

## Incidencia del impuesto a la transferencia de bienes inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas en torno al fideicomiso no financiero \*

Por **Silvina del Valle Colombo**

El objetivo propuesto es plasmar un análisis desde la óptica del derecho tributario.

El trabajo no desarrolla la responsabilidad del escribano en su carácter de agente de retención, sino que el tema gira en torno al interrogante de: si la ley 23.905 tiene incidencia o efectos tributarios que recaigan sobre las escrituras traslativas de dominio que eventualmente se realicen en la órbita del instituto de origen anglosajón.

Expresa Pallavicini: “Entendemos por efectos tributarios la incidencia de dicha carga, producida por el tipo de gabela que en cada caso los grava”<sup>1</sup>.

En el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas, conforme al artículo 9º de la ley 23.905, están sujetas a retención las operaciones que tengan por objeto la transmisión del dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en la República Argentina, consideran-

---

\* Trabajo presentado por la autora para el tema III: *Incidenca tributaria sobre la transmisión inmobiliaria*, de la XXXIV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 30 y 31 de agosto de 2007.

(1) Pallavicini, Emir, en Primer Encuentro Internacional Multidisciplinario de Seguridad Jurídica en la Contratación Inmobiliaria, Panel: “Operaciones inmobiliarias; la incidencia de las cargas fiscales e impositivas”.

do transferencia la venta, permuta, cambio, aporte a sociedades y a todo acto de disposición, excepto a la expropiación.

Asimismo, el art. 7º expresa: “Establécese en todo el territorio de la Nación un impuesto que se aplicará sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país”.

La base imponible será el precio de la transferencia.

Conforme el art. 13º, la tasa del impuesto es del quince por mil.

Son sujetos pasibles de retención del ITI, conforme el art. 8º de la ley 23.905, las personas físicas y sucesiones indivisas que revistan tal carácter para el impuesto a las ganancias, que transmitan inmuebles, en la medida en que dicha transferencia no se encuentre alcanzada por el mencionado impuesto.

Rige el régimen de retención aplicable conforme a resolución general (AFIP) 2141.

Es un tributo excluyente atento que quedan sujetas a este las transmisiones de dominio onerosas que no se hallen alcanzadas por el impuesto a las ganancias.

Expresa Emir Pallavicini en el Primer Encuentro Internacional Multidisciplinario de Seguridad Jurídica en la Contratación Inmobiliaria, precitado: “La recaudación de este último se lleva a cabo vía agentes de retención en la mayoría de los casos. Y esa retención, a diferencia de ganancias, que es un pago a cuenta, tendrá carácter único y definitivo”.

El impuesto tratado es instantáneo, en el que la prestación, de existir obligación de oblar el impuesto es única.

Dice Giuliani Fonrouge: “En el caso de impuestos instantáneos, como el de sellos, impuestos al consumo, etc., la prestación es única, pues la obligación es una sola, y si el hecho imponible se reprodujere (agregamos: o produjere) en el futuro, daría nacimiento a nuevas obligaciones independientes de la precedente”<sup>2</sup>.

El objeto del tributo es el hecho que generará la obligación tributaria y que la ley establece como determinante del gravamen; en el caso del ITI es la transmisión de un bien inmueble a título oneroso.

Ahora bien, si no existe en la realidad el hecho previsto por la ley, no nacerá la obligación tributaria, y si el hecho de la onerosidad se observa como una contraprestación futura para el caso de la transmisión fiduciaria, significa que este no ha sucedido y cuando suceda dará nacimiento a obligaciones independientes respecto de los impuestos que incidan sobre el negocio subyacente de que se trate.

### ¿Desde cuándo es adeudado el impuesto?

El impuesto es adeudado desde el momento en que se genera el hecho imponible (real y actual), el cual dará nacimiento a la obligación tributaria.

(2) Giuliani Fonrouge, Carlos M., obra actualizada por Navarrine, Susana Camila y Asorey, Rubén Oscar, *Derecho Financiero*, vol. I, Depalma, 6ª edición, p. 502.

El hecho imponible que generará dicha obligación frente al Fisco, a su vez, será el que primero se configure de los siguientes hechos, a saber:

- a) Cuando suscripto el boleto de compraventa o documento equivalente, se otorgue posesión.
- b) Otorgamiento de la escritura traslativa de dominio.
- c) En las ventas judiciales por subasta pública la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate.

