

FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

¿SER O NO SER FRENTE AL IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES ARGENTINO?

Fernando Botello

Matrícula 11B830

Propósito

En el presente trabajo me propongo indagar si un residente argentino se encuentra obligado por el marco jurídico vigente, y bajo qué condiciones, a incorporar en su declaración jurada del impuesto sobre los bienes personales (en adelante “IBP”) los bienes que transfiere a una fundación de interés privado (en adelante “FIP”) creada por él mismo en Panamá o en el Principado de Liechtenstein, a los fines de administrar el patrimonio familiar durante su vida y tras su fallecimiento.

1. Origen y naturaleza jurídica de las FIPs

Ante el vacío legislativo y doctrinario que existe al respecto en el derecho argentino, acudiré a la labor doctrinaria extranjera, en especial de Panamá y del Principado de Liechtenstein, que constituyen las jurisdicciones con mayor experiencia y prestigio en la recepción de FIPs.

Como indica Markus H. Wanger¹, las raíces de las fundaciones se remontan al derecho romano y al derecho civil y canónico bizantino. En Europa, el *pater familiae* se encontraba legitimado para proteger bienes para el beneficio de los miembros de la familia presentes y futuros, a través de la figura del *Fideikommiss*. En Inglaterra y Gales existía un concepto legal similar, el llamado *Trust*.

El *Fideikommiss* fue reemplazado por el concepto legal de fundaciones en Alemania en la década de 1920. En este enfoque, la propiedad no era ejercida por una persona física (*trustee* en un *trust*), sino por una persona jurídica, la fundación.

El concepto de FIP surgió cuando el Principado de Liechtenstein creó por la Ley de Personas y Compañías el 20 de enero de 1926 la Fundación Familiar, para el beneficio privado de los miembros de una o más familias, y la Fundación Mixta, para el beneficio privado, no solo de las familias, sino también de otras personas o instituciones.

Por su parte, Fátima Arauz², señala que la FIP en Panamá es un tipo de entidad que está entre un fideicomiso y una sociedad; sin embargo, no es ninguna de las dos. La fundación es una figura diferente de cualquier otra conocida en la ley anglosajona porque ésta no es una personificación legal de una persona o grupo de personas (como lo es una sociedad); más bien es esta una entidad legal que no tiene propietarios

¹ Markus H. WANGER, “The new Liechtenstein Foundation Law (After the complete revision of 26, June 2008)”, en http://www.wanger.net/downloads.26.html?file=tL_files/media/downloads/The%20New%20Foundation%20Law%20-%20Compendium%20DIN%20A%205%202011%2001%2028.pdf, Vol. 18, 15 (disponible en Internet el 02/12/2014).

² Fátima ARAUZ, “Fundaciones de Interés Privado”, en <http://www.monografias.com/trabajos65/fundaciones-interes-privado/fundaciones-interes-privado.shtml> (disponible en Internet el 02/12/2014).

(socios accionistas, participantes o asociados) y tradicionalmente tiene un propósito específico para beneficio de un grupo general de individuos.

Así, la figura de la FIP básicamente consiste en la creación por parte del fundador de una entidad con un patrimonio autónomo del suyo, para lo cual se desprende de ciertos bienes cuya administración y disposición encarga a un cuerpo colegiado llamado Consejo, para que las ejerza en beneficio de terceras personas.

De acuerdo con los autores citados, a lo largo del siglo XX la fundación familiar de Liechtenstein (*Familienstiftung*) se presentó como un instrumento versátil por el cual el fundador podía separar ciertos bienes de su patrimonio tanto para garantizar la educación y mantenimiento de sus hijos, como para la planificación sucesoria, ya que permite regular la administración y el destino del patrimonio asignado al detalle y en total libertad, inclusive evitando juicios sucesorios. Esta característica permite proteger a menores o incapaces y evitar el dilapidamiento de la fortuna familiar.

1.1. FIPs y trusts

A los fines de precisar la naturaleza jurídica de las FIPs, intentaré deslindar las particularidades que presentan respecto de los trusts.

La doctrina anglosajona³ nos enseña que todo lo que puede decirse del *trust* es que es una relación que nace cuando una persona llamada *trustee* se obliga a tener bienes para el beneficio de algunas personas (que podría ser una, y se denominan *beneficiaries*) o para algún objetivo legalmente admitido, de tal forma que el real beneficio de los bienes se devenga, no para el *trustee*, sino para los *beneficiaries* u otros objetos del *trust*.

En el Reino Unido, en el caso “Ayerst”⁴, la Cámara de los Lores describió el concepto de *trust* de la siguiente forma:

“La propiedad ‘legal’ de los bienes del *trust* es en cabeza del *trustee*, pero no la posee para su beneficio propio sino para beneficio del ‘*cestui que trust*’ o beneficiario [...] la propiedad plena de los bienes ha sido dividida en dos elementos constitutivos, los cuales han sido adjudicados a diferentes personas: la propiedad ‘legal’ en el *trustee* y lo que ha sido llamado ‘propiedad beneficiaria’ (*beneficial ownership*) en el ‘*cestui que trust*’”.

Con Santiago Puig i Viladomiu⁵, César Levene y Cristina González Beilfuss⁶, podemos concluir que las principales características del *trust* son las siguientes:

- a) El *trust* constituye un patrimonio separado del *settlor* y del *trustee*.
- b) Existe una verdadera transferencia de bienes al *trustee*.
- c) El *trust* ni crea ni tiene personalidad jurídica alguna.
- d) El principal derecho del beneficiario frente al *trustee* es de carácter personal -y no real-.
- e) El beneficiario no tiene derecho alguno sobre los bienes del *trust* (si bien tiene “intereses” sobre dichos bienes y derechos frente al *trustee*).

³ Keeton & Sheridan, *The Law of Trusts*, 1974, 5, citado en César LEVENE, en “El *trust* del Derecho común anglosajón. Su reconocimiento en los países civilistas y sus consecuencias tributarias”, *Revista Argentina de Derecho Tributario*, Universidad Austral, IV - 1 (2005), Cap. 1.

⁴ *Ayerst (Inspector of Taxes) v/ C&K (Construction Ltd)* [1975], 50 TC 651, citado en LEVENE, Cap. 1.

⁵ Santiago PUIG I VILADOMIU, “Protección de bienes: ‘trusts’ y fundaciones”, (1999), en http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/199911-moores_03.html (disponible en internet el 10/07/2014).

⁶ Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, *El trust, la institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1997; Pompeyo CLARET MARTÍ, “De la fiducia y del *trust*” y Miguel CHECA, “El *trust* angloamericano en el Derecho español”, *passim*, citados por LEVENE, Cap. 1.

f) El *settlor* no tiene ningún derecho frente al *trustee*.

Al comparar esta figura con las FIPs, Santiago Puig i Viladomiu entiende que en el derecho continental la figura del *trust* se ha copiado mediante la FIP, siendo la principal diferencia que ésta sí tiene personalidad jurídica independiente. Inclusive, el autor considera que tanto el *trust* como la FIP son patrimonios afectos a un fin.

Por su parte, Ferrer⁷ indica que las FIPs se asemejan mucho a los *trusts*, destacando que pueden en esencia servir para cumplir las mismas funciones, en particular, como instrumentos de planificación familiar y para protección de ciertos bienes o activos.

De tales aportes doctrinarios y de la lectura de la normativa específica de Panamá y Liechtenstein, podemos concluir que la diferencia entre una FIP y un *trust* radica en que aquélla posee personalidad jurídica mientras que un *trust* es un simple contrato.

Más allá de ello, ambas figuras comparten una característica esencial, que consiste en crear un patrimonio autónomo de su creador, de su administrador y de sus beneficiarios.

En caso de que se acuda a estas figuras con el propósito de planificación sucesoria, ambas presentan dos grandes ventajas.

En primer lugar, permiten realizar la transferencia de la propiedad sin aguardar hasta el fallecimiento del causante, con la particularidad de que a partir de la transferencia tal propiedad no puede ser alcanzada por los acreedores ni del causante ni del administrador ni de los beneficiarios.

En segundo lugar, a pesar de que la propiedad es transferida, se permite al causante imponer condiciones y restricciones sobre el goce de la misma, para asegurar su conservación y atender a necesidades particulares (por ejemplo, el establecimiento de una cuota mensual para asegurar el estudio y manutención de los beneficiarios, evitando la dilapidación de los bienes).

Estas ventajas no son brindadas en conjunto por ninguna otra institución del derecho civil, las que, o bien transfieren la propiedad hoy al beneficiario pero sin inmunidad, o bien transfieren la propiedad recién al acaecer el fallecimiento del causante, sin brindar inmunidad alguna y con la desventaja de que quizás a tal momento los activos ya no sean los mismos que hace años atrás, por ejemplo, si el causante los hubiera dilapidado o sus acreedores los hubieran ejecutado durante la vida del causante.

1.2. FIPs y sociedades

Ferrer⁸ y Wanger⁹ indican que, a diferencia de una sociedad, la fundación no tiene socios, participantes o accionistas. Correspondientemente, el fundador no tiene derechos de propiedad sobre el patrimonio de la fundación, el cual sólo tiene beneficiarios que tampoco son sus dueños.

Teniendo en cuenta estos aportes doctrinarios y el texto de la legislación específica de Panamá¹⁰ y de Liechtenstein¹¹, podemos señalar los siguientes caracteres distintivos de una FIP respecto de una sociedad:

- Una FIP no es una personificación legal de una persona o grupo de personas, como lo es una sociedad. Por el contrario, una FIP es una organización dada a un patrimonio.

⁷ Eduardo M. FERRER, “La fundación de interés privado de Panamá”, en <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/FIPef.pdf> (disponible en Internet el 02/12/2014).

⁸ *Ibid.*

⁹ WANGER, 107, § 3.3.10.

¹⁰ Ley de Panamá N° 25, del 12 de junio de 1995, en vigor desde el 14/06/1995.

¹¹ Sección Segunda de la Ley de Personas y Compañías del Principado de Liechtenstein, emitida el 20 de enero de 1926 y reformada a partir del 1 de Abril de 2009 por Ley del 26 de junio de 2008.

- Una FIP no tiene propietarios, socios, accionistas, participantes ni asociados.
- El fundador no posee ningún tipo de derecho sobre los activos del fondo autónomo de la FIP, a diferencia del derecho de propiedad que los accionistas o participantes poseen sobre el capital de una sociedad.
- Una FIP no puede ser creada para dedicarse a fines de lucro, por el contrario, le está prohibido dedicarse en forma habitual a ello. En Liechtenstein se prevé solo excepcionalmente que una norma particular pueda brindar autorización para desempeñar tales fines. Por el contrario, la esencia de las sociedades es perseguir fines de lucro.
- A la disolución de la FIP, su fondo autónomo no retorna al fundador sino que se destina a los beneficiarios.

1.3. Caracterización de las FIPs de Liechtenstein y Panamá

Las características generales señaladas de las FIPs son compartidas por la legislación específica de Panamá y del Principado de Liechtenstein, dos jurisdicciones pioneras en la implementación de estas entidades.

Además de tales aspectos sustanciales, en ambas jurisdicciones las FIPs deben tener un Consejo, órgano que tiene a su cargo el cumplimiento de los fines de la fundación y que puede estar sujeto a la autorización previa de un Protector designado por el fundador. El fundador también tiene la posibilidad de reservarse en el Acta Fundacional el derecho de revocar la FIP, los referidos órganos de control o los beneficiarios.

Las FIPs de Panamá obtienen su personalidad jurídica a partir de su inscripción en el Registro Público.

En cambio, las FIPs de Liechtenstein (conocidas allí como “*Stiftung*”) obtienen su personalidad jurídica a partir del momento de la firma del Acta Fundacional, siendo facultativa su inscripción en el Registro Público. Sólo las FIPs de Liechtenstein que desarrollan actividades comerciales en base a una norma especial que las habilite para ello están obligadas a tal inscripción para obtener su personalidad jurídica.

En Liechtenstein existe una figura llamada “*Anstalt*” (establecimiento), que es un híbrido entre una sociedad y una FIP.

