los últimos, al entender que la utilidad atribuible a los residentes en el país debía ser declarada por cada uno de ellos[13].

El fisco qué, como hemos dicho, tiene la postura de desconocer los fideicomisos "mixtos" impugnó el criterio del contribuyente, por considerar que correspondía que el fideicomiso declare e ingrese el impuesto relativo a la totalidad de la ganancia obtenida, ya que no existe una previsión normativa que permita realizar una liquidación proporcional. Fundamentó su posición entendiendo que el fideicomiso "no puede ser sujeto y no serlo al mismo tiempo", es decir, o se verifica el supuesto de exclusión -debiendo tributar los fiduciantes-beneficiarios residentes del país-, o de lo contrario, será el fideicomiso quien deba tributar por todo el resultado. Reforzó su postura remarcando que la LIG exceptúa del impuesto a aquellos fideicomisos en los exista una total adecuación entre fiduciantes y beneficiarios residentes en el país; situación que no acontece en el fideicomiso mixto[14].

Planteada la cuestión ante el Tribunal Fiscal de la Nación, este entendió que "el Ente Fiscal no solo trata de avalar su criterio en la interpretación de la ley, sino que también considera que ante el incumplimiento de terceros sobre sus obligaciones fiscales se debe atribuir el total de rentas gravadas al fideicomiso", y que, "lo que aquí se pretendería es, ante una disminución de la recaudación, aplicar un criterio que maximice el ingreso de los tributos a las arcas del Estado, haciendo prevalecer este

(13) Se trataba de un fideicomiso de administración del Edificio La Favorita de la ciudad de Rosario, integrado por fiduciantes-beneficiarios que aportaron un inmueble que se encontraba alquilado. Del total de los fiduciantes-beneficiarios 35 eran residentes en el país y 4 residían en el exterior.
(14) Adviértase que la determinación de oficio fue previa la modificación del artículo 130 del Decreto reglamentario de la LIG, conforme Decreto 1.170/2018.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

hecho sobre una razonable y discreta interpretación de la norma, principio que debe guiar siempre el ajuste impositivo formulado en las auditorías fiscales sobre cada contribuyente".

Además se ocupo de analizar el tema de la residencia al considerar que "en el caso bajo análisis, mientras que el hecho imponible permanece incólume, el sujeto pasivo de la obligación mutaría en función de la residencia de cualquiera de los componentes del fideicomiso y al cambiar el sujeto se modificaría la valoración de la capacidad contributiva, ya que se efectuaría sobre diferentes sujetos y esto podría suceder en forma alternada en el tiempo, según alguno de los componentes del fideicomiso decida alterar su lugar de residencia hacia el exterior o regresando al país".

Concluyó el TFN qué, la posición del contribuyente era la acertada a los efectos de la tributación, ya que "ante ausencia de preceptos que se adapten a su negocio imputó las ganancias del período a cada sujeto siguiendo las pautas contenidas en la LIG".

Ante la apelación del fisco ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, ésta confirmó la sentencia del TFN. La decisión estuvo fundada en que "el fisco no rebatió el argumento consistente en que del cuerpo normativo no surge que el tratamiento a dispensar sobre los fiduciantes-beneficiarios residentes y no residentes sea excluyente; es decir que no pueda darse a una porción del resultado una solución, y al resto una diferente". Remarcando que "la ley no puede prever en forma expresa todos y cada uno de los casos particulares que pueden acaecer, por lo que es función del intérprete subsumir adecuadamente la circunstancia fáctica de que se trate, dentro de los supuestos previstos por aquella".

Expresa que, "la conclusión del fisco en cuanto a que cuando la ley utiliza la expresión fiduciante-beneficiario alude a una parte contractual y no a un sujeto individual, prescinde de considerar que en el caso de que la parte fiduciante-beneficiaria fuera residente del país, e integrada por distintos sujetos individuales, cada uno de ellos debe declarar e ingresar el tributo por sí". Y concluye diciendo que "el fisco recurre a elaboraciones doctrinarias del derecho privado para concluir que cuando la ley utiliza la expresión fiduciante-beneficiario alude a una parte contractual y no a un sujeto individual".

Es decir, tanto el TFN como la Alzada consideran procedente la posibilidad de dar diferente tratamiento a los resultados en casos de fideicomisos mixtos, en virtud de la inexistencia de normas específicas que lo impidan. Por los fundamentos expuestos, compartimos esta postura.

El fallo de la Cámara menciona el Decreto 1.170/2018 -vigente a partir del 28/12/2018- a efectos de aclarar que si bien el actual artículo 130 del Decreto reglamentario de la LIG dispone que para que la norma resulte aplicable debe existir una "total coincidencia" entre los fiduciantes y los beneficiarios del fideicomiso, el mismo no es

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

de aplicación al caso planteado porque ello no estaba previsto o establecido en la norma anterior. Entiende Balán que "si bien la Cámara no se expide sobre la validez de esta norma reglamentaria (artículo 130), deja en claro que está relacionada con los fideicomisos mixtos compuestos por fiduciantes-beneficiarios y fiduciantes no beneficiarios, sin mencionar el caso de los fiduciantes beneficiarios no residentes en el país" (2020, párr. 50).

