

Las transmisiones de dominio fiduciario frente al impuesto de sellos*

Por **Juan Ricardo Fröhlich**

1. Introducción

Dos recientes pronunciamientos de la Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación han vuelto a poner sobre el tapete la cuestión de la gravabilidad de las transmisiones de dominio fiduciario de inmuebles frente al impuesto de sellos.

Tales sentencias, recaídas en actuaciones en las que se discutía la aplicabilidad del gravamen sobre transmisiones de dominio de inmuebles en el marco de procedimientos liquidatorios de entidades financieras, reeditan las conclusiones de la misma Sala obrantes en los autos “Iocco” (22/10/2001) y “Spanier” (15/11/2002) y los de la Sala A del mismo Tribunal, en los autos “Grupo República” (4/872002) y “Banco Hipotecario” (17/3/2004).

Si bien tales pronunciamientos se refieren al impuesto de sellos nacional, actualmente inexistente, no dejan de revestir actualidad en razón de las disposiciones que sobre el mismo gravamen ha instituido la Ciudad de Buenos Aires y que se plasman, actualmente, en el Título XII (artículos 315 a 338) del Código fiscal (t. o. en 2004) y el Anexo I del decreto reglamentario 1335/04 y el mantenimiento de normas similares en la mayoría de los ordenamientos provinciales.

Ya un dictamen del Departamento Asesoría Legal Tributaria de la AFIP, de

*Especial para *Revista del Notariado*.

Este artículo ha sido acercado a la Dirección de la Revista por el escribano Marcelo de Hoz.

fecha 31 de julio de 1996, concluye que la formalización de todo contrato de transmisión de dominio de inmuebles queda sujeto al impuesto de sellos, por estar aprehendido en los hechos impositivos residuales contemplados en el decreto 114/93, remitiendo a las disposiciones del decreto reglamentario de la ley del impuesto de sellos nacional, en el sentido de que, tratándose de actos que se rijan por normas o costumbres que hagan presumir su onerosidad, su carácter gratuito deberá resultar de cláusulas expresas al respecto.

2. Los elementos esenciales del impuesto de sellos. Onerosidad

Constituye una de las notas tipificantes del impuesto de sellos el que sólo estén sometidos al gravamen los actos jurídicos instrumentados taxativamente mencionados, siempre que revistan “carácter oneroso”.

Este requisito, en lo que al impuesto de sellos nacional respecta, había sido receptado por la legislación en forma expresa, desde que se produjo el último gran ordenamiento del tributo, por medio de la ley 18524, en vigencia desde el 1º de febrero de 1970, y repetido en los ordenamientos posteriores que han sido vaciados sobre el mismo molde.

El decreto 114/93, por su parte, no innovó en estos aspectos, en tanto no ha efectuado una derogación de las normas que regían el gravamen, sino que su artículo 1º se ha limitado a derogar “todos los hechos impositivos contenidos en la ley, excepto los descriptos en el artículo 2º de este decreto”.

De este modo, todas las disposiciones legales y reglamentarias del impuesto de sellos nacional han subsistido con plena vigencia hasta su traspaso al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, excepto, claro está, en lo que se refiere a los hechos impositivos que quedaron derogados.

A su vez, en lo que hace al gravamen ahora vigente en la Ciudad Autónoma, son de aplicación los mismos principios, conforme resulta de los artículos del Código Fiscal vigente.

Es por ello que el requisito de onerosidad de los actos, para ser sometidos al gravamen, debía considerarse plenamente subsistente para los actos de transmisión de dominio de inmuebles contemplados en el artículo 2 del decreto 114/93 y también para los hechos impositivos producidos a partir del 1º de enero de 2003 en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Idénticas conclusiones cabe formular respecto de la totalidad de los impuestos aún subsistentes en el ámbito provincial, puesto que el requisito de la onerosidad constituye uno de los pilares del impuesto, conforme viene ordenado por el artículo 9 de la Ley de Coparticipación Federal.

3. Actos onerosos, gratuitos e incoloros

De conformidad con lo previsto en el artículo 1139 del Código Civil, los contratos “son a título oneroso, cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les son concedidas sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle”.

Al respecto, dice Spota (*Instituciones de Derecho Civil – Contratos*, Ed. De-

palma, Bs. As., 1978, t. I, p. 149) que “*en estos contratos la prestación de una de las partes se da en razón de la contraprestación que da o ejecuta la otra, aunque puede suceder que el designado para recibirla sea un tercero designado al efecto. Se ve claramente como cada uno de los contratantes queda sujeto a una obligación, existiendo reciprocidad de obligaciones, de modo que las ventajas que obtiene una de las partes tiene como correlativo la prestación que ha hecho o hará la otra parte*”.

Dice Spota (op. cit., p. 152) que la moderna doctrina plantea el interrogante de si la clasificación dual (contratos onerosos y gratuitos) puede transformarse en una división tripartita, pues diversos autores ponen de relieve la existencia de contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuitos (contratos neutros), o bien, de contratos que en ocasiones son onerosos y en otros casos gratuitos (contratos incoloros o indiferentes).

Un ejemplo de contrato que puede ser estimado como neutro es el acuerdo de voluntades a efectos de destinar un bien a un fin amparado por la ley. Contamos, en el derecho privado argentino, con normas que tutelan el bien de familia (ley 14394) que se constituye sobre inmuebles urbanos o rurales de hasta cierto valor, entre cónyuges o determinados parientes y que no es posible de ejecución o embargo, salvo casos de excepción que contempla la ley.

Pues bien: el contrato por el cual las partes erigen un bien de familia es un contrato neutro, que no puede calificarse ni de gratuito ni de oneroso.

Para Spota, los actos de destinación no pueden subsumirse en la clasificación de contratos gratuitos y onerosos, porque no media atribución patrimonial, y sólo en aquellos contratos en los cuales existe esa atribución (compraventa, cesión, permuta, donación, sociedad) cabe hablar de onerosidad y de gratuidad, aun en los supuestos en los cuales no existe un acto de disposición sino de administración: arrendamiento (oneroso), comodato (gratuito), depósito (gratuito), mutuo (gratuito u oneroso).

El acto de destinación, por oposición al de atribución patrimonial, resulta ser extraño al dualismo onerosidad-gratuidad, a pesar de que vaya unido a actos de enajenación. Aparte del indicado convenio para erigir el bien de familia puede mencionarse la constitución de bienes dotales, o sea, las donaciones por causa de matrimonio, en cuanto éstas se “destinan” al matrimonio a celebrarse y llevan implícita la condición de que ese matrimonio se celebre o se hubiere celebrado (artículo 1248), o no se anulare (artículo 1240). No otra cosa cabe aseverar con respecto al acto de fundación: la donación efectuada a persona colectiva, aún no existente, pero con el fin de fundarla, resulta válida (artículo 1806).

La determinación del carácter gratuito u oneroso de un contrato es una cuestión de hecho, librada a la apreciación de los jueces y tribunales en cada caso en particular: para resolverla es preciso tener en cuenta todos los antecedentes de la operación y sus elementos materiales y psicológicos (Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino – Fuentes de las Obligaciones*, t. I, pp. 17 y sigs).

4. Carácter de las transmisiones fiduciarias

La transmisión del dominio fiduciario, del fiduciante al fiduciario o la creación de un patrimonio de afectación no es realizada a título oneroso o gratuito, sino de fiducia, como bien sostiene Lisoprawsky (Lisoprawsky y Kiper, *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 300).

Es por ello que, no revistiendo carácter oneroso las transmisiones fiduciarias de dominio, conforme sostuvimos en un trabajo anterior, no deben considerarse alcanzadas con el impuesto en ninguna jurisdicción del país (Fröhlich y Andrade, *Fideicomiso. Aspectos jurídicos y tributarios*, Doctrina Tributaria Errepar, t. XVI, p. 997).

Ya en referencia a los contratos fiduciarios, Carregal (*El fideicomiso*, Ed. Universidad, Bs. As., 1982) ha sostenido que se perfila como aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido, posición a su vez adoptada por Nieto Blanc (“Fideicomiso común u ordinario”, en *Rev. Impuestos*, LIV-B, pp. 2542 y sigs.) al decir que “*el acto de transmisión del dominio o de la propiedad, no es ni gratuito ni oneroso para el fiduciario, ya que su valor económico es cero para él y neutro como tal, recibe los bienes a título de confianza, para cumplir los fines instruidos por el fiduciante, con los alcances indicados*”.

El propio Servicio Jurídico del Fisco se ha expedido en sentido coincidente con lo sostenido precedentemente en el dictamen (DAL) N° 34/2003:

“Sobre el particular, cabe indicar que este servicio jurídico, en oportunidad de analizar la reestructuración de bancos de acuerdo al régimen previsto en el artículo 35 de la Ley de Entidades Financieras, CONCLUYÓ QUE LA OPERATORIA POR LA CUAL UN BANCO ASUME LOS PASIVOS DE OTRO, ES TOTALMENTE AJENA AL FIDEICOMISO Y SU CONCRECIÓN TIENE LUGAR SIN SU INTERVENCIÓN Y POR ARREGLO DIRECTO ENTRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS, MANIFESTANDO ASIMISMO QUE LA ÚNICA FUNCIÓN DEL FIDEICOMISO ES LA DE CONSTITUIRSE EN UN VEHÍCULO QUE DEBE ADMINISTRAR Y REALIZAR ACTIVOS PARA CANCELAR LOS PASIVOS BANCARIOS QUE ASUMIÓ OTRA ENTIDAD FINANCIERA DE LA PLAZA”.

Y así ha sido sostenido también por el Fisco en el dictamen (DAT) N° 103/2001, criterio reiterado en el dictamen (DAT) N° 17/2002: “*LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO DE INMUEBLES EFECTUADA EN EL MARCO DE UN FIDEICOMISO NO CONSTITUYE UNA TRANSFERENCIA ONEROSA*”.

Por su parte, la doctrina que se ha ocupado del tema, en forma unánime, se pronuncia en sentido coincidente con el expuesto.

En tal sentido, Santamaría y Ferro, en el *Tratado Teórico y Práctico de Fideicomiso*, preparado bajo la dirección de Beatriz Mauri de González (Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 168/9) afirman, haciéndose eco de una opinión que formulamos en DTE, t. XVI, antes citado, que los actos de destinación, por oposición a los de atribución patrimonial, resultan extraños al dualismo onerosidad-gratuidad, para agregar que, en el caso de la transferencia de la propiedad fiduciaria, estamos en presencia de un acto cuyos efectos económicos son neu-

tros en relación con el patrimonio del fiduciario, en razón de la intrascendencia económica de los bienes fideicomitidos en relación con la propiedad no fiduciaria del sujeto que cumple la función de fiduciario, para lo que citan en apoyo a Kiper y Lisoprawsky (*Fideicomiso, dominio fiduciario, securitización*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 138), para concluir:

“Si bien el pacto de fiducia puede ser oneroso o gratuito, esta circunstancia no se debe confundir con la naturaleza de la transferencia de la propiedad fiduciaria”.

La distinción entre el carácter no oneroso de la transmisión de dominio y la onerosidad eventual del contrato de fiducia ha sido afirmada también en diversas oportunidades por la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires.

De este modo, en los Informes 72/95 (10/7/1995) y 98/96 (13/6/1996), ha sostenido, respectivamente:

“Tal retribución (a favor del fiduciario) transforma a este contrato de fideicomiso –no a la transmisión fiduciaria del bien– en oneroso”.

“No debe confundirse esta característica de la transmisión de la propiedad fiduciaria (no onerosa ni gratuita) con la naturaleza del contrato de fideicomiso, ya que su onerosidad o gratuidad dependerá de que el fiduciario perciba o no una retribución por la gestión que le es encomendada”.

Kiper y Lisoprawsky, en la obra citada (p. 180/1), al analizar el tratamiento de los fideicomisos frente al impuesto de sellos, continúan afirmando que:

“Debe distinguirse entre el negocio fiduciario que establece obligaciones para las partes que puede ser oneroso o gratuito (conforme el fiduciario perciba o no una retribución por la actividad realizada o a realizar), de la transmisión de los bienes que integran el acervo fideicomitado”, concluyendo:

“Este impuesto no alcanza al contrato de fideicomiso en lo que hace a la transferencia, debido a la falta de onerosidad de la misma, pero sí al pacto de fiducia”.

Como fundamento de ello, sostienen:

“Debe al respecto recordarse que el contrato de fideicomiso consta de dos partes: transmisión de dominio de los bienes, por un lado, y descripción del encargo respecto a qué hacer con ellos, tarea en virtud de la que recibe una retribución... conforme los principios sustentados, la transmisión de la propiedad fiduciaria no se encuentra alcanzada por el gravamen. Ello, en razón de la “neutralidad económica” de dicha transmisión, en atención, a que no existe un acrecentamiento en el patrimonio no fiduciario, sino que se forma un patrimonio separado de éste”.

Bettina Freire, por su parte, (*El fideicomiso: sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 212 y sigs.), al analizar la incidencia del impuesto de sellos, afirma que deben considerarse distintos niveles de relaciones: la celebración del contrato de fideicomiso, la transmisión de los bienes al fiduciario, las transmisiones finales al beneficiario y los actos realizados por el fiduciario con terceros, de las que, a los fines de la presente causa, interesan las dos primeras, criterio que ya había adelantado en la po-

nencia presentada en las xxvi Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas (Mar del Plata, 1996, publicación del CGCE, p. 64).

Respecto de la celebración del contrato de fideicomiso, ninguna duda cabe de que, en aquellas jurisdicciones en las que rige el impuesto (que no es la situación de la Ciudad de Buenos Aires desde 1993), en aquellos casos en que el contrato establece una retribución a favor del fiduciario, el contrato estará gravado. Si, por el contrario, fuese gratuito, el impuesto no se aplica.

En lo que hace específicamente a la transmisión de los bienes, dice:

“Según nuestra opinión, toda interpretación sobre la aplicación del gravamen debe atender la característica de que la transferencia que el fiduciante hace al fiduciario es a título de confianza, el fiduciario no paga contraprestación alguna por la propiedad fiduciaria ni se compromete a hacerlo. Esta ausencia de onerosidad no significa un acto a título gratuito, porque el fiduciario no se enriquece con los bienes transmitidos, ni recibe para sí el valor de los mismos. El fiduciante no intenta hacer una liberalidad a favor del fiduciario, sino que simplemente le transfiere bienes para que éste cumpla con ellos un encargo. SIENDO UNA TRANSFERENCIA SIN CONTENIDO ECONÓMICO PARA EL FIDUCIARIO, NO PROCEDE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO DE SELLOS”.

En igual sentido se ha expedido Altamirano en el trabajo “Tratamiento tributario del fideicomiso no financiero”, presentado en las ya citadas xxvi Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, según puede leerse en la página 39 de la publicación de las mismas.

También Liliana Molas (xxvi Jornadas Tributarias del CGCE, p. 119) dice al analizar la incidencia del impuesto de sellos sobre la transmisión del dominio fiduciario:

“Aquí cabe que nos reiteremos la pregunta que venimos haciéndonos desde el comienzo de este trabajo ¿la transmisión del dominio fiduciario importa la transferencia de dominio a título oneroso, que es lo gravado por la ley de sellos? Y COMO ANTES, AHORA TAMBIÉN RESPONDEREMOS QUE NO, QUE LA ENTREGA EN CONFIANZA NO ES A TÍTULO ONEROSO. EN CONSECUENCIA AQUÍ NO SE GENERA HECHO IMPONIBLE PARA NINGUNA DE LAS JURISDICCIONES INVOLUCRADAS”.

Expresa por su parte Andrea Fabiana Dazzi, en ponencia presentada ante las xxxii Jornadas Notariales Bonaerenses, celebradas en noviembre de 1999, al analizar la situación del fideicomiso frente al impuesto de sellos vigente en la provincia de Buenos Aires, cuyos hechos impositivos no se limitan a las transmisiones de dominio de inmuebles:

“La transmisión de dominio por contrato de fideicomiso no estaría alcanzada por este gravamen, pues la transmisión dominial no se hace en forma onerosa ni gratuita, sino a título de fiducia. Esto no significa que el contrato deba tributar no por la transmisión del dominio pero sí por la administración si ésta fuera de carácter oneroso”.

Para finalizar, debo citar la opinión de Nelly A. Taiana de Brandi, expresada en la *Revista del Notariado* del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (año 2003, N° 872, pp. 279 y siguientes):

“En el fideicomiso hay traslación de dominio del inmueble [...] pero, a su vez,

no hay precio. No es tal el importe que recibe el fiduciario por su gestión [...] de ambos requisitos necesarios para que proceda el impuesto (escritura pública y onerosidad) sólo concurre el primero y está ausente el segundo, situación que excluye del gravamen al instituto”.

Aun cuando no se ocupa específicamente de los aspectos fiscales, no puede dejar de señalarse la opinión de Carregal (*El fideicomiso*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 74 y sigs.):

“Cuando intentamos definir el contrato de fideicomiso dijimos que la transferencia de dominio a título de confianza es de la esencia de esta figura jurídica [...] Surge de lo dicho que en los actos de transferencia de dominio fiduciario el transmitente no recibe una contraprestación equivalente al valor del bien [...] No hay entonces relación conmutativa entre el valor entregado por el enajenante y el valor de las prestaciones que éste recibirá del adquirente, las que, por otra parte, se circunscribirán al cumplimiento del encargo formulado, pero no tendrán como contrapartida la entrega del bien [...] Los compromisos que contrae el fiduciario en el contrato de fideicomiso no se deben entonces como contrapartida de la transmisión de dominio. El encargo no se paga con el bien que recibe el adquirente fiduciario –que no será “para” él– sino que generalmente percibirá –aquí sí como contraprestación por la ejecución del encargo que se le encomienda– una retribución por sus servicios”.

Concluye este autor manifestando:

“NO PODEMOS CALIFICAR, ENTONCES, AL ACTO DE TRANSFERENCIA DEL DOMINIO FIDUCIARIO COMO UN ACTO A TÍTULO ONEROSO, SIMPLEMENTE PORQUE NADA DA EL ADQUIRENTE A CAMBIO DEL BIEN”.

Y advierte, premonitoriamente:

“NO DEBE CONFUNDIRSE LA TRANSFERENCIA DE DOMINIO CON EL CONTRATO DE FIDEICOMISO PROPIAMENTE DICHO”.

También Lisoprawski y Kiper coinciden con lo afirmado (*Tratado de fideicomiso*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 702), al analizar la incidencia del impuesto de sellos sobre las transmisiones de dominio fiduciario:

“Por ello, de tratarse de una transmisión de dominio fiduciario que no es realizada a título oneroso sino a título confianza o de fiducia, no corresponde su gravabilidad, por ausencia de aquella condición, concluyéndose que un contrato de transmisión de dominio fiduciario no debe estar gravado por el impuesto de sellos, en la medida que instrumenta una transferencia a título no oneroso”.

La Dirección Provincial de Rentas de la provincia de Buenos Aires, además del Informe 18/98, antes citado, se ha expedido sobre el tratamiento de las transmisiones de dominio fiduciario en el informe 98/96 (13/6/1996), en los siguientes términos:

“La transmisión fiduciaria de la propiedad constituye un acto a título de confianza, lo que significa que no puede calificársela en rigor de verdad, de onerosa o gratuita”.

A mayor abundamiento, a la multiplicidad de dictámenes emanados del organismo fiscal en los que se reconoce la inexistencia de onerosidad de las

transmisiones fiduciarias, debe agregarse el producido sobre comienzos del presente año, y que lleva el número DAT 8/04, en el que la AFIP concluye que “conforme a lo indicado la transferencia de bienes inmuebles a un fideicomiso no perfecciona el hecho imponible previsto en el inciso e) del artículo 5 de la ley del impuesto al valor agregado, el cual sólo alcanza a la transferencia a título oneroso de inmuebles”, todo ello en virtud de que “para determinar los efectos impositivos que derivan de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, valuando solamente su estructura jurídica, sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato, 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 este negocio particular y a los actos que el fiduciario debe ejecutar como consecuencia del contrato”.

5. Conclusiones

De todo lo expuesto no cabe sino concluir que las transmisiones de dominio del fiduciante al fiduciario, por hacerse a título de fiducia y no revestir carácter oneroso, puesto que no hay contraprestación que se corresponda con la transmisión de dominio, necesariamente, deben hallarse al margen del impuesto, en todas las jurisdicciones de la República, debiendo ponerse especial cuidado en no confundir la eventual onerosidad de la manda fiduciaria (que acarrearía, en algunas jurisdicciones, la gravabilidad del contrato, tomando como base imponible la retribución a favor del fiduciario) con la transmisión de dominio de los bienes fideicomitados.