Esta figura, receptada en el artículo 534 y siguientes del Código de Personas y Compañías de 1926 (*Personen- und Gesellschaftsrecht*, conocido como “PGR”), comparte la mayoría de las características institucionales de una *Stiftung*, pero se distingue de ésta por dos cuestiones centrales.

En primer lugar, un *Anstalt* puede tener su capital dividido en participaciones o acciones pertenecientes a sus fundadores en forma proporcional a sus contribuciones (artículo 540 del PGR).

En segundo lugar, un *Anstalt* posee específicamente un objeto comercial o económico.

Por lo tanto, en este trabajo, cuando me refiera a una fundación de interés privado o FIP, en el caso de Liechtenstein, me estaré refiriendo a una *Stiftung* y no a un *Anstalt*.

2. Reconocimiento del derecho argentino a la existencia de una FIP creada en el exterior

Al analizar el reconocimiento y por tanto la oponibilidad frente al derecho argentino de una FIP constituida en el exterior, resulta esencial identificar, en primer lugar, en qué consiste el reconocimiento de una entidad jurídica y saber diferenciarlo del concepto de capacidad de actuación extraterritorial.

Como indican Dreyzin de Klor y Saracho Cornet¹²:

¹² Adriana S. DREYZIN DE KLOR y Teresita SARACHO CORNET, “A propósito de la ratificación argentina de la Convención de La Haya de 1956”, *La Ley*, (1996-A), 1041.

“El reconocimiento de las sociedades significa admitir su existencia jurídica como entidad autónoma resultante de una legislación extranjera. El derecho de reconocimiento implica, por sí mismo, y cuando menos, ciertas consecuencias inmediatas: la posibilidad de invocar su existencia jurídica cada vez que debe actuar como titular de derechos y obligaciones, estar en juicio en jurisdicción foránea y adquirir la calidad de parte en contratos internacionales y otros permitidos.”

En el mismo sentido Etienne Cerexhe¹³ expresa que:

“...reconocer a una persona moral extranjera es una cosa y admitirla al beneficio del derecho de establecimiento es otra. El derecho de establecimiento implica la posibilidad de una persona moral de establecerse de manera permanente en el extranjero para ejercer una actividad económica, sea que ella establezca su principal establecimiento, sea que ella cree establecimientos secundarios (agencias, sucursales, filiales). El derecho de establecimiento se sitúa al nivel de ejercicio de actividades económicas. Se puede reconocer una sociedad, sin por ello acordarle el beneficio del derecho de establecimiento. Pero, a la inversa, una persona moral no se puede beneficiar del derecho de establecimiento si ella no ha sido previamente reconocida.”

Berta Kaller de Orchansky¹⁴ precisa que una persona jurídica posee capacidad de actuación extraterritorial si, constituida en un Estado puede realizar actividades en otro distinto, e indica que al respecto pueden esbozarse en principio dos grandes líneas de pensamiento jurídico: la posición territorialista, que confina a la persona jurídica en el país que ha sido creada y le exige que se constituya en cada Estado donde quiera actuar; y la tesis extraterritorialista, para la que el reconocimiento por un ordenamiento jurídico reviste a la persona jurídica de plena capacidad para actuar en los demás.

Sobre la base de este deslinde, la doctrina¹⁵ entiende que hay que distinguir entre el reconocimiento de la persona jurídica extranjera y su funcionamiento en nuestro territorio.

El reconocimiento implica meramente la admisión de su existencia como sujeto de derecho con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, lo cual se rige exclusivamente por la ley de su lugar de creación. En cambio, la capacidad de actuación extraterritorial consiste en la aptitud de una entidad para desarrollar sus actividades en un país distinto de aquél donde fue creada, lo cual lógicamente se debería regir por la ley del lugar donde se planean realizar tales actos.

Esta distinción es crucial, pues en el presente trabajo pretendo analizar si el derecho argentino reconoce o no una FIP creada en el exterior. Pero no analizo aquí la capacidad de tal entidad para actuar extraterritorialmente en Argentina.

Con tal finalidad debemos repasar las distintas fuentes del derecho internacional privado argentino.

2.1. Derecho internacional privado autónomo. Código Civil argentino

En primer lugar, respecto del reconocimiento de actos jurídicos acaecidos en el exterior, el Código Civil se orienta en un claro sentido, al disponer:

“Artículo 8. Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.”

Como podemos apreciar, los actos jurídicos realizados en el exterior son reconocidos por la ley argentina, en la medida que se hayan ajustado a la ley del lugar donde se verificaron.

¹³ Etienne CEREXHE, “Le droit européen. La libre circulation des personnes et des entreprises”, *Nauwelaerts*, (1982), 337.

¹⁴ Berta KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Bs. As., 1990, 209.

¹⁵ Cláudia LIMA MARQUES y Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, *Personas Jurídicas*, en Diego P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Bs. As., 2003, cap. XIV, 553-554.

Sólo en caso de que se pretenda que tales actos tengan ejecución en Argentina o respecto de bienes situados en ella, se exige que se conformen al derecho argentino.

En particular respecto de las personas jurídicas, el Código dispone:

“Artículo 31. Las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina...”

Como vemos, se deja en claro que la regulación que el Código efectuará de la personalidad jurídica es solamente a los fines de adquirir los derechos o contraer las obligaciones regladas por él mismo, cuyo ámbito de aplicación auto-delimita de la siguiente manera:

“Artículo 1. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.”

“Artículo 10. Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país...”

“Artículo 11. Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados...”

Por lo que podemos entender que la norma civil local regula la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de Argentina o respecto de bienes situados en Argentina.

En el caso de ciudadanos argentinos y entidades radicadas en el país, esta aptitud ciertamente implica la esencia de su reconocimiento como personas jurídicas, pues de lo contrario no podrían ser titulares de derechos y obligaciones en el ámbito de actuación que les resulta propio.

Sin embargo, en el caso de ciudadanos y entidades extranjeras que ya obtuvieron su “reconocimiento” como sujetos de derecho en el exterior y que no actúan en el territorio argentino ni sobre bienes situados en el país, no puede el derecho argentino desconocerles personalidad para ser titular de derechos y obligaciones en el exterior *so pretexto* de no tener tal aptitud en Argentina.

Lo que sí puede hacer el derecho argentino es regular tal personalidad en cuanto el extranjero pretenda actuar en el territorio argentino o sobre bienes situados en Argentina.

Estas pautas deben ser tenidas especialmente en consideración a la hora de adentrarnos en la regulación específica que brinda el Código respecto de las personas jurídicas creadas en el exterior, ya que, como establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁶:

“...los textos legales no deben ser considerados a los efectos de establecer su alcance y sentido aisladamente, sino como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto, teniendo en cuenta, además de la letra, la finalidad perseguida por aquéllos, y adoptando un sentido que concilie y deje a todas sus disposiciones con valor y efecto.”

En tal marco, el Código dispone:

“Artículo 33. Las Personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado.

[...] Tienen carácter privado:

1°. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar [...]”

“Artículo 34. Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias o Municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.”

Podemos apreciar que este último artículo reconoce que tales entidades ya existen como personas jurídicas en el extranjero.

¹⁶ CSJN, Fallos: 323:2117; 324:1481; 325:1731; 327:769, 291:181; 293:528; 315:38, 356,2157; 318:879; 327:5649, entre muchos otros.

En consecuencia, el derecho argentino puede desconocer a una fundación extranjera capacidad para actuar extraterritorialmente en Argentina o respecto de bienes situados en el país, exigiéndole para ello que tenga por principal objeto el bien común, entre otros requisitos.

Sin embargo, si en el país donde se constituyó tal fundación ya obtuvo “reconocimiento” de su personalidad jurídica sin cumplir con tales requisitos, el derecho argentino no puede desconocerle su calidad de sujeto de derecho con la consiguiente negación de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en aquél país, pues ello excedería su propio ámbito de aplicación.¹⁷

En esta misma línea, el artículo 148 del Nuevo Código Civil y Comercial¹⁸ incluye entre las personas jurídicas privadas a las fundaciones y luego el artículo 150 establece que:

“Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades¹⁹.”

Lo interesante es que esta última norma recepta expresamente en lo relativo a sociedades extranjeras la distinción entre reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial, disponiendo en su artículo 118 que tales sociedades se rigen en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución, encontrándose habilitada, sin ningún requisito adicional, para realizar en el país actos aislados y estar en juicio. No obstante, para el ejercicio habitual de actividades extraterritoriales se les exige que creen una representación en Argentina, la cual estará sometida a la ley local.

Como podemos apreciar, en el Nuevo Código Civil y Comercial quedará aún más claro que el derecho argentino reconoce la existencia de una entidad creada en el exterior, como una FIP, sin exigencias adicionales, incluso permitiéndole realizar actos aislados y estar en juicio.

2.1.a. Posibles vulneraciones del orden público internacional de Argentina

Las conclusiones a las que se arribó en el acápite anterior serían viables sólo en el caso de que la FIP creada en el exterior no vulnere el orden público internacional argentino, pues en tal caso el artículo 14 del Código Civil podría impedir la aplicación de las leyes extranjeras.

El orden público internacional consiste en el conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia, que de acuerdo al orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales.²⁰

Salvaguardando este concepto, el artículo 14 del Código Civil dispone:

“Las leyes extranjeras no serán aplicables:

- 1° Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;
- 2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código;
- 3° Cuando fueren de mero privilegio;
- 4° Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.”²¹

A la luz del inciso 2 de la norma, quizás un aspecto que se debe considerar respecto de la utilización de una FIP para planificación sucesoria es la posible vulneración de la legítima de los herederos del fundador.

¹⁷ Cfr. LIMA MARQUES y Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE, 567.

¹⁸ Ley no. 26.994 (B.O. 8/10/2014), con entrada en vigor el 1/1/2016.

¹⁹ Nuevo nombre asignado por el Nuevo Código Civil y Comercial a la Ley no. 19.550, de Sociedades Comerciales.

²⁰ BERTA KALLER, p. 136.

²¹ En el mismo sentido se manifiesta los artículos 12 y 2.600 del Nuevo Código Civil y Comercial.

Al respecto, los conceptos que desarrollo a continuación son mantenidos en términos generales por el Libro Quinto del Nuevo Código Civil y Comercial.

El actual Código dispone en su artículo 3591:

“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.”

La jurisprudencia nacional ha entendido desde antaño que el régimen hereditario cae dentro de la órbita del orden público, porque es vital para cada país la organización de la familia. Por tanto, los preceptos legales que lo organizan no pueden quedar sin efecto ni por aplicación de la ley extranjera, ni por una convención particular.²²

En consecuencia, si la ley extranjera de creación de la FIP no respeta la legítima establecida en el derecho argentino, se podría solicitar que aquella ley no se aplique y que la sucesión se rija por las normas argentinas.

Sin embargo, es muy importante que nos detengamos a reflexionar quién podría solicitar ello y qué podría obtener en tal caso.

El Código Civil prevé dos remedios específicos para proteger la legítima y la igualdad entre los herederos: las acciones de colación (arts. 3476 y ss.) y reducción (art. 3601).

La primera tiene como principal fin mantener la igualdad entre los coherederos forzosos, según lo explica Vélez Sarsfield en la primera parte de la nota al art. 3478 C.C. En virtud de ello, se permite a los herederos forzosos demandar a otros herederos forzosos que hubieran recibido donaciones del causante durante su vida para que el valor de las mismas sea considerado como un anticipo de sus porciones hereditarias y sea computado en sus correspondientes hijuelas.

También se permite entablar esta acción oblicuamente a los acreedores hereditarios y legatarios, cuando el heredero forzoso que podría haber entablado la colación aceptó la sucesión pura y simplemente, lo cual implica que no existe división entre su patrimonio y el del causante (art. 3483).²³

Mediante la acción de reducción, cuando donaciones u otras disposiciones testamentarias exceden la parte disponible de la herencia y menoscaban la legítima de los herederos forzosos, éstos pueden solicitar la reducción de aquéllas a los límites de la parte disponible, lo cual importa la revocación de la donación o disposición por inoficiosidad hasta el límite de la legítima afectada. En esta acción los legitimados pasivos no son sólo los herederos forzosos sino todo beneficiado por el causante mediante disposiciones *inter vivos* o testamentarias.