Recurrida la sentencia de alzada, la cuestión llegó a instancia del Máximo Tribunal (Fallos 347:116). La CSJN declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada. Consideró que no se desprende de las normas que la mecánica del impuesto establecida en relación con los fiduciantes-beneficiarios que residan en el país y que ha sido prevista fundamentalmente en el artículo 49 de la Ley 20.628, se encuentre condicionada a que todos los integrantes del fideicomiso tengan residencia dentro del territorio nacional.

Entre los fundamentos mas relevantes, el máximo tribunal ha dicho que "la posición adoptada por el ente recaudador implica consagrar una exigencia a la liquidación y pago del tributo por parte de cada uno de los fiduciantes-beneficiarios nacionales integrantes del fideicomiso actor, que no surge prescripta por el legislador (arg. de Fallos: 321:434). Y ha sentenciado al decir que ´no puede entenderse que exista una redacción descuidada o desafortunada del legislador [quien podría haber establecido el requisito de que ninguno de los integrantes de un fideicomiso sea beneficiario del exterior, como afirma la AFIP] y [sin embargo] no lo hizo´ (arg. de Fallos: 328:456), toda vez que ´la inconsecuencia del legislador no se presume´ (Fallos: 306:721; 307:518 y 319:2249). En definitiva, resulta evidente que la postura asumida por el fisco carece de adecuado sustento legal (...)".

II.8. La adhesión y la cesión de posición contractual

En la práctica negocial de los fideicomisos inmobiliarios se plantean con habitualidad dos situaciones que entendemos ameritan su análisis particular. La adhesión a los contratos de fideicomiso y las cesiones de los derechos emergentes de los mismos.

Los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas -como los denomina el CCyC-, han sido incorporados en el artículo 984 y siguientes, y son definidos como aquellos mediante los cuales uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. Estableciéndose como requisitos que esas cláusulas predispuestas sean comprensibles y autosuficientes, con una redacción clara, completa y fácilmente legible.

Lorenzetti, sostiene que la adhesión es una modalidad de prestar el consentimien-

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

to que implica una menor gradación en la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido del contrato. Y que si bien son contratos que se diferencian de la regla general, afirma que no se trata de contratos de consumo (2016, p. 253). Es decir, se trata de acuerdos tradicionales que presentan una degradación de la autonomía de la voluntad y, además, un modo diverso de prestar el consentimiento.

En los desarrollos inmobiliarios instrumentados bajo la figura del fideicomiso, el objeto principal del contrato consiste en la construcción de un emprendimiento edilicio. En muchos casos, al celebrarse el contrato aún no se conoce quienes serán los inversores que, como fiduciantes-beneficiarios, realizarán aportes dinerarios en los plazos necesarios para el desarrollo de la obra. Y finalizada la obra y en concepto de contraprestación, recibirán determinada cantidad de metros cuadrados o las unidades funcionales que correspondan por los aportes realizados.

Conforme esta mecánica contractual, los fiduciantes adhieren a cláusulas predispuestas, prestando su consentimiento al contrato sin posibilidad de participar en su redacción. Sin embargo, podrían estipular todo lo concerniente a los montos aportados, forma, plazos e identificación de los bienes que recibirán como fideicomisarios.

La pregunta que se plantea es si esa “adhesión” tiene incidencia tributaria y si verifica algún hecho imponible, teniendo en cuenta el contexto en que se plantea, es decir, entendiendo la adhesión como la expresión del consentimiento de la parte adherente al contrato de fideicomiso, subsumiéndose en el mismo como un anexo o complemento.

Entendiendo que no estamos en presencia de un contrato autónomo, sino que se trata de una forma de prestar el consentimiento para formar parte del contrato de fideicomiso; con la adhesión no se verificarían hechos imponibles respecto de impuestos nacionales[15].

En lo que respecta a las cesiones de los derechos de los contratos, resulta importante analizar las distintas implicancias tributarias que estas ocasionan. Por un lado, debe analizarse la cesión en sí misma y los hechos imponibles que ellas verifican. A modo ejemplificativo, la cesión de derechos de participación en un fideicomiso que realiza un fiduciante, si ésta es onerosa, y con relación a impuestos nacionales, deberá realizarse la calificación pertinente para determinar con qué impuesto están alcanzados los resultados de la misma.

Ante esta situación si el cedente es un sujeto del artículo 73 de la LIG o una per-

(15) Dando por entendido que la adhesión implica la obligación de hacer aportes dinerarios, y no transferencia de bienes inmuebles; porque de no ser así, deberíamos analizar el negocio subyacente para realizar esta calificación, aplicando el Dictamen 55/2005.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

sona humana sujeto empresa o habitualista, los resultados de esa cesión estarán alcanzados por el impuesto a las ganancias, régimen general. Y por aplicación de la RG 2139/06 los escribanos intervinientes deberán actuar como agentes de recaudación; o los cesionarios de esos derechos, en los casos de operaciones realizadas sin intervención de un escribano. La retención a practicar será en el carácter de pago a cuenta del monto de impuesto que, en definitiva, resulte de la determinación de la obligación correspondiente al respectivo período fiscal.

Cabe analizar también si la cesión de derechos involucra una cesión de la posición contractual en los términos del artículo 1636 del CCyC y cctes., es decir, con sus respectivos derechos y obligaciones derivando en que el tercero cesionario no solo asume la calidad de beneficiario, sino también la de fiduciante. O si se limita a ceder únicamente la calidad de beneficiario, y con ello, solamente el derecho al beneficio a la adjudicación de los bienes.