## Hecho imponible. Sus componentes

El hecho imponible, conforme expresa Catalina García Vizcaíno, “puede consistir en un hecho, acto, actividad [...] previstos en forma abstracta por una norma jurídica como presupuesto del nacimiento de la obligación tributaria. De modo tal que, acaecido o realizado en el mundo fenoménico, es decir, concretamente, produce la consecuencia de la obligación del pago del tributo, excepto configuración de hipótesis legales neutralizantes totales (v. gr. exenciones)”. Citando a Villegas dice: “el hecho imponible debe, necesariamente, contar con los siguientes aspectos: a) la descripción objetiva de un hecho o situación (aspecto material); b) la individualización de la persona que debe realizar o encuadrarse en tal descripción (aspecto personal); c) el momento en que tiene que producirse la configuración (aspecto temporal); d) el lugar donde tiene que acaecer la realización del hecho imponible (aspecto espacial)”.

Asimismo, dicha autora cita a Geraldo Ataliba, quien llama “hipótesis de incidencia” a la descripción legislativa (hipotética) de un hecho, advirtiendo que la obligación nace con la realización de este hecho, es decir, sólo cuando surge este hecho concreto en el tiempo y en el espacio <sup>3</sup>.

## Incidencia tributaria del ITI en la transmisión fiduciaria en un fideicomiso no financiero

En el caso de transmitirse un bien inmueble al fideicomiso, a título de fiducia o confianza, del fiduciante al fiduciario, ya sea en un fideicomiso inmobiliario comercial, al costo o en un fideicomiso de administración, este no es oneroso ni gratuito, es neutro.

Lisoprawsky y Kiper expresan: “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” <sup>4</sup>.

Ergo, deben diferenciarse dos momentos de transmisiones y estamos refiriéndonos a las inmobiliarias; la primera, que será la transmisión fiduciaria, y la segunda, que será del fiduciario al fiduciante-beneficiario, o al fideicomisario-tercero o cesionario, sea por venta o adjudicación, por ejemplo, de unidades funcionales.

(3) García Vizcaíno, Catalina, *Derecho Tributario*, tomo I, Parte general, Depalma.

(4) Lisoprawsky y Kiper, *Fideicomiso, Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 300.

No se configura la transmisión a título oneroso en el momento de la transmisión fiduciaria, ni siquiera analizando el negocio subyacente, por no existir tal transmisión onerosa en el hoy y aquí, por no reunirse el elemento temporal del hecho imponible para tenerlo por configurado, sino que aquella se desplegará eventualmente por una contraprestación futura. Distinto será el caso de la transmisión que realice el fideicomiso ulteriormente.

### Dictamen de Asesoría Técnica 55/2005

El dictamen que nos ocupa versa sobre un contrato de fideicomiso en el cual existen fiduciarios clasificados en “A” y “B”; la fiduciante clase “A” será quien aporte un inmueble sobre el cual se llevará a cabo la construcción de un edificio.

La Asesoría expresa, entre otras consideraciones: “Corresponde concluir que el gravamen en consideración se aplicará siempre que se configure, por un lado, una transferencia de dominio, y por el otro, que la misma sea a título oneroso”. Haciendo referencia a lo expresado en el dictamen 17/2002, sigue diciendo: “Al respecto este servicio asesor tiene dicho que en principio no se produciría en el contrato de fideicomiso una transmisión onerosa ni gratuita del bien en cuestión, sino que el mismo es transferido a ‘título de confianza’, pero también se ha advertido que en cada caso en 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 –surcidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él’, es decir que ‘... se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la transferencia definitiva de los bienes a un tercero a cambio de una contraprestación’”.

Sigue diciendo: “Conforme 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 es concedida sino por una prestación que ella ha hecho, o que se obliga a hacerle”, en tanto que son a título gratuito “... cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte”.