Para mostrar la finalidad de estas acciones y el alcance que podría tener el solicitar mediante ellas que no se aplique legislación extranjera a una herencia, creo oportuno traer a colación un caso donde la justicia argentina analizó la compatibilidad con la legítima de una figura que, como vimos, comparte características centrales con una FIP: un *trust* creado en el exterior con fines sucesorios.

Se trata de la causa “Vogelius”²⁴, donde dos herederas forzosas residentes argentinas iniciaron una demanda de colación contra los coherederos extranjeros que habían recibido bienes inmuebles situados en Londres, en su calidad de *beneficiaries* de un *trust* creado por el causante en el exterior. Asimismo, para el caso de que el valor de dichos bienes excediera la porción disponible de la herencia, solicitaban la reducción del exceso de los herederos extranjeros hasta equiparar las hijuelas.

²² C.Civ. 1ª Cap., 29-5-1939, La Ley, t. 14, 865 y C. Apel. Bahía Blanca, 1-6-1938, La Ley, t. 11, 810.

²³ En el Nuevo Código Civil y Comercial ya no se permite entablar esta acción a los acreedores hereditarios y legatarios.

²⁴ CNCiv., Sala F, “Vogelius, Angelina T. y otros c. Vogelius, Federico y otro”, 03/11/2005.

La Cámara Civil consideró que el *trust* se regía por la ley inglesa, de acuerdo con el principio *locus regit actum* establecido en el artículo 8 del Código Civil pero que, a los fines hereditarios, los efectos de dicho contrato debían ser considerados a la luz de la ley argentina.

En consecuencia, se entendió que el *trust* encerraba una liberalidad asimilable a una donación indirecta con efectos al día del fallecimiento del *settlor*.

Sin embargo, el rechazo a la aplicación de las leyes británicas no fue utilizado para desconocer la existencia del *trust* sino tan sólo para determinar si los bienes que le habían sido transferidos se encontraban sometidos a las acciones de colación y reducción.²⁵

Más allá de estas consideraciones respecto de la posible afectación de la legítima, no se entiende cómo la creación de una FIP sucesoria en el exterior podría afectar el orden público internacional argentino y por tanto ser desconocidas las normas de su lugar de creación con base en las causales dispuestas por el artículo 14 del Código Civil.

A lo sumo podría plantearse el análisis del inciso 1 de tal artículo, que se refiere a la oposición con el derecho público o criminal, la moral y buenas costumbres, respecto de una FIP creada fraudulentamente en el exterior para o con motivo de la comisión de un delito.

Pero las conclusiones de tal análisis no derivarían de la naturaleza de una FIP sino de las causas de su creación, lo cual podría acaecer igualmente respecto de todo tipo de entidades o contratos, independientemente de sus características.

Por lo tanto, no considero que se pueda alegar válidamente *a priori* que una FIP colisiona con el orden público internacional argentino y por tanto desconocerle entidad según sus leyes de creación.

2.1.a.i. Posibilidad de que el Fisco argentino solicite el desconocimiento de la ley de creación de una FIP

Como vimos, los legitimados activos de las dos acciones que nuestro ordenamiento jurídico prevé para defender la legítima son los herederos forzosos, quienes en el ejercicio de las mismas podrían solicitar que no se aplique la ley del lugar de creación de una FIP.

En ningún momento se otorga legitimación activa al Fisco. Y ello es lógico pues el interés jurídico que las acciones pretenden proteger es la legítima de los herederos forzosos, entre los cuales no se encuentra aquél.

Inclusive, cuando se permite a los acreedores hereditarios (entre los cuales podría estar el Fisco) entablar la colación en lugar del heredero forzoso que aceptó la herencia pura y simplemente, ello se permite sólo a los fines de que se respete la porción legítima de éste último, lo cual funciona como una especie de garantía para tales acreedores, quienes luego podrán atacar el patrimonio del heredero por no haber aceptado la herencia con beneficio de inventario.

Tras la modificación del artículo 3363 del Código en el año 1968 por la ley no. 17.711, toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, con lo cual son excepcionales los casos de aceptación de herencia pura y simple, que se reducen a casos de aceptación tácita.

No obstante, aun cuando se diera el hipotético caso en que el Fisco siendo acreedor hereditario ejerciera esta acción, no podría mediante ella pretender que se desconozca una FIP creada en el exterior a los fines de

²⁵ El Nuevo Código Civil y Comercial establece expresamente en sus artículos 2.493 y 2.448 la posibilidad de que el causante cree un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, siempre que no afecte la legítima. Sin embargo, cuando por tal medio se pretenda beneficiar a un descendiente o ascendiente con discapacidad, el causante puede mejorar su herencia con la porción disponible y con un tercio de las porciones legítimas.

determinar impuestos a la sucesión o a los herederos sino que tan sólo podría pretender que los bienes aportados a la FIP y eventualmente luego transferidos a los beneficiarios sean computados en sus correspondientes hijuelas como anticipo de sus herencias.

Otro aspecto a considerar sería el caso en que una herencia sea reputada vacante, es decir, cuando ningún pretendiente a la sucesión se presenta en la misma tras ser citados por el juez competente o cuando los herederos existentes han repudiado la herencia (artículo 3.539 y ss. del Código).

En estos casos, de acuerdo con los artículos 3544 y 3588, los bienes que se encuentren en el territorio argentino pertenecen al Fisco, Provincial o Nacional, según la ubicación de los mismos²⁶.

Nótese que esta regla no se aplica respecto de los bienes que no se encuentran situados en territorio argentino. Por lo tanto, el derecho a ser beneficiario de una FIP creada en el exterior no podría pertenecer al Fisco en el supuesto de una herencia vacante.

Respecto de los bienes situados en territorio argentino, el propio Vélez Sarsfield se encargó de aclarar en nota al artículo 3588 que:

“El Estado, en realidad, no es un heredero ni un sucesor en el sentido técnico de la palabra; porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un título que supone que no haya herederos... Es en virtud de su derecho de soberanía que el Estado adquiere los bienes sin dueño, que se encuentren en su territorio...”

En consecuencia, cuando el artículo 3589 dispone que los derechos y las obligaciones del Estado en estos casos son los mismos que los de los herederos, debemos entender que el Fisco se encuentra legitimado para ejercer las acciones que hagan al reconocimiento de su derecho en la herencia.

Pero, al adquirir los bienes del causante situados en Argentina a título originario y no derivado, esto es, por sustitución y no por sucesión, no podemos afirmar que pueda renunciar o aceptar la herencia ni tampoco que tiene derecho a una porción legítima de la misma.

Respecto de esto último, los artículos 3539 a 3544 del Código establecen un procedimiento especial a seguir en los casos de herencias vacantes, donde primero se satisface a los acreedores hereditarios, las costas y los honorarios del curador y recién luego, si existe un remanente, es transferido al Fisco.

Bien puede suceder que tal remanente no exista y sin embargo el Código no asegura al Fisco ninguna porción mínima en el acervo hereditario, como sí sucede con la legítima de los herederos forzosos.

Por lo tanto, en el caso de herencias vacantes, el Fisco siquiera poseería una legítima que defender mediante acciones como las de colación y reducción, con lo cual, carecería de todo sustento para solicitar que no se aplique la ley de creación de una FIP invocando que ésta violaría el orden público internacional argentino.

2.2. Derecho internacional privado consensual

2.2.a. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

En el marco de la Organización de los Estados Americanos, de la cual Argentina es miembro, y dentro del conjunto de Convenciones denominado CIDIP-II, con fecha 8/5/1979 se dictó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en vigor desde el 6/10/1981, la cual fue ratificada por Argentina mediante ley no. 22.921 (B.O. 27/9/19839).

El artículo 7 de la Convención dispone:

²⁶ CNCiv., Sala C, 24/09/1970, ED, 36-635.

“Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados parte, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.”

Como podemos apreciar, al ratificar esta Convención, Argentina ha asumido el compromiso de reconocer las situaciones jurídicas válidamente creadas en otros Estados Parte.

Es decir, Argentina no puede desconocer la creación y existencia de una FIP creada en otro Estado Parte, ni tampoco exigirle el cumplimiento de requisitos adicionales a los que le fueron exigidos por el Estado donde fue creada.

Nuevamente, no estamos hablando de la aptitud jurídica de la entidad foránea para actuar en territorio argentino o sobre bienes situados en Argentina sino del reconocimiento por el derecho argentino de la existencia de tal entidad en el exterior.

Al respecto, Panamá es un miembro permanente de la Organización de los Estados Americanos y si bien firmó la Convención analizada, aún no la ha ratificado. No obstante, en caso de que efectúe tal ratificación, la Convención podría ser invocada para objetar el desconocimiento por parte de Argentina de FIPs creadas en Panamá.

2.2.b. Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras

Con fecha 1 de junio de 1956, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado emitió la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, ratificada por Argentina mediante Ley no. 24.409 (B.O. 28/12/1994).

Este instrumento internacional establece que la personería jurídica adquirida por una sociedad, una asociación o una fundación, en virtud de la legislación de su lugar de constitución será reconocida de pleno derecho en los otros países.

Sin embargo, se permite al Estado de reconocimiento que reglamente el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

Si bien la Convención también ha sido ratificada por Bélgica, Francia y los Países Bajos²⁷, no se encuentra vigente en la actualidad, en tanto permanece pendiente aún su quinta ratificación.

Sin embargo, el hecho de que el Estado argentino haya aprobado este instrumento internacional podría ser utilizado como un elemento indicativo de su postura respecto del reconocimiento de la existencia de entidades creadas en otros países, imponiendo restricciones solamente para que éstas actúen en territorio argentino o sobre bienes situados en el país.

2.2.c. Convención de la Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento

Esta convención, celebrada en el seno de la Conferencia de la Haya el 1/7/1985 y en vigor desde el 1/1/1992 dispone que los *trusts* se rigen por la ley elegida por el constituyente y que ellos deberán ser reconocidos en los demás Estados.

Este instrumento, al igual que la convención analizada en el acápite anterior, ha tenido relativamente poco éxito, habiendo sido ratificado por Liechtenstein, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y San Marino.

²⁷ Cfr. estado actual del Convenio, en http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=36#mem (disponible en Internet el 02/12/2014).

Por su parte, Argentina siquiera ha firmado esta convención, quizás por el temor que genera a un país de tradición continental el reconocimiento de una figura que le es extraña, como el *trust*.

A diferencia de esta actitud oficial, como vimos en el apartado anterior, nuestro país sí ratificó la Convención sobre el Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, contraposición que nos indica que éste último instrumento no fue aprobado por Argentina casualmente o como parte de un paquete de convenios emanados de la Conferencia de La Haya, sino como exponente de un sesgo a favor del reconocimiento de figuras del derecho continental y en contra de figuras del common law, como los *trusts*.

2.3. Reconocimiento del derecho tributario argentino a las FIPs creadas en el exterior

En el derecho tributario argentino no existe ninguna norma que desconozca oponibilidad a las FIPs.

A la vez, el IBP no grava a las personas físicas argentinas por los aportes que efectúen a fundaciones localizadas en Argentina.

Ello se debe, en primer lugar, a que estas fundaciones son consideradas personas jurídicas privadas distintas de sus fundadores, que poseen un patrimonio autónomo, que no le pertenece a aquéllos ni a los eventuales beneficiados por la acción de bien común que se desarrolle.²⁸

Esta característica esencial también es compartida por las FIPs, a pesar de que éstas no persigan un bien común sino que benefician a sujetos determinados o determinables.

Además, ambas entidades comparten otro aspecto trascendental: su patrimonio no se divide en participaciones o acciones pertenecientes a los fundadores.

Esto es importante, por cuanto los artículos 19 inciso j) y 20 inciso f) de la ley del IBP (en adelante “LIBP”) consideran como bienes pertenecientes a personas físicas argentinas, por los cuales deben tributar, a los títulos, acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entidades ubicadas en el país o en el exterior, respectivamente.