Ante estas posibilidades, se presentan dos escenarios posibles:

• El fiduciante-beneficiario cede sus derechos a un tercero, existiendo prestaciones pendientes por cumplir (cesión de posición contractual): en este supuesto el cesionario ingresa al contrato a ocupar el doble carácter que tenía el cedente, haciéndose cargo de todas las obligaciones pendientes de cumplimiento. Para este tipo de cesiones, es opinión del fisco que el fideicomiso sigue manteniendo su condición de tipo fiduciante-beneficiario, y puede encuadrar en la excepción de la ley a los efectos de la tributación.

• El fiduciante-beneficiario cede solamente la calidad de beneficiario (cesión de derecho a la adjudicación): a contrario sensu, la cesión se limita exclusivamente a los derechos de la calidad de beneficiario. Ante este supuesto, el cedente mantiene su calidad de fiduciante y el cesionario adquiere la calidad de fideicomisario. Por ello, el fideicomiso pierde la condición requerida por la ley del gravamen para encuadrar en la excepción, porque habrá fiduciantes que no revistan el carácter de beneficiarios, y viceversa. En ese supuesto, el fideicomiso será el sujeto pasivo del impuesto -Dictamen (DAT) 8/2012[16]-.

Entonces, podría decirse que el negocio que surja de la cesión, ya sea de posición contractual o solamente de la calidad de fideicomisario, sumado a los términos del artículo 130 del decreto reglamentario de la LIG que prevé una “total coincidencia” entre fiduciantes y beneficiarios, puede traer como consecuencia el cambio de tratamiento tributario de un fideicomiso del artículo 53, convirtiéndolo en uno del artículo 73 de la LIG. Ello, con independencia de que el cedente sea uno o varios fiduciantes,

(16) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 08/2012. Emisión: 04/04/2012.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

ya que según la reglamentación de la ley la totalidad de los fiduciantes deben revestir el carácter de beneficiarios.

El fisco también ha planteado qué, por el hecho de que el contrato tenga prevista la posibilidad de que los fiduciantes cedan únicamente su calidad de beneficiarios, el fideicomiso debe ser calificado como "mixto", a pesar de que originariamente se cumpla con la condición de que todos los fiduciantes tengan el carácter de beneficiarios -conforme surge del Dictamen (DAT) 1/2014[17]-.

Nos apartamos de esta postura, y consideramos que esa interpretación excede el espíritu de la ley previsto en la excepción del artículo 53, toda vez que en su redacción no habla de cuestiones "potenciales o posibles". Por lo tanto, consideramos que el fideicomiso seguiría siendo "puro o transparente", salvo en los casos en que "efectivamente" sea cedida solamente la condición de beneficiario y el fiduciante siga siendo el mismo.

II.9. Determinación del valor de las adjudicaciones

En los fideicomisos de construcción el valor de las adjudicaciones también ha sido un tema que ha planteado discusiones y dudosas interpretaciones por parte del Fisco.

Previo a todo análisis, creemos importante hacer una salvedad respecto de los "fideicomisos al costo" que muchas veces genera confusión en su tratamiento tributario, debiéndose marcar que la denominación "al costo" se relaciona con la forma en que se desarrolla la inversión, y no directamente con los sujetos del fideicomiso.

En los fideicomisos al costo, cada uno de los fiduciantes realiza aportes dinerarios conforme liquidación de gastos que hace el fiduciario según el avance de la obra, sin tener certeza respecto del costo final de la misma. Es decir, con esta modalidad de construcción, todo lo aportado e invertido por los fiduciantes se aplica a la construcción del edificio. Y como fuera desarrollado anteriormente, la tributación del fideicomiso dependerá de su encuadre en el artículo 53 o el 73 de la LIG. No dependerá de la forma en que los fiduciantes realizan sus aportes dinerarios.

El fisco expresó su opinión en el Dictamen (DAT) 18/2006 sosteniendo que la transmisión de inmuebles a los fideicomisarios en este tipo de fideicomisos es un acto jurídico de naturaleza onerosa comprendido en el ámbito del gravamen[18]. Enten-

(17) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 01/2014. Emisión: 09/01/2014.
(18) De esta manera, se apartó del criterio expuesto en el Dictamen 88/2001 el que se trataba de una sociedad civil cuyo único objeto era la construcción de la casa habitación de los socios, que cumplido su objeto sería liquidada. En ese caso, el Fisco había entendido que esa operatoria estaba fuera de la órbita del impuesto a las ganancias.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

demos que ésta sería la regla, y que, por las características de cada fideicomiso en particular, podrían encuadrar en la excepción del artículo 53.

Aclarado ello, y con independencia de la tributación del fideicomiso, se plantea el siguiente interrogante, ¿cual es el valor por el que deben ser adjudicadas las unidades a los fiduciantes-beneficiarios en un fideicomiso de construcción al costo?

La doctrina mayoritaria entiende que en estos casos el costo debe ser el valor asignado a la adjudicación (Balán, 2020, párr. 57). Postura que ratificó el fisco en las reuniones del 19/07/2006 y 01/08/2007 del Grupo de Enlace AFIP-CPCECABA; y que posteriormente plasmó en el dictamen (DAT) 8/2010.