La Asesoría interpreta que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante (en el marco de ese contrato) reviste carácter oneroso, basándose en que, tal como lo expresa, **“se advierte en el sub-examine que las características del negocio subyacente al contrato, conducen a afirmar que la transferencia de dominio realizada por la fiduciante, tiene como CONTRAPARTIDA UNA CONTRAPRESTACIÓN FUTURA (agregamos: transferencia a título oneroso) a la que se obliga el fiduciario, la cual emerge con claridad del contrato de fideicomiso, donde se detallan los bienes que corresponderá adjudicarle cuando culmine la obra”**.

La Asesoría incurre en un error de interpretación al no advertir que no se ha configurado el hecho imponible, porque la ley no prevé la hipótesis de incidencia de una prestación a la cual alguien se obliga, sino que establece como hecho imponible la transmisión del dominio a título oneroso.

Los fundamentos son, a saber:

1º) Tal como lo expresa el maestro Dino Jarach, “La relación jurídica tributaria, en cuanto nace de la ley, exige como requisito fundamental para su nacimiento que se verifique en la realidad fáctica el hecho o los hechos definidos abstractamente por la ley como supuestos de la obligación.

“La ley no puede generar la obligación sin la existencia **en la vida real del hecho imponible concreto** que pueda subsumirse en la definición legal del hecho imponible abstracto. Por otra parte, el hecho imponible no crea por sí solo la obligación, sino que lo hace a través de la ley”<sup>5</sup>.

Cuando se hace referencia a que se verifique el hecho en la realidad fáctica se quiere decir que este –en el caso, la transmisión a título oneroso– tiene que acaecer, y no que acaecerá como contraprestación futura, dado que la frase encierra en sí misma su no acaecimiento.

En el marco de nuestro análisis, la transmisión de dominio onerosa es un hecho de verificación instantánea que, al suceder, hace nacer la obligación tributaria; si no sucede y sucederá en un futuro (sin que se sepa cuánto tiempo encierra dicho futuro, si será en un año o más, lo cual dependerá del éxito de las operaciones comerciales), no puede sostenerse que se genera obligación tributaria alguna.

2º) El dictamen hace referencia al principio de la realidad económica; amerita preguntarnos qué es dicho principio y cuáles son sus límites.

## El principio de la realidad económica

El criterio de la realidad económica es un principio desarrollado como método de interpretación de las leyes financieras; se ha utilizado en Alemania, Italia y en nuestro país. Dicha interpretación surgió para evitar que los tribunales continuaran con su remisión a los conceptos del Derecho Privado.

También aparece expresado en la Ley de Procedimientos Tributarios 11.683, cuyo art. 2 dispone: “... se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes [...] se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas...”.

La interpretación de la realidad económica que aplicarán los jueces y los funcionarios encargados de los asuntos legales de las autoridades de aplicación deberá no sólo no ser en contra del contribuyente sino a su favor.

Expresan José A. Díaz Ortiz y Norberto J. Marconi: “Quienes estamos en materia tributaria sabemos que es frecuente que las administraciones tributarias acudan al principio de la realidad económica para alcanzar con el impuesto hechos o contratos ajenos a la imposición hasta el momento, sin que haya cambiado la ley ni se haya modificado la operatoria en cuestión”<sup>6</sup>.

(5) Jarach, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Abeledo Perrot, 3ª edición, pp. 380 y sig.

(6) Díaz Ortiz, José y Marconi, Norberto J., en *Doctrina Tributaria* N° 270, Errepar, septiembre de 2002.

Véase que el criterio de la realidad económica debe aplicarse a lo que las partes (fiduciante-fiduciario) efectivamente quisieron realizar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación da los fundamentos del principio de legalidad en materia tributaria, así como la imposibilidad de desvirtuar sus alcances utilizando el criterio de la realidad económica. En autos “Autolatina Argentina c/ DGI” (fallo del 27 de diciembre de 1996), expresa: “La aplicación de la regla hermenéutica de la realidad económica no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria, ya que, de lo contrario, se afectaría el principio de reserva o legalidad, con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica y desconocimiento de la necesidad de que el Estado determine claramente los gravámenes y las exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas en materia fiscal”.

En autos “Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769”, del Tribunal Oral Penal en lo Económico N° 1, del 13 de agosto de 2004, se ha reproducido la doctrina de “Autolatina Argentina”.