Al respecto, es interesante tener en consideración lo resuelto por el Tribunal Fiscal de la Nación en las causas “Federación Económica de la Provincia de Bs. As.” y “Hermanas Terciarias Franciscanas de la Caridad”²⁹.

La por entonces resolución general DGI no. 4120/1996 (hoy resolución general AFIP no. 2763/2010) estableció un régimen de información por el cual las entidades comprendidas en el artículo 49, incisos a) y b) de la ley de impuesto a las ganancias (en adelante “LIG”), entre las cuales están las asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país³⁰, deben informar sus acciones, cuotas, participaciones sociales, cuotas parte de fondos comunes de inversión y otros títulos valores representativos de su capital social o equivalente pertenecientes a personas físicas, sucesiones indivisas y otros sujetos que potencialmente exterioricen capacidad contributiva frente al IBP³¹.

Nótese la similitud entre el objeto de información establecido por estas resoluciones y los hechos imponible establecidos por los artículos 19 inciso j) y 20 inciso f) de la LIBP.

²⁸ En este sentido, la Ley no. 19.836, de Fundaciones (B.O. 25/9/1972) establece que en caso de disolución, el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado de bien común, sin fines de lucro y domiciliada en Argentina.

²⁹ TFN, Sala C, “Federación Económica de la Provincia de Bs. As.”, 30/08/2006 y misma Sala *in re* “Hermanas Terciarias Franciscanas de la Caridad”, 09/02/2007.

³⁰ No obstante el artículo 20, inciso f) de la LIG las exime del impuesto bajo ciertas condiciones.

³¹ Según surge del primer considerando de la Resolución General DGI no. 4120/1996.

En las referidas causas, la asociación y la entidad religiosa involucradas, al igual que una fundación, poseían un patrimonio autónomo que no se encontraba dividido en participaciones o acciones pertenecientes a sus miembros, sin embargo, el Fisco entendía que debían cumplir con el régimen informativo y pretendía aplicarles sanciones por no haberlo hecho.

Más allá de las consideraciones del Tribunal Fiscal sobre el procedimiento seguido por el Fisco para ello, es destacable la opinión del vocal Vicchi en ambas causas, donde entendió:

“Que por lo expuesto la exigencia a la recurrente de informar sobre sus integrantes a efectos de la fiscalización de la materia imponible correspondiente al impuesto sobre los bienes personales, deviene incausada (art. 7 de la L. 19549), toda vez que los mismos no tienen derecho de dominio ni presente ni futuro sobre los bienes pertenecientes a la entidad... por lo que su adhesión o asociación a dicha institución no altera en ningún sentido la materia imponible del gravamen citado en cabeza de los mismos.”

En razón de las similitudes que presentan con estas entidades, los fundadores de fundaciones argentinas no se deberían encontrar alcanzados por el IBP respecto de los bienes que aportan a las mismas, pues ya no pertenecen a sus patrimonios sino al de la fundación, en la cual aquéllos no poseen ningún tipo de participación, acción ni título valor.

Y por consiguiente, el mismo razonamiento debería ser aplicado a las FIPs creadas en el exterior, más allá de las diferencias señaladas con las fundaciones argentinas.

Por otra parte, en la causa “Von Pannwitz, Dietmar E.”, resuelta por el Tribunal Fiscal de la Nación³², un residente argentino había recibido una herencia en Alemania, proveniente de una FIP familiar creada por su padre. Tal concepto fue declarado por el contribuyente pero no ingresó el impuesto a las ganancias correspondiente, por considerarlo exento del gravamen.

El Fisco entendía que tal concepto era un incremento patrimonial injustificado, respecto del cual el contribuyente no había podido acreditar su naturaleza ni su origen y criticaba su razonabilidad por el lapso transcurrido entre el momento en que se produjo el derecho al cobro de la herencia -año 1945- y la efectiva percepción de la misma -año 1995-.

Respecto de la existencia de la fundación, el contribuyente sólo pudo acompañar la escritura por la cual se producía un adelanto de la herencia, la declaratoria de herederos y un fax proveniente de la fundación. A la vez, los oficios que habían sido remitidos a las autoridades alemanas recibieron respuestas imprecisas referidas sólo a cuestiones formales.

En base a tales circunstancias, el TFN consideró que la existencia de la fundación no había sido acreditada y convalidó el ajuste fiscal.

Por último, teniendo en cuenta que las FIPs que analizamos son las creadas en Panamá o en el Principado de Liechtenstein, no puedo perder de vista que, en los artículos 133 y 148 de la LIG, complementadas por los siete artículos incorporados por el decreto no. 1037/2000 a continuación del artículo 165 del decreto reglamentario de dicha ley, se prevén normas anti-diferimiento (conocidas como “CFC rules” en el derecho tributario internacional), las cuales básicamente desconocen la oponibilidad frente a tal impuesto de entidades creadas en países de baja o nula tributación por residentes argentinos, a los fines de la atribución a éstos de los resultados impositivos anuales originados por aquéllas.

El decreto no. 589/2013 (B.O. 30/5/2013) estableció que toda referencia efectuada a “países de baja o nula tributación” en la ley de dicho impuesto o en su decreto reglamentario, debe entenderse referida a jurisdicciones no consideradas “cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal”, que son aquéllas que han suscripto o se encuentran negociando con Argentina un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información amplia.

³² TFN, Sala B, “Von Pannwitz, Dietmar E.”, 22/04/2003.

La nominación de estas jurisdicciones fue delegada a la Administración Federal de Ingresos Públicos, quien mediante resolución general no. 3576/2013 estableció el correspondiente listado, al cual se puede acceder en su página web oficial desde el 1 de enero de 2014.

Tanto Panamá como el Principado de Liechtenstein se encuentran incluidos en tal listado como jurisdicciones cooperadoras.

Por todo lo expuesto, las “CFC rules” del impuesto a las ganancias argentino no podrían ser aplicadas extensivamente respecto de las FIPs objeto de análisis para desconocerles entidad.

3. Tratamiento fiscal de las FIPs en Liechtenstein

El 1 de enero de 2011 entró en vigor en Liechtenstein una reforma de sus leyes fiscales, instrumentada a través de la Ley Impositiva del 23 de septiembre de 2010³³ y de la Ordenanza Fiscal del 21 de diciembre de 2010³⁴.

En los artículos 6, 9 y siguientes de la Ley Impositiva se estableció un impuesto sobre el patrimonio de las personas físicas residentes en Liechtenstein y de los extranjeros respecto de su patrimonio ubicado en tal país, con la particularidad de que este tributo integra el impuesto a las ganancias de las personas físicas, gravando a los contribuyentes con un esquema de alícuota progresiva.

Respecto de bienes transferidos a FIPs, el impuesto diferencia entre FIPs revocables e irrevocables, según si el fundador puede o no revocar la creación de la fundación a su voluntad.³⁵

En el primer caso se considera a tales fundaciones como transparentes, aplicándose al fundador el impuesto sobre los bienes que forman el patrimonio de la FIP.

En el segundo caso el impuesto no aplica sobre el patrimonio transferido a la FIP, a la cual reconoce oponibilidad fiscal respecto del fundador.

Sin embargo, en el caso de FIPs irrevocables, el impuesto al patrimonio puede aplicarse a los beneficiarios residentes en los casos que su participación en los bienes de la fundación pueda ser determinada, pudiendo establecer aquéllos opcionalmente a la FIP como responsable sustituta del pago del impuesto. De no darse estas condiciones o cuando se trata de extranjeros, el impuesto no alcanza a los beneficiarios hasta tanto los bienes les sean asignados por la FIP.

El impuesto al patrimonio aplica una alícuota fija especial sobre el fundador por la transferencia de bienes que realice a una FIP, cualquiera fuere su tipo³⁶. Sin embargo, debo aclarar que en este caso se grava al fundador en el momento de la transferencia que realiza pero no luego, cuando los bienes ya forman el patrimonio de la FIP.

Por último, las FIPs se encuentran sujetas en Liechtenstein, en principio, al impuesto a las ganancias corporativas, pudiendo ser aplicable a su respecto un régimen especial de exención conocido como *Privatvermögensstrukturen*.

³³ *Gesetz über die Landes- und Gemeindesteuern* (conocida como *Steuergesetz* o “SteG”), Boletín Oficial de Liechtenstein N° 340, 18/11/2010, en <https://www.gesetze.li>, sección finanzas, taxes (disponible en Internet el 02/12/2014).

³⁴ *Verordnung über die Landes- und Gemeindesteuern* (conocida como *Steuerverordnung* o “SteV”), Boletín Oficial de Liechtenstein N° 437, 29/12/ 2010, en <https://www.gesetze.li>, sección finanzas, taxes (disponible en Internet el 02/12/2014).

³⁵ Cfr. Roland A. PFISTER y Patrick KNÖRZER, “Taxation of Liechtenstein foundations”, April 2011, en <http://www.step.org/taxation-liechtenstein-foundations> (disponible en Internet el 02/12/2014).

³⁶ *Widmungsbesteuerung*, artículo 13 de la Ley Impositiva de Liechtenstein “SteG”.

Como podemos apreciar, en el impuesto sobre el patrimonio de las personas físicas, Liechtenstein reconoce oponibilidad fiscal a las FIPs irrevocables respecto del fundador y de los beneficiarios, mientras su participación en los bienes de la FIP permanezca indeterminada.

Frente al impuesto a las ganancias corporativas, se considera a tales entidades, sean o no revocables, como sujetos distintos del fundador y de los beneficiarios.

4. Tratamiento fiscal de las FIPs en Panamá

En Panamá no existe un impuesto sobre el patrimonio o la riqueza.

El impuesto sobre las donaciones, que se encontraba regulado en los artículos 813 a 839 del Código Fiscal de Panamá³⁷ fue derogado³⁸.

Por su parte, el artículo 694 del Código Fiscal establece un impuesto sobre la renta territorial respecto de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Al ser una FIP una persona jurídica en Panamá distinta de su fundador y beneficiarios, podría verse alcanzada por el impuesto solamente en caso de obtener rentas de fuente panameña.

5. Tratamiento de las FIPs frente al IBP por parte del Fisco argentino

Si bien no existen demasiados pronunciamientos del Fisco nacional respecto de la oponibilidad de FIPs frente al IBP, creo que los existentes nos permiten dilucidar con meridiana claridad con qué ojos analiza su entidad.

En el dictamen no. 73/2008³⁹, la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante “AFIP”) emitió opinión en un caso en el cual una contribuyente consultó sobre el tratamiento tributario que correspondía dispensar en el IBP a los bienes que había aportado a una FIP constituida en el exterior.

La contribuyente, en períodos anteriores al objeto de consulta, había incorporado en sus declaraciones juradas el patrimonio que surgía de los estados contables auditados de la FIP.

Sin embargo, con motivo de la revisión de las normas vigentes y pretendiendo asimilar su situación a un fideicomiso de administración, la contribuyente pretendió alterar su anterior criterio, pasando a considerar que sus aportes a la FIP no encuadraban en ninguno de los incisos del Artículo 20 de la LIBP y que ya no eran parte de su patrimonio personal, en razón de la existencia de la entidad.

La FIP se dedicaba a administrar los bienes aportados por la fundadora: acciones de una sociedad del exterior que poseía las acciones de otra sociedad del exterior, cuyos activos eran inversiones en bancos del exterior y préstamos garantizados de la República Argentina.

Los beneficiarios de la fundación eran la propia fundadora, sus familiares y otros sujetos determinables.

Por su parte, los órganos de gobierno de la entidad eran la fundadora, un Comité Familiar (fundadora, hijos y ex esposo) y un Consejo (órgano ejecutivo).

La fundadora tenía facultades para emitir los estatutos que regían los derechos de los beneficiarios, para designar los Consejeros y para excluir o designar beneficiarios (con el consentimiento expreso de su ex esposo).

³⁷ Ley no. 8 del 27/01/1956, Gaceta Oficial no. 12.995, 29/6/1956.