El citado dictamen reafirma que en este tipo de fideicomisos el valor de adjudicación sería el costo que efectivamente habría sido incurrido; es decir, costo del terreno mas costo de la construcción. Pero, con la salvedad de qué, si el valor de construcción declarado es inferior al "costo de construcción vigente en el mercado" el fisco tendrá la potestad de impugnar el valor asignado aplicando la presunción establecida en el artículo 18 de la Ley de procedimiento tributario.

Es decir, expresa su postura en favor de que el valor de adjudicación sería el costo incurrido, dejando en claro que tiene la potestad de aplicar la presunción del artículo 18, inciso b) de la Ley 11.683.

Esta presunción, que admite prueba en contrario, no debería aplicarse de forma generalizada; sino en aquellos casos en los que se hubiese declarado un costo notoriamente inferior al real. Y en caso de hacerse efectiva, el fisco aplicaría el "costo de mercado" -costo de construcción vigente en el mercado-, y no el "valor de plaza (Balán, 2020, párr. 62).

II.10. Responsabilidad tributaria de los escribanos

El impuesto es el tributo típico, el que representa mejor al género. Es el más redituable de los tributos, y en la actividad recaudadora del Estado, éste advierte la posición del escribano en la comunidad y en la relación contractual y negocial, y le exige su colaboración en el cumplimiento de esa labor recaudatoria.

Con gran claridad, explica Taiana de Brandi qué, la intervención de los escribanos asegura al Estado el efectivo cumplimiento del contribuyente y minimiza las posibilidades de evasión y/o elusión del impuesto, atento la inmediatez en que se encuentra éste con el contribuyente y con la manifestación de la riqueza; atento la idoneidad del notario en interpretar, liquidar, recaudar y verificar impuestos; atento la posibilidad de recaudar en la fuente, es decir, cuando surge el hecho gravado; y en especial, atento la simplicidad en el cobro y el sencillo control por parte de los organismos fiscales, so-

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

metiendo al escribano a la obligación de recaudar para el Estado, y abaratando así la gestión recaudatoria estatal (Taiana de Brandi, 2011, p. 19).

Dentro de esta labor, resulta fundamental la calificación que realiza el escribano interpretando la normativa aplicable y la jurisprudencia tributaria existente, para llevar delante de manera precisa su función de agente de recaudación, evitando incurrir en conductas que le generen -como responsable solidario- responsabilidad tributaria o penal tributaria.

No es un agente o funcionario del fisco, sino un profesional del derecho a quien la normativa tributaria le atribuye el deber de recaudar, por eso consideramos que la terminología "agente de recaudación" es la mas adecuada para la tarea que desarrollan; ya que su labor no encuadra exactamente en las características propias de un agente de retención ni de percepción.

La ley ha designado a los escribanos como responsables por deuda ajena y su situación ha sido equiparada a la de los agentes de retención y de percepción, de modo que se les otorga el mismo tratamiento tributario en cuanto a obligaciones y deberes fiscales y régimen punitivo en caso de incumplimiento (Di Pietromica, 2023, p. 98). Los responsables por deuda ajena son los sujetos pasivos que no verifican el hecho imponible, porque no es su capacidad contributiva la que ha interesado al legislador gravar. Por esa razón, esta imposición debe surgir de manera expresa del texto legal. El artículo 6° de la Ley 11.683 al enumerar los distintos responsables por deuda ajena incluye a los "agentes de retención y los de percepción de los impuestos".

El artículo 22 de la citada ley, establece el instituto de la percepción en la fuente, al expresar: "La percepción de los tributos se hará en la misma fuente cuando así lo establezcan las leyes impositivas y cuando la Administración Federal de Ingresos Públicos (hoy Agencia de Recaudación y Control Aduanero), por considerarlo conveniente, disponga qué personas y en qué casos intervengan como agentes de retención y/o percepción". Y por delegación legislativa, el fisco designa a los sujetos que deben actuar como tales, mediante resoluciones generales[19].

Por la articulación de los artículos 6° y 8° de la cita ley, los escribanos como agentes de recaudación además de ser responsables por deuda ajena, son también responsables solidarios.

En línea con la ley procedimental, la RG 2139/2006 que establece el régimen de retención con relación al impuesto a las ganancias, designa a los escribanos como agen-

(19) El Decreto DNU 618/1997 (BO: 14/07/1997) de organización y competencia de la ARCA (ex AFIP), le otorga al administrador federal, dentro de las facultades de reglamentación la atribución de dictar normas obligatorias en relación con la creación, actuación y supresión de agentes de retención, percepción e información (artículo 7, inciso 6°).

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

tes de retención del tributo[20] frente a determinados actos jurídicos que requieren de su intervención; y prevé expresamente que si el agente de retención omite actuar en tal carácter, los sujetos que debieron ser retenidos y a quienes no se les practicó la retención deben ingresar los importes correspondientes en concepto de autorretención.

También establece la última parte del inciso c) del artículo 8 citado que el escribano será responsable solidario por la retención que practicó y que no ingreso en tipo y forma previstos.

II.11. El escribano como agente de recaudación en los fideicomisos

Teniendo en cuenta lo abordado hasta aquí, intentaremos analizar la casuística de la responsabilidad del escribano como agente de recaudación respecto de impuesto nacionales, en las distintas etapas de los fideicomisos inmobiliarios[21]. Actualmente, en lo que respecta a impuestos nacionales y vinculado con la actuación notarial, en la transferencia onerosa de inmuebles los escribanos solamente son designados como agentes de recaudación en el impuesto a las ganancias, régimen general, conforme RG (ARCA) 2139/06.