Por lo expuesto, circunscribiéndonos al impuesto que nos ocupa, este no tiene incidencia sobre la transmisión fiduciaria de un inmueble (del fiduciante al fiduciario) por tratarse de un acto neutro, ni oneroso ni gratuito, y si en esta instancia se quiere visualizar la onerosidad del negocio subyacente, este aún no ha acaecido como transmisión a título oneroso, por faltar el elemento temporal del hecho imponible.

### La transmisión del fiduciario al beneficiario o fideicomisario en el fideicomiso no financiero

No hay incidencia alguna del gravamen que nos ocupa en la transmisión referida, por no ser el fideicomiso sujeto de ITI, conforme se expresa en el cuadro elaborado en el Taller celebrado el 22 de noviembre de 2006, “El Fideicomiso, su tratamiento tributario desde la óptica notarial”.

Al ser el fideicomiso sujeto de Impuesto a las Ganancias, no está gravado por ITI. No obstante ello, amerita traer a colación que en esta transmisión dominial **debe siempre analizarse el negocio subyacente** a la luz de lo que las partes efectivamente quisieron (principio de la realidad económica) desentrañando las cláusulas contractuales en cada caso particular, para observar si aquel reúne características onerosas, caso en el cual corresponderá aplicar las normas tributarias de las transmisiones onerosas que lo graven.

Asimismo, se podrá llegar a la conclusión de que el acto subyacente reviste el carácter de gratuidad y no tendrá entonces incidencia tributaria alguna, como el caso de los fideicomisos de administración.

Expresa la Dra. Nanci Eterovich: “Consideramos que existe una sutil, pero trascendente, diferencia entre las transferencias de dominio efectuadas a título de confianza o fiducia para cumplir con el ejercicio de la propiedad fiduciaria, de los hechos imposables originados a raíz de los negocios subyacentes a cada contrato; y que no debemos confundirlos para determinar correctamente cuál-

les son los momentos en los cuales estos últimos se exteriorizan”<sup>7</sup> (agregamos: momentos en los cuales se configurarían los hechos imponible con todos sus elementos).

Por ser la aplicación del contrato de fideicomiso muy amplia y dado que puede obedecer a diversas razones, cuyos negocios subyacentes pueden estar revestidos de onerosidad o gratuidad, habrá que atender al principio de la realidad económica para encuadrar cada uno de los actos de dicho negocio con un tratamiento fiscal que tenga incidencia sobre ellos.

El fideicomiso es sujeto tributario del impuesto a las ganancias por resolución general (AFIP) 2139/06, que remite a la Ley de Ganancias, cuyo art. 3 inciso c) dice: Serán sujetos pasibles de las retenciones que se establecen por la presente, respecto de las operaciones previstas en el art. 1: [...] c) los sujetos a que se refieren los incisos a), b) e inciso incorporado a continuación del inciso d) del art. 49 de la ley de impuesto a las ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, siendo su alícuota del 3%.

Expresan Ormaechea y Clusellas “... el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el propio fideicomiso, que a pesar de no ser un sujeto de derecho, se constituye en un sujeto tributario”<sup>8</sup>.

El fideicomiso tendrá CUIT y llevará contabilidad separada.

Como consideración final, es imperioso que se visualice el hecho imponible en su aspecto no sólo subjetivo, espacial, sino también en el temporal; se trata de la verificación de hecho instantánea que es la transmisión o adjudicación onerosa.

Uno de los principios fundamentales que emana de nuestra Constitución Nacional es el principio de legalidad o de reserva de ley.

Dice Giuliani Fonrouge, al citar distintos fallos de la Corte, “que el cobro de un impuesto sin ley que lo autorice, es un despojo que viola el derecho de propiedad. La creación de impuestos es facultad exclusiva del poder legislativo y no es lícito, desde el punto de vista constitucional, aplicarlos a objetos u operaciones no gravados por la ley”.

De los dictámenes núms. 18/2006 y 16/2006 (DAT) surge que es en cabeza del fideicomiso que se perfeccionará el hecho imponible y, en el caso particular del fideicomiso que construye sobre inmueble propio, que transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes/beneficiarios o a los cesionarios, para la Asesoría ellos revisten carácter de terceros con respecto a este y la transferencia se efectúa a título oneroso. Como ya dijimos, la incidencia será en dicho caso del impuesto a las ganancias y no del ITI.