³⁸ Artículo 42 de la Ley no. 61 del 26/12/2002, Gaceta Oficial no. 24.708, 27/12/2002.

³⁹ Dictamen de la Dirección de Asesoría Técnica no. 73/2008, conformado por la Subdirección General de Técnico Legal Impositiva con fecha 1/12/2008, *Boletín Impositivo de AFIP*, no. 186, (Enero de 2013), 208-211.

El Comité determinaba las directrices generales de la estrategia de inversión de la FIP (salvo las directrices iniciales que eran fijadas por la fundadora), decidía acerca de cambios en los derechos de los beneficiarios y podía modificar los estatutos, salvo en lo concerniente a la designación o destitución de beneficiarios.

Bajo tales premisas, el Fisco procedió a realizar un análisis teórico, dejando aclarado que el mismo no implicaba verificación alguna sobre la validez jurídica de la operatoria ni respecto del principio de realidad económica.

En primer lugar, se avocó a determinar si la FIP del exterior era reconocida por el derecho argentino. Para ello se limitó a analizar si encuadraba en la definición argentina de fundación, considerando solamente el derecho local y arribó a una conclusión negativa, atento la ausencia de una finalidad de bien común.

También negó la asimilación de la FIP con un fideicomiso, entendiendo que no se habría producido una efectiva transferencia de la propiedad de bienes por un período de tiempo determinado.

Por el contrario, interpretó que la FIP se asemejaba más bien a una sociedad, cuyo supuesto “capital” (acciones de otras compañías) pertenecía a la fundadora.

Sobre tal base concluyó que los bienes (acciones) que la fundadora había aportado a la FIP constituían supuestos “valores representativos del capital” de la FIP, formando parte de la base imponible del IBP de la fundadora, en virtud del artículo 20, inciso f) de la LIBP, que grava a las personas físicas y sucesiones indivisas residentes argentinas por los títulos, acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos del capital social o equivalente de entidades ubicadas en el exterior.

En la Resolución (SDG TLI) no. 4/2009⁴⁰ el Fisco se volvió a expedir en este sentido, lo cual fue confirmado por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Sin embargo, a mi parecer, estos precedentes se asientan sobre dos premisas centrales que pueden ser objeto de razonables críticas.

En primer lugar, no puede quedar a salvo de cuestionamientos el desconocimiento de la existencia de la FIP del exterior considerando solamente el derecho local argentino, sin tener en cuenta el derecho internacional privado que rige en la República Argentina.

No se debe perder de vista que aquí está en juego el reconocimiento de una FIP como entidad del extranjero, no como una entidad argentina.

Como vimos en el apartado 2, el derecho internacional privado argentino reconoce la existencia de una FIP creada en el exterior sin exigencias adicionales, las cuales sólo son requeridas cuando tal entidad pretende desarrollar actividades en el país o respecto de bienes situados en Argentina.

En segundo lugar, es objetable que el Fisco haya considerado que los bienes aportados por la fundadora a la FIP constituyen supuestos títulos valores representativos del capital de ésta última.

Estas críticas se ven reforzadas cuando se tiene en cuenta la realidad económica de la operación bajo análisis, cuestión cuyo tratamiento el propio Fisco difirió para futuras inspecciones al respecto.

A continuación desarrollaré mi análisis sobre estas últimas dos observaciones.

5.1. Calificación del Fisco de bienes aportados a una FIP como títulos valores representativos de su capital

Como vimos en el apartado 1, la doctrina y la normativa específica sobre FIPs de Panamá y Liechtenstein nos señalan que estas entidades no poseen un capital social dividido en acciones o participaciones sociales

⁴⁰ Resolución AFIP-SDG TLI no. 4/2009, de fecha 23/01/2009, *Boletín Impositivo de AFIP*, no. 186, (Enero de 2013), 217.

pertenecientes a sus fundadores ni emiten títulos valores representativos de su patrimonio. Simplemente existe un documento en el cual el fundador se compromete a aportar bienes a la FIP.

Y aquí es donde el razonamiento del Fisco carece de sustento, pues pretende extender el hecho imponible específicamente previsto en el artículo 20, inciso f) de la LIBP a otra situación no comprendida expresamente.

Para comprender con nitidez el alcance del hecho imponible debemos necesariamente saber qué se entiende por título valor, para luego reflexionar acerca de la posibilidad de considerar como tal el instrumento que documenta el aporte de bienes a una FIP.

En Argentina no existe una definición conceptual de título valor que se aplique a cualquiera de ellos. En la actualidad, las normas generales que los rigen se infieren de los puntos en común de la legislación particular de cada título (letra de cambio, pagaré, cheques, facturas de crédito, obligaciones negociables, warrants).

El primer anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987 incluía en su artículo 2292 una definición de título valor cuyo sentido fue adoptado por el Nuevo Código Civil y Comercial⁴¹, que dispone:

“Artículo 1815. Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816...”

“Artículo 1816. Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores...”

Esta definición no es más que la síntesis de las características esenciales de los títulos valores, según la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional: incorporación, literalidad y autonomía.

Como indican Adolfo Rouillon y Pedro Figueroa Casas⁴²:

“El destino circulatorio de estos títulos explica y justifica muchas de sus peculiaridades.”

La autonomía es la más destacada de estas particularidades, constituyendo una excepción al principio general en materia de transmisión de derechos, según el cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor ni más extenso del que tiene.

Según la regla, los vicios del derecho transmitido se trasladan en cada sucesión, y se van acumulando las distintas excepciones que el obligado pudiera tener contra todos los que se han ido cediendo en la titularidad del derecho.

Si la circulación de los títulos valores produjera ese efecto de acumulación de excepciones, la circulación, lejos de facilitarse, se dificultaría o frustraría. Esto explica el reconocimiento jurídico de un sistema atípico de adquisición de los derechos instrumentados en títulos valores, que se conoce como adquisición autónoma.

En este sistema excepcional se considera a quien esgrime el derecho contenido en el título valor como acreedor originario frente a los obligados, eliminando a los sujetos intermedios entre el acreedor y el o los obligados como si, en realidad, aquellos no hubieran existido.

Por otra parte, la característica de incorporación de los títulos valores alude a la relación intrínseca entre la promesa que instrumentan y el documento. Estos títulos superan largamente la categoría de los documentos probatorios, pues mucho más que probar un derecho (aunque también lo hagan) resultan necesarios para constituirlo, para transferirlo, para determinar su extensión y modalidades, y para exigir su cumplimiento.

Por último, el carácter literal significa que la extensión y modalidades del derecho se juzgarán exclusivamente de acuerdo al tenor literal del título.

⁴¹ Que entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

⁴² Adolfo A.N. ROUILLON y Pedro J. FIGUEROA CASAS, *Introducción a la teoría general de los títulos valores*, en Adolfo A.N. ROUILLON (coord.), *Código de Comercio Comentado y Anotado*, La Ley, Bs. As., 12, 15 y 16.

Partiendo de esta conceptualización de los títulos valores, debemos preguntarnos si es razonable la interpretación vertida por el Fisco en sus opiniones, por la cual consideró al documento donde consta el aporte del fundador a una FIP como un título valor representativo del patrimonio de tal entidad.

Como señala Ferri⁴³:

“...la inclusión de un determinado documento en la categoría de los títulos valores depende esencialmente del hecho de establecer si el documento tiene por ley o por voluntad del emisor, el carácter de negociable, propio de los títulos valores. Es decir, si el documento no solamente cumple funciones de legitimación sino que determina con su circulación la transferencia de la legitimación de un sujeto a otro.”

Es decir, frente a un documento cuya categorización como título valor fuera dudosa, resulta imprescindible esclarecer si él fue creado con propósito circulante y si el poseedor de buena fe que lo recibe queda habilitado para reclamar el cumplimiento de la prestación prometida en aquél.

Bajo este criterio hermenéutico, no pueden considerarse títulos valores los documentos que tienen solamente una función probatoria.⁴⁴

En consecuencia, carece de sentido interpretar que el documento de aporte de bienes del fundador a una FIP pueda ser considerado como un título valor representativo del patrimonio de ésta última.

Este documento se limita a probar el aporte realizado por el fundador pero es indudable que no fue elaborado con propósito circulante. Si tal documento fuera recibido por una entidad distinta de la FIP que se crea es indudable que aquélla no se encontrará legitimada para exigir el aporte prometido por el fundador.

En consecuencia, los bienes aportados a una FIP por su fundador no pueden ser considerados como “títulos valores representativos del capital” de aquélla en los términos del artículo 20, inciso f) de la LIBP.

Por otra parte, como vimos en el apartado 1.2., una FIP no es una personificación legal de una persona o grupo de personas, como lo es una sociedad, sino que es una organización dada a un patrimonio autónomo.

Como consecuencia de ello, una FIP no tiene propietarios, socios accionistas, participantes ni asociados. El fundador no posee ningún tipo de derecho sobre los activos del fondo autónomo de la FIP. Inclusive, a la disolución de la FIP, su patrimonio autónomo no retorna al fundador sino que se destina a los beneficiarios.

Por lo tanto, tampoco se podría considerar que los bienes aportados a una FIP constituyen una “participación social” del fundador en ella, en los términos del artículo 20, inciso f) de la LIBP.

Debemos recordar que, de acuerdo con la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁵, en materia tributaria rige el principio de legalidad (*nullum tributum sine lege*), el cual impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados expresamente por ley emanada del Congreso Nacional.

Por lo tanto, no cabe aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales, para extender un tributo más allá de lo previsto por el legislador, lo cual se corresponde con la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria.

⁴³ Giuseppe FERRI, *Títulos de crédito*, Trad. de la 2da. ed. italiana del Prof. Fernando A. Legón, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, pág. 54.

⁴⁴ Adolfo A.N. ROUILLÓN y Pedro J. FIGUEROA CASAS, op. cit., pág. 29.

⁴⁵ CSJN, “Doña Sara Doncel de Cook c/Provincia de San Juan, sobre repetición de pago”, Fallos 155:290 (6/9/1929); CSJN, “La Martona S.A. v. Provincia de Buenos Aires sobre repetición de una suma de dinero”, Fallos 182:411, 7/12/1938; CSJN, “Fleischmann Argentina Inc.”, Fallos 312:912, 13/6/1989; CSJN, “Eves Argentina S.A. s/ recurso de apelación-IVA”, Fallos 316:2329, 14/10/1993; CSJN, “Video Club Dreams v. Instituto Nacional de Cinematografía”, Fallos 318:1154, 6/6/1995; CSJN, “Panamérica de Plásticos S.A.I.C. c/ D.G.I. s/ nulidad de resolución”, Fallos 287:21, 25/8/1988; CSJN, “A. M. Delfino y Cía.”, Fallos 148:430, 20/6/1927; entre muchos otros.

En base a todo ello, al no encuadrar los bienes que la fundadora aporta a una FIP en ninguno de los hechos imposables expresamente establecidos por el artículo 20, inciso f) de la LIBP, los mismos no podrían ser considerados como integrantes de la base imponible de aquélla frente al IBP.

5.2. Sustancia económica de una FIP creada en el exterior

Como bien sabemos, el criterio tributario de interpretación conocido como “principio de la realidad económica”, receptado en el artículo 2 de la ley no. 11.683, de procedimiento tributario nacional, básicamente consiste en evaluar las transacciones efectuadas por los contribuyentes atendiendo a la sustancia económica de las mismas, prescindiendo de las formas jurídicas manifiestamente inadecuadas que aquéllos hubieran adoptado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho aplicación de este criterio no solamente a favor del Fisco sino también a favor de los contribuyentes en diversas oportunidades⁴⁶.

Por lo tanto, a continuación intentaré deslindar la sustancia económica de una FIP creada en el exterior con propósitos de planificación sucesoria.

Como vimos en el apartado 1, las FIPs poseen una característica esencial, que consiste en crear un patrimonio autónomo de su creador, de su administrador y de sus beneficiarios.