Hecha la salvedad, analizaremos los distintos instrumentos en los que podría intervenir un escribano durante el desarrollo de un fideicomiso:

· **Contrato de fideicomiso:** el contrato de fideicomiso en sí mismo, no tiene incidencia a los efectos de impuestos nacionales, por no verificarse el hecho imponible de ninguno de los impuestos vigentes.

· **Aportes dinerarios:** los aportes dinerarios que realizan los fiduciantes al momento de la constitución del contrato de fideicomiso, por adhesiones, o por actos posteriores, tampoco tienen incidencia tributaria respecto de impuestos nacionales en los que el escribano debe actuar como agente de recaudación, por no existir transferencia onerosa de inmuebles. En consecuencia, no se verifica el hecho imponible del tributo.

· **Aportes de bienes inmuebles:** se deberán analizar las características del negocio subyacente del contrato a través del criterio de la realidad económica, determinando las relaciones económicas existentes entre las partes, para establecer el tratamiento tributario aplicable al fideicomiso. La transferencia de inmuebles en un fideicomiso inmobiliario que se realiza como aporte fiduciario, por aplicación del criterio vertido en

(20) En igual sentido la RG 2139/2006 respecto del Impuesto a las Transferencias de Inmuebles (ITI), impuesto que actualmente se encuentra derogado.
(21) Nos limitaremos a analizar la responsabilidad de los escribanos como agentes de recaudación, y no como agentes de información ante el Fisco Nacional, atente la abrogación de los regímenes de información que tenían incidencia notarial: CITI-Escribanos, previsto en RG 3034 y modificatorias, abrogado a partir del 01/06/2025 por RG 5698/2025 y del Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI) previsto en RG 2371/07, abrogado a partir del 23/05/2025 por RG 5697/2025.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

el Dictamen 55/2005, tendrá el carácter de onerosa en la medida de que exista una contraprestación pendiente de cumplimiento por el fiduciario.

Ante el supuesto de que la transferencia del inmueble esté alcanzada por el impuesto a las ganancias generales, por ser el fiduciante sujeto empresa, habitualista o alguno de los sujetos del artículo 73 de la LIG; el escribano deberá actuar como agente de recaudación practicando la retención del tributo prevista en la citada RG 2139/2006. Para el supuesto de que no haya sumas de dinero en presencia del escribano autorizante, el sujeto obligado debería entregar el importe pertinente o podría practicarse una autorretención[22]. Sin embargo, si analizando el negocio subyacente la transferencia puede ser calificada como permuta, a pesar de estar el acto alcanzado por el impuesto, no corresponde al escribano practicar retención por aplicación del artículo 15 de mencionada resolución general[23].

· **Adquisición de inmuebles por el fiduciario con dinero aportado por los fiduciantes:** se trata de una transferencia onerosa de inmuebles donde el fiduciario -revistiendo tal carácter- utilizará el dinero aportado por los fiduciantes. Por lo tanto, no tiene un tratamiento diferente de cualquier compraventa, ya que el sujeto pasivo de los impuestos nacionales, en caso de corresponder, será la parte vendedora.

· **Cesiones de derechos:** nos remitimos el punto II.8, donde se desarrolló el tema.

· **Adjudicación de inmuebles a los fideicomisarios / entrega de posesión:** se plantean en principio, dos situaciones posibles:

a) fideicomiso "puro" de tipo fiduciante-beneficiario (artículo 53 inciso c de la LIG): en este caso, no hay resultado gravado en la transferencia de dominio toda vez que los sujetos del impuesto son los fiduciantes-beneficiarios. Por lo tanto, el escribano no deberá practicar ninguna retención por no verificarse el hecho imponible del tributo, produciéndose un diferimiento del impuesto al momento en que los adjudicatarios enajenen esos inmuebles.

b) fideicomiso "impuro" (artículo 73 de la LIG): en este caso, el sujeto del impuesto será el fideicomiso y la transferencia onerosa por adjudicación estará alcanzada por el impuesto a las ganancias generales. Por lo tanto, el escribano deberá actuar

(22) Artículo 19 (RG 2139/2006): "El escribano interviniente o el funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, no deberá actuar como agente de retención cuando: (...) i) los enajenantes hubieran entregado a los mencionados agentes de retención, copia autenticada del comprobante que acredite -con relación a la operación a escriturar- el ingreso efectuado en concepto de autorretención."
(23) COTO, plantea esta postura al expresar: "el escribano debería retener siempre que exista circulación de dinero. Si no hay dinero, que es el caso más común en estas operaciones, no hay obligación de retener. Esto surge de la Resolución General (AFIP) 2139, que específicamente en su artículo 15 plantea la no obligación de retención en estos casos. Además, cuando la transferencia está gravada por ganancias y no hay retención por no existir circulación de dinero, tampoco existe obligación de autoretenerse para el sujeto que transfirió el inmueble". Coto, Alberto P. Aspectos impositivos del fideicomiso. *Revista del Notariado*, (895), p. 119.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