Ergo, no existe incidencia del ITI sobre las posibles transmisiones de bie-

(7) Eterovich, Nancy, “Fideicomisos no financieros. Las trasmisiones de dominio objeto del contrato y los hechos imponible subyacentes”. Trabajo presentado en el 16° Congreso Nacional de Profesionales de Ciencias Económicas, celebrado en Rosario, 25, 26 y 27 de octubre de 2006.

(8) Clusellas, Eduardo G. y Ormaechea, Carolina, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, pp. 145 y sig.

nes inmuebles que se realicen en torno a un fideicomiso no financiero, por las razones expuestas a lo largo del trabajo.

### Conclusión final

Por un lado, lo previsto en el art. 1139 del Código Civil, que establece cuándo los contratos son a título oneroso, y teniendo en cuenta la hipótesis de incidencia que prevé la ley 23.905, siendo esta la transmisión a título oneroso y no sólo la onerosidad.

Por otro lado, estamos convencidos de que la transmisión fiduciaria es a título de fiducia (neutra) ni gratuita ni onerosa. En el momento de transmisión fiduciaria puede existir con anterioridad o en forma coetánea el contrato de fideicomiso y, por ejemplo, puede surgir de sus cláusulas que el fiduciario se obligue a adjudicar una unidad funcional; pues bien, a esta onerosidad observada le falta la transmisión dominial a título de adjudicación, obviamente que dicha onerosidad no es causa de la transmisión fiduciaria.

Entonces restaría ver cuándo se realiza el hecho imponible (es decir, el momento de transmisión a título oneroso). En este sentido ha expresado la Asesoría Técnica en dictamen 18/2006: “que tal transferencia se efectúa a título oneroso, toda vez que los fiduciantes-beneficiarios abonaron cuotas en función a su participación, considerándose momento de la transferencia del inmueble al acto de adjudicación de las respectivas unidades a los fiduciantes-beneficiarios”.

Si por dictamen mencionado se consideró momento de la transferencia del inmueble al acto de adjudicación de las unidades, no es lógico que en el dictamen DAT 55/2005 se haya considerado momento de la transferencia a título oneroso el momento de la transmisión fiduciaria, que es neutra, y a la onerosidad observada a ese momento, o sea, a la obligación de adjudicar, le faltaba la transmisión de dominio a título de adjudicación.

Es un único negocio subyacente (el de la adjudicación), no puede gravárselo al momento en que el fiduciario se obliga a adjudicar y luego pretender gravarlo cuando se adjudica el bien.

Conforme lo estableció la Asesoría Técnica en dictamen 18/2006, el momento de la transferencia del inmueble a título oneroso debe ser **únicamente** el acto de adjudicación de las unidades funcionales a los beneficiarios.

### Bibliografía

de la Mata, Raúl; Perrier, Elina Perla; Iglesias, Pamela Alejandra, *LOS NOTARIOS. Agentes de retención e información en el orden nacional. Análisis práctico de los regímenes tributarios*, Fundación Editora Notarial FEN, Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, abril 2004.

Jarach, Dino, *Finanzas públicas y Derecho Tributario*, Abeledo Perrot, 3ª edición, 1999.

Giuliani Fonrouge, Carlos M., obra actualizada por Susana Camila Navarrine y Rubén Oscar Asorey, vol. 1, Depalma, 6ª edición, 1997.

García Vizcaíno, Catalina, *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas*, Depalma.

Primer Encuentro Internacional Multidisciplinario de Seguridad Jurídica en la Contratación Inmobiliaria.

Bastián, Ana Laura y Gras, Eduardo Carlos, *Asuntos administrativos y fiscales*.

Clusellas, Eduardo G. y Ormaechea, Carolina, *Contratos con garantía fiduciaria*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Eterovich, Nancy, "Fideicomisos no financieros. Las transmisiones de dominio objeto del contrato y los hechos impositivos subyacentes". Trabajo presentado en el 16° Congreso Nacional de Profesionales de Ciencias Económicas, celebrado en Rosario 25, 26 y 27 de octubre de 2006.

Díaz Ortiz, José y Marconi, Norberto J., *Doctrina Tributaria* N° 270, Errepar, septiembre de 2002.

Lisoprawsky y Kiper, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Depalma, Buenos Aires, 1995.