Esta virtud resulta trascendental para la planificación sucesoria, en tanto permite realizar la transferencia de la propiedad, sin tener que aguardar hasta el fallecimiento del causante, con la particularidad de que a partir de hoy ya se inmuniza tal propiedad frente a la agresión de terceros y la dilapidación por el propio causante.

Además, a pesar de que la propiedad es transferida, se permite al causante imponer desde hoy condiciones y restricciones sobre el goce de la misma, a los fines de asegurar la finalidad perseguida y para atender especiales necesidades (por ejemplo, el establecimiento de una cuota mensual para asegurar el estudio y manutención de los beneficiarios).

También vimos que estas particularidades son plenamente compartidas por una figura del *common law*, el *trust*.

Estas ventajas no son brindadas en conjunto por ninguna otra institución, las que, o bien transfieren la propiedad hoy al beneficiario pero sin inmunidad, o bien transfieren la propiedad recién al acaecer el fallecimiento del causante, sin brindar inmunidad alguna y con la desventaja de que quizás a tal momento los activos del causante ya no sean los mismos que hace años atrás, por ejemplo, si el causante los hubiera dilapidado o sus acreedores los hubieran ejecutado durante la vida del causante.

Si bien no existen precedentes que analicen estas especiales funciones económicas que cumplen las FIPs, sí existen precedentes en Argentina y en el exterior en los cuales se ha analizado la sustancia económica de *trusts* para reconocerles oponibilidad.

Debido a la semejanza funcional de las FIPs con los *trusts*, a continuación traigo a colación tales precedentes, bajo el entendimiento de que sus conclusiones podrían ser aplicables respecto de las FIPs.

⁴⁶ CSJN, “Frigorífico Paladini SA c/AFIP s/demanda”, 02/03/2011; CSJN, “Establecimiento Modelo Terrabusi SAIC (T.F. 17.606-I) c. DGI”, Fallos 332:347, 17/03/2009; CSJN, “IBM Argentina SA c/DGI”, 326:353, 04/03/2003; CSJN, “Apache Energía Argentina SRL c/Río Negro, provincia de sacción declarativa de inconstitucionalidad”, 26/03/2009; entre otros.

5.2.a. Precedentes extranjeros sobre reconocimiento de oponibilidad de *trusts*

La doctrina anglosajona⁴⁷ entiende que en las cláusulas del *trust* puede disponerse que las actividades del *trustee* (figura similar al fiduciario del fideicomiso continental) en ciertos aspectos estén sujetas al control de otras personas.

La persona a la que se confiera esa facultad de control puede ser un *co-trustee*, uno de los beneficiarios, el *settlor* (figura similar al fiduciante del fideicomiso continental) o un tercero no relacionado con el *trust*. Ese control puede consistir en la facultad para vetar ciertos actos del *trustee* o para imponerle cierto actuar.

En el derecho anglosajón la reserva de facultades a favor del *settlor* no es inválida *per se*, aun cuando las hubiera retenido para ejercerlas en forma directa y personal.

Pero la injerencia del *settlor* en la administración del *trust fund* (patrimonio fideicomitado) puede ser llevada hasta tal punto que ponga en duda la intención misma de constituir el *trust*, incurriendo de esta manera en lo que se conoce como “*vicio de sham*” (en sentido lato, simulación, ficción).

En el caso “*Snook v. London and West Riding Investments Ltd*” (1967)⁴⁸, el magistrado Diplock definió un *sham* de la siguiente forma:

“Entiendo que, si tiene algún significado legal, significa actos ejecutados o documentos celebrados por las partes del ‘*sham*’ que están destinados por ellas a dar a terceros o al tribunal la apariencia de crear entre las partes derechos y obligaciones diferentes a los reales derechos y obligaciones (si los hubiera) que intentan crear. Pero una cosa, pienso, es clara como principio legal, moralmente y en la doctrina ... que para que hechos o documentos sean un ‘*sham*’, con la consecuencia jurídica que de ello se derive, todas las partes del mismo deben tener una voluntad común de que los actos o documentos no creen los derechos y obligaciones que aparentan crear.”

En “*Marac Finance Ltd v. Virtue*” (1981)⁴⁹, el tribunal de alzada determinó que un acto jurídico puede ser invalidado si y en la medida que sea un *sham*, lo cual puede suceder en dos momentos:

1. cuando el documento no refleja el verdadero acuerdo entre las partes, en cuyo caso se remueve el disfraz y se concede reconocimiento a la intención en común de las mismas, y
2. cuando el documento fue de buena fe al principio pero las partes se apartaron de su acuerdo inicial dejando que su sombra enmascare su nuevo arreglo.⁵⁰

El leading case en *sham trusts* fue “*Rahman v. Chase Bank (CI) Trust Company Limited & Five Others*”⁵¹, decidido por un tribunal de la isla de Jersey en 1991.

El caso puso en evidencia ciertas prácticas de control continuado sobre los activos por parte del *settlor* y aquiescencia mecánica por parte del *trustee*, quien estaba facultado a pagar o aplicar el capital y rentas al *settlor* o para beneficio del mismo y fue instruido para que exclusivamente tuviera en cuenta el interés de aquél al determinar si ejercería o no esa atribución.

Muchas de las facultades administrativas contenidas en el documento de constitución del *trust* requerían el consentimiento previo por escrito del *settlor* para ser ejercidas durante su vida, quien se refería al fondo como “mis bienes” y al *trustee* como a su “*trust manager*”.

⁴⁷ SCOTT, A. W., *The Law of Trusts* (4a ed.), Aspen Publishers, vol. I § 2.4., citado por Javier Enrique Ayuso y Javier Martín LEMMA, “El private trust angloamericano visto desde el derecho argentino. Las lecciones de ‘De Luca’ y ‘Eurnekian’”, *La Ley* (2005-C), § III.

⁴⁸ 1 All ER 518, citado por AYUSO y LEMMA, § VI.

⁴⁹ 1 NZLR 586, citado por Ayuso y Lemma, § VI.

⁵⁰ Citado por HOLMES, R., “*Sham Trusts*”, *The Pacific Trust and The Pacific Number 2 Trust*, Nueva Zelanda (1999), 61, citado por AYUSO y LEMMA, § VI.

⁵¹ JLR 103, citado por AYUSO y LEMMA, § VI.

El *trustee* no había tomado decisión de inversión independiente alguna y cumplió invariablemente con las órdenes del *settlor*, quien inclusive había hecho distribuciones del *trust fund* de las cuales el *trustee* sólo fue informado después y con frecuencia daba instrucciones a los bancos donde se había depositado el *trust fund* en relación con “su inversión”.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el tribunal invalidó el *trust* por considerarlo un *sham trust*, desconociéndole oponibilidad.

La doctrina plasmada en "Rahman" fue seguida por el tribunal suizo interviniente en "OD-Bank in Liquidation v. the Bankrupt Estate of WKR" (1994), donde se analizó la validez de un *trust* regido por las leyes de Guernsey en el marco de una quiebra declarada en su jurisdicción.

Consideró que para determinar la validez del *trust*, el *settlor* debió haber tenido intención efectiva de constituir un *trust*, es decir, debe acreditarse el desprendimiento efectivo de la titularidad de los activos, lo cual debe ser evidenciado por los hechos y actos externos tomados en conjunto.

En el caso, si bien el instrumento de constitución del *trust* limitaba claramente las facultades del *settlor*, encomendando exclusivamente al *trustee* la administración de los activos, se demostró que el comportamiento del *settlor* respecto del *trust* y su influencia sobre el mismo llevaban a la conclusión de que éste no hizo realidad la intención de constituir un *trust*.

Por ejemplo, había otorgado poderes para asistir a asambleas en representación de las acciones en *trust*, actuando como titular de las mismas, tomó crédito prendando dichas acciones como garantía e informándolo después al *trustee* para su aprobación ex-post y participó en discusiones directas con funcionarios de las compañías cuyas acciones había cedido al *trust*.

El tribunal suizo consideró que aun cuando el *settlor* no tenía facultades bajo el instrumento de constitución del *trust* para dirigir los asuntos del *trust* o administrar los activos del mismo como propios, lo había hecho ostensiblemente en varias ocasiones en desmedro de las atribuciones del *trustee*, de la idea misma del *trust* y de los principios que lo rigen, por lo que concluyó que dicho *trust* era nulo a pesar del cumplimiento de las formalidades de creación, con fundamento en lo cual declaró la invalidez de la transferencia de acciones al *trust* y su permanencia en el patrimonio del quebrado *settlor*.

En Estados Unidos de América, aplicando el principio interpretativo del predominio de la sustancia sobre la forma de los actos, la Tax Court indicó en el caso "Dahlstrom v. Commissioner"⁵² que:

“...el derecho a minimizar o evitar tributos no incluye el derecho a realizar operaciones que no posean sustancia económica alguna, sino que tengan como único propósito eludir o evadir impuestos...si la operación no altera la relación económica de las partes, miraremos más allá de la forma de la que se revista aquélla para determinar si tiene alguna sustancia.”

El tribunal consideró especialmente que los *trusts* creados no habían alterado la relación económica del contribuyente con las propiedades que transfirió a aquéllos, puesto que Dahlstrom era quien generaba ingresos mediante el dictado de seminarios y la venta de materiales de difusión, los cuales eran depositados en cuentas de los *trusts*, manejadas y dispuestas por aquél como de su propiedad para afrontar la manutención y pagar gastos e inversiones personales y de su familia.

Sobre la base de todo ello, se desconoció oponibilidad impositiva a los *trusts*, por considerarlos afectados por el vicio de *sham*.

A igual conclusión arribó la Corte de Apelaciones del 9º circuito estadounidense en "Zmuda v. Commissioner"⁵³, tras considerarse detenidamente los efectos económicos de la estructura creada con *trusts*,

⁵² US Tax Court, "Karl L. Dahlstrom and Clara J. Dahlstrom v. Commissioner of Internal Revenue", 11/6/1991, citado por AYUSO Y LEMMA, § VI.

⁵³ United States Court of Appeals, 9th Circuit, "George V. Zmuda and Walburga Zmuda v. Commissioner of Internal

comparando los hechos como se dieron antes y después de su instrumentación, hallando evidencia que los *settlers* simplemente reestructuraron la forma en la que detentaban su propiedad, sin que la transmisión a los *trustees* hubiera ayudado en la generación de ingresos ni alterado la actividad de administración de esos activos.

Siguiendo esta orientación, en el caso “Buckmaster”⁵⁴, el tribunal norteamericano consideró cuatro factores a tener en cuenta para determinar si estamos frente a un *sham trust* por carecer el mismo de sustancia económica a los fines del impuesto a las ganancias:

1. Si la relación del contribuyente con los bienes, en su carácter de *settlor*, difiere materialmente antes y después de la creación del *trust*;
2. Si el *trust* tiene un *trustee* independiente;
3. Si un derecho (*economic interest*) fue transferido a otros *beneficiaries* del *trust*;
4. Si el contribuyente, en su carácter de *settlor*, se sintió obligado por alguna restricción impuesta por el *trust* mismo o por el derecho de los *trusts*.

En el caso “Ptarmigan”⁵⁵, la Corte Suprema de Noruega analizó la responsabilidad de los *beneficiaries* de un *trust* creado en Liechtenstein respecto del impuesto sobre las ganancias del *trust*, teniendo en cuenta las reglas de transparencia fiscal (CFC rules) que se habían introducido en Noruega, cuyo objetivo principal era gravar inversiones detentadas a través de vehículos en paraísos fiscales.

En la causa, los *beneficiaries* eran trece miembros de una misma familia noruega, el *settlor* era un amigo de la familia que residía en Suiza y los *trustees* iniciales eran residentes en el Reino Unido y Liechtenstein.

Según el instrumento del *trust*, los *trustees* tenían plenos poderes de propiedad sobre los bienes del *trust* y discreción absoluta respecto de las sumas que, de existir, se debían distribuir a los *beneficiaries*.

Uno de los *beneficiaries* tenía originariamente el derecho de elegir nuevos *trustees*, lo cual fue modificado a partir de 1985, cuando tal facultad pasó a ser exclusiva de los *trustees*.

Desde el año 2000 se distribuyeron beneficios del *trust* anualmente. Una organización sin fines de lucro recibió una distribución en el año 2001, por la propuesta de uno de los *beneficiaries*. Más allá de ese pago, todas las distribuciones se hicieron a los miembros de la familia.

Los *beneficiaries* consultaron al Fisco noruego esperando confirmar que no serían gravados sobre las ganancias del *trust* salvo que se hiciera una distribución. Sin embargo, el Fisco consideró que bajo las CFC rules de Noruega, el *trust* podía transparentarse y atribuirse a los *beneficiaries* las ganancias de aquél desde el momento de su devengamiento, si los *beneficiaries* controlaban el *trust*.

La Corte Suprema transparentó el *trust* y entendió que los *beneficiaries* eran responsables del impuesto sobre las ganancias de aquél devengadas, considerando que tenían la propiedad y control del mismo (a pesar de que no tenían derecho a disponer del patrimonio fideicomitado), recibían sus beneficios y el *trust* era residente de un paraíso fiscal.

Revenue”, 30/4/1984, 731 F. 2d 1417, citado por AYUSO Y LEMMA, § VI.

⁵⁴ “Buckmaster v/ CM TC Memo 1997-236”, citado por LEVENE, § 5.3.

⁵⁵ Thor LEEGAARD, *Norway’s Supreme Court Holds Beneficiaries Liable for Income Tax in Respect of Liechtenstein Trust under CFC Legislation State of Norway (Central Taxation Office for Large Enterprises) v. Fred. Olsen, Anette, Olsen and Merete Olsen Nergaard*, 526 *European Taxation*, December 2002, citado por LEVENE, § 6.2.

5.2.b. Precedentes argentinos sobre reconocimiento de oponibilidad de *trusts*

Nota no. 1148/2002

En este precedente⁵⁶ se consultaba el tratamiento frente al IBP de un fideicomiso irrevocable constituido en la Isla de Guernsey por un residente argentino, cuyos beneficiarios eran sus hijos.

La Dirección actuante entendió que el decreto no. 780/95 había reglamentado el tratamiento frente al IBP de los fideicomisos constituidos en Argentina conforme la ley no. 24.441, mientras que los creados en el exterior quedaban al margen del tributo, salvo que se demostrara que éstos últimos eran revocables, en cuyo caso serían responsables frente al IBP los fiduciarios o los beneficiarios residentes argentinos, según a quien favoreciera tal revocación.

En el caso, se tuvo por demostrada la irrevocabilidad del fideicomiso en base a la cláusula del instrumento constitutivo que así lo señalaba.

Tras analizar la ley de fideicomisos de la Isla de Guernsey, la Dirección entendió que la estructura implicaba la transmisión de la titularidad de los bienes, los que claramente se habían desprendido del patrimonio del fiduciante.

Además, rechazó la aplicación del principio de la realidad económica, considerando que el fideicomiso no representaba una figura jurídica inadecuada respecto de la intención que había tenido el fiduciante al constituir el mismo.

En base a todo ello, se consideró que el fiduciante no era responsable frente al IBP por los bienes fideicomitados y tampoco los beneficiarios, quienes recién sufrirían ese impacto cuando recibieran los bienes por cumplirse el plazo o condición dispuesta en el fideicomiso.

Resolución (SDG TLI) no. 9/13

Mediante esta resolución⁵⁷, el Fisco intervino en un caso donde se consultaba el tratamiento tributario frente al IBP de la beneficiaria principal de un *trust* irrevocable constituido en Nueva Zelanda.

En dicho caso, si bien la beneficiaria tenía facultades de distribución de ingresos y capital del *trust*, no las había ejercido, por lo que no había distribuido monto alguno.

Por lo tanto, el Fisco entendió que la consultante no debía declarar dentro de su patrimonio los bienes afectados al *trust* del exterior analizado, dado que no se habría distribuido monto alguno de ingresos ni de capital. Ello en tanto dicha beneficiaria no cuente con facultades decisorias de tal importancia que hicieran interpretar que se constituía en la efectiva titular de los bienes del fondo.

Caso “Moreno, Julio César”

En este caso el contribuyente había impetrado una acción de repetición del impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 1996 y 1997, invocando que había incluido por error como ganancia gravada en sus declaraciones juradas los frutos de los bienes pertenecientes a un *trust* que había constituido en Estados Unidos de América el 2/11/1998 con supuestos efectos retroactivos a 1996 y respecto del cual revestía las calidades de *settlor* y *beneficiary*.

⁵⁶ Nota (AFIP - DIRECCIÓN DE ASESORÍA LEGAL) no. 1148/2002, no publicada.

⁵⁷ Resolución (SDG TLI) no. 9/13, *Boletín Impositivo AFIP*, no. 197, (Diciembre de 2013), en <http://www.afip.gov.ar/Institucional/boletinImpositivo/documentos/BI197Diciembre2013.pdf> (disponible en Internet el 04/12/2014).

En la causa existían dos discusiones, en primer lugar, la vigencia respecto de tales rentas de la ley no. 24.073, que a partir de 1992 había establecido el sistema de renta mundial en dicho impuesto, el cual recién fue reglamentado a partir de 1998 mediante la ley 25.063, que reguló aspectos transcendentales como el concepto de residencia.

En segundo lugar, se discutía la oponibilidad del *trust* del exterior frente al impuesto. El Fisco⁵⁸ sostenía que en la figura del "*trust*" no hay persona jurídica distinta a las personas físicas que lo instituyeron, siendo éstas quienes deben responder por las obligaciones tributarias derivadas de los frutos del capital invertido.

El Tribunal Fiscal⁵⁹ entendió que las disposiciones de la ley no. 24.073 que incorporaron el sistema de renta mundial se encontraban operativas respecto del contribuyente, en razón de que él mismo se había reconocido como residente en el país.

Respecto de la segunda discusión, el contribuyente había presentado dos traducciones del instrumento de creación del *trust*, en una se indicaba que se creaba un *trust*, en el que revestía la calidad de *settlor*, *trustee* y *beneficiary*; y en la otra, se creaba un fideicomiso del cual era fiduciante y fiduciario.

Más allá de la confusión que introdujo el contribuyente con tales traducciones respecto de si se trataba de un *trust* o de un fideicomiso continental, la reunión en su cabeza de aquéllas calidades fue considerada especialmente por el Tribunal, por cuanto evidenciaba que el contribuyente controlaba el ente extranjero que pretendía oponer frente al impuesto argentino.

A la vez, se negó la posibilidad de reconocer efectos retroactivos al *trust*, con lo cual, teniendo en cuenta que las rentas bajo discusión correspondían a períodos fiscales en los que el *trust* aún no había existido, se desconoció la oponibilidad de éste último, confirmándose el ajuste fiscal.

La causa llegó a la instancia de la CNACAF⁶⁰, que revocó la sentencia del TFN tras analizar el primer punto sujeto a discusión, sosteniendo que, si bien en los períodos discutidos en autos (años 1996 y 1997), ya se había incorporado el concepto de imposición sobre la renta mundial en el impuesto a las ganancias, no se había cumplido con su debida y necesaria reglamentación, lo cual lo privó de vigencia efectiva en tales períodos.

A pesar de que la Cámara decidió la cuestión en base a este punto y no analizó la oponibilidad del *trust*, señaló que, de ser necesario, tal análisis debería efectuarse considerando la ley extranjera aplicable y no la ley local.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia⁶¹ confirmó el pronunciamiento de la Cámara respecto de la falta de vigencia operativa del sistema de renta mundial en los períodos en discusión, sin analizar la entidad del *trust*.

Caso "Gustavo Andrés Deutsch"

En la causa se atribuía al imputado la evasión de impuestos mediante la ocultación maliciosa de ganancias obtenidas en el extranjero y de la propiedad de bienes de ese origen correspondientes a los períodos fiscales 1999 y 2000.

El imputado, propietario de prácticamente la totalidad del capital accionario de varias sociedades constituidas en Argentina y en el extranjero, recibió en 1999 un pago por la venta de su participación en una

⁵⁸ En este mismo sentido el Fisco se pronunció en el Dictamen DAL no. 23/2000, en el cual, si bien no se puede asegurar, todo parecería indicar que trató del análisis en instancia administrativa del mismo caso "Julio César Moreno".

⁵⁹ TFN, Sala D, "Julio César Moreno", 29/05/2002.

⁶⁰ CN Cont. Adm. Fed., Sala II, "Julio César, Moreno", 20/02/2007.

⁶¹ CSJN, "Julio César Moreno", 03/08/2010 y Dictamen de la Procuradora General de la Nación de fecha 13/4/2009, que remite a su Dictamen de la misma fecha recaído en la causa "Devotto Solari Oscar N."

de ellas, que invirtió para adquirir acciones en otras compañías argentinas y del exterior, participaciones que luego transmitió a un *trust* constituido en el exterior.

El sobreseimiento concedido en primera instancia a Deutsch se había basado tanto en la presencia de error como en la circunstancia de que el *trust* del exterior existía efectivamente.

Tras la apelación del Fisco, la Cámara en lo Penal Económico⁶² consideró, en primer lugar, que las sociedades que controlaba eran actos simulados que encubrían quien era el único titular de los bienes sociales, pues en última instancia se trataba de bienes pertenecientes a Deutsch, que era quien disponía las respectivas transmisiones materializadas.

A la vez, consideró que no tenía mayor trascendencia la validez de las formas del *trust*, sosteniendo que lo decisivo para determinar su oponibilidad era si el imputado se había desapoderado de los bienes mediante una transmisión gratuita de bienes por intermedio del agente fiduciario.

Ello fue descartado, en razón de que las estipulaciones del *trust* aclaraban muy poco sobre el destino de los bienes, indicándose que los beneficiarios eran los familiares directos y herederos forzosos del imputado, cuyos nombres no figuraban en el contrato, circunstancia que, a su entender, impedía que una donación pueda perfeccionarse debido a la falta de aceptación del donatario.

La Cámara cuestionó la verosimilitud del *trust* aduciendo que sus cláusulas carecían de significado concreto limitándose a enumerar facultades de los fiduciarios y eventualidades de contrataciones que pudieran celebrarse hipotéticamente en el futuro; a la vez que el contrato se encontraba suscripto con firmas ilegibles por quienes no daban sus nombres propios limitándose a manifestar que obraban por cuenta de ciertas entidades ideales constituidas en el extranjero sin aportar otros datos de esa constitución o de su personería.

Asimismo fustigó la oponibilidad del *trust* bajo el pretexto de que se denominaba “*The Mystere Trust*” y que su sola utilización le generaba sospechas.

Sobre la base de todo ello, la Cámara revocó el sobreseimiento de Deutsch, considerando que el supuesto error inadvertido en que se sustentaba el sobreseimiento resultaba inconcebible.

Más allá de que la Cámara hace caso omiso del concepto de economía de opción y que la mayoría de sus argumentos carecen de la profundidad necesaria, podemos apreciar que orientó su análisis a detectar si, más allá de las formalidades, el *trust* era independiente de Deutsch o si estaba bajo su control.

A tales fines pretendió asemejar la transferencia al *trust* con una donación que implicara un desapoderamiento efectivo de los bienes del imputado. Pero la inverosimilitud e indeterminación del instrumento analizado permitieron a la Cámara dar por tierra la presencia de un efectivo desapoderamiento de los bienes que pertenecían a Deutsch.

Caso “Eduardo Eurnekian”

En esta causa se le atribuía al contribuyente haber defraudado al Fisco en el pago del IBP respecto de las sumas de dinero que había recibido por la venta de su participación en el capital accionario de varias sociedades anónimas argentinas en los ejercicios fiscales 1995, 1996 y 1997, sumas que el contribuyente transfirió a dos *trusts* que había constituido en los por entonces paraísos fiscales, Islas Cayman y Bahamas.

Eurnekian sostenía que tales *trusts* habían sido creados para su planificación sucesoria y que no le correspondía ninguna tributación por dichas sumas de dinero, las cuales había donado a sus herederos por intermedio de los *trusts*.

⁶² CNPECO., Sala A, “Gustavo Andrés Deutsch”, 15/05/2009.

El Fisco nacional impugnó tal criterio, desconociendo la entidad de los *trusts* por aplicación de la doctrina de la "realidad económica", considerando que las sumas transferidas a los *trusts* continuaban formando parte del patrimonio de Eurnekian en forma indirecta, quien, por tanto, debía considerarlas incluidas en su base imponible del IBP.

Con tal interpretación se iniciaron sendas determinaciones de oficio por los períodos fiscales 1995 a 1998, por una parte, y 1999 a 2002, por la otra.

En una primer instancia, se procesó al contribuyente por el delito de evasión agravada por considerarse que los *trusts* eran un ardid mediante el cual había conservado la disponibilidad de los valores girados al exterior, los que únicamente iban a ser transmitidos tras su muerte.

Al decidir la Cámara en lo Penal Económico⁶³ sobre el procesamiento, tuvo por acreditado que los *trustees* sólo podían, en vida del *settlor*, administrar los fondos ajustándose a las indicaciones de un comité integrado por personas que el mismo *settlor* se reservó designar y remover en cualquier momento a su exclusivo arbitrio.

La única donación encomendada a tales *trustees* debía tener lugar en caso de muerte de Eurnekian. En vida de éste los fondos eran susceptibles de cualquier destino que podía ser indicado a través del comité que él nombraba o reemplazaba sin ninguna limitación.

Bajo tales circunstancias, la Cámara desconoció oponibilidad a los *trusts*, por entender que el imputado nunca se había desprendido de los bienes.

Además, la Cámara criticó las "complicadas" estructuras jurídicas utilizadas involucrando paraísos fiscales, considerando que hubiera bastado una simple transferencia de los fondos al exterior y una sencilla disposición testamentaria.

Sin embargo, en la misma causa, el 13/8/2004, el Tribunal Oral no. 1⁶⁴ hizo lugar a la excepción de falta de acción por inexistencia de delito planteada por el contribuyente, respecto de los períodos 1995 a 1998, cimentando la doctrina que luego fue compartida por el TFN y confirmada por la CNACAF⁶⁵.

La base de esta reacción del tribunal radicó en que el Fisco en su planteo no parecía haber hecho grandes esfuerzos para demostrar la existencia de evasión tributaria por parte de Eurnekian, sino que asumió que para ello era suficiente invocar que, mediante los *trusts*, el contribuyente había tenido el propósito de reducir su carga impositiva o la de los beneficiarios de aquéllos.

Por el contrario, el tribunal consideró que la doctrina de la realidad económica encuentra su límite en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que no prohíbe y, por ello, la constitución de *trusts* en el extranjero no implica *per se* violación de normas argentinas, en la medida de que aparezcan razonables motivos, como pueden ser razones de negocios basadas en una mejor protección legal, mayor seguridad jurídica, razones de mejor tratamiento sucesorio, etc.

⁶³ CNPECO., Sala A, "Eduardo Eurnekian", 06/08/2003.

⁶⁴ Trib. Oral Penal Eco. n.º 1, "Eurnekian, Eduardo s/leyes 23771 y 24769", 13/08/2004; confirmado por la CN Cas. Penal, Sala I, con fecha 29/04/2005 (registro n.º 7622), donde se tuvo por desierto el recurso desistido por el Fiscal de Cámara y se rechazó el recurso interpuesto por la querrela.

⁶⁵ Con fecha 27/09/2010, la Sala A del TFN adoptó como propia esta doctrina, transcribiendo en su sentencia prácticamente todo el fallo del Tribunal Oral no. 1.

El pronunciamiento del Tribunal Fiscal fue confirmado por la CN Cont. Adm. Fed., Sala V, con fecha 19/06/2013.

A su vez, respecto de los períodos 1999 a 2002, la cuestión volvió a llegar a la CN Cas. Penal, Sala I, que entendió sobre el fondo del asunto con fecha 21/08/2008. En esta oportunidad la Cámara confirmó la doctrina establecida por el Tribunal Oral no. 1 en su referido fallo del 13/8/2004, en razón de que había adquirido el carácter de cosa juzgada material sobre el asunto.

Es decir, la cuestión pasa por lo que se ha dado en llamar economía de opción o ahorro fiscal, que es el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal, lo cual no es reprochable desde el punto de vista legal, según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia⁶⁶.

Por lo tanto, el Tribunal entendió que la existencia de simulación no podía derivar meramente de la utilización de la figura del *trust*, sino que para ello se debía indagar si realmente existía discordancia entre la forma jurídica utilizada y la realidad económica que había quedado aprehendida, trazando un notable paralelismo con el vicio de *sham* analizado por los tribunales anglosajones.

En ese marco, sostuvo que no resulta igual la transferencia de la propiedad lisa y llana que hacerlo a título fiduciario, ya que además de la limitación que surge del fin de la fiducia en orden a la índole de la gestión, dicha transmisión rodea a los bienes de inmunidad respecto de los acreedores, tanto del beneficiario como del fiduciante e incluso de los que resultan beneficiarios.

En cuanto al reproche de no haber utilizado otros medios más simples para la concreción del propósito de Eurnekian al constituir los *trusts*, señaló que el mandato transfiere la propiedad directamente y la donación sólo después de la muerte del donante.

La elección del *trust* no aparecía como caprichosa si se tenía en cuenta la intención del contribuyente, que consistía en aprovechar la ventaja que presenta el *trust* al permitir poner a resguardo de avatares económicos los bienes, mediante el traspaso de la propiedad sometida a limitaciones del fiduciario, hasta tanto se dé la condición de la muerte del constituyente.

Asimismo, consideró que la retención de facultades del *settlor* mediante el establecimiento de una persona de su confianza que actúa como supervisor o controlador del *trustee* (comité en el caso) es habitual en el *common law* y que el Fisco se equivocó al pretender encuadrar los *trusts* en la figura del "fideicomiso" legislado por la ley nacional 24.441, donde no se encuentra prevista la existencia de un "*protector*".

En resumen, concluyó que:

“...hubo un efectivo traspaso de la propiedad del fiduciante al fiduciario y el hecho de que aquél mantuviera una vigilancia -indirecta- sobre éste a fin de cerciorarse del cumplimiento de sus fines al constituir el ‘*trust*’, no altera dicha circunstancia.

Lo cierto es que por un acto de disposición se desprendió de la propiedad de los bienes y, no obstante la existencia del ‘comité’, esa propiedad no volverá a él; sólo le quedaban acciones contra el fiduciario que hubiere incumplido con sus obligaciones, del mismo modo que a los beneficiarios. El mantenimiento de la disponibilidad indirecta, vistas así las cosas, se diluye aún bajo el imperio del principio previsto por el artículo 2 de la ley 11.683.”

Como conclusión, en esta causa nos encontramos con dos enfoques de un mismo problema, por un lado, la Cámara en lo Penal Económico hizo hincapié en el control que el contribuyente continuaba ejerciendo sobre los bienes transferidos al *trust* a través del comité que designaba; mientras que el Tribunal Oral analizó el caso bajo la óptica de la realidad económica de la operación, concluyendo que por no ser los *trusts* formas jurídicas manifiestamente inadecuadas para la función económica que estaban llamados a cumplir, no correspondía desconocerles oponibilidad tributaria.

5.2.c. Conclusiones sobre el reconocimiento de oponibilidad de *trusts*

De los pronunciamientos referidos, entiendo que surgiría el siguiente séxtuple test, superado el cual un *trust* creado en el exterior por un residente argentino podría ser oponible respecto del IBP:

⁶⁶ CSJN, “Industrial Comercial Argentina I.C.A. S.R.L. c/ Nación”, Fallos 241:210.

- 1) Que el *settlor* se desprenda efectivamente de la titularidad y control de los activos. Es decir, más allá de la formalidad de la instrumentación del *trust*, los hechos y circunstancias deben avalar que el *settlor* no dirige los asuntos del *trust* ni administra los activos del mismo como propios.
- 2) Que la relación del *settlor* con los bienes difiera materialmente antes y después de la creación del *trust*.
- 3) Que el *trust* sea irrevocable. Es decir, que el *settlor* no pueda revocar la transferencia de los bienes fideicomitidos, lo cual implicaría que ellos retornen a su patrimonio.
- 4) Que el *trustee* posea discrecionalidad en sus funciones. Es decir, que el *settlor* y/o los *beneficiaries* no impongan al *trustee* las decisiones que debe adoptar sobre la administración y disposición de los bienes aportados al *trust*, más allá de que algunas decisiones importantes para el cumplimiento del objeto del *trust* puedan encontrarse sujetas a la supervisión y control de un “*protector*” de confianza del *settlor*.
- 5) Que los bienes aportados al *trust* no reingresen ni puedan reingresar al patrimonio del *settlor*, lo cual se daría en el caso de que el mismo *settlor* sea *beneficiary* del *trust*.
- 6) Que el *trust* sea creado para alcanzar un propósito económico distinto al mero disfrute de beneficios tributarios, propósito para el cual tal estructura no sea manifiestamente inadecuada.

En consonancia con ello, se debe poder acreditar la efectiva destinación de los bienes aportados al *trust* al fin que se encontraba subordinada su creación. Es decir, se debe poder acreditar que en ningún caso el patrimonio fideicomitado tuvo un destino distinto del originariamente previsto.

Ahora bien, como vimos anteriormente, las FIPs poseen las mismas virtudes económicas que los *trusts* para la planificación sucesoria.

Inclusive, un *trust* es simplemente un contrato, mientras que una FIP es una persona jurídica.

Entonces, ¿por qué una FIP creada en el exterior no podría ser considerada como oponible frente al IBP, una vez superado el séxtuple test indicado anteriormente?

6. Conclusiones

En base a los argumentos desarrollados, entiendo que el reconocimiento de una FIP creada en el exterior no puede ser analizado simplemente a la luz de las restricciones que el derecho local impone a fundaciones creadas en el país. Tal análisis debe tener especialmente en cuenta el derecho internacional privado argentino.

Por consiguiente, el derecho privado argentino puede imponer tales restricciones a la personalidad jurídica de una FIP para actuar extraterritorialmente en Argentina o respecto de bienes situados en el país.

Así, en caso de que el fundador argentino aporte a una FIP bienes situados en el país, el derecho privado argentino podría desconocerle oponibilidad a esta entidad, en razón de que ella no persigue el bien común. En esta hipótesis, el fundador debería incluir tales bienes como propios en su base imponible del IBP.

Sin embargo, siempre y cuando la FIP sea creada sin finalidad fraudulenta, el derecho privado argentino debe reconocerle su calidad de sujeto de derecho respecto de bienes que no se encuentren situados en Argentina, sin poder exigirle ningún requisito adicional.

Por ello, la FIP podría ser oponible frente al IBP respecto de los bienes situados en el exterior que le hubiere aportado el fundador argentino si cumpliera con el séxtuple test que emana de la jurisprudencia existente sobre *trusts*, la cual sería aplicable en razón de que una FIP y un *trust* sucesorio cumplen la misma función económica.

Además, en ese caso, debe considerarse que el fundador no posee acciones ni participaciones sociales en una FIP y ella tampoco emite títulos valores representativos de su patrimonio. Simplemente existe un

documento en el cual el fundador se compromete a aportar bienes a la FIP, el cual no puede ser catalogado como un título valor, al carecer de propósito circulante.

Por lo tanto, los bienes situados en el exterior que se aporten a una FIP tampoco se encontrarían alcanzados por ninguno de los hechos imposables previstos en la ley del IBP.

Como ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Estado tiene la facultad de establecer leyes que cubran las lagunas normativas.

En conclusión, el vacío legal que existe en la actualidad respecto de los aportes de bienes situados en el exterior que un residente argentino realice a una FIP puede ser interpretado como una opción legítima brindada por el Estado para mitigar el impacto del IBP o como una laguna involuntaria en el derecho.

De ser éste último el caso, el Estado argentino debería proceder a legislar de inmediato para cubrir dicho vacío, pues hasta tanto ello no suceda los contribuyentes podrán aprovecharlo legítimamente.