como agente de recaudación (RG 2139/2006). En la práctica notarial se plantea con habitualidad el problema de que hay imposibilidad de retener en estos actos por no estar en escribano en presencia de dinero. Ante esta situación el fisco ha emitido opiniones diversas que podrían dar solución a esta problemática: por Dictamen (DAT) 78/2008[24] expresó que "el fideicomiso deberá practicar la autorretención establecida por el art. 12 de la Resolución General por las operaciones que realice cuando adjudique a los fiduciantes beneficiarios las unidades funcionales"[25]. Mientras que en la reunión de Comisión de Enlace entre AFIP y el Colegio de Escribanos de CABA de fecha 30 de junio de 2011 consultada respecto de cómo debían actuar los escribanos cuando había imposibilidad de retener por no existir dinero sobre la mesa, expreso que "en el caso de permuta de bienes sin compensación de dinero no corresponderá que se practique la retención (...) Corresponderá aplicar el mismo tratamiento (...) en el caso de transferencia de inmuebles efectuada por el fiduciario a los beneficiarios en cumplimiento de un contrato de fideicomiso en donde se recibieron con anterioridad los aportes de los fiduciantes, toda vez que dichas operaciones encuadran como una operación de permuta (...)".

Cabe remarcar que, si el hecho imponible del tributo se verificó en un ejercicio fiscal anterior al del acto escriturario, el escribano no deberá actuar como agente de recaudación, debiendo solicitar al fiduciario la entrega del certificado contable previsto en el artículo 19 inciso e) de la RG 2139/2006[26].

· **Enajenación a terceros adquirentes:** tratándose de una transferencia onerosa de inmuebles a terceros, el fideicomiso será el sujeto pasivo y deberá practicarse la retención del impuesto a las ganancias generales. También podría el fideicomiso autorretenerse, pero no se podría invocar imposibilidad de retención, ya que el fideicomiso intervendría como parte vendedora y estaría cobrando el precio de venta en el acto escriturario. En tal sentido, el ente fiscal se expidió al respecto en la mencionada comisión de enlace del 30/06/2011 al decir: "(...) en el caso de escrituras de venta de inmuebles en donde se documente la existencia de un boleto de compraventa con pago de precio íntegramente efectuado antes de la escritura, así como en el supuesto de escrituras donde el pago se efectúe íntegramente mediante transferencias bancarias entre cuentas de las partes y no en efectivo ante el escribano, corresponderá que el escribano practique la retención excepto que el enajenante acredite el ingreso efectuado en concepto de autorretención mediante la entrega de copia autenticada del comprobante respectivo".

(24) Administración Federal de Ingresos Públicos. Dirección de Asesoría Técnica (DAT). Dictamen N° 78/2008. Emisión: 30/12/2008.
(25) El Dictamen (DI ALIR) 9/2010 se expresa en igual sentido respecto de la autorretención.
(26) Artículo 19 (RG 2139/2006): "El escribano interviniente o el funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, no deberá actuar como agente de retención cuando: (...) e) las operaciones sean imputables impositivamente a períodos fiscales anteriores a aquel en que tenga lugar el acto escriturario y los enajenantes entreguen al escribano interviniente una certificación expedida por contador público, con firma autenticada por el Consejo Profesional o entidad en la que se encuentre matriculado (...)".

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Como se ha planteado, en los supuestos en que se verifican hechos imponibles de impuestos nacionales, es esencial analizar el negocio subyacente y las relaciones jurídicas y económicas que surgen del contrato de fideicomiso. Este análisis puede resultar sencillo en contratos típicos o con estructuras negociales claras, pero en negocios complejos puede generar dificultades, y responsabilidad por una mala interpretación.

Las normas fiscales se estatuyen con miras a hipótesis generales que requieren ser aplicadas al caso particular. Y muchas veces estas normas no están a la altura de la realidad siempre cambiante o, simplemente, no llegan a prever con el marco normativo dispuesto todas las posibilidades de negocios y estructuras económicas en las cuales el contribuyente puede construir su negocio. Sumado a ello, el fisco tiene amplias potestades para interpretarlas.

Ante esta realidad, en ocasiones se necesita tener certeza en el tratamiento fiscal para un determinado tipo de negocio. Consultar a la autoridad fiscal es una de las herramientas con las que cuenta el contribuyente a efectos de prever las consecuencias fiscales de los actos económicos en desarrollo o, incluso, en planificación para futura ejecución. Para ello, el medio idóneo es la consulta vinculante[27] reglamentada actualmente por la Resolución General (ARA) 4497/2019. Esta es una herramienta poderosa de planificación fiscal que por su intermedio permite mitigar su riesgo fiscal en el marco del régimen sancionatorio[28].

III. Conclusiones

Analizada la problemática de la interpretación tributaria de los fideicomisos inmobiliarios podemos concluir que el contrato de fideicomiso es un negocio neutro en sí mismo y la causa fuente de la transmisión de los bienes es el contrato. Su tratamiento tributario no puede determinarse *a priori*, porque dependerá del negocio subyacente que surja del mismo, y éste es el que determinará las relaciones jurídicas y económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario. Será esencial analizar el negocio que surja del contrato para determinar si se verifican hechos imponibles respecto de impuestos nacionales en las transferencias de dominio instrumentadas en su consecuencia.

Compartimos el criterio de la CSJN que surge del fallo analizado (La Favorita), que pone fin a la disputa respecto de la existencia o no de los fideicomisos mixtos y el tratamiento fiscal que éstos deben tener. Siguiendo los fundamentos que surgen del mismo, concluimos que esta categoría de fideicomisos debe ser reconocida a los efectos de la tributación. La imputación de las ganancias a cada sujeto deberá

(27) Previsto en artículo 4.1 de la Ley 11.683 y sus modificaciones.
(28) Incluso con la posibilidad de reducción ante omisión de impuestos detectada a tiempo (conforme artículo 19, Ley 11.683 y modificatorias).

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

realizarse siguiendo las pautas que surgen de la ley del tributo, es decir, dependerá de cada sujeto y si éste reviste o no la condición de fiduciante-beneficiario; ya que del texto de la ley no surge prohibición alguna al respecto y tampoco puede interpretarse la norma en sentido restrictivo.

La pérdida de la condición de fideicomiso "puro" motivada en que algún fiduciante pierda la residencia fiscal en el país, o por la cesión de la condición de beneficiario -y no cesión de posición contractual-, no debe ser óbice para que un fideicomiso siga tributando conforme el artículo 53 de la LIG.

Entendemos que la modificación del Decreto reglamentario de la Ley del tributo se extralimitó con la reforma del artículo 130 que impone como condición para que el fideicomiso encuadre en la categoría de los previstos en el artículo 53 una total coincidencia entre fiduciantes-beneficiarios. No puede ni debe el poder ejecutivo reglamentar una norma alterando el espíritu de la misma imponiendo condiciones esenciales que el legislador no previó. No surge de la Ley del tributo, y así lo confirmó el Máximo Tribunal, una disposición que impida la tributación diferenciada -en cabeza del fideicomiso y en cabeza de los fiduciantes-beneficiarios-.

Los fundamentos expresados por la CSJN respecto del tratamiento tributario que debe darse a los fideicomisos mixtos por pérdida de residencia fiscal de algún fiduciante, fallando por la viabilidad, deben aplicarse en forma extensiva a los casos de fideicomisos mixtos por cesiones. Eso ha dicho el legislador al redactar la ley, y no puede ser alterado por su reglamentación.

De lege ferenda, proponemos la modificación del artículo 130 del Decreto reglamentario de la Ley de impuesto a las ganancias, eliminándose la modificación incorporada por el Decreto 1.170/2018 que exige una total coincidencia entre fiduciantes y beneficiarios del fideicomiso, para atribuir a éstos, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

En el dinamismo contractual, la cesión de la posición contractual en un fideicomiso de tipo fiduciante-beneficiario resulta ser una figura utilizada con habitualidad, y no existen dudas de que la misma no hace perder al fideicomiso su posibilidad de ser considerado como uno del artículo 53 de la LIG porque el cesionario seguirá manteniendo ese doble carácter.

En los fideicomisos de tipo fiduciante-beneficiario, la adjudicación de inmuebles que realiza el fiduciario a estos no genera un resultado gravado, por ser el propio fiduciante-beneficiario el sujeto del impuesto. Al ser la norma clara en este sentido a los efectos tributarios, dicha adjudicación no configura una transmisión onerosa de inmuebles; por consiguiente, el escribano no tendrá la obligación de actuar como agente de recaudación.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Por el contrario, en las adjudicaciones de inmuebles a los fideicomisarios en el marco de un fideicomiso del artículo 73 de la LIG, existirá desde la óptica tributaria una transferencia onerosa debido a que la transmisión se produce entre distintos sujetos. En consecuencia, ese acto estará alcanzado por el impuesto a las ganancias al verificarse el hecho imponible. Sin embargo, cuando el fiduciante-beneficiario realizó los aportes dinerarios de forma previa durante la ejecución del contrato, se presenta una imposibilidad material de retención por parte del escribano, lo que habilita a apartarse del instituto de retención en la fuente previsto en el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Tributario.

Consideramos que, de darse esta situación en particular y debido a las características del negocio subyacente de los fideicomisos inmobiliarios -donde los aportes dinerarios se realizan con anterioridad a la adjudicación para cumplir con el contrato-, existe una imposibilidad material de cumplir por no existir una fuente de donde recaudar. Ello, libera al escribano de la obligación prevista en la RG 2139/06, debiendo actuar en este caso solo como agente de información.

Resulta necesaria una evolución jurisprudencial en la materia y esperamos que ésta sea armónica con la jurisprudencia administrativa. Ello, junto al análisis doctrinario de los intérpretes del derecho, podrá dar respuesta a todas estas cuestiones que desde hace muchos años generan incertidumbre y afectan la seguridad jurídica.

En suma, resulta imperativa una evolución jurisprudencial en la materia que guarde armonía con los criterios de la jurisprudencia administrativa. Este desarrollo, amalgamado con el análisis doctrinario de los intérpretes del derecho, será el que permita aportar respuestas unívocas a las controversias que se plantean en el ámbito notarial desde hace años. Solo a través de una exégesis coherente y previsible será posible salvaguardar el principio de seguridad jurídica, valor fundamental para el desarrollo de las inversiones y el correcto ejercicio de la función notarial.

IV. Referencias

Balan, O. (2020). Los fideicomisos como sujetos en el impuesto a las ganancias. *ERREPAR*, (489), 1351–1362.

Capurro, V. L., Etchegaray, N. P. y Vázquez, M. C. (2008). *Fideicomiso. Técnica y práctica documental*. Astrea.

Carregal, M. (2008). *Fideicomiso: teoría y aplicación a los negocios*. Heliasta.

Clusellas, E. G. (Coord.). (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*. Astrea.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Clusellas, E. G. (Dir.). (2024). *Manuel para concursos notariales. Contratos.* (T. 3). Astrea; Universidad Notarial Argentina; Fundación Editora Notarial.

Clusellas, E. G. y Ormachea, C. (2003). *Contratos con garantía fiduciaria.* Ábaco.

Coto, A. P. (2006). *Aspectos tributarios del fideicomiso.* La Ley.

D'Alessio, C. M. (Dir.). (2015). *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados.* (T. 1). Thomson Reuters, La Ley.

Di Pietromica, V. (2023). *Régimen tributario de la actuación notarial.* (4ª ed.). Abeledo Perrot. (Trabajo original publicado en 2008).

Dubois, F. (2014). Los fideicomisos inciertos. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, (410), 391–402.

Fernández, L. O. (2015). *Impuesto a las ganancias: teoría, técnica y práctica.* (T. 2). La Ley.

Freire, B. (1997). *El fideicomiso.* Depalma.

Gómez, T. y Folco, C. M. (2018). *Procedimiento tributario: Ley 11.683. Decreto 618/97.* (9ª ed.). La Ley. (Trabajo original publicado en 2003).

Grosso Sheridan, W. H. (2021). Fideicomisos y estados contables. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, (501), 1215–1228.

Jarach, D. (2011). *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo.* (3ª ed.). Abeledo-Perrot. (Trabajo original publicado en 1943).

Kiper, C., y Daguerre, L. O. (2015). *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación.* (T. 2). Rubinzal Culzoni.

Lamber, R. A. (2008). La causa en la transmisión dominial. *Revista del Notariado,* (891), 69–98.

Lisoprawski, S. y Kiper, C. M. (1995). *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización.* Depalma.

Lorenzetti, R. L. (Dir.). (2007). *Código civil comentado. Contratos, parte especial. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía.* (T. 1). Rubinzal Culzoni.

Lorenzetti, R. L. (2016). *Fundamentos de derecho privado: Código Civil y Comercial de la Nación.* La Ley.

Martín, J. A. (2008). Responsabilidad del fiduciario. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, (338), 515–528.

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Molas, L. (2009). Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad. *Doctrina Tributaria ERREPAR,* (356), 1029–1037.

Molas, L. (2013). Aspectos tributarios. En G. Gotlib, M. A. Carregal, y F. M. Vaquero (Dirs.) y C. Gruskin (Coord.), *Tratado de fideicomiso: parte especial.* (T. 2, pp. 184-306). La Ley.

Molas, L. (2014). Tratamiento de las ganancias de capital relacionadas con inmuebles. *Doctrina Tributaria ERREPAR, (38*), 1279–1296.

Rubio, D. E. (2024). Tributación de fideicomisos. *Doctrina Tributaria ERREPAR,* (538), 25–42.

Santamaría, G. L. (2021). Fideicomiso: *Doctrina de los actos neutros.* (3ª ed.). La Ley. (Trabajo original publicado en 2018).

Shina, F. E. (19 de julio de 2021). Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial. Tercera parte. *Sistema Argentino de Información Jurídica* (SAIJ). http://www.saij.gob.ar/DACF210131

Spota, A. G. (2007). Contratos. En A. C. Belluscio (Dir.) y E. A. Zannoni (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado.* (T. 5, pp. 152–180). Astrea.

Taiana de Brandi, N. A. (2011). El quehacer notarial en la materia tributaria. *Revista del Notariado, (905)*, 147–164.

Tozzi, G. I. (2003, agosto). El principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria. *La Ley Córdoba, 20*(7), 801-815.

Villegas, H. B. (1976). *Los agentes de retención y de percepción en el derecho tributario.* Depalma.

Villegas, H. B. (2016). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario.* Astrea.

Ziccardi, H., y Calello, C. (2020). Jurisprudencia Comentada: Ganancias. Sujetos. Fideicomiso mixto. *Doctrina Tributaria ERREPAR,* (483), 643–652.

Legislación

Administración Federal de Ingresos Públicos. Resolución General 2139/2006. Régimen de retención de los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta sobre determinadas transferencias fiduciarias. Boletín Oficial de la República Argentina, 09/10/2006.

Administración Federal de Ingresos Públicos. Resolución General 4497/2019. Régimen operativo de consulta vinculante en materia técnico-jurídica. Boletín Oficial de la República Argentina, 30/05/2019. Ley de Impuesto a las Ganancias, Decreto N°

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

824/2019. Boletín Oficial de la República Argentina, 06/12/2019.

Decreto N° 1.170/2018. Modificación del Reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Boletín Oficial de la República Argentina, 27/12/2018.

Ley de Impuesto a las Ganancias, Decreto N° 824/2019. Boletín Oficial de la República Argentina, 06/12/2019.

Ley N° 11.683 de Procedimiento Tributario. Boletín Oficial de la República Argentina, 12/01/1933.

Fecha de recepción: 16-08-2026 Fecha de aceptación: 07-09-2026

Esta obra está bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional