



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas



CARRERA DE POST GRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN

TRABAJO FINAL

Algunos aspectos no regulados en el tratamiento impositivo de fideicomisos

DIRECTOR: DR. JUAN CARLOS VICCHI

TUTORA: PROF. MÓNICA YERISE

ALUMNA: ANA PAULA LOCURSCIO
DNI: 25.560.721

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LA FIGURA DEL FIDEICOMISO: CONCEPTOS GENERALES	2
II.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS INTERNACIONALES	3
II.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA	5
II.3. SOSPECHAS FRENTE AL USO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO	6
II.3.1. FIDEICOMISO VS. NEGOCIOS SIMULADOS	7
II.3.2. EL PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA	8
II.3.3. EVASIÓN, ELUSIÓN Y ECONOMÍA DE OPCIÓN	9
III. IMPUESTO A LAS GANANCIAS	13
III.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	14
III.2. TRATAMIENTO DE LOS APORTES A FIDEICOMISOS	15
III.2.1. PERSONA FÍSICA RESIDENTE NO EMPRESARIA. OPERACIÓN NO HABITUAL	15
III.2.2. PERSONA FÍSICA RESIDENTE NO EMPRESARIA. OPERACIÓN HABITUAL	16
III.2.3. ORGANIZACIÓN EMPRESARIA CONSTITUIDA EN EL PAÍS	23
III.2.4. BENEFICIARIOS DEL EXTERIOR	24
III.3. TRATAMIENTO DE LA CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS	27
III.4. RENTAS PROVENIENTES DE FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTERIOR	28
III.4.1. FIGURAS ALCANZADAS POR LA LEY DEL IMPUESTO	28
III.4.2. CRITERIO DE IMPUTACIÓN Y LAS REGLAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL	32
III.4.3. FIDEICOMISOS EN EL EXTERIOR QUE OBTIENEN DIVIDENDOS DE SOCIEDADES ARGENTINAS	36
III.5. FIDEICOMISOS MIXTOS	37
III.6. DISTRIBUCION DE UTILIDADES. IMP DE IGUALACION. 70.2 DR	42
IV. IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA	48
IV.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	49
IV.2. EL CASO DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS	49
IV.3. FIDEICOMISOS QUE NO GENERAN RENTAS GRAVADAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS	54
IV.3.1. FIDEICOMISOS A LOS QUE APLIQUEN EXENCIONES OBJETIVAS O SUBJETIVAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS	54
IV.3.2. FIDEICOMISOS QUE NO OBTIENEN RENTAS DE NINGÚN TIPO	56
IV.3.3. FIDEICOMISOS QUE NO REVISTEN LA MISMA CALIDAD SUBJETIVA EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y EN EL IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA	57
V. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES	59
V.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA	60
V.2. PERÍODO DE VIGENCIA DEL DECRETO N° 780/95	61
V.3. FIDEICOMISO PÚBLICO	63
V.4. FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTERIOR	65
VI. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	68
VI.1. MARCO NORMATIVO	69
VI.2. NATURALEZA FRENTE AL GRAVAMEN DE LOS APORTES AL FIDEICOMISO	69
VI.2.1. VENTA	70
VI.2.2. SUJETO COMPRENDIDO EN LOS INCISOS A), B), D), E) Y F) DEL ARTÍCULO 4°	71
VI.2.3. COSAS MUEBLES SITUADAS O COLOCADAS EN EL TERRITORIO DEL PAÍS	72
VI.3. EL FIDEICOMISO COMO SUJETO DEL TRIBUTO	72
VI.4. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO	74
VI.4.1. ASPECTO OBJETIVO	76
VI.4.2. ASPECTO SUBJETIVO: ANIMO DE LUCRO	77
VI.4.3. COMPARACIÓN CON CONSORCIOS DE CONSTRUCCIÓN	78
VI.4.4. ADJUDICACIÓN DE BIENES	81
VI.4.5. CESIONES DE DERECHOS FIDUCIARIOS	84

VII. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN	86
INTERNACIONAL	86
VII.1. LEGISLACIÓN DOMÉSTICA PARA FIDEICOMISOS QUE DISTRIBUYEN UTILIDADES AL EXTERIOR ..	87
VII.2. LA INCLUSIÓN DE LOS FIDEICOMISOS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN	87
<i>VII.2.1. LOS FIDEICOMISOS ¿SON “PERSONAS” A LOS EFECTOS DE LOS CDI?.....</i>	<i>89</i>
<i>VII.2.2. LOS FIDEICOMISOS ¿PUEDEN SER “RESIDENTES” DE ALGÚN ESTADO PARTE?.....</i>	<i>90</i>
<i>VII.2.3. ¿QUÉ TRATAMIENTO CORRESPONDE BRINDAR A LAS RENTAS DISTRIBUIDAS?</i>	<i>90</i>
VII.3. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN SUSCRITOS POR ARGENTINA	93
VIII. LEGISLACIÓN COMPARADA	98
VIII.1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN PARAGUAY.....	99
<i>VIII.1.1. IMPUESTO A LA RENTA</i>	<i>100</i>
<i>VIII.1.2. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.....</i>	<i>101</i>
VIII.2. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN URUGUAY.....	101
<i>VIII.2.1. DISPOSICIONES DE NATURALEZA TRIBUTARIA</i>	<i>102</i>
VIII.3. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN CHILE	104
VIII.4. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN BRASIL	105
VIII.5. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN BOLIVIA.....	105
IX. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA.....	107
IX.1. IMPUESTO A LAS GANANCIAS	108
IX.2. IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA.....	109
IX.3. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES	110
IX.4. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	110
IX.5. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL	111
X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	112

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el fideicomiso se ha convertido en un instrumento ampliamente utilizado en el mundo empresarial. Su empleo ha perseguido diversos fines que van desde el aprovechamiento de la figura como herramienta de financiamiento hasta su uso como alternativa para lograr el aislamiento de parte del patrimonio de un sujeto con el objetivo de protección frente a acreedores o para su afectación a algún destino específico.

La legislación tributaria en nuestro país ha querido, en un primer momento, evitar que el componente impositivo se transforme en un factor que desaliente la utilización de este instrumento. Sin embargo, la existencia de casos en los que su empleo se ha llevado a cabo para eludir o evadir tributos, condujo a reformas en algunos cuerpos legales tendientes a evitar el uso impropio del instrumento. Dichas reformas disminuyeron las ventajas financieras de la constitución de fideicomisos, resultando que, frente a ciertas circunstancias, los gravámenes que recaen sobre esta figura en la actualidad terminan convirtiéndose en cargas discordantes con la capacidad económica y financiera del fondo fiduciario.

En atención al amplio espectro de normas tributarias involucradas en la temática planteada, y con el fin de lograr un desarrollo más profundo de cada uno de los problemas detectados, el presente trabajo estará acotado a ciertos aspectos del tratamiento de los fideicomisos en el impuesto sobre los bienes personales, impuesto a la ganancia mínima presunta, impuesto a las ganancias e impuesto al valor agregado.

Al respecto, en primer lugar, se esbozarán brevemente las principales características de la figura de fideicomiso.

A continuación, el trabajo estará dividido en secciones referidas a cada uno de los tributos mencionados en las que se efectuará una descripción del marco legal aplicable a la figura frente al gravamen de que se trate para luego plantear algunos de los principales casos conflictivos que podrían presentarse frente a la aplicación de la normativa reseñada, comentando la solución adoptada por la jurisprudencia administrativa y judicial, en caso de existir, así como también las opiniones doctrinarias que versan sobre la materia.

Se pueden mencionar como cuestiones que ameritan su análisis en la legislación interna, entre otras: el caso de los fideicomisos públicos y su consideración como sujeto pasivo de algunos tributos; cuestiones vinculadas a la transmisión de la propiedad fiduciaria frente al caso de gravámenes que alcanzan a las transmisiones de dominio de bienes a título oneroso; fideicomisos que resultan sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, sin que su actividad sea generadora de rentas gravadas en el impuesto a las ganancias; los denominados “fideicomisos mixtos” en el impuesto a las ganancias; algunos aspectos vinculados a fideicomisos constituidos en el exterior; etc.

También se efectuará un análisis sobre la posible inclusión de la figura en los tratados para evitar la doble imposición internacional y se mencionará legislación comparada en la materia.

Finalmente se incluirá, en cada punto, una opinión personal sobre la cuestión.

El objetivo general de este trabajo, en los términos antes descriptos, consiste en identificar cuestiones vinculadas al tratamiento impositivo de los fideicomisos que no han sido satisfactoriamente reguladas por la normativa vigente y proponer una reforma a las normas que regulan cada uno de los tributos sobre los que versará el análisis mediante la cual se pueda brindar una adecuada respuesta a algunas de las inquietudes que se presentan en la actualidad cuando se pretende evaluar el impacto tributario de la utilización de este instrumento.

II. LA FIGURA DEL **FIDEICOMISO: CONCEPTOS** **GENERALES**

II.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS INTERNACIONALES

El estudio de la herramienta del fideicomiso puede ser abordado remitiéndose a su reconocimiento tanto en el derecho romano como en el anglosajón.

En efecto, la doctrina ha considerado “...que las figuras del trust inglés y la fiducia romano-germánica, presentan una cierta analogía ya que ambas provienen de un tronco común, cuyos orígenes y desenvolvimiento se encuentran en la fiducia romana, citándose entre sus más remotas fuentes al *fideicommissum* y la fiducia, nombres con raíz de la palabra “*fides*”, que en latín, al igual que trust en inglés, significan confianza. Ello en virtud de la confianza que es necesario depositar en el fiduciario para celebrar el contrato que se comenta”¹.

Kiper y Lisoprawski comentan que “Según el Diccionario enciclopédico hispanoamericano (ed. Barcelona, 1912, t. IX, p. 335), fideicomiso es “la disposición testamentaria por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la fe de uno para que ejecute su voluntad”. “El fideicomiso es de origen romano; se introdujo principalmente con dos objetos: primero, facilitar los actos de última voluntad buscando un medio de que dispusiesen de sus bienes los peregrinos, o quienes por otras causas no pudiesen hacer el testamento romano; segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecen ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores”. Leemos en el mismo diccionario que “las leyes de Partidas, en su afán de imitar el derecho romano, introdujeron en España los fideicomisos”; la 14ª, tít. V, partida VI, define la institución fideicomisaria así: “Fideicomisaria sustitución, quiere decir establecimiento que es puesto en fe de alguno que la herencia deja en su mano que la dé a otro”².

Los mismos autores citan a Carregal³, quien recuerda que esta característica del fideicomiso testamentario en el derecho romano (su aptitud para alcanzar por vía oblicua objetivos vedados por la ley) contribuyó a su desprestigio.

Desde el punto de vista del derecho romano, los orígenes de la figura se encuentran sin marco jurídico que la sostenga. El fideicomisario carecía de toda acción contra el fiduciario para que cumpla con el encargo que se le había otorgado, reuniendo a las partes tan sólo una base de confianza.

Es con el Emperador Augusto, quien ordenó en ciertas situaciones a los cónsules que intervinieran obligando al fiduciario a cumplir con pactos comprometidos, cuando se comienza a delinear un marco jurídico sobre tales relaciones.

El fideicomiso se presenta, por lo tanto, desde sus orígenes romanos, como un encargo basado en la honradez y la buena fe. La fiducia o *pactum fiduciae* constituía un acto entre vivos, mientras que el *fideicommissum* era un encargo de última voluntad (antecedente del fideicomiso testamentario).

Dentro del instituto de la fiducia, se conocieron antecedentes organizados dentro de las relaciones familiares (*fiducia cum amico*) que se extendieron con posterioridad a la *fiducia cum creditore*, utilizada como garantía de créditos.

Existían discusiones en cuanto a la naturaleza de la transmisión en título de fiducia. Al respecto, Malumián, Diplotti y Gutiérrez recuerdan que “...la doctrina romanista clásica afirma que en ninguno de ambos supuestos existía una verdadera transmisión de la propiedad sino que lo transferido era un poder familiar (tutor fiduciarius) o una cosa (res mancipi) en función de dueño, al cual se le confiaba para cumplir una finalidad concreta, pero en ningún caso se transmitía el derecho de propiedad puesto que incluso hasta fines de la República el concepto de dominium no se hallaba suficientemente configurado”⁴.

Los mismos autores comentan que la fiducia desapareció en el Bajo Imperio Romano para volver a

¹ Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006.

² Silvio V. Lisoprawski, Claudio M. Kiper. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

³ Carregal, Mario. “El fideicomiso”. Universidad de Buenos Aires, 1982, p. 20

⁴ Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006.

tomar preeminencia en el antiguo derecho germano con la figura del *salman* (*manus fidelis*), quien ejercitaba un derecho propio en nombre propio pero en interés ajeno y cuyas facultades se encontraban limitadas dado que su titularidad sobre los bienes sólo tenía eficacia oponible a terceros en la medida que se cumpliera con el fin determinado por las partes, es decir, que subyacía una condición resolutoria.

Desde el punto de vista del derecho anglosajón, la fiducia romana aparece con la figura del *use*, antecesor del *trust*, como la transmisión de inmuebles a terceros para destinarlo a beneficio del propio transmitente o de otra persona, por actos entre vivos o *mortis causa*.

Históricamente, el *use* fue empleado especialmente por órdenes religiosas franciscanas con el fin de evadir los estatutos de manos muertas, que les impedían ser propietarias de inmuebles. También la figura fue utilizada para eludir otras disposiciones legales, dando origen a la sospecha que rodea el empleo de la herramienta hasta nuestros días, tal como se expresará en los títulos siguientes.

Con el paso del tiempo, este negocio basado únicamente en una relación de confianza, fue recibiendo cierto contralor por parte de la Cancillería que llevaba a asimilar al beneficiario del *use* a un verdadero propietario.

Posteriormente, el instituto del *trust* inglés reemplazó a su antecesor, convirtiéndose en una institución del derecho de propiedad, sin conformar un contrato.

La doctrina sostiene que *“Jurídicamente, el trust descansó desde sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material. Esta segregación se fundamentó en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distinguía entre el derecho del Common Law y el derecho de equidad (equity law), de tal manera que la propiedad legal o foral estuvo sometida al Common Law, mientras que la material o de goce se amparaba en el equity. El sistema de la doble jurisdicción se mantuvo hasta fines del siglo XIX en que fueron unificadas.”*⁵

Los autores también recuerdan que, en el año 1535, Enrique VIII dictó una ley de supresión de los *uses*, convirtiendo el interés en equidad del beneficiario en un interés legal, por lo que el beneficiario se convertiría en propietario legal de los bienes, reuniendo la figura del *trust* a todos aquellos casos en los que se mantenía en cabeza de una persona el interés en “equidad” sobre ciertos bienes.

El *trust*, acercándose al derecho germano, desdobra los negocios jurídicos en uno real y otro aparente y sujeta el derecho adquirido por el fiduciario al cumplimiento de una condición resolutoria.

Este desdoblamiento del dominio se mantiene en el derecho inglés en la figura del *trust*, pero no fue aceptado por la legislación continental europea.

Así se ha sostenido que *“El trust puede constituirse mediante dos segregaciones del dominio pleno:*

- 1) traspasando el título legal a determinada persona, condicionando el fideicomiso en favor del otorgante o de un tercero;*
- 2) sin ningún traspaso, separando el llamado "patrimonio-equitativo" fundado en el derecho equidad, del "dominio legal" apoyado en el common law y convirtiéndose el primitivo propietario -en quien ambas categorías de dominio están fusionadas- en el trustee o fiduciario del propio bien en favor del fideicomisario designado por él mismo.*

Como consecuencia del sistema jurídico dualista del derecho angloamericano, el common law (derecho común) sólo se ocupa de la "propiedad legal". Al regular los derechos relativos a esta clase de dominio no toma en cuenta al fideicomiso, de tal suerte que frente al fiduciario o "propietario legal", el fideicomisario -si está en posesión del bien- ocupa el lugar de un tenedor a quien el titular permite la tenencia material de la cosa, y frente a terceros el fideicomisario posee a nombre del fiduciario. Los bienes constituidos en fideicomiso son propiedad del fiduciario, quien tiene la facultad de disposición de ellos y mientras están en su poder quedan sujetos a todas las consecuencias jurídicas que se derivan del título de propiedad. Pero en el "derecho-equidad" (equity) y en los tribunales que ejercen su jurisdicción, aun cuando se reconoce al fiduciario como "propietario legal" de los bienes, lo colocan en

⁵ Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006.

subordinación absoluta a los derechos del propietario-equitativo (fideicomisario), que es quien goza del patrimonio constituido en su favor, recibe los frutos y tiene capacidad de disposición en las condiciones previstas en el acto constitutivo del fideicomiso”⁶.

Se ha entendido que la figura del fideicomiso en Latinoamérica tiene su origen en estudios efectuados originalmente en México, haciendo especial mención a la existencia de un patrimonio afectado a cierto fin que deja de pertenecer al fiduciante, pero que tampoco pertenece al fiduciario ni al fideicomisario.

Es por eso que, muchas veces, el fideicomiso descrito en las legislaciones de los países latinoamericanos se presenta como una figura con características propias y diferenciadas de otros institutos. Algunos autores sostienen que *“En las legislaciones de América Latina, basándose en elementos propios del trust de Estados Unidos de América, y partiendo del fideicomiso romano, se llega a un instituto que, con esa denominación, reviste los caracteres de un nuevo instrumento financiero”⁷.*

II.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA

En lo que hace a la legislación argentina que ha regulado la figura del fideicomiso, cabe señalar que, con anterioridad a la sanción de normativa específica, el Código Civil en su artículo 2.662, definía al dominio fiduciario, dentro de la especie de dominios imperfectos, como *“...el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de una plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero.”*

La doctrina también señala que la Ley N° 19.550 se refería a la figura del fideicomiso como un representante de los debenturistas frente a la sociedad emisora y que la Ley N° 23.696 y su Decreto N° 584/93 previeron al fideicomiso como un medio para instrumentar programas de propiedad participada en empresas privatizadas.

Con la sanción de la Ley N° 24.441, el citado artículo del Código Civil fue sustituido por el siguiente: *“Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.”* Tal como surge del artículo transcrito, la regulación no era suficiente para su correcto uso.

De acuerdo a lo expresado por Guillermo Borda en su “Manual de contratos”, esta era una de las razones por la cuales la explosión de este instrumento fue posterior a la sanción de la ley específica. En tal sentido, dicho autor sostiene que *“... la falta de reglamentación precisa y la incertidumbre acerca de los efectos del fideicomiso fue la razón por la cual la institución no cobró vida en nuestro derecho...”⁸.*

Por ello, con la aparición de la Ley N° 24.441 (B.O. 16/01/1995), se obtuvo un marco jurídico específico para este tipo de figuras. Su artículo 1º, lo define de la siguiente manera: *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”*

A modo de resumen, podemos afirmar que el fideicomiso es un contrato a través del cual se instrumenta la entrega de bienes de uno o más fiduciantes a un fiduciario, siendo esta entrega una transmisión de propiedad fiduciaria mediante la cual se constituye un patrimonio autónomo, separado del patrimonio

⁶ Silvio V. Lisoprawski, Claudio M. Kiper. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

⁷ Ángel Urquiza Cavallé. “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”. Universidad Rovira i Virgili. Crónica Tributaria. N° 136/2010 (183-235)

⁸ Guillermo A. Borda. “Manual de contratos”. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1998.

del fiduciante y del fiduciario, quedando exento de la acción de los acreedores de todas las partes de este contrato enunciadas en el artículo 1º de la Ley N° 24.441⁹.

La doctrina entiende que la figura del fideicomiso receptada por la Ley N° 24.441 no se basa en los antecedentes del derecho romano sino en una adaptación de la figura del *trust*¹⁰.

En tal sentido, algunos autores destacan que “...el fideicomiso no es un sujeto de derecho, sino un patrimonio segregado que es propiedad y debe ser administrado de acuerdo al mandato fiduciario por un sujeto de derecho (fiduciario)”¹¹. No obstante, como se pondrá de resalto a lo largo de este trabajo, cabe observar que el derecho tributario ha reconocido a la figura como sujeto de obligaciones impositivas.

Otros aspectos regulados por la Ley N° 24.441 son los siguientes:

- La duración del contrato de fideicomiso será hasta que se cumpla el plazo o la condición pactada, o al vencimiento del plazo máximo legal, el cual se estipula en 30 años. También se dispone que el fiduciante podrá revocarlo en el caso de reserva expresa de dicha facultad, lo que no tendrá efectos retroactivos, o bien de alguna otra causal prevista en el contrato.
- El beneficiario y el fideicomisario pueden ser personas distintas.
- El fiduciario deberá cumplir con las obligaciones impuestas y deberá rendir cuentas al/a los fiduciante/s con una periodicidad mínima anual, teniendo derecho al reembolso de los gastos así como a una retribución. Responderá por las deudas del fideicomiso solamente con el patrimonio fideicomitado, siendo el único sujeto con derecho real sobre los bienes integrantes del fideicomiso durante la vigencia del contrato.

La doctrina ha clasificado a los fideicomisos en distintos grupos, entre los cuales se encuentran los fideicomisos testamentarios, de administración, agropecuarios, de construcción, públicos, de garantía y financieros, entre otros. La Ley N° 24.441 no define estas distintas formas que puede desarrollar la figura, haciendo referencia solamente a los fideicomisos financieros.

En la actualidad, el gran desarrollo de este instrumento se ha visto en diversos mercados. Es de gran utilidad como instrumento para la recuperación de entidades deportivas en crisis, aseguramiento de asistencia financiera de negocios, desarrollos inmobiliarios e incluso para obtener y asegurar el financiamiento de obras de infraestructura estatales.

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

II.3. SOSPECHAS FRENTE AL USO DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO

Tal como ocurre habitualmente ante la aparición y generalización de nuevas figuras que son utilizadas en el comercio, el halo de misterio que cubre a esta herramienta genera no pocas inquietudes en las autoridades fiscales.

⁹ Se exceptúa únicamente de esta previsión a la acción de fraude contra el fiduciante.

¹⁰ Malumíán, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006. Los autores citan a Gustavino, Elías P. en “Fideicomisos, ‘leasing’, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441”. Ed. La Ley 1995-B, 1065, entre muchos otros autores.

¹¹ Malumíán, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006. Los autores resaltan que el único país en el cual el fideicomiso tiene personería jurídica es Ecuador.

La falta de regulaciones normativas específicas frente a algunos negocios jurídicos y la lenta evolución de las interpretaciones administrativas y judiciales vinculadas a su tratamiento impositivo, producen a menudo que, ante la sospecha de que la figura se está empleando con propósitos inadecuados, encubriendo la verdadera realidad del negocio llevado a cabo, se lleguen a conclusiones que terminan perjudicando la evolución del nuevo instrumento sin adecuado sustento. No obstante, en otros casos, las sospechas terminan confirmándose y generando, a su vez, nuevos malestares cada vez que se debe estudiar el tratamiento impositivo que corresponderá brindar a la figura.

Desde su aparición y a lo largo del tiempo, el fideicomiso no ha sido la excepción.

II.3.1. FIDEICOMISO VS. NEGOCIOS SIMULADOS

Existen diferentes opiniones que reprochan al negocio fiduciario su semejanza con la simulación relativa, considerando que los efectos del fideicomiso exceden el fin propuesto por las partes.

Al respecto, Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper¹², concluyen que *“...el medio jurídico empleado por las partes es el resultado del ejercicio de su libertad de contratar ya que en este campo rige el principio de la autonomía de la voluntad. El ordenamiento jurídico, en materia de derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones, por lo que la elección que realicen del medio jurídico a emplear... no significa que ése sea el único medio posible, sino que es el que ellas han considerado que era el que mejor contemplaba sus intereses en orden al fin práctico perseguido.”*

En referencia al concepto de “simulación”, se pueden enunciar diferentes definiciones. Así, los referidos autores, citando a León Mazeaud¹³, explican: *“...la simulación es el hecho de que los contratantes concluyan una convención aparente (el acto aparente o simulado) destinado a engañar a terceros, ocultándoles la verdadera convención, la única que obliga a las partes denominada contraescritura.”*

Los autores, al defender su postura, encuentran diferencias palpables entre negocio fiduciario y negocio simulado, entre ellas la inexistencia, en el primer caso, de desacuerdo entre la voluntad y la declaración, ya que la voluntad se plasma a través del contrato fiduciario celebrado entre el fiduciante y el fiduciario. Asimismo, citan a Luis Muñoz¹⁴, quien sostiene que *“El negocio fiduciario no es simulado; es negocio querido por las partes, en consecuencia no es mera apariencia sino realidad, aunque persigue fines económicos diversos al efecto o efectos jurídicos que produce.”* En ese orden, consideran como otra diferencia fundamental, la existencia de traspaso real de bienes, cosa no pretendida en la simulación.

En el derecho argentino, la figura de simulación se encuentra prevista en el artículo 955 del Código Civil, determinando su existencia cuando *“...se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.”*

En relación con la doctrina argentina, los autores mencionados encuentran otra diferencia importante, en que el sujeto que realiza un negocio simulado relativo, puede solicitar judicialmente su nulidad y exigir, el cumplimiento del acto oculto¹⁵, mientras que en el negocio fiduciario, no existe la revocabilidad unilateral del fideicomiso, sólo aplicable en el caso de encontrarse expresamente contemplado en el contrato y a favor del fiduciante.

¹² Silvio V. Lisoprawski, Claudio M. Kiper. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

¹³ Mazeaud, Léon, Jean y Henri. “Lecciones de derecho civil”, parte primera, Vol. I. Ed. Ejea. Buenos Aires, 1976, p. 589.

¹⁴ Muñoz, Luis. “El fideicomiso”. 1ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1973, p. 99.

¹⁵ Código Civil, Artículo 958: *“Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero”.*

Artículo 959: *“Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”.*

II.3.2. EL PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

En íntima relación con lo hasta aquí expresado, se presenta la posible utilización del instituto de la realidad económica frente a la operatoria llevada a cabo mediante el uso de fideicomisos.

La interpretación de las normas a través del principio de la realidad económica, consiste en investigar los hechos reales, considerando que ha sido la valoración económica del hecho o acto gravado lo que determinó la imposición.

El Dr. Jarach consideraba que se trata de un criterio jurídico que sugiere que, al interpretar, se tenga en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en las normas materiales. La consecuencia lógica es interpretar los hechos imponderables según su naturaleza económica, porque solo ella es capaz de indicarnos cuál es la realidad que el legislador ha querido adoptar y valorar a los efectos tributarios.

A fin de comprender mejor esta tesis, debemos tener en cuenta que los actos desarrollados por los particulares podrían involucrar dos tipos de intenciones, a saber:

- *Intentio facti*: es el fin práctico o de hecho que mueve a las partes al celebrar determinada operación económica. Es la intención o voluntad empírica. Prevalece en el derecho tributario.
- *Intentio juris*: es la voluntad de someter tales actos o negocios a un régimen jurídico establecido en las normas respectivas. Es la intención o voluntad jurídica.

Esta metodología de interpretación tiene en cuenta que las instituciones jurídicas no dependen del *nomen juris* que asigna el legislador o los otorgantes de un acto, sino de su verdadera esencia jurídica y tiene su origen en el año 1919, con el Ordenamiento Tributario del Reich, cuyo artículo 4° enunciaba que *“En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias”*.

Su finalidad primitiva era la de calificar al derecho tributario como rama autónoma, con regulaciones propias y conceptos rectores particulares y no subordinados a otras ramas del derecho, acentuando además la capacidad contributiva como criterio rector del fenómeno tributario.

En nuestro país, en el orden nacional, a través de la modificación a la Ley N° 11.683 del año 1947, se incorporaron las siguientes disposiciones:

“Artículo 1°: En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.

Artículo 2°: Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos.”

Esta misma tesis fue incorporada posteriormente a los ordenamientos provinciales.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiterada jurisprudencia, ha utilizado este método interpretativo, pudiendo mencionar en forma referencial la causa “Parke Davis y Cía. S.A.” de fecha 31 de julio de 1973 en la cual se analizó el caso de operaciones efectuadas entre una sociedad local y una

sociedad que la controlaba en el exterior y que resultaba titular del 99,95% de su capital. Allí, se concluyó que no existían dos sujetos diferenciados en el negocio jurídico y que las formas jurídicas escogidas por las partes “...no son óbice para establecer la efectiva unidad económica de aquéllas y su comunidad de intereses a través de la ‘significación económica de los hechos examinados’”. Así, se justificó el empleo del instituto de la realidad económica “...no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea”.

No obstante, el máximo tribunal también ha fijado límites frente al empleo injustificado por parte del fisco del instituto de que se trata. En tal sentido, podemos citar a modo de ejemplo, lo expresado en autos “Autolatina Argentina S.A. c. Dirección General Impositiva”, de fecha 27 de diciembre de 1996. En dicho caso, la empresa determinaba el Impuesto al Valor Agregado imputando las operaciones al periodo fiscal en que se producía la adjudicación de automotores, comercializados bajo un sistema de ahorro previo. El Fisco efectuó los ajustes correspondientes de manera de imputar la operación al momento de la entrega de los automotores, invocando el criterio de interpretación de realidad económica. Por el contrario, la opinión de la Corte Suprema fue que la aplicación del instituto de la realidad económica no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria ya que, caso contrario, se afectaría el principio de reserva o legalidad con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica y desconocimiento de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas en materia tributaria. De esa manera, quedó claramente expresado que por esta vía no se puede agravar la situación del contribuyente cuando la *intentio facti* coincide con la *intentio iuris*.

II.3.3. EVASIÓN, ELUSIÓN Y ECONOMÍA DE OPCIÓN

Tal como se expuso en los apartados precedentes, el empleo de la figura del fideicomiso genera usualmente bastantes sospechas en la autoridad fiscal, asociándose con conductas antijurídicas tendientes a reducir la carga tributaria que pesa sobre el negocio. En este marco, en varias ocasiones se han traído a colación los conceptos de evasión, elusión y economía de opción.

Cabe señalar que la doctrina se ha referido a estos términos con definiciones que no resultan uniformes, existiendo también algunos desacuerdos con relación a su grado de licitud y a la fijación de los límites que diferencian a cada una de estas conductas con las demás.

De tal modo, el Dr. Guillermo Rodríguez Usé explica que “la evasión fiscal es toda reducción total o parcial de la obligación tributaria mediante el despliegue de actividades o conductas “contra legem”” y que “En principio la evasión incluye todos los casos de incumplimiento ilegal de la obligación tributaria, sea que el reproche sancionatorio se realice a título de culpa o dolo, sin perjuicio de que la conducta evasiva por antonomasia se caracteriza por la omisión de pago con fraude”¹⁶.

Por su parte, la Dra. Catalina García Vizcaíno¹⁷, cita al Dr. Villegas, quien entiende que “...en derecho tributario “evadir es sustraerse al pago de un tributo que legalmente se adeuda”, y hay evasión “ante toda eliminación o disminución de la carga tributaria, con prescindencia de que tales conductas sean fraudulentas o simplemente omisivas””.

Conforme a estas definiciones, la evasión fiscal es siempre una conducta ilícita, característica esta última que la diferencia de aquellos comportamientos tendientes a disminuir legítimamente la carga tributaria.

No obstante, algunos autores, en una postura minoritaria, consideran que la evasión puede ser una conducta lícita, en el caso de que el contribuyente aproveche “...las lagunas legales derivadas de la falta de inclusión en el objeto del tributo de ciertas riquezas análogas a las gravadas. En estos casos el

¹⁶ Rodríguez Usé, Guillermo F. “La ley antielusión fiscal”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Septiembre/2001

¹⁷ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho Tributario”. Ed. Abeledo Perrot. 2010

*contribuyente conforma su actividad económica en concordancia con esta falta de hipótesis legal de incidencia, "evadiendo" el impuesto "sin violar ningún texto ni disposición legal".*¹⁸

En cuanto a la elusión fiscal, las discrepancias son mayores, no sólo en cuanto a su definición sino también a la licitud o no de dicha conducta.

En tal orden de ideas, la Dra. García Vizcaíno ha explicado que “...gran parte de la doctrina entiende que la elusión se configura por no pagar lo debido por el aprovechamiento de lagunas legales, figuras más convenientes, etc., **pero sin infringir la ley**”.¹⁹ (El destacado es propio).

Sin embargo, en opinión de esta autora “...la "elusión" debe restringirse al ámbito de los **ilícitos**” y “...constituye un modo de evasión fiscal fraudulenta por abuso de las formas”.²⁰ (El destacado es propio).

Por su parte, el Dr. Rodríguez Usé ha concluido que “La conducta en el caso de la elusión fiscal es **antijurídica**, pues implica una utilización antifuncional de las formas. La maliciosa utilización de las formas para engañar al Fisco en orden a disminuir la carga fiscal **es un acto ilícito** por significar un abuso del derecho que genera una lesión enorme” y que “La "elusión fiscal" implica una evasión tributaria, cuyo modus operandi está vinculado con el abuso de las formas: es indispensable la atipicidad o anormalidad de la forma cuya utilización sólo se explica por la intención de evadir el tributo.”²¹ (El destacado es propio).

Finalmente, en lo que hace al concepto de “economía de opción”, este último autor ha expresado que dicha conducta se presenta cuando “el contribuyente se limita a elegir alguna entre diversas formas jurídicas **igualmente legítimas** que el derecho privado pone a su alcance y elige aquella que optimiza su ecuación económica”. De esta forma, distingue la figura en comentario de las conductas elusivas de la siguiente manera: “...si el sujeto conforma realmente su actividad económica a la "laguna legal" de suerte tal de realizar sólo actos ajenos al objeto del gravamen, nos encontramos ante un caso de "economía de opción" y por lo tanto no hay "evasión", sino **legítima disminución de la carga tributaria**. En realidad, como ha sostenido la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, nadie está obligado a estructurar su actividad económica de manera de pagar los mayores impuestos. Si en cambio, el sujeto pasivo considerando los defectos en la redacción de las normas tributarias "simula" realizar una actividad no encuadrada en la norma legal tributaria pero encubriendo su real actividad que está incluida en el hecho imponible, nos encontramos ante un caso de "**elusión**" por abuso de las formas (...). En este caso la conducta del contribuyente es **violatoria de la ley** y por lo tanto encuadra dentro del fenómeno evasivo que nos ocupa, aunque encuadrable en una figura distinta.”²² (El destacado es propio)

Sin embargo, el mismo autor manifiesta que otros autores han entendido que la "elusión tributaria" y la "economía de opción" son conceptos intercambiables entre sí.

Por lo tanto, y yendo al caso puntual que nos ocupa, la conducta de un contribuyente que ha elegido desarrollar su negocio mediante el empleo de la figura del fideicomiso deberá analizarse a la luz de estos conceptos, en el sentido de si se ha recurrido a esta herramienta como una forma jurídica que el derecho privado ofrece, tan legítima como cualquier otra figura (economía de opción) o si existe una contradicción entre la finalidad perseguida por el contribuyente y el objeto de la figura jurídica elegida, buscando alcanzar algún objetivo específico mediante el empleo de una herramienta que no es la que se utilizaría normalmente para tal fin (elusión).

Los conceptos en comentario han sido analizados con aplicación específica a la figura del fideicomiso en la causa “Eurnekian, Eduardo s/ ley 24.769”.

¹⁸ Cfr. cita de Rodríguez Usé, Guillermo F. (“La ley antielusión fiscal”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Septiembre/2001) a Duverger, Maurice. “Hacienda Pública”. Barcelona. 1968

¹⁹ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho Tributario”. Ed. Abeledo Perrot. 2010

²⁰ Cfr. nota anterior

²¹ Rodríguez Usé, Guillermo F. “La ley antielusión fiscal”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Septiembre/2001

²² Cfr. nota anterior

En efecto, con fecha 6 de agosto de 2003, la Sala A de la Cámara Nacional Penal Económica analizó el caso de una persona física residente en el país que donó el producido de la enajenación de acciones de sociedades de las que resultaba titular a fideicomisos constituidos en países considerados paraísos fiscales. Basándose en esa transmisión fiduciaria, el contribuyente no declaró dichos fondos como bienes gravados en el impuesto sobre los bienes personales.

En tal oportunidad, se tuvo en especial consideración la existencia de un comité encargado de administrar los fondos fiduciarios, que se encontraba integrado por personas que el mismo contribuyente designaba y removía. Al respecto, por mayoría se entendió que a través de los fideicomisos “...*queda muy bien disimulado el hecho de que el mismo fideicomitente es quien conserva facultades de administrar, revertir o disponer de los fondos sin ninguna restricción salvo la intermediación de un comité que él mismo designa y remueve a voluntad*”.

A efectos de desvirtuar la forma escogida por el contribuyente se analizó si la figura en cuestión respondía a cuestiones cabalmente justificadas. En tal orden de ideas se indicó que “*El pretexto de sustraer los bienes a los avatares de las crisis económicas de nuestro país no da cuenta del empleo de tan complicadas formas de contratación cuando hubiera bastado una simple transferencia de los fondos al exterior y una sencilla disposición testamentaria*”, por lo que se concluyó que “...*todo ese artificio tiene el único propósito de defraudar al fisco sustrayendo el patrimonio a la tributación que le correspondía*”, resaltando como principal indicio de esa intención el hecho de haber radicado los capitales en paraísos fiscales.

La existencia de un comité sometido a la dependencia funcional respecto del donante llevó a la Cámara a concluir que se verificaba un supuesto de simulación habida cuenta de entender “...*que los bienes permanecen bajo el dominio perfecto de su titular por encontrarse sometidos a su voluntad y acción*”.

Sin embargo, con fecha 13 de agosto de 2004, en la misma causa, el Tribunal Oral Penal Económico N° 1 resaltó, en primer lugar, que los contratos de fideicomisos constituidos en el exterior debían ser reconocidos como hábiles por aplicación del artículo 1205 del Código Civil.

En segundo lugar, refiriéndose al instituto de la realidad económica, destacó que no pueden soslayarse los negocios jurídicos creados por el contribuyente en la medida que existan razonables motivos para sostenerlos, ya que de lo contrario se atentaría contra la seguridad jurídica y se afectaría el principio de reserva de ley.

Por así entender, 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*”.

Agregó que “...*lo que aparece como cierto es el recurrir a una conducta que se califica como economía de opción o ahorro fiscal, que no exhibe discordancia alguna entre la forma jurídica utilizada y la realidad económica que quedó aprehendida*” y destacó que “...*nadie está obligado a comportarse de tal manera que su carga tributaria sea la mayor posible, cuando dentro del ámbito de la licitud puede tributar menos o no hacerlo*”.

Gotlib G. y Vaquero F.²³ critican los argumentos que utilizó la Cámara Nacional Penal Económica bajo el entendimiento de que “*Cuando la ley habla de fideicomiso o figura similar, se entiende que el trust sólo califica como figura similar si reúne las características esenciales del fideicomiso*” y que ninguno de los rasgos que se tuvieron en consideración en el caso alcanzaba para desvirtuar la existencia de un fideicomiso, por lo que no podía hablarse de simulación. Sin embargo, destacan que lo que ocurrió en el caso es que tales rasgos, considerados en su conjunto indicaban que “*en la práctica, el fiduciante o settlor conserva el control sobre el destino de los bienes*” y que, siendo ello así, se presentaba la posibilidad de diferir el impuesto contrariando el fin de la norma el cual no pudo ser otro que “*evitar gravabilidad en aquellos casos en los que ni el fiduciante ni el beneficiario poseen el control de los bienes fideicomitados*”.

²³ Gabriel Gotlib – Fernando M. Vaquero. “Aspectos internacionales de la tributación Argentina”. Ed. La Ley, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 355

Por lo expuesto, resulta importante destacar que cada situación particular debiera analizarse a la luz del principio de la realidad económica tratando de dilucidar la real intención de las partes con la operatoria desarrollada y los motivos que llevaron a la utilización de la figura del fideicomiso, los que podrían estar adecuadamente justificados en razones ajenas a la tributación debiendo entonces respetarse la voluntad de las partes.

Frente a la necesidad de encarar dicho proceso, aparecen inevitablemente los conceptos de evasión, elusión y economía de opción, a los que se ha hecho referencia en los párrafos que anteceden y cuya línea divisoria, pese a la existencia de numerosa doctrina y jurisprudencia que podría resultar orientativa, no puede aún ser trazada de manera inequívoca.

III. IMPUESTO A LAS GANANCIAS

III.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El Decreto N° 780/1995, reglamentario de la Ley N° 24.441, determinaba el tratamiento del fideicomiso en el impuesto a las ganancias de nuestro país. El rango normativo entonces utilizado para regular la materia resultaba pasible de cuestionamientos a la luz del principio constitucional de legalidad en materia tributaria²⁴, dado que –por ejemplo- definía a ciertos fideicomisos como sujetos del tributo.

Esta situación fue subsanada mediante el dictado de la Ley N° 25.063 (B.O. 30/12/1998), la cual incorporó a esta figura como sujeto del impuesto a las ganancias en ciertos casos al incluirla en el apartado 6, inciso a), artículo 69 de la ley del tributo, con el siguiente alcance: *“Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V.”*

Por lo tanto, conforme a la norma transcrita, sólo revisten la calidad de sujeto pasivo del impuesto a las ganancias, debiendo determinar e ingresar la obligación tributaria que le corresponda:

- Los fideicomisos financieros, en todos los casos
- Los fideicomisos no financieros cuando el fiduciante y el beneficiario sean personas distintas
- Los fideicomisos no financieros cuando el fiduciante-beneficiario sea un “beneficiario del exterior” para la ley de impuesto a las ganancias

Posteriormente, mediante el Decreto N° 254/1999 (B.O. 22/03/1999) se introdujeron normas relativas a los fideicomisos dentro del decreto reglamentario del impuesto de marras.

Asimismo, el último párrafo del inciso a) del artículo 69 de la ley del tributo, dispone que los fiduciarios quedan comprendidos en el inciso e), del artículo 16 (actual artículo 6), de la Ley N° 11.683, por lo que serán considerados responsables por deuda ajena²⁵.

Por su parte, el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49, determina que son ganancias de la tercera categoría *“Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V.”*

Consecuentemente, tratándose de fideicomisos no financieros en los que el fiduciante posea, a la vez, la calidad de beneficiario, será el fiduciante-beneficiario el sujeto obligado a determinar y declarar la renta obtenida por el fideicomiso como ganancia de la tercera categoría, a menos que dicho sujeto revista la calidad de beneficiario del exterior en los términos de la ley de impuesto a las ganancias.

²⁴ En el artículo 4° de nuestra Constitución Nacional se dispone que las contribuciones serán impuestas por el Congreso Nacional. En igual sentido, los artículos 17 y 19 establecen, respectivamente, que *“Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°”* y que *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

En materia tributaria, el Dr. José O. Casás distingue el principio de “reserva de ley”, conforme al cual determinados elementos de la obligación tributaria deben indefectiblemente encontrarse consignados en una ley en sentido formal (Cfr. “Principios jurídicos de la tributación”. Capítulo IV en “XXI Jornadas Tributarias”. Asociación Argentina de Estudios Fiscales. P. 219). Ello se sustenta en la idea de “autonormación” y expresión de la voluntad popular a través de sus representantes en el Congreso Nacional, que da lugar a la premisa *“not taxation without representation”*.

Los tribunales han aplicado este principio en reiteradas ocasiones. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la facultad del Congreso de crear impuestos constituye uno de los rasgos esenciales del régimen republicano y que el Poder Ejecutivo no puede, vía reglamentaria, establecer o extender los impuestos a sujetos no previstos por la ley (Fallos 276-21. “Industria Té Argentino S.R.L.”. 20/02/1970)

²⁵ El referido artículo de la ley procedimental dispone que *“Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley: (...) e) Los administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero”*.

Con relación a la determinación del resultado impositivo para el caso de fideicomisos comprendidos en el artículo 69, el primer artículo incorporado a continuación del artículo 70 del decreto reglamentario de la ley de que se trata aclara que las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios deberán ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue sobre las ganancias netas imponibles obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, considerando como año fiscal el establecido en el primer párrafo del artículo 18 de la ley, no siendo deducibles los importes que, bajo cualquier denominación, corresponda asignar en concepto de distribución de utilidades.

El artículo siguiente al citado precedentemente, elimina esta última limitación para los fideicomisos financieros que cumplan con ciertos requisitos.

Por otro lado, el cuarto artículo incorporado a continuación del antedicho artículo 70 del decreto reglamentario, agrega que *“Cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el Título V de la ley, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.”*, aplicándose el artículo 50 de la ley, que dispone que los resultados se considerarán íntegramente asignados o distribuidos aunque no se acrediten en la cuentas particulares.

Sin perjuicio de la regulación expresa de la figura bajo análisis en la legislación específica del gravamen que nos ocupa, la normativa vigente no ha podido brindar respuesta a todos los negocios generados mediante la utilización de fideicomisos. Muchas veces, la rapidez con la que evolucionan los negocios comerciales torna obsoleta la legislación vigente en la materia, dando lugar a situaciones conflictivas entre el fisco y los contribuyentes en el intento de interpretar una normativa que, en la mayoría de los casos, se ha dictado en un contexto diferente al actual.

En los títulos siguientes se procederá a poner de resalto algunas de esas situaciones conflictivas, sin que se pretenda que los temas descriptos agoten los aspectos cuya legislación expresa se presenta, a todas luces, como necesaria.

III.2. TRATAMIENTO DE LOS APORTES A FIDEICOMISOS

Una de las inquietudes que se podría presentar frente a operaciones con fideicomisos resulta ser si los aportes de bienes efectuados al fideicomiso podrían derivar, dadas ciertas particularidades, en una ganancia alcanzada por el impuesto a las ganancias para el fiduciante. En efecto, en la medida que el fiduciante reciba una contraprestación presente o futura por el aporte efectuado, podría resultar dificultoso diferenciar la operatoria de una transferencia de dominio a título oneroso.

Con el objeto de profundizar el análisis de la temática planteada, resulta pertinente dividir el análisis según cual sea la condición del fiduciante, pudiéndose evaluar las siguientes situaciones:

III.2.1 Persona física residente en el país no organizada en forma de empresa y que no realiza habitualmente operaciones como las analizadas

III.2.2. Persona física residente en el país no organizada en forma de empresa, pero que realiza habitualmente tales operaciones

III.2.3. Organizaciones empresarias constituidas en el país

III.2.4. Beneficiarios del exterior

III.2.1. PERSONA FÍSICA RESIDENTE NO EMPRESARIA. OPERACIÓN NO HABITUAL

Tratándose el aportante de una persona física residente en el país que no realiza habitualmente este tipo de transacciones, más allá de tener también que considerar lo dispuesto especialmente en cada categoría de renta, resultará en principio aplicable la denominada *“teoría de la fuente”*, quedando alcanzados, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2º, inciso 1), de la ley que regula el tributo: *“...los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación”*.

Por lo tanto, bajo el entendimiento de que la operación no cumple con las condiciones expresadas en el citado artículo 2°, necesarias para que exista renta alcanzada, se deberán tener en cuenta las demás situaciones que esboza la ley, a fin de determinar si encuadra o no dentro del objeto de la misma.

Podemos observar que el apartado tercero de este artículo, plantea una excepción a su inciso 1°, al determinar que estarán alcanzados *“Los resultados obtenidos por la **enajenación** de bienes muebles amortizables, acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, cualquiera fuera el sujeto que las obtenga.”* (El destacado es propio)

No obstante, más allá de los alcances que cabría brindar al término “enajenación” en función al artículo 3° de la ley del gravamen que se desarrollará en el punto siguiente, cabe recordar que, según el Dictamen N° 351 de fecha 3 de julio de 2003 de la Procuración del Tesoro de la Nación, la derogación de la Ley N° 25.414 implicó la derogación del apartado tercero del artículo 2° de la ley de Impuesto a las Ganancias²⁶, antes citado.

Por lo expuesto, es lógico considerar que, de acuerdo a lo expresado por el Procurador del Tesoro, tampoco estaría alcanzada la transferencia de bienes aportados por una persona física a un fideicomiso por el mencionado apartado 3, habida cuenta que el mismo no estaría operativo.

Consecuentemente, el aporte de un bien a un fideicomiso efectuado por una persona física residente en el país pero que no realice tales transacciones en forma periódica, no se encontraría, en principio, alcanzado por el gravamen.

Ello así, sin perjuicio de reiterar que deberían analizarse las particularidades de la operación de que se trate a la luz de los conceptos específicamente mencionados en cada categoría de renta en la ley del gravamen, lo que excede el marco de este trabajo.

Por último, y tratándose puntualmente de aportes de inmuebles efectuados por personas físicas no habitualistas residentes en el país, cabría considerar las disposiciones de la Ley N° 23.905, a través de cuyo Título VII se estableció el impuesto a la transferencia de inmuebles (ITI) sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país. Al respecto, si bien el mencionado gravamen no resulta objeto del presente trabajo, podrían resultar de utilidad las consideraciones que se esbozarán en el punto siguiente respecto de las características del dominio transferido a través de aportes a fideicomisos.

III.2.2. PERSONA FÍSICA RESIDENTE NO EMPRESARIA. OPERACIÓN HABITUAL

²⁶ Corresponde recordar que el tercer apartado del artículo 2° de la ley del gravamen fue reemplazado por la “Ley de Superpoderes” N° 25.414, que amplió su alcance incorporando al objeto del tributo a los resultados por enajenación de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores que, hasta ese momento, no estaban gravados en caso de ser obtenidos por personas físicas, salvo en el caso de haber habitualidad, estando a su vez exentas por el artículo 20 inciso w). Este inciso eximía las ventas de estos bienes realizadas por personas físicas en forma habitual. Respecto de operaciones no habituales no había aclaración debido a que no estaban comprendidas en el objeto del impuesto por ese mismo motivo.

Luego, el Decreto N° 493/01 modificó el inciso w) del Art. 20 de la ley del impuesto eliminando el requisito de habitualidad para la exención. El mismo decreto agregó que no estaban comprendidos en la exención los resultados que tuvieran objeto acciones que no cotizaran en bolsa o mercado de valores, cuando los sujetos que los obtengan sean residentes en el país.

A su vez, incorporó: i. el inciso k) al artículo 45 de la ley, incluyendo como ganancia de segunda categoría a los resultados provenientes de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones; y ii. el artículo a continuación del artículo 48, aclarando la forma en la que debía determinarse la ganancia proveniente de estas operaciones (precio de venta – costo de adquisición).

Posteriormente, la Ley N° 25.556 derogó la “Ley de Superpoderes”, lo que planteó la inquietud respecto a que si las disposiciones introducidas por el Decreto N° 493/01 siguen vigentes en la actualidad.

En tal estado de situación, el Procurador del Tesoro se expidió mediante Dictamen N° 351/2003 interpretando que la derogación de la Ley N° 25.414 implicó privarla de todos sus efectos y que el Decreto N° 493/01 perdió operatividad y vigencia. Por lo tanto, concluyó que no puede entenderse renacido el texto anterior vigente, sino que el apartado tercero del artículo 2° de la ley de Impuesto a las Ganancias se encuentra derogado en su totalidad.

Cabe resaltar, por un lado, que dicha conclusión implicaría considerar no alcanzados por el impuesto no sólo los resultados por enajenación de acciones y demás títulos valores sino también los provenientes de ventas de bienes muebles amortizables efectuados por personas físicas y sucesiones indivisas, conforme lo expresado por el fisco en respuesta a la consulta que se le formulara en el marco de la Comisión de Enlace AFIP-CPCECABA, reunión del 20/4/2005.

Siendo el aportante una persona física que realiza habitualmente operaciones como las que aquí se analizan, y más allá de las inquietudes que podrían presentarse al momento de definir la existencia o no de periodicidad en los términos de la ley del gravamen, a efectos de dilucidar si el aporte efectuado realmente redundará en una renta, rendimiento o enriquecimiento susceptible de ser alcanzado por el tributo conforme al artículo 2° de la ley, correspondería precisar si realmente se trata de una enajenación en los términos del artículo 3° de la norma.

Al respecto, de acuerdo a este último artículo, se entiende por **enajenación** a los fines de este impuesto a “...la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, **todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.**”

Nótese que, frente a aportes efectuados a sociedades, es la propia ley la que asimila la operatoria a una enajenación. No obstante, ante la ausencia de mención expresa a los aportes efectuados a fideicomisos, no resultaría válido extender dicho concepto al caso analizado, considerando que la prohibición de analogía en materia tributaria ha sido remarcada en numerosas oportunidades por la doctrina y la jurisprudencia.

Consecuentemente, restaría analizar si el citado artículo 3° podría estar abarcando a los aportes efectuados a fideicomisos al referirse a los actos de disposición por los que “...se transmite el dominio a título oneroso”.

Por lo tanto, el primer aspecto respecto al cual surgen inquietudes es determinar si el aporte a un fideicomiso constituye una verdadera transmisión de dominio en los términos de la ley de impuesto a las ganancias.

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 1° de la Ley N° 24.441, habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra.

Ahora bien, el dominio fiduciario podría tildarse como de carácter imperfecto, siendo esta una característica fundamental a tener en cuenta al momento de considerar la configuración o no del hecho imponible gravado en el impuesto a las ganancias.

Conforme lo señala el artículo 2507 del Código Civil, el dominio imperfecto (o también llamado menos pleno) se da cuando “...debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real...”, siendo esto complementado por el artículo 2.661, el cual resuelve que “*Dominio imperfecto es el derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.*”

Estas particularidades acerca de la transmisión del dominio en caso de aporte a un fideicomiso podrían llevar a apartarnos de la definición contenida en el artículo 3° de la ley del gravamen, bajo el entendimiento de que la transferencia de dominio realizada es imperfecta. Esta interpretación podría verse reforzada en los casos en los que la figura del fiduciante coincide con la del fideicomisario, ya que bajo tales condiciones podría sostenerse que el objeto del contrato no es transmitir la plena propiedad del bien a un tercero, o por lo menos no lo es con carácter definitivo ya que, en cabeza del fiduciario, solo hay un dominio imperfecto por tiempo determinado.

Una postura de este estilo ha sido sostenida por la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación en la causa “Sud Inversiones y Análisis S.A. s/ recurso de apelación”²⁷, que se desarrollará más adelante, en donde se entendió que los aportes a fideicomisos no constituyen transmisiones de dominio en los términos del artículo 2° del Decreto N° 114/93 que regulaba el impuesto de sellos.

Sin embargo, la solución podría generar mayores inquietudes en el caso de que la persona que reviste la calidad de fideicomisario no coincida con el fiduciante puesto que, en tal situación, el fideicomisario adquiriría la propiedad plena del bien cuando se entienda cumplida la condición o el plazo al que se somete el fideicomiso.

²⁷ “Sud Inversiones y Análisis S.A. s/recurso de apelación”. TFN, Sala D. 13/7/2011

Bajo este último supuesto, aceptándose la existencia de una transmisión de dominio, aún se dificultaría identificar el momento en el que dicha transmisión ha tenido lugar, a los efectos del nacimiento del hecho imponible en el gravamen. En efecto, podría sostenerse que la transmisión de dominio ha quedado configurada con la entrega del bien al fiduciario, o bien entenderse diferida su configuración hasta el periodo en que el bien es adjudicado al fideicomisario produciéndose la plena transmisión de su dominio.

Sin perjuicio de lo expuesto, de los antecedentes administrativos emanados de la autoridad fiscal, pareciera desprenderse que la existencia de una transmisión de dominio no ha sido el elemento en el que se centran las diferencias interpretativas en cuanto a la procedencia de uno u otro gravamen, sino que las discusiones más frecuentes se han limitado a considerar el segundo aspecto mencionado en la norma en comentario, el cual tiene que ver con la presencia o ausencia de título oneroso en la transmisión efectuada.

A efectos de ahondar en dicho aspecto y, si bien el caso traído a mención involucraba otro gravamen, resulta apropiado mencionar que la Administración Federal de Ingresos Públicos, en su Dictamen (DAT) N° 103/2001, en respuesta a una consulta respecto a si la transmisión fiduciaria de un bien inmueble se encontraba alcanzada por el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas, consideró que, en función de calificada doctrina “...*la transmisión del dominio imperfecto del fiduciante al fiduciario **no es realizada a título oneroso ni a título gratuito**, sino que el fiduciario recibe la propiedad a título de confianza*” (el destacado es propio). En este caso se trataba de un fideicomiso de administración a través del cual una persona física transmitía la propiedad de un bien inmueble a título imperfecto a otra persona física, señalando el organismo fiscal que la conclusión esbozada resultaba análoga a la que se arribó en una actuación anterior relativa al impuesto a las ganancias y resaltando que “...*las operaciones de transmisión de bienes inmuebles con carácter fiduciario no generan hecho imponible alguno en el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas*”.

A igual conclusión, si bien con algunas diferencias en cuanto a la naturaleza de la transmisión, llegó el organismo fiscal en el Dictamen (DAL) N° 08/2002, al considerar que “...*la constitución de un fideicomiso de administración -más allá de que se considere que a través del mismo sólo se transmite un dominio desmembrado y no pleno- **a título gratuito** no se encuentra alcanzado por el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas.*” (El destacado es propio).

Parecería que el fisco logra brindar mayor claridad y certeza a la cuestión, mediante lo estipulado en el Dictamen (DAT) N° 17/2002, determinando que “...*en la transferencia fiduciaria del inmueble al fiduciario, no se produce la generación del hecho imponible dispuesto por la ley del tributo, por cuanto se encuentra ausente el elemento fundamental que caracteriza al mismo -la **onerosidad** de la transferencia-*”, remarcando que “...*en cada caso particular se deberán examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios -surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él...*” o sea, “...*se deberá determinar si a la luz de la realidad económica se produce la **transferencia definitiva** de los bienes a un tercero **a cambio de una contraprestación** -v.g. entrega al fiduciante de acciones emitidas por el fideicomisario-*” (El destacado es propio).

Asimismo, cabe citar el Dictamen (DAT) N° 55/05, en el cual el fisco invocando el principio de la realidad económica y la necesidad de atender al negocio subyacente, partió igualmente de la premisa de que debe analizarse cada caso en particular. A los fines de establecer si una operación reviste o no el carácter oneroso, resaltó lo normado por el artículo 1139 del Código Civil, el cual establece que los contratos son a título oneroso “ ‘... *cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle.*’, en tanto que son a título gratuito ‘... *cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte*’ ”.

En este caso en particular, determinó que “...*la transferencia de dominio realizada por la fiduciante, tiene como contrapartida una contraprestación futura a la que se obliga el fiduciario, la cual emerge*

con claridad del contrato de fideicomiso, -específicamente de la cláusula décima-, donde se detallan los bienes que corresponderá adjudicarle cuando culmine la obra.”, concluyendo que “...la transferencia de dominio realizada por la fiduciante en el marco del contrato que nos ocupa reviste carácter de oneroso, resultando en consecuencia alcanzada por el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.”, por ser efectuado por una persona física.

Por su parte, manteniendo la línea sostenida en los antecedentes reseñados en lo que hace a la necesidad de analizar el negocio subyacente presente en cada caso, en el Dictamen (DAT) N° 12/2007 se analizó el caso del aporte de un inmueble efectuado por un matrimonio a un fideicomiso de administración constituido a favor de su hijo discapacitado. Los padres, en su calidad de fiduciantes, habían encomendado la administración del bien al fiduciario, constituyéndose como únicos beneficiarios y disponiendo que, de producirse su fallecimiento, el bien sería entregado a los fideicomisarios designados, quienes debían administrar el bien a favor de su hijo.

Bajo la situación descripta, el fisco estimó que “...en el presente caso no se vislumbra la existencia de onerosidad, ello atento a la ausencia de contraprestación alguna a favor del fiduciante a cambio de los bienes transmitidos, siendo asimilable la operatoria a un contrato de mandato cuyo objeto sería la administración del patrimonio fideicomitado”. En consecuencia, concluyó que no se verificaba la generación del hecho imponible previsto por la Ley de Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas, ni en el Impuesto a las Ganancias -de corresponder-, por cuanto se encontraba ausente el elemento fundamental que caracteriza a los mismos, es decir la existencia de título oneroso en la transferencia.

Una interpretación similar se brindó en el Dictamen (DAT) N° 49/2010 frente a un fideicomiso de administración en el que los fiduciantes eran, a la vez, beneficiarios y fideicomisarios.

Tratándose de fideicomisos de construcción, el tema fue analizado por la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios constituida en la AFIP durante el año 2011, con la presencia de representantes del sector privado afectados por la temática descripta. Allí se expresó que, frente al caso de un fiduciante-beneficiario “...al producirse la entrega de un terreno con la condición de que le adjudiquen – como contraprestación- unidades funcionales, se configura la enajenación de aquél, en los términos del artículo 3° de la Ley del Impuesto a las Ganancias o su transferencia conforme lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley de Impuesto a las Transferencias de Inmuebles de Personas Físicas o Sucesiones Indivisas, ya que se está en presencia de una transmisión de dominio realizada a título oneroso...”²⁸.

Nótese que la conclusión a la que arriba la Comisión de que se trata, derivará en el reconocimiento de una ganancia gravada para el fiduciante aún respecto de la porción del terreno que finalmente le será nuevamente adjudicada con las unidades a recibir en contraprestación. En sentido contrario a lo allí concluido, se podría plantear que la ganancia a considerar por el fiduciante debería disminuirse en la porción del terreno que le será atribuida al finalizar la vida del fideicomiso, ya que, respecto de dicha porción, no se verificaría una transmisión de dominio pleno a título oneroso al mantenerse inalterado el patrimonio del contribuyente.

En la doctrina también existen opiniones controvertidas sobre el carácter de las transferencias de los bienes en los fideicomisos.

Así, cierta doctrina especializada en derecho fiduciario entiende que la transferencia que hace el fiduciante de la propiedad fiduciaria es a sólo título de confianza, bajo el fundamento de que dicha transferencia no es a título oneroso, ya que el fiduciario no se compromete a desembolsar el contravalor del bien que recibe ni a realizar una contraprestación de valor equivalente a favor de nadie. El fiduciario no pretende enriquecerse con los bienes transmitidos. Por otro lado, se entiende que tampoco es a título gratuito por cuanto la transferencia en cuestión no es una liberalidad a favor del fiduciario²⁹.

²⁸ Acta de la Reunión N° 4 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 3/11/2011

²⁹ Freire, Bettina V. “El fideicomiso”. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Bs. As. 1997

Testa sostiene que las transmisiones de dominio en el marco de un contrato de fideicomiso no revisten el carácter de onerosas³⁰.

En contrapartida, a favor de la existencia de título oneroso en ciertos casos se pronuncian también distinguidos autores³¹.

Por su parte, Liliana Molas destaca que es fundamental darse cuenta, de que el fiduciario no es parte en el negocio. Él sólo es administrador de patrimonio ajeno a quien la ley dio las facultades de dueño al solo efecto de hacer cumplir los objetivos principales del instituto que son aislar un patrimonio de los riesgos de un sujeto -y de otros negocios de ese sujeto- y darle un destino determinado en beneficio de alguien (beneficiario).

Establece la autora que si entendemos esto, dejaremos de interrogarnos sobre el título por el cual se le transfiere el dominio fiduciario y por la causa que fundamenta la posterior transferencia que él realice a beneficiarios y fideicomisarios. Esos títulos y causas no tienen ninguna importancia porque no intervienen en el negocio en sí. Citando a Eduardo M. Favier Dubois, resalta que *"el fideicomiso no existe en función de sí mismo, sino de otro contrato o relación negocial, por lo que el juzgamiento de cada contrato (en su onerosidad, licitud, etc.) debe hacerse en base a esa finalidad. Este carácter 'vehicular' lo distingue de los negocios simulados, ya que el fideicomiso se exterioriza como un verdadero instrumento y no oculta al negocio subyacente"*.

Destaca que lo que realmente importa en la transferencia de bienes es la relación que existe entre las partes del negocio, es decir entre el fiduciante por un lado, y el beneficiario y el fideicomisario por otro y que cuando las tres partes sean la misma persona, estaremos, muy probablemente, frente a estructuras que no implican un verdadero desapoderamiento. Por el contrario, considera que cuando sean distintas, deberíamos poder encontrar una causa gratuita u onerosa en esa transferencia³².

Los antecedentes judiciales o sentencias del Tribunal Fiscal de la Nación sobre la materia se han expedido principalmente respecto de la naturaleza de los contratos de fideicomisos en el impuesto de sellos en la entonces denominada Capital Federal, al momento en que se encontraba regulado por el Decreto N° 114/93. Si bien las particularidades de este impuesto impiden extender todas las conclusiones volcadas en esos antecedentes al caso del Impuesto a las Ganancias, tal como se expondrá a continuación, algunas de ellas podrían resultar aplicables también a este último gravamen.

En efecto, pueden mencionarse, entre otras, las siguientes líneas interpretativas:

- Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación: en la causa “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”³³ concluyó que en un fideicomiso en garantía en el que se transmitieron inmuebles al fiduciario a fin de que éste los enajene y así cancele la deuda que los fiduciantes tenían con el beneficiario se verificaba una **transferencia de dominio a título oneroso**, dado que los fiduciantes, al desapoderarse de los bienes, recibieron una contraprestación del fiduciario, cual fue la cancelación de las deudas con la consiguiente reducción de su pasivo. Por así entender, confirmó la determinación fiscal que había gravado la operación con el impuesto de sellos.
El tribunal no consideró trascendente el hecho de que se tratase de una transferencia imperfecta de dominio, recordando que en anteriores oportunidades ya había concluido en el sentido de que *"...el legislador luego de describir como hecho imponible las escrituras públicas de compraventa de inmuebles seguidamente también abarca como hecho generador de la obligación tributaria cualquier otro contrato por el cual se transfiere el dominio de inmuebles. Esta hipótesis de incidencia contempla por tanto el "dominio imperfecto", carácter que trasunta la figura del fideicomiso" (Sala A, en autos "Grupo República S.A. — Tachella Costa, Alejandro", del 8/4/02).*”. Conforme a la sentencia de fecha 27 de marzo de 2012 de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la opinión del

³⁰ Testa, Héctor M. "Aspectos puntuales de los fideicomisos inmobiliarios". Práctica Profesional N° 75, Pág. 15

³¹ Chalupowicz. Israel. "Fideicomisos. Un análisis de su tratamiento fiscal". Doctrina Tributaria Errepar. Marzo de 2006, Pág. 243 y Coto, Alberto. "Aspectos Tributarios del Fideicomiso". La Ley. 2006. Pág. 37.

³² Molas, Liliana. "Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad". D.T.E 5/10/2009

³³ “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”. TFN, Sala C. 29/04/2010

Tribunal Fiscal en el sentido expuesto ha quedado firme, ya que la firma involucrada desistió del recurso interpuesto. Por su parte, el fisco mantuvo la apelación con relación al criterio de valuación de los inmuebles transmitidos, cuestión a la que limitó su intervención la instancia referida.

Estas conclusiones podrían tener implicancias frente al análisis de la misma operación a la luz de la normativa del Impuesto a las Ganancias, ya que, como se expuso en los párrafos anteriores, las transferencias de dominio a título oneroso se encuentran mencionadas en el artículo 3° de la ley del gravamen, pudiendo dar lugar a hechos imponible alcanzados en la medida que se verifiquen las condiciones del artículo 2° de la misma norma.

- Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación: en la causa “Sud Inversiones y Análisis S.A. s/ recurso de apelación”³⁴, frente a una operatoria similar a la analizada por la Sala C del T.F.N para el mismo fiduciante, no analizó la naturaleza onerosa o gratuita del acto, ya que directamente entendió que los aportes al fideicomiso **no constituyen una “transmisión de dominio”** en los términos del artículo 2° del Decreto N° 114/1993 que regulaba el impuesto de sellos. Nuevamente, si bien se trataba de un tributo distinto al analizado en este acápite, resulta importante mencionar que la expresión utilizada por el referido decreto al referirse a los hechos alcanzados por ese gravamen resulta similar a la que surge del artículo 3° de la ley de Impuesto a las Ganancias en el sentido de referirse ambas normas a las transferencias de dominio sin hacer distinción entre transferencias plenas o imperfectas. Al respecto, la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación describió las particularidades que distinguen las transmisiones efectuadas a fideicomisos de las transmisiones plenas de dominio y entendió que el decreto de que se trata sólo se refería a las transmisiones de este último tipo. En la causa “Torres del Libertador 8000 S.A.”³⁵, el Dr. Buitrago reproduce la opinión volcada en otros dos antecedentes, en el sentido de que los administradores de fideicomisos **no adquieren la propiedad de los bienes pero sí su dominio fiduciario** y que, si bien la Ley N° 24.441 utiliza la expresión “propiedad fiduciaria”, ésta sólo se transmite al final de la vida del fideicomiso, ya que el fiduciario no es el titular de los bienes aportados al fideicomiso. En base a ello, entendió que no surgen distinciones en la expresión utilizada por el Decreto N° 114/1993.
- Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación: en la causa “Spanier, Jorge E. s/apelación sellos”³⁶, analizó una situación similar a la evaluada por las Salas C y D en los autos que involucraban al fiduciante “Sud Inversiones S.A”. Al respecto, recordó que en causas anteriores (Iocco, Edgardo s/apelación - I. Sellos”, 22 de octubre de 2001), ya se había expresado en el sentido de que el Decreto N° 114/93 contenía un concepto amplio de dominio, que incluía tanto al pleno como al imperfecto o fiduciario. En lo que hace a la naturaleza gratuita u onerosa del acto, concluyó, con base en el artículo 218, punto 5 del Código de Comercio de la Nación, que **“los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos”**, por lo que *“si el acto es gratuito se lo debe enunciar con “cláusulas expresas” y, más, si es entre comerciantes debe explicarse el porqué se aparta de la regla de onerosidad que preside su actuación (en la especie se trata de dos sociedades anónimas)”* (El destacado es propio).
- Sala A del Tribunal Fiscal de la Nación: En la causa “Grupo República S.A – Tachella Costa, Alejandro s/apelación -sellos”³⁷, entendió que, si bien el fiduciario no adquiere la propiedad de los bienes aportados al fideicomiso sino su dominio imperfecto, el Decreto N° 114/93 no distingue entre los tipos de dominio alcanzados. Además, la sala concluyó que se trataba de un acto **oneroso**, pero no llegó a esa conclusión en base a las características de la transmisión de que se trataba sino por el hecho de que el fiduciario recibiría una contraprestación como retribución de sus funciones. La misma sala en la causa “Sociedad Inmobiliaria del Nuevo Puerto S.A.”³⁸ concluyó que un contrato de fideicomiso no se encontraba gravado en el Impuesto de Sellos bajo el entendimiento de que, si bien las transferencias de dominio imperfecto se encuentran alcanzadas

³⁴ “Sud Inversiones y Análisis S.A. s/ recurso de apelación”. TFN, Sala D. 13/07/2011

³⁵ “Torres del Libertador 8000 S.A”. TFN, Sala D. 29/05/2006

³⁶ “Spanier, Jorge E. s/apelación-sellos”. TFN, Sala B. 15/11/2002

³⁷ “Grupo República S.A – Tachella Costa, Alejandro s/apelación - sellos”. TFN, Sala A. 08/04/2002

³⁸ “Sociedad Inmobiliaria del Nuevo Puerto S.A”. TFN, Sala A. 21/12/2010

por el gravamen, el acto se había realizado a título **gratuito**, también basándose en la ausencia de comisión al fiduciario por el desempeño de sus funciones.

- Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal: En la causa “Grupo República S.A y otro c/DGI”³⁹, confirmó lo sentenciado por la Sala A del T.F.N con iguales argumentos.

En cuanto a los antecedentes administrativos dictados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la onerosidad en los contratos de fideicomiso fue evaluada a efectos de definir el tratamiento aplicable en el impuesto de sellos. Al respecto, la opinión de ARBA en los Informes Nros. 108/2007, 224/2000, 58/97, 103/96, 98/96 y 75/95 refleja su entendimiento en el sentido de que las transferencias de dominio de bienes a fideicomisos constituyen actos a título de confianza, lo que significa que no pueden ser calificados como onerosos o gratuitos⁴⁰.

En igual orden de ideas, se expidió dicha agencia tributaria en el Informe N° 35/2011, en el que concluyó que la transmisión del dominio fiduciario de un inmueble situado en Provincia de Buenos Aires no se encuentra gravado por el impuesto a la transmisión gratuita de bienes porque se trata de una transmisión a título de confianza, lo que impide encuadrarla como onerosa o gratuita.

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de precisiones legislativas expresas, parecería que el tratamiento de los aportes de bienes a fideicomisos frente al gravamen que nos ocupa dependerá de las particularidades de cada caso, generándose un amplio margen de incertidumbre para los contribuyentes sujeto a la evaluación que finalmente realicen las autoridades.

Por lo tanto, resultaría deseable que se introdujeran en forma expresa en la ley del gravamen pautas que permitan reducir, al menos en parte, la incertidumbre que rodea la materia. En tal sentido, podría incluirse en el artículo 3° de la ley del tributo una mención expresa a los aportes efectuados a fideicomisos, tal como en la actualidad se refiere a los aportes a sociedades, pero limitando su asimilación al concepto de enajenación tan sólo a aquellos casos en los que el fiduciante sea un sujeto distinto al fideicomisario y que, a su vez, reciba una contraprestación al aporte efectuado.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, tratándose de situaciones frente a las que finalmente se acepte la presencia de una transferencia de dominio a título oneroso alcanzada por el impuesto a determinar por el fiduciante, restaría analizar el valor que correspondería atribuir a tal efecto a los bienes aportados al fideicomiso.

El tema fue objeto de debate en el marco de las reuniones de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios mencionada en los párrafos que anteceden. Allí se planteó el caso de un fideicomiso de construcción que recibe un terreno aportado por uno de sus fiduciantes, construye un inmueble y le entrega al fiduciante en cuestión parte de las unidades construidas como contraprestación del terreno aportado.

Partiéndose de aceptar la presencia de onerosidad en la operación descrita, se barajaron las siguientes alternativas:

- Valuar la entrega del terreno en fiducia al valor de plaza del terreno en este momento
- Valuar la entrega del terreno en fiducia a un valor a determinar en función de las unidades que recibirá el fiduciante en el futuro, surgiendo una dificultad adicional al considerar la disociación temporal entre ambos hechos

Finalmente, la referida Comisión se inclinó por la primera de las alternativas planteadas⁴¹, agregando que a los fines de la determinación del resultado gravado en cabeza del fiduciante corresponderá detracer del referido valor de enajenación, el costo computable asignado al inmueble a los fines impositivos, de acuerdo a las previsiones contempladas por el artículo 55 de la ley del tributo⁴².

³⁹ “Grupo República S.A y otro c/DGI”. CNCAF. 01/10/2008

⁴⁰ En los casos en que concluyó por la gravabilidad en el impuesto de sellos, lo hizo basándose en que la presencia de onerosidad estaba dada por la existencia de una retribución pactada en beneficio del fiduciario.

⁴¹ Acta de la Reunión N° 2 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 27/7/2011

⁴² Acta de la Reunión N° 4 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 3/11/2011

Es dable observar que dicha conclusión se encuentra respaldada por el artículo 28 del Decreto Reglamentario a la ley del gravamen, el cual prevé que *“Cuando la transferencia de bienes se efectúe por un precio no determinado (permuta, dación en pago, etc.) se computará a los fines de la determinación de los resultados alcanzados por el impuesto, el valor de plaza de tales bienes a la fecha de la enajenación”* (el destacado es propio).

No obstante, a efectos de una mayor claridad normativa, resultaría recomendable que se mencionen en forma expresa a los aportes a fideicomisos entre los supuestos comprendidos en la referida disposición reglamentaria.

De todas formas, y aún incorporándose la aclaración reglamentaria sugerida, la definición acerca del valor atribuible a los aportes así efectuados deberá tomar en consideración las particularidades propias del fideicomiso de que se trate y las características del negocio subyacente.

Así, por ejemplo, resulta ilustrativo mencionar que en la causa “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”⁴³, comentada en los párrafos que anteceden, la Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación, concluyó sobre la existencia de onerosidad en la transmisión de inmuebles a un fideicomiso en garantía efectuada con el fin de que el fiduciario los enajene y así cancele la deuda que los fiduciantes tenían con el beneficiario. Al momento de definir el valor a considerar como base imponible para el impuesto de sellos, opinó que, **ante la ausencia de precio fijado en el contrato**, cabía considerar la valuación fiscal del inmueble, en función a lo establecido por la ley que regulaba el gravamen para esos casos.

No obstante, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁴⁴, entendió que, siendo que los fiduciantes, al desapoderarse de los bienes, recibieron una contraprestación del fiduciario, cual fue la cancelación de las deudas con la consiguiente reducción de su pasivo, **no se verificaba en el caso una ausencia en la fijación del precio de la operación**. Bajo ese razonamiento, concluyó que no resultaba aplicable la normativa que regula el tratamiento frente al gravamen de las operaciones sin precio fijado y, por aplicación del instituto de la realidad económica que le llevó a analizar el negocio subyacente, consideró que la base imponible del gravamen era el monto de la deuda cuya cancelación se garantizaba con los bienes aportados al fondo fiduciario.

Por lo tanto, nuevamente, la realidad subyacente al contrato de fideicomiso resultará el elemento esencial a tener en cuenta para definir la valuación a considerar con relación a los aportes efectuados, en la medida, claro está, que se haya concluido sobre la presencia de un hecho imponible alcanzado por el gravamen que nos ocupa.

III.2.3. ORGANIZACIÓN EMPRESARIA CONSTITUIDA EN EL PAÍS

En el caso de que el fiduciante se encuentre organizado en forma de empresa constituida en el país, resultaría aplicable lo dispuesto en el apartado 2) del artículo 2° de la ley de impuesto a las ganancias, quedando comprendidos en su objeto *“Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior...”*.

Por lo tanto, el análisis a efectuar debería conducirnos a evaluar si el aporte realizado podría derivar en un rendimiento, renta, beneficio o enriquecimiento para el fiduciante y, en tal caso, cuál sería el valor a considerar para su inclusión en la base imponible del gravamen.

En este punto, resultarán nuevamente aplicables las consideraciones vertidas en el subtítulo anterior para el caso de personas físicas que realicen habitualmente este tipo de operaciones, debiendo evaluarse en cada caso particular las características del negocio subyacente y tornándose imperiosa la inclusión de pautas expresas en la legislación vigente sobre la materia.

⁴³ “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”. TFN, Sala C. 29/04/2010

⁴⁴ “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”. CFACAF, Sala II. 27/03/2012

III.2.4. BENEFICIARIOS DEL EXTERIOR

Tratándose de aportes efectuados a fideicomisos constituidos en el país, cuando el fiduciante se trate de un sujeto comprendido en el Título V de la ley del impuesto (beneficiario del exterior), una primera inquietud que se puede presentar es si debemos estudiar la operación bajo las pautas incluidas en el apartado 1) del artículo 2º de la ley del gravamen (“teoría de la fuente”) o bien todo incremento patrimonial será considerado ganancia para el beneficiario del exterior, por resultar de aplicación el apartado 2) de dicho artículo (“teoría del balance”).

En este punto, corresponde recordar que, conforme al apartado 2) del artículo 2º de la ley y en lo que aquí resulta de interés, estarán alcanzados por la definición amplia de renta “...*los responsables incluidos en el artículo 69 y ...las demás sociedades o ...empresas o explotaciones unipersonales...*”.

De ello se desprende que las personas físicas residentes en el exterior no se encuentran incluidas en el apartado antes mencionado.

En lo que hace a las personas jurídicas constituidas en el exterior, en primer lugar, debe descartarse su inclusión en el artículo 69 de la norma legal, ya que sus incisos se refieren únicamente a sociedades constituidas en el país. En segundo lugar, en cuanto a su posible inclusión bajo los términos “demás sociedades” o “empresas o explotaciones unipersonales”, cabe traer a colación el artículo 8º del texto reglamentario, el cual aclara que “*Las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales, mencionadas en el apartado 2) del artículo citado, son las incluidas en los incisos b) y c) del artículo 49 de la ley y en su último párrafo...*”.

Por lo tanto, remitiéndonos a los incisos mencionados en último lugar, corresponde observar que las sociedades y empresas unipersonales a las que allí se hace mención también son las constituidas o ubicadas en el país.

De la normativa transcrita se desprende que los beneficiarios del exterior no se encuentran comprendidos en el apartado 2) del artículo 2º de la ley del tributo, referido a la “teoría del balance”, aún cuando se trate de sociedades constituidas en el extranjero.

Una primera conclusión podría ser, entonces, que resulta aplicable a su respecto el apartado 1) del referido artículo, ya que no se encuentra en él ninguna exclusión que resulte aplicable al caso de beneficiarios del exterior, llevándonos a considerar que un sujeto comprendido en el Título V de la ley sólo tributará el gravamen sobre las rentas susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que las produce y su habilitación. Ello así, tanto tratándose de una persona física como de una sociedad extranjera.

No obstante, la conclusión a la que se ha arribado podría ser puesta en duda al a luz de las disposiciones del artículo 91 de la ley del tributo, el que indica que deberá practicarse una retención definitiva en la fuente “*Cuando se paguen **beneficios netos de cualquier categoría** a sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior...*”. (El destacado es propio)

De igual modo, el artículo 93 de la norma legal, prevé en su encabezado que la retención de que se trata resultará aplicable “*Cuando se paguen a beneficiarios del exterior sumas por los conceptos que a continuación se indican...*”.

Ahora bien, si se observan detenidamente los conceptos incluidos en la norma señalada, se puede apreciar que la mayoría de ellos cumplen con las condiciones referidas en el apartado 1) del artículo 2º de la ley (ej: intereses de depósitos y préstamos, sueldos, honorarios, locación de cosas muebles e inmuebles, etc.). Una excepción estaría dada por el caso de transferencias a título oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, las que –de realizarse por quienes no hagan habitualidad de esas operaciones- estarían excluidas de la denominada “teoría de la fuente”. No obstante, en tales casos, el inciso g) del artículo 93 limita sus alcances a las sumas pagadas a “*empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior*”. Conforme a este inciso, parecería que, siguiendo la tesitura del artículo 2º de la ley, las empresas extranjeras aplicarían, al menos para los

conceptos comprendidos en el inciso antes señalado, la denominada “teoría del balance”, mientras que las personas físicas residentes en el exterior, mantendrían la aplicación de la “teoría de la fuente”.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, la presencia de un inciso residual por el que se alcanzan “...las sumas pagadas por ganancias no previstas en los incisos anteriores” (el inciso h) nos dejaría nuevamente en una situación de total incertidumbre.

En este nivel de análisis, resulta orientativo traer a colación lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 23.905, que alcanza a las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país en la medida que la transferencia no se encuentre alcanzada por el impuesto a las ganancias. Dicho artículo prevé que las transferencias que efectúen los residentes en el exterior sólo estarán sujetas al gravamen en tanto se demuestre fehacientemente que se trata de inmuebles pertenecientes a personas físicas o sucesiones indivisas.

Del artículo transcripto parecería desprenderse que, al menos las personas físicas residentes en el exterior, deben aplicar la “teoría de la fuente” para la determinación de la renta alcanzada en el impuesto a las ganancias, ya que, de no ser ello así, no existirían transferencias de inmuebles sujetas al impuesto sobre la transferencia de tales bienes (ITI) conforme al artículo 16 de la ley que regula este último tributo.

La doctrina que ha abordado esta temática, se ha inclinado por considerar que los beneficiarios del exterior deben ser considerados como una categoría separada de sujetos, dentro de la que no cabe distinguir entre personas físicas y empresas, y a la que le resulta aplicable la definición de renta contenida en el apartado 1) del artículo 2° de la ley del gravamen, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8° del decreto reglamentario⁴⁵.

A efectos de determinar la presencia de los elementos que exige la “teoría de la fuente” con relación a la renta pagada a sociedades extranjeras, los mismos autores sostienen que deberá estarse a la definición de su objeto social, sin dejar de reconocer las dificultades que podrían presentarse para el pagador argentino al momento de evaluar dicha circunstancia.

A partir de las consideraciones vertidas precedentemente, tratándose de aportes a fideicomisos constituidos en el país, podrían presentarse las siguientes alternativas respecto de sus fiduciantes residentes en el exterior las que nos llevarían a los tratamientos descriptos a continuación:

- Empresas o sociedades constituidas en el exterior:

Cabría analizar la aplicación del inciso g) del artículo 93, que alcanza a las transferencias a título oneroso de bienes situados en el país.

Si el bien aportado se encuentra situado en el exterior, el inciso en comentario no sería aplicable, tratándose eventualmente de una ganancia de fuente extranjera no sujeta al gravamen para el beneficiario del exterior.

Por lo tanto, limitándonos al supuesto de que el aporte comprenda bienes situados en el país, pareciera que la presencia de habitualidad no resulta determinante para la aplicación del inciso en comentario cuando el beneficiario revista la calidad de empresa o sociedad o bien, siguiendo la postura de los autores antes citados, la habitualidad se podría entender configurada en función al objeto social de la entidad fiduciante.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el inciso en comentario utiliza el término “transferencias” sin el aditamento de la expresión “de dominio”, podrían pasar a un segundo plano las discusiones acerca de si la ley se refiere al dominio pleno o si incluye también al dominio fiduciario.

⁴⁵ Lorenzo, A.; Bechara, F. y Cavalli, C. “El nuevo alcance del concepto de ‘ganancias’ a los fines del impuesto a las ganancias, a consecuencia de la ley 25414 y el decreto 493/2001”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Junio 2001.

Consecuentemente, la única cuestión que restaría analizar es si la transferencia del bien se produce a título oneroso. En este punto, resultarían aplicables los comentarios vertidos en el subtítulo III.2.2 acerca de las pautas a tener en cuenta para definir el título al cual se perfeccionan los aportes a fideicomisos.

De todas formas, en estos casos, el impuesto sólo podrá ser determinado si existe un “pago” susceptible de generar la retención de pago único y definitivo a que se refiere el artículo 91 de la ley del gravamen. En efecto, de verificarse las condiciones antedichas, la transferencia en cuestión tributará el 35% sobre el 50% de las sumas pagadas al beneficiario del exterior (17,5% sobre el pago, si no se aplica acrecentamiento).

En cuanto al concepto de “pago” que deberá emplearse a estos fines, corresponde recordar que resultarán aplicables las previsiones del artículo 18 del texto legal⁴⁶.

Tratándose de aportes a fondos fiduciarios, podría suceder que la contraprestación a recibir por el fiduciante extranjero se trate de bienes situados en el país. Tal sería el caso del aporte de un terreno situado en el país por el que se recibirán unidades construidas por el fondo fiduciario de construcción. Es dable observar que esta última entrega, revestiría la calidad de “pago” en los términos del artículo 18 de la ley, por lo que procedería la retención indicada en el artículo 91, sin que existan fondos de los cuales detraer la correspondiente retención.

Al respecto, el último párrafo del artículo 91 de la norma legal prevé que *“En los casos en que exista imposibilidad de retener, los ingresos indicados estarán a cargo de la entidad pagadora, sin perjuicio de sus derechos para exigir el reintegro de parte de los beneficiarios”*.

Con relación a ello, en los Dictámenes (DAT) N° 54/1998 y 11/2004 se analizó el caso de operaciones de permuta de inmuebles entre un sujeto local y un beneficiario del exterior. En esas oportunidades, el fisco indicó que quien actúa como contraparte en una permuta de inmuebles con beneficiarios del exterior debe prever el ingreso que en su calidad de pagador de una retribución en especie le corresponde realizar a favor del fisco en concepto de retención, que a su vez podrá luego exigir al residente extranjero.

Por lo tanto, el hecho de que la contraprestación a recibir por el fiduciante extranjero sea entregada en especie, no resulta óbice para la procedencia de la retención de que se trata.

- Persona física habitualista residente en el exterior

En este caso, resultarían plenamente aplicables las conclusiones expuestas precedentemente para empresas o sociedades constituidas en el exterior.

- Persona física no habitualista residente en el exterior

Bajo el entendimiento de que resultaría aplicable a su respecto la denominada “teoría de la fuente” por los argumentos antes expuestos y que el inciso g) del artículo 93 se encuentra limitado en forma expresa al caso de empresas y sociedades, el aporte efectuado a un fideicomiso aún cuando se realice a título oneroso no estará alcanzado por el gravamen bajo análisis.

No obstante, en el caso de que el bien aportado se trate de un inmueble, cabría evaluar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 23.905 (ITI), el cual no resulta objeto de análisis del presente trabajo, sin perjuicio de señalar que a su respecto podrían resultar aplicables las consideraciones vertidas en el subtítulo III.2.2 con relación a la presencia de onerosidad.

⁴⁶ Conforme al artículo 18 de la ley, las ganancias se considerarán percibidas cuando se cobren en efectivo o en especie y, además, en los casos en que, estando disponibles, se han acreditado en al cuenta del titular, o con la autorización o conformidad expresa o tácita del mismo, se han reinvertido, acumulado, capitalizado, puesto en reserva o en un fondo de amortización o de seguro, cualquiera sea su denominación o dispuesto de ellas en otra forma.

III.3. TRATAMIENTO DE LA CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS

Otra cuestión que ha generado diferencias interpretativas ha sido el tratamiento en el impuesto a las ganancias de las cesiones de derechos fiduciarios. En efecto, en algunas ocasiones se ha planteado la inquietud de si dichas cesiones deberían ser tratadas tal como lo sería la transferencia de los bienes que constituyen el fondo fiduciario o si, por el contrario, debe brindarse el tratamiento correspondiente a las cesiones de derechos, independientemente de la naturaleza de los bienes que integran el fondo.

En lo que hace a la naturaleza jurídica de los derechos en cuestión, Liliana Molas⁴⁷ destaca que *“Durante la vigencia del contrato, el único sujeto que tiene derecho real sobre los bienes fideicomitidos es el **fiduciario**”*. Sin embargo, en el Dictamen (DAL) N° 49/2003 el fisco entendió que, conforme a las normas del Código Civil, es el fideicomisario quien tiene un derecho real de dominio sobre los bienes fideicomitidos.

Con relación al derecho de los beneficiarios, en el antecedente mencionado, el organismo fiscal sostuvo que se trata de un derecho personal (y no real), ya que, tratándose en el caso de un fideicomiso de construcción *“...el beneficiario no adquiere el derecho real sobre un inmueble determinado, sino que lo coloca en la situación de exigir que ello ocurra”*. En base a ello, concluyó que la cesión de derechos efectuada por el beneficiario no involucraba la transmisión de dominio del inmueble fideicomitado sino tan sólo una cesión de posición contractual, no alcanzada por el Impuesto al Valor Agregado.

En igual sentido, en el Dictamen (DAT) N° 9/2007 se analizó el impacto de una cesión de derechos fiduciarios frente al régimen de retenciones en el impuesto a las ganancias. El organismo fiscal concluyó que la operatoria no encuadraba en dicho régimen, habida cuenta que la cesión en cuestión no significaba la transferencia de dominio de los bienes que integraban el fideicomiso, siendo este último el supuesto comprendido en el régimen retentivo.

Ahora bien, independientemente de la naturaleza jurídica del derecho cedido, a efectos de definir si la operación bajo análisis se encontrará o no alcanzada por el Impuesto a las Ganancias, corresponde observar que, si la cesión de derechos es efectuada a título oneroso por un sujeto organizado en forma de empresa, se aplicará la denominada “teoría del balance”, consagrada en el apartado 2) del artículo 2° de la ley que regula el gravamen y la operación estará alcanzada por el tributo.

Si se tratase de un sujeto no organizado en forma de empresa, cabría evaluar el cumplimiento de los requisitos indicados en el apartado 1) del artículo 2° de la ley del tributo para concluir sobre la procedencia del tributo.

Sin perjuicio de ello, aun cuando no se cumplan los requisitos mencionados, cabría considerar el artículo 45 de la misma ley referido a la segunda categoría de renta el cual, en lo que hace a la cesión de derechos, considera ganancias alcanzadas a *“h) los ingresos que en forma de uno o más pagos se perciban por la transferencia definitiva de derechos de llave, marcas, patentes de invención, regalías y similares, aun cuando no se efectúen habitualmente esta clase de operaciones”*. Sin embargo, al no quedar comprendidos los derechos de que se trata en la enumeración mencionada ni parecer asimilables a ellos, se podría entonces concluir que la operación resulta ajena al ámbito de imposición del gravamen cuando no se verifiquen los requisitos contenidos en el apartado 1) de su artículo 2°.

Aún en este último caso, debería analizarse cada caso en particular a efectos de evaluar si, dadas ciertas particularidades, podrían estarse desarrollando operatorias tendientes a evitar la aplicación de la carga del tributo mediante la utilización de la figura del fideicomiso.

En sentido concordante con el razonamiento expuesto en los párrafos que anteceden, mediante la Resolución (SDG TLI) N° 11/11, dictada en el marco del procedimiento de consulta vinculante regulado por el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 4° de la Ley N° 11.683, el organismo fiscal analizó el tratamiento en el gravamen que nos ocupa de la cesión de derechos de adjudicación de unidades funcionales que los fiduciantes beneficiarios podrían celebrar con terceros en el caso de un fideicomiso de construcción, entendiéndose que *“...corresponderá analizar la situación*

⁴⁷ Molas, Liliana. “Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad”. D.T.E 5/10/2009

tributaria de cada fiduciante en particular, a efectos de poder determinar la gravabilidad o no en el impuesto a las ganancias... ”.

A iguales conclusiones arribó la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios de la AFIP, en su Reunión N° 4, al entender que “...*el resultado obtenido por el cedente estará alcanzado en la medida en que dicho sujeto sea una sociedad o una persona física que ejerza habitualidad en este tipo de actividad y no lo estará si se trata de una persona física no habitualista*”⁴⁸.

Ahora bien, una vez definida la gravabilidad de las operaciones bajo análisis para personas físicas habitualistas y sujetos empresas⁴⁹, corresponde concluir que la utilidad neta generada por la cesión de los derechos fiduciarios deberá ser declarada por el cedente y, conforme lo dispone el artículo 18 de la ley del tributo, lo será en el ejercicio fiscal en el que dicha utilidad se devengue.

A tales efectos, se considerará el precio al que se produce la referida cesión y se descontará el valor impositivo al que tales derechos ingresaron al patrimonio del cedente, si es que existiera⁵⁰.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, en este punto, no se aprecia que una reforma legislativa pueda permitir clarificar el tratamiento aplicable a cada situación particular, siendo que las herramientas actualmente presentes en la legislación parecerían permitir brindar solución a las diversas operatorias que puedan presentarse.

No obstante, cabe señalar que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, se encuentra tramitando un proyecto de ley que propicia introducir modificaciones a los textos legales que regulan diversos tributos nacionales.

En cuanto al punto aquí desarrollado, se impulsarían dos artículos a continuación del artículo 74 de la ley de impuesto a las ganancias, clarificando el tratamiento de ciertas operaciones realizadas por fideicomisos cuyo objeto sea la construcción de inmuebles.

En lo que hace puntualmente a las cesiones de derechos se proyecta disponer que “*En el caso de cesión de derechos del beneficiario de un fideicomiso de construcción a favor de un tercero, se considerará ganancia neta a los fines de la determinación del impuesto:*

- a) *Cuando se trate de cesión de derechos efectuada por el beneficiario original que no revistiese la calidad de fiduciante del fideicomiso: el valor obtenido de dicha cesión.*
- b) *En el caso de cesión de derechos efectuada por el beneficiario original que revistiese la calidad de fiduciante del fideicomiso: el importe que resulte de deducir del valor obtenido de dicha cesión, el valor impositivo que tales bienes tuvieran para el fiduciante a la fecha de ingreso al patrimonio del fideicomiso.*
- c) *En las sucesivas cesiones de derechos: el importe que resulte de deducir del valor obtenido de dicha cesión, la suma abonada para la adquisición del mismo*”⁵¹.

III.4. RENTAS PROVENIENTES DE FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTERIOR

III.4.1. FIGURAS ALCANZADAS POR LA LEY DEL IMPUESTO

En lo que respecta a los fideicomisos del exterior, el artículo 140 inciso b) de la ley comprendido bajo el Título IX referido a las ganancias de fuente extranjera obtenidas por residentes en el país, considera ganancias de segunda categoría de fuente extranjera a las “...*provenientes del exterior obtenidas en el*

⁴⁸ Acta de la Reunión N° 4 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 3/11/2011

⁴⁹ En lo que hace a los beneficiarios del exterior, resultarían de aplicación las consideraciones expuestas en el subtítulo III.2.4 a efectos de definir la sujeción al gravamen de las operaciones en comentario.

⁵⁰ Al respecto, podría resultar de aplicación, llegado el caso, el artículo 28 del decreto reglamentario a la ley establece que “*Cuando la transferencia de bienes se efectúe por un precio no determinado (permuta, dación en pago, etc.) se computará a los fines de la determinación de los resultados alcanzados por el impuesto, el valor de plaza de tales bienes a la fecha de la enajenación*”.

⁵¹ Cfr. José A. Moreno Gurrea. “Plan Antievasión III. Impuesto a las Ganancias. Proyecto de modificaciones”. Errepar

carácter de beneficiario de un fideicomiso o figuras jurídicas equivalentes.”, determinando para su cómputo que “...se considerarán ganancias todas las distribuciones que realice el fideicomiso o figura equivalente, salvo prueba en contrario que demuestre fehacientemente que los mismos no obtuvieron beneficios y no poseen utilidades acumuladas generadas en períodos anteriores al último cumplido, incluidas en ambos casos las ganancias de capital y otros enriquecimientos. Si el contribuyente probase en la forma señalada que la distribución excede los beneficios antes indicados, sólo se considerará ganancia la proporción de la distribución que corresponda a estos últimos...”.

Por su parte, el artículo 146, inciso b) del mismo título, consagra como ganancias de fuente extranjera de la tercera categoría de renta a las obtenidas por los responsables a los que se refiere el inciso a) del artículo 49, las derivadas de las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales comprendidas en el inciso b) y en el último párrafo del mismo artículo y aquellas por las que resulten responsables los sujetos comprendidos en el inciso f) del artículo 119 “...en el carácter de beneficiarios de fideicomisos o figuras jurídicas equivalentes constituidas en el extranjero, incluida la parte que no responda a los beneficios considerados en el inciso b), segundo párrafo del artículo 140 o que exceda de los mismos, salvo cuando revistan el carácter de fiduciante o figura equivalente”.

Resulta relevante hacer hincapié en la expresión “figuras jurídicas equivalentes” a las que hacen referencia las normas transcritas cuando se trata de rentas de fideicomisos del exterior, dada la existencia de figuras similares en otros países y la falta de reglamentación específica respecto a cuales pueden ser consideradas como tales y cuales no.

Una de las figuras que podemos traer a colación es la del trust, referida en el capítulo II del presente trabajo y a la cual hacen referencia Silvio V. Lisoprawski y Claudio M. Kiper⁵², citando entre otras a la definición trascripta por Serrano Trasviña del *Restatement of the law of trust*⁵³, a saber: “un trust es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por lo cual la persona que los posee (trustee) está obligada en derecho de equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust).” Al respecto, estos autores opinaron que “Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor). Lo característico del trust y probablemente una de las diferencias más importantes que lo distinguen del fideicomiso de origen romano, es la existencia de dos propiedades que concurren sobre los mismos bienes: el trustee es el propietario legal y el cestui que trust (beneficiario) recibe protección como propietario en equidad.”

Existen dos grandes clases de trust en el derecho anglosajón, a saber:

- *Express trust*: Tratándose de un acto expreso, pueden ser activos o pasivos. En los primeros, el trustee tiene especiales deberes de control, administración y disposición de los bienes, mientras que en los pasivos actúa como un mero depositario.
- *Implied trust*: La ley presume su existencia a partir de ciertos actos que denotan la intención de crearlos, por ejemplo, cuando en una adquisición onerosa, el status de comprador corresponde a una persona, pero el precio ha sido pagado por otra.

Es muy común que en el ámbito de los negocios se emplee el calificativo de *trust* para caracterizar contratos que guardan ciertas relaciones de confianza. Por ejemplo, según Garrigues⁵⁴, los *investment trusts* “...no constituyen aplicaciones del negocio fiduciario en sentido estricto. Son sociedades que agrupan grandes masas de capital privado para invertir en títulos-valores que seleccionan y conforman así carteras variables. Entre los capitalistas, que desean colocar su dinero en acciones u obligaciones, y la emisora de éstas, se interpone otra sociedad que desempeña funciones fiduciarias, convirtiéndose en propietaria de los títulos, en interés de sus propios accionistas. Pero si la cartera de valores no se entrega a un verdadero fiduciario ajeno a la sociedad, la relación entre ésta y sus socios se halla en el ámbito del derecho societario, y no en el de un negocio fiduciario. Las acciones que emiten estas sociedades no son otra cosa que títulos de participación en la sociedad, y los capitales que se colocan en ésta se convierten a su vez en acciones o títulos de deuda de sociedades elegidas para la inversión.”.

⁵² Lisoprawski, Silvio V. y Kiper, Claudio M. “Tratado de Fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

⁵³ Serrano Trasviña, Jorge. “Aportación al fideicomiso”. México. 1950.

⁵⁴ Garrigues Díaz-Cañabate, Joaquín. “Negocios fiduciarios en el derecho mercantil”. Cuadernos Cívitas. Madrid. Reimpresión 1991, p. 59.

Sin embargo, hay otros autores que difieren de lo antedicho, viendo en esta figura una verdadera relación fiduciaria, donde la propiedad de los bienes del fondo son de titularidad del fiduciario bajo las condiciones del *trust agreement* (contrato de fideicomiso).⁵⁵

Otra modalidad existente es la llamada *voting trust*, también del derecho anglosajón, el que sí podría considerarse como un verdadero negocio fiduciario. Surge cuando la mayoría de los accionistas con derecho a voto transfieren sus acciones a un fiduciario, dándole amplios poderes de disposición sobre esos títulos. Este último, a su vez, emite certificados a cambio de las acciones recibidas, que constituyen instrumentos perfectamente negociables.

También podemos incluir dentro de estos instrumentos al “Anstalt”, la cual es una figura jurídica existente en la legislación del Principado de Liechtenstein. La misma es definida como “...una sociedad unipersonal (con capital social indivisible), en la cual un fundador mantiene oculta su identidad. Los administradores son designados a través de un representante y el dueño puede nombrar a terceros beneficiarios para que perciban las rentas en su nombre.”⁵⁶

Finalmente, cabe enunciar que, de acuerdo a lo expresado por diferentes especialistas en la materia⁵⁷, “...en la práctica bancaria se suele utilizar la designación de fiduciario, para ciertos negocios financieros o de administración, aprovechando el prestigio que gozan en las prácticas internacionales las sociedades que se dedican a ejecutar encargos de confianza de su clientela, cuando en realidad se trata de mandatos de mayor o menor amplitud, sin que los llamados fiduciarios se constituyan en propietarios”.

En lo que hace específicamente a la mención efectuada por nuestra ley de impuesto a las ganancias en cuanto a las figuras equivalentes a los fideicomisos que puedan operar desde el exterior, Darío Rajmilovich⁵⁸ destaca que “El reglamento omite aclarar qué se entiende por figuras jurídicas equivalentes a los fideicomisos de la legislación argentina (Ley 24.441, Título I y normas reglamentarias y complementarias), atento a las marcadas divergencias jurídicas existentes entre el instituto del *trust* anglosajón y el fideicomiso del derecho continental, con sus variantes intermedias en el derecho comparado” y opina que “...la equivalencia debería ponderarse evaluando el contrato en particular en comparación con los caracteres jurídicos típicos del fideicomiso de la Ley 24.441...”. En tal sentido, entiende que “...los *trusts* revocables por el constituyente (*settlor*) y los denominados *trusts* ‘fijos’ (donde el beneficiario tiene inmediato derecho del producido del *trust*) ...no son ‘equivalentes’ a los fideicomisos de la Ley 24.441, Título I, sin perjuicio de reiterar que habrá que analizar la casuística de cada negocio jurídico para determinar la equivalencia o la falta de equivalencia en el caso”.

En igual sentido, y en forma adicional a las distintas modalidades a las que se hizo referencia en los párrafos precedentes, resulta interesante mencionar que el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 1 en la causa Eurnekian, Eduardo⁵⁹, descripta en el título II de este trabajo, mencionó que “...en el *trust* anglosajón coexisten dos propiedades sobre el mismo bien: la del fiduciario en su carácter de propietario legal y la del beneficiario como propietario en equidad...”, siendo que no sucede lo mismo en el derecho continental europeo, “...donde uno de los atributos del dominio es la exclusividad, de modo que existe una sola propiedad, la del fiduciario, no obstante la limitación a que pudiera estar sometida en razón del contrato”. Así, señaló que “La ley 24441 optó por una variante, que se ha dado en llamar latinoamericana, que acerca aún más que el sistema europeo continental el fideicomiso al *trust*...”, al existir por ejemplo la posibilidad de que el fiduciante se reserve la facultad de revocar el fideicomiso y de que, cumplido el plazo o condición, la propiedad transmitida pueda no sólo entregarse al beneficiario o fideicomisario sino también pueda preverse su retorno al propio fiduciante.

⁵⁵ Fontanarrosa, Rodolfo O. “Investment trust y sociedades de inversión”. JA, 1960-V, sección doct., p. 30.

⁵⁶ Norberto P. Campagnale, Silvia G. Catinot, Alfredo J. Parrondo. “El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales”. Ed. La Ley. 2000.

⁵⁷ Norberto P. Campagnale, Silvia G. Catinot, Alfredo J. Larrondo. “El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales”. Ed. La Ley. 2000

⁵⁸ Darío M. Rajmilovich. “La renta mundial en el impuesto a las ganancias”. Ed. La Ley, pág. 232

⁵⁹ “Eurnekian, Eduardo s/ leyes 23771 y 24769”. Trib. Oral Penal Ec. N° 1. 13/08/2004

No obstante, con base en el artículo 1205⁶⁰ del Código Civil entendió que habiéndose constituido los contratos de fideicomisos en el exterior de conformidad con las leyes que imperan en los lugares respectivos y “...no habiendo el ente fiscal cuestionado estas constituciones bajo pretexto que pudiera haberse violado la ley del lugar...”, no resulta necesario que tales contratos se ajusten a la normativa nacional (la Ley N° 24.441) por escapar precisamente de dicha regulación. Por lo tanto, “...frente a la ley argentina, deben ser reconocidos como hábiles, por así resultar del artículo 1205 del Código Civil”.

Al respecto, Gotlib G. y Vaquero F.⁶¹ recuerdan que la jurisprudencia consideró que las formas jurídicas reconocidas como válidas para el derecho privado no pueden ser desconocidas por el derecho tributario en los efectos que generan. Sin perjuicio de ello, y siendo que el antecedente reseñado se refiere a la ley de impuesto sobre los bienes personales, destacan que “...literalmente, la LIG no efectúa ninguna distinción, con lo cual, no habría por qué asumir que la Argentina va a recurrir a parámetros utilizados por otra legislación”. A partir de esa postura, entienden que los fideicomisos en el exterior a los que se refiere la ley de impuesto a las ganancias al emplear el término “equivalencia” debieran ser asimilables a las figuras constituidas conforme a la legislación argentina. Al respecto, ejemplifican que “Si una legislación extranjera denominara fideicomiso ...una transferencia de bienes en que no existe propiedad separada, tal como un mero mandato, se vulneraría la finalidad de esa norma”.

Por último, cabe mencionar que a través del Dictamen (DAL) N° 23/2000 el fisco entendió que la figura de un trust constituido en Estados Unidos resulta “equivalente” a los fideicomisos a los que se refiere la ley de impuesto a las ganancias.

En búsqueda de una mayor precisión normativa, se podría propiciar la inclusión en el decreto reglamentario de la ley del tributo de una norma aclaratoria que indique que, a los fines de lo dispuesto en el artículo 140, inciso b) y 146, inciso b) de la ley, se considerarán figura jurídicas equivalentes a un fideicomiso a aquéllos cuyas “características esenciales” coincidan con las indicadas en la Ley N° 24.441 y su reglamentación.

Entre tales características se podrían contemplar, entre otras, las siguientes:

- La transmisión de la propiedad de bienes a un administrador por tiempo determinado, en el sentido de estar sujeta al cumplimiento de un plazo o condición, al cabo del cual dicha propiedad retorne al aportante original o se derive hacia un tercer sujeto.
- La conformación de un patrimonio separado del patrimonio del aportante y del administrador, ajeno a las acciones de los acreedores de estos últimos

Nótese que la aclaración propuesta no implicaría desgravar las distribuciones de beneficios provenientes de figuras que no resulten equivalentes al fideicomiso argentino, sino tan sólo excluir a estos casos del tratamiento específico previsto en nuestra ley que se desarrollará en los subtítulos siguientes. En tal sentido, en el ejemplo dado por los autores citados, las distribuciones de beneficios provenientes de fondos que no constituyan propiedad separada en los términos de nuestra ley (sin olvidar que en ésta no se prevé la transferencia plena de dominio), de quien los haya constituido (aún cuando se denomine “fiduciante”), deberían considerarse con igual tratamiento de aquellos provenientes en forma directa de este último sujeto.

Lo cierto es que, de encontrarse involucrada una figura jurídica equivalente a los fideicomisos regulados por la Ley N° 24.441, será el beneficiario residente en nuestro país quien declarará la renta proveniente del fideicomiso constituido en el exterior con las particularidades que se detallarán a continuación.

⁶⁰ “los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”.

⁶¹ Gabriel Gotlib – Fernando M. Vaquero. “Aspectos internacionales de la tributación Argentina”. Ed. La Ley, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 353

III.4.2. CRITERIO DE IMPUTACIÓN Y LAS REGLAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

En términos generales, resultan aplicables a las ganancias de fuente extranjera las disposiciones del artículo 18 de la ley de impuesto a las ganancias relativas a la imputación de ganancias y gastos, las que, de no tratarse de casos específicamente legislados, prevén, en lo que aquí interesa, que las ganancias de la segunda categoría se imputarán de acuerdo con su percepción, con los alcances que el mismo artículo otorga a este concepto⁶², y que la imputación de la renta de la tercera categoría se efectuará conforme al principio de lo devengado.

No obstante, en lo que hace específicamente a las rentas provenientes de fideicomisos o figuras equivalentes constituidos en el exterior, y deteniéndonos en aquellos casos comprendidos en la segunda categoría de renta, cabe observar que el segundo párrafo del inciso b) del artículo 140 transcripto en el subtítulo anterior indica que “...se considerarán ganancias todas las **distribuciones** que realice el fideicomiso o figura equivalente...”. (El resaltado es propio)

Por lo tanto, tratándose de fideicomisos o figuras equivalentes constituidas en el exterior que obtengan enriquecimientos, será su beneficiario quien deberá incorporar la renta a su declaración jurada del impuesto en el ejercicio fiscal en el que la figura del exterior **distribuya** sus utilidades. La conclusión no se vería modificada por el hecho de que el beneficiario revistiera, a su vez, la calidad de fiduciante, ya que del texto legal no surge ningún distingo al respecto para fideicomisos constituidos en el exterior, diferenciándose así el tratamiento respecto de los fideicomisos constituidos en Argentina en los que el beneficiario debe declarar la renta por el criterio de devengado cuando reviste a su vez la calidad de fiduciante residente en el país.

La disposición en comentario podría dar lugar, además, a resultados no deseables para el fisco argentino, en el caso de que el fideicomiso o figura equivalente de que se trate se encuentre constituido en una jurisdicción encuadrada por nuestra legislación dentro de los denominados “países de baja o nula tributación”, enunciados en el séptimo artículo incorporado a continuación del artículo 21 del decreto reglamentario a la ley del gravamen.

En efecto, por las particulares características que revisten los países incorporados en el listado incluido en el mencionado artículo del reglamento, en los últimos años se han introducido a la ley de impuesto a las ganancias diversas disposiciones específicas para evitar la configuración de maniobras tendientes al aprovechamiento de los sistemas tributarios preferenciales de otros países en detrimento del nuestro.

En tal orden de ideas, las denominadas reglas de “transparencia fiscal internacional” tienen entre sus objetivos evitar el diferimiento en la declaración de la renta por parte de los sujetos residentes en el país cuando ésta provenga de fuentes situadas en países de baja o nula tributación.

Gotlib G. y Vaquero F.⁶³ detallan que “*Las entidades transparentes propiamente dichas son aquellas cuyos resultados se consideran íntegramente distribuidos a sus integrantes, como si la entidad no hubiese existido*”.

Al respecto, Alejandro Altamirano⁶⁴ expresa que la aplicación de normas de transparencia fiscal puede justificarse desde distintos puntos de vista, a saber:

- Evitar el diferimiento fiscal como técnica de planificación fiscal

⁶² “Cuando corresponda imputar las ganancias de acuerdo con su percepción, se considerarán percibidas y los gastos se considerarán pagados, cuando se cobren o abonen en efectivo o en especie y, además, en los casos en que, estando disponibles, se han acreditado en la cuenta del titular o, con la autorización o conformidad expresa o tácita del mismo, se han reinvertido, acumulado, capitalizado, puesto en reserva o en un fondo de amortización o de seguro, cualquiera sea su denominación, o dispuesto de ellos en otra forma.”

⁶³ Gabriel Gotlib – Fernando M. Vaquero, “Aspectos internacionales de la tributación Argentina”, Ed. La Ley, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 365.

⁶⁴ Altamirano, Alejandro C. “Transparencia Fiscal Internacional (Normas Tributarias para la Prevención de la Elusión Internacional)”. Rev. Arg. De Derecho Tributario, 2003 (abril-junio), 313.

- Levantamiento del velo societario y neutralización del abuso de las formas jurídicas, mediante un sistema de presunciones legales que tienden a recuperar base imponible que se trasladó a otra jurisdicción (“*disregard of legal entity*”)
- Gravabilidad de una manifestación de la capacidad contributiva dada por la renta total

El primer país que introdujo este tipo de legislación a su cuerpo normativo fue Estados Unidos de América en el año 1962, remarcando los objetivos de neutralidad en las exportaciones y prevención de evasión fiscal a través del uso de paraísos fiscales⁶⁵. Posteriormente, la tendencia se fue extendiendo en diversos países, incluyendo Latinoamérica y dio lugar a numerosas ponencias doctrinarias, junto con informes específicos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre prácticas fiscales nocivas y países de baja o nula tributación. Asimismo, dichas normas resultan a menudo evaluadas críticamente a la luz del derecho tributario internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional.

Vicente Oscar Díaz⁶⁶ destaca que la legislación sobre las llamadas “sociedades extranjeras controladas” (“*controlled foreign corporations*” – CFC-), aborda el caso de las llamadas “rentas calificadas” o “rentas pasivas”, entre las que se incluyen los intereses, dividendos y regalías de un modo general. Asimismo, señala que para la legislación norteamericana se incluyen como rentas pasivas a las rentas derivadas de “*trust*”.

El mismo autor explica que las normas de que se trata pueden incorporarse a las legislaciones con base en dos enfoques distintos:

- “*transactional approach*”: son aplicadas a las sociedades extranjeras controladas con total independencia de la jurisdicción en que sean residentes.
- “*jurisdictional approach*”: son aplicadas a ciertas jurisdicciones consideradas de baja tributación.

En nuestro país dichas normas fueron introducidas a la ley de impuesto a las ganancias con la reforma tributaria dispuesta por la Ley N° 25.239 y su reglamentación mediante el Decreto N° 290/00.

El desconocimiento de la personalidad propia de sujetos radicados en el exterior es dispuesto por nuestra ley en forma expresa para ciertas situaciones y no para otras que, al no estar expresamente mencionadas, no podrían quedar privadas de tal personalidad.

Así, por ejemplo, el artículo 133, inciso a), de la ley del gravamen dispone que los resultados impositivos de las sociedades por acciones, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación por las ganancias originadas en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares deberán ser imputados por los accionistas residentes en el país al ejercicio anual en el que finalice el correspondiente ejercicio anual de tales sociedades o al año fiscal en que se produzca dicho hecho cuando se trate de personas físicas o sucesiones indivisas.

Es decir que, en estos supuestos, la imputación de la ganancia procederá en el período fiscal en el que ésta sea obtenida por la sociedad del exterior, independientemente de que se produzca o no en ese mismo período la distribución de dividendos⁶⁷. Dicha conclusión resulta confirmada por el artículo 148 de la ley del impuesto que prevé que los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior, declararán los resultados provenientes de tales participaciones “...*aun cuando los beneficios no les hubieran sido remesados ni acreditados en sus cuentas*”⁶⁸.

No obstante lo expuesto, resulta llamativo observar que para el caso especial de fideicomisos constituidos en el exterior no existe en la ley del gravamen una disposición análoga a las reseñadas que modifique el criterio de imputación de la renta proveniente de tales fuentes de manera de “adelantar” su

⁶⁵ Estivill, Sergio. “Transparencia fiscal”. Imp. 2001 – A, 647

⁶⁶ Vicente O. Díaz. “Aspectos fiscales-penales del accionar de grupos multinacionales”. IMP. 2004 – B, 1584.

⁶⁷ Cuando dicha distribución se produzca, la ley y su reglamento prevén ciertos mecanismos para evitar la doble imposición sobre tales rentas.

⁶⁸ El sexto artículo incorporado a continuación del artículo a su vez incorporado como sexto artículo a continuación del artículo 165 del decreto reglamentario (artículo 165.VI.6) aclara que dicho criterio de atribución de la renta sólo resultará de aplicación respecto de las rentas pasivas de tales sociedades.

imputación al período fiscal en el que el fideicomiso obtiene la renta, independientemente de su distribución, cuando éste se encuentre situado en un país de baja o nula tributación.

Por lo tanto, frente al caso de rentas pasivas, bastaría que el sujeto residente en Argentina elija esta forma jurídica para lograr el diferimiento de la atribución de la renta al período fiscal en que se produzca la distribución.

En este punto del análisis, cabría cuestionarse acerca de si existen diferencias que, desde el punto de vista tributario, justifiquen un tratamiento disímil entre la figura del fideicomiso constituido en un país de baja o nula tributación y una sociedad por acciones constituida en un país de similares características o incluso un establecimiento permanente, a cuyo respecto los artículos antes reseñados también disponen la imputación de la renta por el titular residente argentino en forma independiente de su distribución.

Dejando por un momento de lado la presencia de paraísos fiscales, cabe traer a colación lo expresado por Darío Rajmilovich⁶⁹, quien expone, en términos generales, que si el beneficiario de un fideicomiso no coincide con el fiduciante, carece de un derecho inmediato y automático sobre los frutos del fondo, *“...estando los mismos afectados en primer término a los requerimientos del fideicomiso ...y sujetos a la decisión del fiduciario sobre su distribución a favor del beneficiario, siendo justo en consecuencia que se imputen al año fiscal de operada su distribución...”*⁷⁰.

Esta consideración nos llevaría a aceptar que se mantenga el tratamiento actual respecto de fideicomisos constituidos en el exterior en los que el beneficiario argentino no reviste, a su vez, la calidad de fiduciante.

No obstante, podrían presentarse situaciones en las que el fiduciante no se desprenda de toda relación con el fideicomiso sino que, por el contrario, reúna a su vez la condición de beneficiario, manteniendo el dominio sobre las decisiones del fondo constituido.

En situaciones como la antedicha, el autor antes mencionado destaca que la exclusión del régimen de transparencia fiscal internacional que la ley de impuesto a las ganancias dispone respecto de ciertas figuras *“...conspira contra el más elemental principio de equidad”*, refiriéndose principalmente al caso de *“...los trusts ‘discrecionales’, es decir, aquéllos en que el fiduciante o constituyente (settlor) conserva el poder de control sobre el destino y la oportunidad de distribución de los bienes integrantes del trust y los beneficios acumulados, actuando el fiduciario (fiduciary) como un mero mandatario de aquél”*⁷¹.

Así, concluye *“...que el diseño del régimen TFI deja importantes lagunas legales, por donde podrían filtrarse dentro de la jurisdicción los beneficiarios de rentas pasivas, situación que presenta entonces una auténtica economía de opción que atenta contra el propósito de la normativa”*⁷².

En este mismo sentido, Liliana Molas⁷³, tal como se expuso en el subtítulo III.2.2 de este trabajo, destaca que, a los efectos de analizar el negocio subyacente que se encuentra presente en todo fideicomiso, debería tenerse en cuenta la relación que exista entre las partes del negocio (fiduciante / beneficiario / fideicomisario). Agrega que *“Cuando las tres partes sean la misma persona, estaremos, muy probablemente, frente a estructuras que no implican un verdadero desapoderamiento. Cuando sean distintas, deberíamos poder encontrar una causa gratuita u onerosa en esa transferencia”*. Así, si el fiduciante sigue manteniendo el “animus domini” sobre los bienes en cuestión, el fideicomiso *“...debería tener un tratamiento tributario transparente, que garantice la neutralidad, permitiendo que los impuestos recaigan sobre el patrimonio de afectación o sobre el fiduciante, del mismo modo en que lo harían si el fideicomiso no se hubiese constituido”*.

⁶⁹ Darío M. Rajmilovich. “La renta mundial en el impuesto a las ganancias”. Ed. La Ley, pág. 167

⁷⁰ Darío M. Rajmilovich. “La renta mundial en el impuesto a las ganancias”. Ed. La Ley, pág. 234.

⁷¹ Ob. Cit. en nota anterior, pág. 167

⁷² Ob. Cit. en nota anterior, pág. 167

⁷³ Liliana Molas. “Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad”. D.T.E 5/10/2009

Por otro lado, viene al caso mencionar la opinión de Luis O. Fernández que, al referirse a la salvedad contenida en la última parte del inciso b) del artículo 146 de la ley del gravamen respecto de fideicomisos en el exterior cuyo fiduciante – beneficiario sea un “sujeto empresa” residente en el país, entiende que “...tales fideicomisos (excepto fideicomisos en garantía) son establecimientos estables en el exterior propiedad de un sujeto del país por lo cual su ganancia estará comprendida en la tercera categoría pero las reglas para su liquidación son las de aquéllos y están detalladas en el artículo 129 y siguientes”⁷⁴.

Lo que resulta trascendente es señalar la analogía que efectúa el autor entre los fideicomisos en el exterior y los establecimientos estables allí radicados, lo que llevaría a imputar la renta proveniente de esta figura por el criterio de devengado en aquellos casos en que el beneficiario sea un sujeto empresa.

Sin embargo, para los casos comprendidos en el inciso b) del artículo 140 de la norma, es el propio texto legal el que expresa que se considerarán rentas a las “distribuciones” efectuadas por el fideicomiso sin que resulte apropiado atribuir un criterio de imputación distinto al mencionado por vía analógica, aún encontrándose involucrado un país de baja o nula tributación.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “No cabe aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales, para extender el derecho más allá de lo previsto por el legislador, ni para imponer una obligación habida cuenta de la reiterada doctrina en el sentido de que, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones fiscales, rige el principio de legalidad”⁷⁵ y que “Atendiendo al principio de legalidad, no puede aceptarse la analogía en la interpretación de los preceptos tributarios materiales para extender el derecho más allá de lo previsto por el legislador o para imponer una obligación”⁷⁶.

Por todo lo expuesto, este sería uno de los puntos que debería ser solucionado mediante legislación expresa sobre la materia.

En efecto, la falta de aplicación de las normas de transparencia fiscal en estos casos podría conducir a la realización de maniobras tendientes a diferir la declaración de ciertas rentas mediante la interposición de fideicomisos constituidos en el exterior. Nótese que, tratándose de un fiduciante-beneficiario que revista la calidad de persona física con cierto grado de control sobre las operaciones del fondo fiduciario, si mantiene en forma directa la tenencia de bienes prescindiendo de dicha figura, la declaración de la renta proveniente de tales bienes en su declaración personal del impuesto debiera producirse en el periodo fiscal que corresponda conforme al artículo 18 de la ley del gravamen, dependiendo del tipo de renta de que se trate. Sin embargo, de interponerse un fideicomiso, dichas utilidades permanecerán ajenas al tributo hasta el momento en que se disponga su distribución por este último, siendo que dicho momento podría ser escogido por el propio fiduciante – beneficiario según su conveniencia en función al nivel de gravamen que le corresponda determinar en cada período fiscal.

En tal sentido, los argumentos discutidos por la Cámara Nacional Penal Económica en la causa Eurnekian citada en el apartado anterior, si bien se refieren al impuesto sobre los bienes personales, podrían resultar de aplicación en el impuesto a las ganancias a efectos de considerar o no la “transparencia fiscal” del fideicomiso constituido en el exterior. En efecto, dichos argumentos podrían emplearse para concluir que, por aplicación del principio de la realidad económica, cuando el fiduciante ejerza cierto grado de control sobre la administración de los fondos del fideicomiso y se presenten otros elementos determinantes como ser que reúna, a su vez, la calidad de beneficiario, las rentas obtenidas por el fideicomiso debieran imputarse al fiduciante como si los bienes aportados no hubieran salido nunca de su patrimonio.

No obstante, habida cuenta de que la ley del gravamen no efectúa ninguna distinción para estos supuestos, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica y en un todo de acuerdo con el principio de reserva de ley en materia tributaria, sería recomendable una modificación legal que contemplara expresamente este tipo de situaciones.

⁷⁴ Luis Omar Fernández. “Impuesto a las Ganancias. Teoría – Técnica – Práctica”. Ed. La Ley, 2da. Edición actualizada y ampliada, Pág. 955.

⁷⁵ “Bertellotti, Oscar”. C.S.J.N. 28/04/1992

⁷⁶ “Fleischmann Argentina”. C.S.J.N. 13/06/1990

Cabe recordar que, tal como se expuso en el título III.1 de este trabajo, tratándose de fideicomisos constituidos en Argentina, se considera renta de la tercera categoría imputable al fiduciante - beneficiario por el criterio de devengado a la obtenida por dicha figura cuando las calidades mencionadas se reúnan en un mismo sujeto, pudiendo resultar una alternativa equitativa el prever igual modo de imputación frente al caso de fiduciantes – beneficiarios argentinos respecto de fideicomisos constituidos en el exterior, aún cuando se trate de personas físicas no comprendidas en el artículo 146, inciso b).

Se entiende que la necesidad de reforma legal referida se incrementa aún más en el caso en que los fideicomisos cuyo control permanezca en cabeza del contribuyente argentino se encuentren radicados en países de baja o nula tributación.

En estos casos, de propiciarse la reforma sugerida y en un tratamiento equitativo con el previsto para accionistas de sociedades situadas en paraísos fiscales, podría incorporarse a los fideicomisos al artículo 133, inciso a) respecto de la obtención de rentas pasivas aún cuando el fiduciante sea una persona física distinta del beneficiario. Más allá de las diferencias que podrían existir entre un accionista de una sociedad y un beneficiario de un fideicomiso en lo que hace a la carencia de inmediatez en el derecho del que resulta acreedor este último, tal como se expuso en los párrafos que anteceden, se entiende que la presencia de un paraíso fiscal podría justificar el adelantamiento en la declaración de la renta imputable al beneficiario.

En tal orden de ideas, deberían incorporarse disposiciones expresas en la ley que regula el gravamen a efectos de evitar situaciones de doble imposición, tal como se ha hecho frente al caso de sociedades por acciones constituidas en países de baja o nula tributación que obtienen rentas pasivas. En este sentido, si se reformara la ley del tributo disponiendo que resultan de aplicación a estos casos las normas de transparencia fiscal, debería también aclararse que no deberán computarse como ganancias gravadas las rentas distribuidas por fideicomisos en el exterior que se encuentren integradas por utilidades que fueron incorporadas a la declaración personal del beneficiario en un período fiscal anterior.

III.4.3. FIDEICOMISOS EN EL EXTERIOR QUE OBTIENEN DIVIDENDOS DE SOCIEDADES ARGENTINAS

El primer artículo incorporado a continuación del décimo tercer artículo a su vez incorporado a continuación del artículo 165 del decreto reglamentario de la ley del tributo (artículo 165. XIII.1) prevé que *“Los residentes en el país que sean titulares de acciones emitidas por sociedades radicadas en el exterior que participen – en forma directa o a través de otras sociedad radicada en el exterior-, en una sociedad constituida en la República Argentina, considerarán no computables los dividendos distribuidos por la citada sociedad emisora, en la medida en que los mismos estén integrados por ganancias distribuidas por la sociedad argentina, que tributaron el impuesto conforme con lo establecido en el artículo 69 de la ley y, en su caso, con el artículo incorporado a continuación del mismo.”*, debiendo el accionista residente en el país acreditar ante la Administración Federal de Ingresos Públicos en qué medida los dividendos percibidos se hallan integrados por las ganancias referidas.

El artículo transcrito otorga una herramienta a efectos de evitar la tributación en forma indirecta sobre los dividendos provenientes de una sociedad argentina, cuya renta ya estuvo sometida al gravamen.

No obstante ello, para el caso en que la sociedad emisora del exterior se encuentre radicada en una jurisdicción considerada como de baja o nula tributación, el último párrafo del referido artículo dispone que el tratamiento antes descripto no resultará aplicable.

Ahora bien, tratándose de fideicomisos constituidos en el exterior cuyas rentas se encuentren conformadas parcialmente por dividendos de sociedades argentinas, cabría evaluar si el beneficiario residente en el país deberá efectuar alguna discriminación a efectos de evitar la doble imposición económica sobre la renta proveniente del fideicomiso.

Al respecto, corresponde observar que el artículo reglamentario reseñado se refiere exclusivamente al caso de tenencia de “acciones” emitidas por “sociedades” radicadas en el exterior. Por lo tanto, y con los mismos argumentos expuestos en el subtítulo precedente en el sentido de la imposibilidad de aplicación analógica de la norma tributaria podría concluirse que la situación bajo análisis no resultaría amparada por el artículo en cuestión.

De tratarse de un fideicomiso constituido en un país considerado como de baja o nula tributación, aún pretendiendo la aplicación del referido artículo por vía analógica, se llegaría a la conclusión de la improcedencia de la norma, conforme a lo dispuesto en su último párrafo.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno mencionar que en la causa “Noble Mitre de Saguier, Matilde Ana María”⁷⁷, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico analizó el caso de la renta obtenida por una persona física residente en el país en concepto de dividendos distribuidos por una sociedad por acciones constituidas en las Islas Vírgenes Británicas, siendo que tales dividendos resultaban integrados, a su vez, por dividendos distribuidos a esta última sociedad por una sociedad anónima argentina.

Si bien el caso analizado en la referida causa se trató de una sociedad extranjera, y no de un fideicomiso, podrían resultar aplicables algunas de las conclusiones a las que allí se arribó. En esa oportunidad, la mencionada Cámara Nacional entendió que si se gravara la renta en casos *“...en los cuales se encontraría plenamente acreditado que los dividendos provenientes de la sociedad constituida en un ‘paraíso fiscal’ están completamente integrados por renta distribuida por una sociedad local que pagó, por aquellos réditos, el respectivo impuesto a las ganancias, se produciría, precisamente, el resultado que por la ley aplicable se ha pretendido evitar, pues se generaría una superposición indebida de impuestos, y por esta vía se generaría la situación que el legislador argentino sustancialmente ha procurado evitar: que el accionista residente en el país sufra una carga tributaria desmedida, conculcatoria de los principios constitucionales de igualdad, de equidad y de no confiscatoriedad, que constituirían límites a la potestad de aplicar tributos”*.

Por así entender, concluyó que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 165. XIII.1 del reglamento debe considerarse como una presunción no absoluta puesto que de lo contrario se estaría creando un nuevo hecho imponible por vía reglamentaria.

Nótese que, aún tratándose de un fideicomiso cuya situación no se encuentra contemplada expresamente en el artículo antedicho, resultarían igualmente aplicables algunos de los argumentos esbozados en el fallo en comentario, motivo por el cual surge la inquietud de cuál sería la postura de los tribunales frente a un planteamiento de este tipo por parte del beneficiario en el país.

Por tal motivo, resultaría prudente propiciar una reforma legislativa también en este punto, alineada con las pautas indicadas en el subtítulo anterior.

En tal sentido, tendría que incluirse alguna previsión expresa para evitar la doble imposición económica sobre dividendos distribuidos por sociedades argentinas que se encuentren contenidos en utilidades distribuidas por fideicomisos constituidos en el exterior a beneficiarios residentes en el país, en la medida que tal situación pueda probarse fehacientemente. Sin embargo, en este punto, es dable observar que frente a la presencia de un país de baja o nula tributación la propia ley impide la exclusión de utilidades conformadas por dividendos de sociedades argentinas cuando provengan de sociedades por acciones constituidas en dichos países. Por lo tanto, la reforma que se propicie debiera guardar cierta equidad en el tratamiento entre ambas figuras.

III.5.FIDEICOMISOS MIXTOS

⁷⁷ “Noble Mitre de Saguier, Matilde Ana María s/ evasión tributaria simple (incidente de apelación)”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B. 27/11/2008

Una situación claramente no prevista en las normas que regulan el gravamen es el caso de los denominados “fideicomisos mixtos”.

En efecto, tal como se expuso en el título III.1. del presente capítulo, en el punto 6, inciso a), del artículo 69 de la ley del tributo, se indica que deberán determinar e ingresar el impuesto como sujetos pasivos *“Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario...”*. Los fideicomisos financieros, en todos los casos, y los fideicomisos no financieros, cuando el fiduciante-beneficiario sea un beneficiario del exterior comprendido en el Título V de la ley del gravamen, también quedan comprendidos como sujetos del tributo.

Los casos comprendidos en la exclusión a la referida norma quedan amparados por el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49.

Ahora bien, nada dice la ley acerca del tratamiento aplicable respecto de aquellos casos de fideicomisos no financieros conformados parcialmente por fiduciantes que revisten, a la vez, la calidad de beneficiarios y parcialmente por fiduciantes que no revisten dicha calidad.

Ante situaciones como la descripta, y ante la ausencia de pautas expresas en la ley del gravamen, podrían presentarse las siguientes alternativas de interpretación:

1) Dividir el tratamiento correspondiente al fideicomiso, de manera que parte de la renta obtenida a través de esta figura sea declarada por los fiduciantes-beneficiarios (artículo 49, inciso d).1 de la ley) y la otra parte sea declarada por el fideicomiso como sujeto pasivo (artículo 69, inciso a), punto 6). Bajo esta alternativa, el fideicomiso sólo debería determinar el gravamen a la alícuota del 35% sobre las rentas atribuibles a beneficiarios que no reúnan, a la vez, la calidad de fiduciantes. Por su parte, los fiduciantes-beneficiarios incorporarían a su declaración jurada personal la proporción de la renta que les resulte atribuible, la que quedaría gravada, luego de detraer las deducciones personales del artículo 23, a la alícuota que en definitiva corresponda aplicar conforme a la escala progresiva del artículo 90 de la ley del tributo.

2) Atribuir la totalidad de la renta al fideicomiso, como sujeto pasivo. Esta interpretación se vería sustentada bajo la premisa de entender que la excepción contenida en el punto 6) del inciso a) del artículo 69 de la ley tan sólo ampararía a los fideicomisos en los que la calidad de fiduciante-beneficiario recaiga sobre la totalidad de sus partes componentes, por lo que si dicha condición no se verificase en alguno de sus fiduciantes, el fideicomiso mantendría su calidad de sujeto pasivo por la totalidad de la renta, aun respecto de la renta atribuible a los fiduciantes-beneficiarios.

Inquietudes de igual índole se presentan respecto de aquellos fideicomisos no financieros en los cuales, aun tratándose en su totalidad de fiduciantes-beneficiarios, algunos de ellos residen en el país y otros residen en el exterior, pues en estos casos la situación estaría parcialmente contemplada en el artículo 69, inciso a), punto 6 de la ley y parcialmente en el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49.

La temática descripta en los párrafos que anteceden ha sido abordada por diversa doctrina, la cual también se ha ocupado de sugerir la adopción de una u otra postura frente al caso de los denominados “fideicomisos mixtos”.

Así, Alberto P. Coto⁷⁸, luego de concluir que se trata de una situación no prevista expresamente en nuestra legislación, analiza, a modo de ejemplo, el caso de un fondo fiduciario donde existen múltiples beneficiarios (todos ellos residentes del país), siendo fiduciantes solo algunos de ellos.

Considera que, al no encuadrar plenamente en las categorías subjetivas existentes, el tratamiento frente al impuesto debería desdoblarse, conforme el siguiente procedimiento:

- La porción del resultado correspondiente a fiduciantes-beneficiarios, se debe apropiar en cabeza de éstos, quienes lo incorporarán dentro de su declaración jurada.

⁷⁸ Coto, Alberto P. “Aspectos tributarios del Fideicomiso”. Ed. La Ley. 2006

- Por la utilidad restante (perteneciente al beneficiario no fiduciante), el fideicomiso quedará obligado a ingresar el impuesto pertinente.

No obstante ello, el autor agrega que la solución propuesta sólo resultaría factible si el concepto de renta aplicable fuera único, planteando inquietudes respecto de aquellas situaciones en las que, por la calidad subjetiva de los fiduciantes-beneficiarios, debiera aplicarse la teoría del “rédito producto” para una parte de las rentas (la correspondiente a los fiduciantes-beneficiarios)⁷⁹ y la teoría del “incremento patrimonial” para la otra (la correspondiente al fideicomiso, por beneficiarios no fiduciantes).

Asimismo, resalta los inconvenientes de índole operativa que se presentan en la práctica, puesto que los sistemas aplicativos aprobados por la AFIP no contemplan la posibilidad de confeccionar declaraciones juradas a nombre de fideicomisos en los cuales una parte de la utilidad deba ser atribuida a un tercero (fiduciante-beneficiario), y el resto deba gravarse en cabeza del propio fondo.

En tal sentido, plantea la posibilidad de informar la utilidad correspondiente al fiduciante-beneficiario como un ajuste que disminuye el resultado impositivo del fideicomiso, dejando todo ello claramente indicado en los papeles de trabajo de la declaración jurada.

Por su parte, Kiper y Lisoprawski⁸⁰ consideran que, ante la ausencia de claridad en las normas que regulan el tributo, el tratamiento fiscal a asignar a los “fideicomisos mixtos” debiera basarse en el criterio de realidad económica, debiendo distribuirse proporcionalmente y en función de cada participación, el resultado atribuible a los fiduciantes-beneficiarios del país, para que éstos lo incorporen en sus propias declaraciones juradas. Por el resto del resultado no atribuible, de acuerdo con esta tesis, el fiduciario debe ingresar el impuesto por cuenta del fideicomiso, a la tasa actual del 35%.

Luis O. Fernández⁸¹ considera que “...el fideicomiso es uno solo y no admite este tratamiento diferencial, que sólo podría ser habilitado por una reforma legal del tributo”.

Liliana Molas⁸², plantea las siguientes dos posibilidades:

1. Que se interprete que para encuadrar en el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la ley todos los fiduciantes deban ser beneficiarios, y en consecuencia con que uno solo no lo sea el fideicomiso completo califica como los contemplados en el punto 6 del inciso a) del artículo 69, de modo que debe tributar el fideicomiso por el total de la renta obtenida.

2. Que pueda existir un tratamiento dual en un solo fideicomiso, y en consecuencia la renta atribuible a los fiduciantes-beneficiarios se atribuya a ellos y sean ellos quienes tributan por dicha renta, mientras que la renta atribuible a los beneficiarios que no son fiduciantes tribute en cabeza del fideicomiso.

Destaca que las mismas posibilidades se presentan cuando evaluamos fideicomisos de tipo fiduciante-beneficiario que tienen fiduciantes locales y al menos uno que califica como beneficiario del exterior en los términos del Título V de la ley.

La autora concluye que, si nos atenemos a los aplicativos para la determinación del gravamen, la opción 2) no se puede llevar adelante.

Claramente, no resulta razonable permitir que los sistemas aplicativos diseñados por el organismo fiscal provean la interpretación que debe darse a una norma legal poco precisa, siendo recomendable que se propicie una reforma normativa que contemple en forma expresa la situación frente al gravamen.

⁷⁹ Si bien no resulta objeto del presente trabajo, cabe recordar que el apartado 2) del artículo 2° de la ley del impuesto consagra la denominada “teoría del balance” para los responsables del artículo 69 de la ley y las demás sociedades, empresas y explotaciones unipersonales, incluyéndose bajo el concepto de empresa – según lo indicado en el artículo 8° del decreto reglamentario – los sujetos del artículo 49, incisos b) y c). Por tal motivo, se sostiene que resulta aplicable la denominada “teoría de la fuente” para el caso de fideicomisos no financieros incluidos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la norma legal.

⁸⁰ Silvio V. Lisoprawski, Claudio M. Kiper. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

⁸¹ Fernández, Luis. O. “Impuesto a las Ganancias. Teoría – técnica – práctica”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada.

⁸² “Fideicomisos. Aspectos Tributarios Controvertidos”. Informe del Relator. Comisión 2. VIII Simposio sobre legislación tributaria argentina - junio/2006

En un sentido similar a lo expresado a lo largo de este título, cabe señalar que tampoco resulta clara la situación de fideicomisos cuando, estando encuadrados en su totalidad en uno u otro artículo de la ley del gravamen, se producen cesiones de derechos de beneficiarios con posterioridad a la constitución del fondo.

En efecto, podría suceder que, habiendo quedado el fideicomiso comprendido en el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la ley por tratarse en su totalidad de fiduciantes-beneficiarios residentes en el país, alguno/s de tales fiduciantes ceda/n su derecho como beneficiario/s a un tercero que no revista la primera de esas calidades. En tal situación, el fiduciante original dejaría de ser beneficiario planteándose la inquietud de si ello llevaría a que el fideicomiso pase a tributar bajo las reglas del artículo 69 de la ley, se mantenga bajo las reglas del artículo 49 por encuadrar allí al momento de su constitución (debiendo el nuevo beneficiario declarar parte de la renta aunque no revista la condición de fiduciante) o, finalmente, se divida la renta obtenida entre ambos tratamientos en la proporción que corresponda.

Si bien las normas involucradas datan de varios años antes, es recién en el año 2010 que se toma conocimiento de los primeros pronunciamientos del fisco sobre la cuestión involucrada.

Así, mediante la Resolución (SDG TLI) N° 89/10 se analizó, en el marco de una consulta vinculante regulada por el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 4° de la Ley N° 11.683, un caso aislado que trataba de un fideicomiso al que se transfirió un terreno para permutarlo por lotes terminados, luego de un proyecto de loteo y en el que todos los sujetos involucrados compartían el carácter de fiduciantes y beneficiarios, salvo uno. Allí, el organismo fiscal tuvo en cuenta que la totalidad de los beneficios provenientes de la asignación de lotes serían asignados a fiduciantes-beneficiarios, por lo que concluyó que *“...corresponde durante el transcurso del fideicomiso encuadrar dichos resultados en los términos del inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la ley de impuesto a las ganancias”* y que *“Al momento de la culminación del mismo si hubiera un eventual resultado atribuible al beneficiario/fideicomisario no fiduciante corresponderá que el fideicomiso como sujeto empresa, tribute el gravamen correspondiente”*.

Ahora bien, del Dictamen (DI ALIRSS) N° 8/2010 surge que algunas áreas del organismo fiscal se inclinaban efectivamente por dividir el tratamiento aplicable en el caso de fideicomisos mixtos. Sin embargo, ese servicio jurídico, en el marco del control de legalidad que ejerce dentro del procedimiento de consulta vinculante, descartó dicha interpretación, concluyendo que la ley del gravamen no habilita ningún tipo de proporción y que el fideicomiso debiera ser considerado sujeto pasivo.

En este último sentido pueden mencionarse las Resoluciones (SDG TLI) Nros. 6 y 11/2011, dictadas en el marco del procedimiento regulado por el artículo incorporado a continuación del artículo 4° de la Ley N° 11.683 – consulta vinculante-, en las cuales se concluyó que en los casos de fideicomisos en los que existan beneficiarios que no revistan el carácter de fiduciantes, el sujeto pasivo del impuesto será, en todo caso, el fideicomiso. Ello, teniendo en cuenta que la ley del gravamen no admite la tributación proporcional en cabeza de los fiduciantes beneficiarios y el fideicomiso.

Siguiendo igual tesitura, se expresó que, de generarse una situación mixta por concurrir fiduciantes-beneficiarios con otros simples beneficiarios que hayan adquirido tal derecho en virtud de un contrato de cesión, también sería el fideicomiso quien debe tributar en los términos del punto 6 del inciso a) del artículo 69 de la ley del impuesto, *“...puesto que el único supuesto en que corresponde la exclusión del fideicomiso como sujeto será cuando exista una total adecuación entre fiduciantes y beneficiarios”*.

Un criterio análogo se adoptó en el marco de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios, donde se sostuvo que *“Si se está ante una situación ‘mixta’, esto es, en la que concurren fiduciantes beneficiarios junto con otros simples beneficiarios, es el fideicomiso quien debe tributar en los términos del artículo 69, inciso a) punto 6) de la LIG puesto que la exclusión del fideicomiso como sujeto opera como una excepción y será sólo cuando exista una total adecuación entre F y B”*⁸³.

⁸³ Acta de la Reunión N° 3 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 24/8/2011

En dicha Comisión se analizó el caso de un fideicomiso compuesto íntegramente por fiduciantes – beneficiarios, cuando uno de ellos cede su derecho de participación a un tercero. Se entendió que si la operación involucra una cesión de la posición contractual completa, de modo que el tercero asume tanto la calidad de fiduciante (tomando a su cargo las obligaciones asumidas por el cedente desvinculado del contrato) como la de beneficiario, la incorporación de un nuevo sujeto producto de la cesión contractual no alteraría la condición del sujeto obligado en el impuesto a las ganancias (los fiduciantes – beneficiarios), ya que todos los partícipes continuarían siendo fiduciantes beneficiarios.

Se remarcó que la solución sería distinta en aquellas cesiones en las cuales el cesionario, con motivo de que no restan obligaciones que cumplir, asume solamente la condición de beneficiario. En estos casos, tratándose de una situación mixta en la que conviven supuestos alcanzados por el artículo 49 con supuestos comprendidos en el artículo 69 de la ley, se concluyó que *“Por imperativo legal será el fideicomiso quien asume la condición de sujeto pasivo del tributo y lo será a partir del período fiscal en que ocurra la pertinente cesión”*⁸⁴.

Del mismo modo, se concluyó que, tratándose de un fideicomiso no financiero en el que todos sus fiduciantes resultan beneficiarios y residentes en el país, *“...aún cuando uno sólo de los integrantes pierda la residencia en el país, el patrimonio fiduciario se erigirá en sujeto pasivo del tributo”*⁸⁵.

Sin perjuicio de que ya se cuenta con la opinión del organismo fiscal en la materia, la cuestión ameritaría ser regulada en forma expresa normativamente, cualquiera sea la alternativa que se desee aplicar frente a estos casos.

Si se trata de entender la razón por la cual el legislador ha decidido brindar un tratamiento diferente según que el fiduciante revista o no la calidad de beneficiario, podría concluirse que en los casos de fiduciante – beneficiario la ley asemeja el tratamiento al de una empresa unipersonal, en virtud de que podría presumirse que, en tales casos, el fiduciante conservaría cierto poder de decisión sobre el manejo de los bienes cedidos al fiduciario. Lo mismo sucedería frente a varios fiduciantes que compartan la calidad de beneficiarios, a los que se trataría de forma similar a la prevista para las uniones transitorias de empresas.

Ahora bien, si alguna/s de las partes no verifica en forma conjunta tales roles, es probable que la incidencia en la toma de decisiones sobre el manejo y destino de los bienes fideicomitados se diluya, permitiéndose en estos casos un tratamiento diferencial por el que se considere al fideicomiso como un ente, a los fines fiscales, con patrimonio verdaderamente diferenciado de los sujetos que originalmente lo constituyen y que se han deslindado de la responsabilidad por su manejo.

Bajo esta interpretación, y siguiendo la línea mantenida por el fisco en los antecedentes reseñados, podría incluirse una aclaración reglamentaria en el sentido de que el tratamiento previsto en el artículo 49 de la ley sólo resultaría aplicable cuando al cierre del ejercicio fiscal todos los integrantes del fondo revistan la calidad de fiduciante – beneficiario.

De este modo, si se cumpliera originalmente la condición descripta en el párrafo anterior, pero luego se produjeran cesiones de posiciones contractuales que deriven en una situación “mixta”, se producirá un cambio de sujeto obligado frente al tributo en el ejercicio fiscal en que dicha modificación haya tendido lugar.

La propuesta efectuada precedentemente, en el sentido de no admitir la proporcionalidad en el tratamiento de la renta proveniente del fideicomiso en función de la diferente calidad de sus partes, tendría sustento, tal como se expresó, en la dilución del poder en la toma de decisiones que se produciría frente a circunstancias del tipo de la comentada.

No obstante, cuando la situación mixta tenga relación con el lugar de residencia de las partes, sin que se altere la condición de fiduciante – beneficiario de todas ellas, no se aprecian justificativos para traspasar

⁸⁴ Acta de la Reunión N° 4 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 3/11/2011

⁸⁵ Acta de la Reunión N° 4 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 3/11/2011

la responsabilidad de los fiduciantes – beneficiarios en la determinación y declaración de la renta al fondo fiduciario.

En tal sentido, nótese que la definición incorporada en el artículo 69 de la ley del gravamen, por la que se atribuye la determinación del impuesto al fondo fiduciario cuando sus fiduciantes – beneficiarios sean residentes en el exterior, deriva en un tratamiento similar entre la actividad desarrollada por el fideicomiso en el país y por un establecimiento estable perteneciente a un sujeto del exterior comprendido en el inciso b) del artículo 69.

Por lo tanto, no se aprecia en este punto que la convivencia con sujetos del exterior brinde un fundamento suficiente para alterar el tratamiento correspondiente a los fiduciantes-beneficiarios en el país.

El razonamiento a seguir sería similar al empleado por la ley del tributo para el caso de uniones transitorias de empresas con sujetos del exterior. En efecto, bajo tal supuesto, resultaría aplicable el artículo 49, inciso c), de la ley para el residente del país, que indica que las ganancias provenientes de empresas unipersonales serán atribuidas a su dueño como renta de la tercera categoría y, respecto del residente en el exterior, debería considerarse que existe un establecimiento estable, en los términos del artículo 69, inciso b), de la ley del gravamen, gravando la renta por el principio de devengado a la alícuota del 35%.

No obstante, cabe señalar que, entre las modificaciones propiciadas a la ley del gravamen por el proyecto normativo mencionado en el apartado III.3, se prevé eliminar la distinción que actualmente prevé la ley de impuesto a las ganancias en función al tipo de fideicomiso y a las partes que lo integran, disponiéndose que todos los fideicomisos, cualquiera sea su estructura y participantes, resultarían sujetos pasivos del gravamen, quedando sometidos sus resultados a la alícuota del 35%.

La doctrina comenta que *“El cambio propiciado parece ir dirigido directamente a los fideicomisos inmobiliarios o de construcción que, precisamente, adoptan la estructura de fiduciante = beneficiario, donde el fideicomiso no reviste como sujeto del impuesto, con sucesivas cesiones de participación entre los inversores originales y los nuevos. En este tipo de estructura fiduciaria, se establecería que el resultado impositivo surgiría de comparar el valor de plaza a la fecha de adjudicación de los inmuebles con el costo de construcción, aplicando sobre la diferencia la alícuota del 35%. Se considerará, además, como ganancia gravada neta a la cesión de derechos del beneficiario del fideicomiso a un tercero, precisándose distintas situaciones en función de las sucesivas cesiones previas a la adjudicación de los bienes”*⁸⁶.

III.6. DISTRIBUCION DE UTILIDADES. IMP DE IGUALACION. 70.2 DR

Otro de los aspectos que generan algunas inquietudes en cuanto al tratamiento de los fideicomisos en el impuesto a las ganancias, tiene que ver con la aplicación del instituto denominado “impuesto de igualación” regulado en el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias (en adelante, 69.1).

Cabe recordar que, en dicho artículo, se establece una retención, con carácter de pago único y definitivo, que procederá en aquellos casos donde la utilidad distribuida por ciertos sujetos pasivos del gravamen exceda a las ganancias determinadas sobre la base de la aplicación de las normas generales de la ley.

En el caso particular de los fideicomisos, el último párrafo del artículo 69.1 prevé que sus disposiciones no resultarán de aplicación *“...a los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública, en los casos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación”*. (El destacado es propio)

⁸⁶ José A. Moreno Gurrea. “Plan Antievasión III. Impuesto a las Ganancias. Proyecto de modificaciones”. Errepar

No obstante, en la actualidad no se ha dictado norma alguna que determine los casos y condiciones que deben cumplirse a efectos de que no se aplique la figura del "impuesto de igualación". Por lo tanto, podrían presentarse las siguientes interpretaciones alternativas:

- 1) considerar que, ante la falta de reglamentación, la norma no se encuentra operativa, siendo aplicable el impuesto de igualación en todos los casos.
- 2) considerar que la excepción de que se trata operaría para todos los fideicomisos financieros con oferta pública, bajo el entendimiento de que no se habría estimado necesaria ninguna reglamentación que complemente al texto legal.

Al respecto, resulta interesante mencionar la postura que esboza el Dr. Gordillo respecto de la ausencia de reglamentación normativa en general, al expresar que *"...las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no: los jueces y la misma administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurientes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos arts. como es de práctica, que "el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley," pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que por cierto no sería admisible bajo ningún punto de vista. Lo mismo cabe decir, con mayor razón aun, de los reglamentos del Jefe de Gabinete"*⁸⁷.

Por otra parte, resulta ilustrativo traer a mención la diferenciación entre normas programáticas y operativas, recordada por Susana Navarrine⁸⁸ al analizar el último párrafo del artículo 81 de la Ley N° 11.683, que prevé: *"... Los impuestos indirectos sólo podrán ser repetidos por los contribuyentes de derecho cuando éstos acrediten que no han trasladado tal impuesto al precio, o bien cuando habiéndolo trasladado acrediten su devolución en la forma y condiciones que establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos."* (El resaltado es propio)

Con relación a ello, la autora sostiene que *"La modificación del art. 81, párrafo último, es una disposición que tiene el carácter de programática, por oposición a las disposiciones operativas que no necesitan de otra norma para su ejecución.*

Por eso, la propia ley 25.795 impone la exigencia de una reglamentación de este condicionamiento para la repetición a través de un reglamento de ejecución que ha sido delegado a la propia Autoridad Fiscal, la Administración Federal de Ingresos Públicos. Mientras ello no ocurra, la disposición del art. 81 que comentamos, carece de operatividad, en consecuencia, es inaplicable (...).

...se tendrá por no legislada la disposición del último párrafo del art. 81 hasta que no sea operativa por su reglamentación."

Para complementar el análisis, es oportuno mencionar también la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "F.M. Comercial S.A c. DGI"⁸⁹. Allí se analizó la operatividad del artículo 29 de la Ley N° 11.683 de Procedimiento Fiscal que regula, de manera general, lo relativo a las acreditaciones y las devoluciones de los saldos a favor del contribuyente que hubiere realizado ingresos en demasía en las arcas del tesoro. Con referencia a la cesión de saldos a favor, el segundo párrafo de la norma indicada establece que **"cuando en virtud de disposiciones especiales que lo autoricen, los créditos tributarios puedan transferirse a favor de terceros responsables, su aplicación por parte de estos últimos a la cancelación de sus propias deudas tributarias, surtirá los efectos de pago sólo en la medida de existencia y legitimidad de tales créditos. La Administración Federal de Ingresos Públicos no asumirá responsabilidades derivadas del hecho de la transferencia, las que en todos los casos, corresponderán exclusivamente a los cedentes y cesionarios respectivos"** (el destacado es propio).

⁸⁷ Dr. Agustín Gordillo. "Tratado de Derecho Administrativo".

⁸⁸ Navarrine, Susana Camila. "Los condicionamientos para la devolución de algunos impuestos indirectos. Restricciones en suspenso.". Publicado en: IMP 2004-A, 144

⁸⁹ "F.M. Comercial S.A. c. D.G.I.". Corte Suprema de Justicia de la Nación. 14/06/2001. Cita: 324:1848

En esa oportunidad, el fisco había entendido que la falta de reglamentación general por su parte de la cesión de créditos fiscales obstaba a la procedencia de dicha operación.

Por el contrario, el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó “...que aceptar el criterio pretendido por la demandada, implicaría tanto como admitir que el Fisco se ha arrogado la facultad de suspender el cumplimiento de una ley de la Nación mediante el subterfugio consistente en omitir “sine die” el dictado de una reglamentación. Razonamiento que resulta inadmisibles, ...aun cuando se considerara que el art. 24 de la ley del IVA es una norma programática (conf. arg. Fallos: 310:2653)”.

En igual sentido, el Supremo Tribunal entendió que “...carece de toda lógica la tesis del organismo recaudador en tanto importa soslayar, y convertir en letra muerta, la disposición legal que establece la opción de los contribuyentes de transferir determinados saldos a terceros”. Agregó que lo expuesto “...no significa que el organismo recaudador no se encuentre facultado a dictar normas reglamentarias sobre tal materia. (...) Sin embargo, no resulta de esa ley que el derecho a transferir créditos fiscales, en los casos en que disposiciones especiales lo permitan, quede supeditado a que el ente recaudador dicte tal reglamento.”

Sin embargo, en la causa “El Marisco S.A c/ DGI”, de fecha 27/5/2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó la vigencia de las disposiciones contenidas en el inciso b) del artículo 9° de la Ley N° 23.101, a través del cual se previó que la exportación de “los bienes y servicios promocionados” gozaría de una deducción en el balance impositivo del impuesto a las ganancias del exportador de hasta el 10% del valor F.O.B de los bienes y servicios exportados. El artículo 8° de esa norma preveía que “Se entenderá por bienes y servicios promocionados aquellos que se encuentren incluidos **en las listas que se confeccionan a tal efecto por el Poder Ejecutivo Nacional**” (El destacado es propio).

En aquella oportunidad, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto N° 173/85, había confeccionado las listas de que se trata, dotando de plena operatividad a la norma en comentario, en base a la nomenclatura arancelaria entonces vigente, esto es, la Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera (NCCA). Posteriormente, el Decreto N° 553/89 fijó un derecho de exportación adicional del 20% sobre todas las mercaderías comprendidas en la Nomenclatura Arancelaria y Derecho de Exportación (NADE) y previó que las mercaderías alcanzadas por dicho adicional no gozarían del beneficio establecido por su par N° 173/85.

El Decreto N° 553/89 fue luego derogado por el Decreto N° 2.657/91, pues este último sustituyó a la NADE por la Nomenclatura del Comercio Exterior (NCE).

Así las cosas, la Procuradora Fiscal, en dictamen compartido por el Supremo Tribunal, remarcó que las franquicias contenidas en la Ley N° 23.101 “...requieren de las listas que confeccione a tal efecto el Poder Ejecutivo Nacional...”. En base a ello, concluyó que, habida cuenta de que el Decreto N° 2.657/91 se limitó a sustituir a la NADE y a la NADI por la NCE, sin aprobar a tal efecto una nueva lista de mercaderías a las que se les aplicara el beneficio de la deducción previsto en el artículo 9°, inciso b), de la Ley N° 23.101 ni restaurar la vigencia de la contenida en el Decreto N° 173/85, el mencionado beneficio habría perdido virtualidad.

Nótese, por lo tanto que, en la causa en comentario, la existencia de una reglamentación que delimite en forma expresa las situaciones cuya definición se le ha encomendado, se consideró esencial para dotar de vigencia al texto legal.

Ahora bien, en el caso particular que nos ocupa, surge la inquietud de si la mención en la ley del impuesto a “casos y condiciones” que debieran haber sido establecidos por la reglamentación ha supeditado la entrada en vigencia del texto legal o, por el contrario, éste se encuentra en plena operatividad sin condicionamiento alguno.

La doctrina mayoritariamente concuerda en que la norma se encuentra vigente para aquellos fideicomisos financieros con oferta pública de sus certificados de participación.

La finalidad de la norma analizada es un elemento adecuado para orientarnos en la respuesta a este interrogante.

En primer lugar, cabe indagar en los objetivos tenidos en mira por el legislador al incorporar el artículo 69.1 de la ley del gravamen. Tal como lo señala la doctrina⁹⁰, el objetivo perseguido con esta disposición ha sido neutralizar las exenciones y el ahucamiento en la base de imposición a la renta, emergentes de las normas vigentes en el caso de que las utilidades no se reinviertan en la actividad sino que se proceda a su distribución entre accionistas o socios.

A la luz de ello, surge la inquietud de por qué se ha decidido excluir a ciertos fideicomisos de esta previsión legal, teniendo en cuenta que los fondos fiduciarios a los que se refiere el último párrafo del artículo 69.1 de la ley son considerados sujetos pasivos del gravamen tal como los demás sujetos comprendidos en el artículo 69 de la misma norma y sus utilidades son asimiladas a dividendos o utilidades distribuidas por entes societarios, conforme a los artículos 46 y 64 del texto legal.

Por lo tanto, en segundo lugar, corresponde cuestionarse acerca de si los fideicomisos a los que se refiere el último párrafo del artículo 69.1 determinan el impuesto con reglas similares a las que resultan aplicables a los demás sujetos abarcados por el artículo 69 o si, por el contrario, existe alguna diferenciación que torne necesaria su exclusión del instituto del “impuesto de igualación”.

Al respecto, tal como se expresó en el apartado III.1, se recuerda que el tratamiento en el gravamen que nos ocupa para los fideicomisos constituidos conforme a la Ley N° 24.441 se encontraba regulado en el Decreto N° 780/95.

Dicha norma disponía que, para el caso de fideicomisos financieros, la ganancia neta sobre la cual se determinaría el impuesto a ingresar por sus fiduciarios en carácter de administradores de patrimonios ajenos como pago único y definitivo, se establecería de acuerdo con las disposiciones de la ley de impuesto a las ganancias que rigen la determinación de las ganancias de la tercera categoría, no siendo deducibles los importes que, bajo cualquier denominación, correspondiera asignar en concepto de distribución de utilidades.

No obstante, se agregaba que la imposibilidad de deducir las utilidades distribuidas no resultaría de aplicación para los fideicomisos financieros que reunieran la totalidad de los requisitos siguientes:

*“a) se constituyan con el único fin de efectuar la titulización de activos homogéneos que consistan en títulos valores públicos o privados o derechos creditorios provenientes de operaciones de financiación evidenciados en instrumentos públicos o privados, verificados como tales en su tipificación y valor por los organismos de control conforme lo exija la pertinente normativa en vigor, siempre que la constitución de los fideicomisos y la **oferta pública de certificados de participación o títulos representativos de deuda** se hubieren efectuado de acuerdo con las normas de la COMISION NACIONAL DE VALORES;*

b) los activos homogéneos originalmente fideicomitados no sean sustituidos por otros tras su realización o cancelación, salvo colocaciones financieras transitorias efectuadas por el fiduciario con el producido de tal realización o cancelación con el fin de administrar los importes a distribuir o aplicar al pago de las obligaciones del fideicomiso, o en los casos de reemplazo de un activo por otro por mora o incumplimiento;

c) sólo en el supuesto de instrumentos representativos de crédito, que el plazo de duración del fideicomiso guarde relación con el de cancelación definitiva de los activos fideicomitados;

d) el beneficio bruto total del fideicomiso se integre únicamente con las rentas generadas por los activos fideicomitados y por las provenientes de su realización, y de las colocaciones financieras transitorias a que se refiere el punto b), admitiéndose que una proporción no superior al diez por ciento (10 %) de ese ingreso total provenga de otras operaciones realizadas para mantener el valor de dichos activos”. (El destacado es propio)

⁹⁰ Lorenzo Armando, Bechara Fabián, Calcagno Gabriela, Cavalli Cesar M., Edelstein Andrés M. “Tratado de Impuesto a las Ganancias”. Editorial Errepar

Luego de que la Ley N° 25.063 (B.O. 30/12/1998) incorporase a los fideicomisos financieros como sujetos pasivos del impuesto a las ganancias en el artículo 69 de la ley del gravamen, a la vez de agregar el artículo 69.1 referido al “impuesto de igualación”, el Decreto N° 254 (B.O. 22/3/99) introdujo al decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias disposiciones similares a las contenidas en el Decreto N° 780/95 en cuanto a la determinación de la renta neta. Los requisitos para admitir la deducción de utilidades distribuidas, quedaron consagrados en el segundo artículo sin numerar a continuación del artículo 70 (en adelante, 70.2) de la reglamentación del impuesto.

Por lo tanto, conforme a las normas hasta aquí reseñadas, los fideicomisos financieros con oferta pública podían determinar la ganancia neta sujeta al gravamen detrayendo de la ganancia bruta las utilidades distribuidas, en la medida que se verificasen a su respecto los demás requisitos previstos en el artículo 70.2 de la reglamentación.

Considerando esta particularidad en la determinación de la renta, para tales fideicomisos, podía encontrarse cierto sentido en la exclusión de la aplicación del “impuesto de igualación”, en la medida que se interprete que la intención del legislador fue asegurar la exclusión de la renta obtenida por el fideicomiso tanto en cabeza del propio fondo – mediante la deducción de utilidades – como en cabeza de los inversores – mediante la exclusión de la figura del “impuesto de igualación”-.

En igual sentido, cabe observar que, cuando se trata de certificados de participación, los artículos 46 y 64 de la ley de impuesto a las ganancias excluyen, de la determinación de la ganancia neta por sus beneficiarios a “...las utilidades que los sujetos comprendidos en los apartados 6 ... del inciso a) del artículo 69 distribuyan a sus socios o integrantes”.

Algunos autores sostienen, efectivamente, que las condiciones reglamentarias a las que se refiere la ley del tributo son los requisitos contemplados en el artículo 70.2 de la reglamentación⁹¹.

No obstante, no surge del artículo 70.2 reglamentario ninguna mención expresa al artículo 69.1 de la ley que permitiera concluir que los “casos y condiciones” a definir por la reglamentación a los que se refiere dicho artículo sean los regulados por dicha norma.

Siguiendo con este análisis, corresponde recordar que mediante el Decreto N° 1.207/2008 (B.O. 1/8/2008) se modificó el artículo 70.2 del reglamento, limitando la deducción de utilidades distribuidas para la determinación de la renta neta al caso de fideicomisos financieros “...que se encuentren vinculados con la realización de obras de infraestructura afectadas a la prestación de servicios públicos...” y que, a la vez, reúnan la totalidad de los requisitos indicados en los incisos a) a d) del mismo artículo, los que – básicamente- se han mantenido sin alteración.

En conclusión, habiendo quedado prácticamente inaplicable la disposición contenida en el artículo 70.2 del reglamento, resulta que los fideicomisos financieros con oferta pública determinarán la ganancia neta sujeta a impuesto mediante la aplicación de las reglas que rigen a la tercera categoría de renta, sin que puedan deducir de la base imponible las utilidades distribuidas.

En tal sentido, en caso de distribuir utilidades, no se aprecia cual sería en la actualidad el motivo que justifique la exclusión de estos fideicomisos de las reglas del “impuesto de igualación”, las que resultan aplicables a los demás sujetos comprendidos en el artículo 69 de la ley del gravamen.

En efecto, nótese que, en la actualidad, la renta distribuida ya habría sido gravada – por aplicación del principio de lo devengado al tratarse de rentas de la tercera categoría – en cabeza del fondo fiduciario por lo que, de eliminarse la exclusión que surge del último párrafo del artículo 69.1 de la ley, sólo procedería la aplicación del “impuesto de igualación” en los mismos casos que resulta aplicable a los demás sujetos comprendidos en la misma norma.

Por lo tanto, resultaría precisa una modificación legal que clarifique la vigencia actual de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 69.1 de la ley del tributo, en el caso de que se pretenda mantener dicho

⁹¹ Cfr. Alberto P. Coto. “Aspectos Tributarios del Fideicomiso”. Ed. La Ley, pág. 57

tratamiento preferencial por algún motivo, sin supeditar la norma a casos y condiciones que, luego de tantos años desde su dictado, no se han regulado.

En tal sentido podría propiciarse una modificación al artículo 70.2 del decreto reglamentario, por la que se introduzca en su primer párrafo una vinculación expresa con el último párrafo del artículo 69.1 de la ley del gravamen, de manera de limitar el tratamiento preferencial a los casos que resulten incluidos en la norma reglamentaria.

Ello, sin perjuicio de señalar que se mantendría un velo de incertidumbre respecto de la interpretación que debió haberse brindado a la norma de que se trata desde su dictado hasta la actualidad.

IV. IMPUESTO A LA GANANCIA **MÍNIMA PRESUNTA**

IV.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El Decreto N° 780/1995, reglamentario de la Ley N° 24.441, determinaba el tratamiento del fideicomiso en el impuesto a las ganancias y en el impuesto sobre los bienes personales.

Al crearse el impuesto a la ganancia mínima presunta, mediante la Ley N° 25.063 (B.O: 30/12/1998), la figura del fideicomiso tuvo expresa consideración en el texto legal que regula el tributo, incorporándose entre los sujetos pasivos del gravamen enumerados en su artículo 2° a *“f) los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley”*.

A efectos de evitar situaciones de doble imposición, se eximió en el artículo 3° de la ley a *“f) los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del artículo 2...”*⁹².

Para el caso de fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley N° 24.441, serán sujetos del impuesto los tenedores de certificados de participación y títulos representativos de deuda, siempre que tales tenedores revistan una calidad subjetiva por la que encuadren como sujetos pasivos del gravamen. En tal sentido, conforme lo prevé el inciso g) del artículo 4° de la ley del tributo, valuarán dichas tenencias al último valor de cotización o mercado al cierre del ejercicio, de tratarse de certificados y títulos que coticen en bolsas o mercados; o, en caso contrario, a su costo, incrementado, de corresponder, con los intereses devengados a esa fecha o utilidades del fondo fiduciario devengadas a favor de sus titulares y no distribuidas al cierre. Con el objeto de evitar distorsiones nocivas, el inciso f) del artículo 3° de la ley dispone que estarán exentos *“...los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en la proporción atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario”*.

En otro orden de ideas, y habida cuenta de la interpretación sostenida por el organismo fiscal en su Instrucción General (AFIP) N° 9/99 acerca del carácter complementario del impuesto que nos ocupa respecto del impuesto a las ganancias, resulta oportuno mantener presente el tratamiento que, para este último gravamen, prevé su legislación específica y que ha sido descripto en el apartado III anterior.

IV.2. EL CASO DE LOS FIDEICOMISOS PÚBLICOS

Si bien no existe en la Ley N° 24.441 una definición de “fideicomiso público”, la doctrina se ha encargado de diferenciar este tipo de fideicomiso de aquel considerado “privado”, mediante la enumeración de ciertas características distintivas, a saber:

- “a) El ‘fideicomiso público’ tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la ley 24.441, en todo lo que no se oponga a aquél.*
- b) La Administración debe necesariamente intervenir en su constitución.*
- c) El patrimonio separado se conforma en cabeza de un fiduciario con bienes del Estado y, consecuentemente, la finalidad del fideicomiso que le sirve de causa es de interés público.*
- d) El ‘fideicomiso público’ puede coincidir con el normado en la ley 24.441 o bien tomar algunos de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que respondan a las necesidades de la administración en cada caso concreto. Detrás, como elemento generador está el Estado, guiado por el mencionado interés público”*⁹³.

Asimismo, se ha manifestado que *“Hoy es de conocimiento público – por la trascendencia mediática- que proliferan los denominados ‘fondos fiduciarios’ (algunos pseudofideicomisos) por vía de leyes o decretos. Son diversas conformaciones y sin un esquema jurídico de tipología conocida en nuestro*

⁹² En otro orden de ideas podría argumentarse que la incorporación de esta norma resulta innecesaria, si se llegara a interpretar que los bienes aportados a un fideicomiso dejan de integrar el patrimonio del fiduciante al haberse transmitido su propiedad fiduciaria.

⁹³ Gómez de Lastra, Manuel C. “El estado fiduciante”. Pub. en La Ley 2003-E, 1311 – PET 2005, 253

sistema, generados tanto por el Estado Nacional como por las jurisdicciones provinciales y municipales en carácter de fiduciarios...El denominador común de esta especie pública es la participación del fideicomiso, las más de las veces desnaturalizado. Son verdaderas innovaciones en nuestro ámbito, creaciones que entremezclan y aprovechan ciertas características del fideicomiso y del dominio fiduciario (art. 2662, Cód Civil) sin llegar a configurar –a nuestro criterio- el tipo normado, al menos tal como fue concebido por el legislador de la ley 24.441”⁹⁴.

En lo que hace al impuesto a la ganancia mínima presunta, más allá de las características reseñadas que distinguen a este tipo de fideicomisos por involucrar bienes del Estado y finalidades de interés público, lo cierto es que no existe en la ley del gravamen ninguna disposición que los excluya de tributación en forma expresa, siendo que el artículo 2º de la norma se limita a disponer que resultan sujetos pasivos del tributo “...los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441”, con exclusión de los fideicomisos financieros.

Sin perjuicio de ello, una primera línea interpretativa que tenga en consideración la particular naturaleza de los bienes y actividades desarrolladas por estos fideicomisos podría llevar a plantear la aplicación de la doctrina de la inmunidad fiscal para los actos de gobierno. Bajo este entendimiento, podría sostenerse que la constitución del fideicomiso público no sería más que un vehículo jurídico utilizado por el Estado para dar cumplimiento a actividades que se vinculan con sus fines específicos y que de ninguna manera representan el desarrollo de una actividad empresarial de la que surja una expresión de capacidad contributiva.

En tal sentido, cabe recordar que en el inciso d) del artículo 2º de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta se incorporan como sujetos pasivos del tributo a “Las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1 de la ley 22.016, no comprendidos en los incisos precedentes”⁹⁵, mientras que en el inciso i) del artículo 3º se eximen “Los bienes pertenecientes a sujetos a que se refiere el inciso d) del artículo 2º cuando estén afectados a finalidades sociales...”.

Nótese que para defender la aplicación de las normas transcritas precedentemente, debería llegarse a la conclusión de que el fideicomiso público no tiene una personalidad distinta a la del Estado y que, por lo tanto, le resultan aplicables las exenciones previstas para los organismos y entidades que lo conforman.

No obstante, a poco que se profundice en el análisis de las disposiciones reseñadas, es dable observar que la figura del fideicomiso no encuadra estrictamente entre el tipo de organismos y entes a que se refiere la Ley N° 22.016 y su decreto reglamentario, cuyos bienes se encuentran comprendidos en el inciso i) del artículo 3º de la ley del gravamen que nos ocupa bajo ciertas condiciones, máxime si se pone de resalto que en realidad, el fideicomiso es un contrato y no un ente con personalidad propia, sin perjuicio de la personalidad fiscal que pueda serle atribuida en las normas específicas que regulan los diferentes tributos.

Bajo esta tesitura, la figura del fideicomiso público es ajena a la persona del Estado en lo referido a las exenciones impositivas que le caben a éste por tratarse de un patrimonio con afectación específica escindido del patrimonio público general, ya sea nacional, provincial o municipal.

Descartada la aplicación al caso de las exenciones correspondientes al Estado, una segunda línea de interpretación podría sostener la inaplicabilidad del gravamen de que se trata basada en la imposibilidad de aplicar el mecanismo de pagos a cuenta existente entre este tributo y el impuesto a las ganancias.

En efecto, tal como se expresó en el título III.1 del presente trabajo, el artículo 49 de la ley del tributo mencionado en último lugar prevé que las rentas obtenidas por fideicomisos no financieros en las que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, serán declaradas por este último. No obstante, de ser el Estado quien revista ambas calidades, aquí sí resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 20, inciso a) de la ley del impuesto a las ganancias, esto es, la exención en el impuesto para las rentas obtenidas por el fisco Nacional, Provincial y Municipal.

⁹⁴ Lisoprawski, Silvio. “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”. La Ley 24/05/2007

⁹⁵ Los incisos precedentes se refieren a sociedades, asociaciones civiles y fundaciones y empresas o explotaciones unipersonales.

Siendo ello así, de gravarse los activos afectados al fideicomiso en el impuesto a la ganancia mínima presunta, se desvirtuaría la verdadera naturaleza de este tributo, reconocida por el organismo fiscal como complementaria del impuesto a las ganancias, ante la imposibilidad de dar virtualidad al referido mecanismo de pagos a cuenta.

En tal sentido, en el Dictamen (DAT) N° 47/2004, el organismo fiscal resaltó que “...*existe una marcada contraposición de criterios respecto del alcance del mencionado tributo sobre los bienes de un fideicomiso público, conceptuándose así a aquel en que el Estado es a la vez único fiduciante y beneficiario.*”

Por una parte, se ha opinado que la complementariedad del gravamen que nos ocupa con relación al Impuesto a las Ganancias no resulta óbice para considerar no alcanzados a dichos fondos fiduciarios por el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, pues desde el punto de vista normativo no hay disposición alguna que indique que si un sujeto está exento de imposición a la renta no deba tributar el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

En contraposición con el criterio precedente, respetada doctrina opina que cuando el fiduciante es el Estado y el fideicomiso es un medio que tiene por finalidad el bien público y no un fin lucrativo se puede presumir que tal instituto no obtendrá ganancias gravadas, y, además, en razón de la complementariedad de ambos gravámenes y a la exención que goza el Estado en el Impuesto a las Ganancias, esta clase de fideicomiso no tiene obligación tributaria frente al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (Diplotti, Malumian y Gutiérrez; ‘Los Fideicomisos Públicos y la Inmunidad Fiscal’; Periódico Económico Tributario N° 199)”.

En el mismo antecedente administrativo se cita a la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, cuya opinión fue compartida por la Dirección General de Asuntos Jurídicos del mismo ministerio, dependencia que sostuvo que “...*en el caso de un fideicomiso donde el fiduciante y el beneficiario son el propio Estado y que el fideicomiso responde a la actividad o ejercicio de la función específica que justifica el tratamiento exentivo del fiduciante, no puede presumirse que obtendrá ganancias gravadas, dado que el Estado goza de una exención subjetiva en el gravamen a la renta, y que debería aplicarse idéntico tratamiento respecto del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.*”

Ello dado el carácter de complementariedad que opera respecto del Impuesto a las Ganancias en la medida que el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta sea absorbido por el primero, ‘... toda vez que estaría subsumiendo el tributo sobre la presunta utilidad de los activos en el impuesto que genuinamente grava la renta real de las actividades económicas’.

Fundamenta tales afirmaciones en que la estructura del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta sólo admite dos posibilidades: que los entes alcanzados por el gravamen también resulten sujetos pasivos del Impuesto a las Ganancias, o que, en caso contrario, revistan ese carácter sus integrantes.

De esta forma expresa que ‘Las características y fundamentos del impuesto de que se trata, como así también las formas que deben observarse en la creación de un fideicomiso cuyo fin es el interés público y donde el estado es fiduciante-beneficiario, generan... razonables dudas respecto de que tales fideicomisos resultan sujetos pasivos del tributo..’”.

Una tercera línea interpretativa podría fundamentarse en una lectura estricta de las expresiones empleadas en la propia ley del gravamen, puesto que prevé la sujeción al tributo de los fideicomisos “constituidos” conforme a las disposiciones de la Ley N° 24.441.

Al respecto, Lisoprawski⁹⁶ sostiene al referirse a los fideicomisos públicos que “...*aún cuando aprovechen en mayor o menor medida algunas de las características del fideicomiso, en su mayoría no son la especie pergeñada por la citada ley*”.

⁹⁶ Lisoprawski, Silvio. “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”. La Ley 24/05/2007

Siguiendo este argumento se ha entendido que los fideicomisos que han sido creados por una norma expresa nacional o provincial no son del tipo de los constituidos por la Ley N° 24.441, habida cuenta de que, precisamente, uno de los elementos que los distingue del resto de los fideicomisos es el hecho de haber sido constituidos por alguna otra norma, siendo que su constitución, modificación y extinción tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de que las normas que los crean en cada caso puedan hacer referencia a la ley antes mencionada al sólo efecto de regular su funcionamiento en alguno de los aspectos que no se opongan a los expresamente previstos en las normas de creación.

Esta ha sido la postura adoptada por la Procuración del Tesoro de la Nación frente al caso de un fideicomiso creado por una ley provincial para el acceso al financiamiento de las PYMES en la Provincia de Mendoza. Al respecto, mediante Dictamen N° 5, de fecha 10 de enero de 2008, ese organismo entendió que *“...tratándose en el caso de un fideicomiso, ...esta figura exhibe una subjetividad jurídica propia, si bien sui generis, que reclama su separación de la personalidad del Estado.*

Ello impide afirmar que siendo los fondos públicos, y destinados a una finalidad de interés público, el fideicomiso de que tratan las presentes actuaciones pueda beneficiarse de las exenciones subjetivas que consagra el Decreto N° 145/81 respecto del Estado en sus diversas manifestaciones (nacional, provincial y/o municipal).

Por consiguiente corresponderá examinar si los hechos impositivos perfilados en las distintas leyes impositivas se verifican respecto de esta figura y – en tal hipótesis- si es posible encuadrar su tratamiento dentro de las exenciones específicas y expresas que aquellas eventualmente consagren”.

En lo que hace específicamente al impuesto a la ganancia mínima presunta, el Procurador entendió que el fideicomiso analizado no resultaba alcanzado por sus disposiciones *“...toda vez que esta norma grava los fideicomisos ...constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441..., lo cual no acontece en el caso”.*

Conforme surge de los antecedentes reseñados por el Procurador en el dictamen bajo análisis, su opinión resultaría coincidente con la vertida por la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, organismo que habría concluido, con relación al gravamen que nos ocupa, que *“...si bien el artículo 2°, inciso f), de la ley del tributo establece que son sujetos pasivos del impuesto los fideicomisos constituidos en el país conforme las disposiciones de la Ley N° 24.441, teniendo en cuenta que el Fideicomiso para el Acceso al Financiamiento de las PYMES sería creado por una ley provincial, no encuadraría dentro de la definición que proporciona el mencionado inciso”*⁹⁷.

Por otro lado, al referirse a la pretensión de algunas áreas asesoras del organismo fiscal de recurrir al principio de realidad económica para dotar al fideicomiso de un tratamiento equivalente al que corresponde al Estado que interviene en su creación, el Procurador destacó que *“...tal pauta hermenéutica no puede llegar a desnaturalizar la virtualidad de las disposiciones legales tributarias cuando no se ha recurrido a la utilización de formas jurídicas inapropiadas, esto es, cuando la causa típica del negocio no ha sido forzada (discordancia entre la intentio iuris y la intentio facti), lo cual no sucede en el presente caso”.*

Finalmente, el criterio descripto para el caso de que se trataba fue receptado por la AFIP a través de su

⁹⁷ La opinión transcripta resulta coincidente con la que habría volcado esa misma área asesora en oportunidad de las actuaciones que culminaron con el Dictamen (DAT) N° 47/2004, al que se hizo referencia en los párrafos precedentes. En efecto, conforme surge del texto de dicho dictamen, la Dirección Nacional de Impuestos habría sostenido que *“... pareciera que tales patrimonios no revisten ese carácter en atención a que aún cuando en el contrato de fideicomiso... prevé que el fiduciante transfiere los bienes en propiedad fiduciaria en los términos de la Ley N° 24.441, debe señalarse que para su constitución, funcionamiento y organización... corresponde observar las normas atinentes al derecho administrativo, incluidas las disposiciones del presupuesto nacional y las de control de los gastos del sector público”.* En virtud de lo expuesto, concluye que en el caso de fideicomisos públicos, conformados para cumplir con un fin de asistencia social o de interés público, *“... tales patrimonios no revestirían el carácter de sujetos pasivos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta”.*

Dictamen (DAT) N° 29/2008⁹⁸.

Posteriormente, en distintos pronunciamientos dictados frente al caso de consultas vinculantes reguladas por el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 4° de la Ley N° 11.683, el organismo fiscal concluyó respecto de diversos fideicomisos que habían sido constituidos por leyes o decretos provinciales que “...*al no estar (el fideicomiso) comprendido en la Ley N° 24.441, no resulta sujeto pasivo del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta de conformidad con lo dispuesto en el inciso f) del artículo 2° de la norma legal*”⁹⁹.

No obstante, se aprecia que para llegar a la conclusión de que el fideicomiso no se encontraba comprendido en la Ley N° 24.441, se tuvo especialmente en cuenta que:

- Se trataba de fideicomisos autorizados por normas provinciales
- La calidad de fiduciante, beneficiario y fideicomisario recaía sobre organismos provinciales
- Se perseguía una finalidad de interés público

En base a tales elementos se entendió que se estaba en presencia de un fideicomiso público y que, como tal, no encuadraba en la Ley N° 24.441.

Nótese que el organismo fiscal hace especial mención de las finalidades perseguidas por el fondo fiduciario y de los sujetos que revisten la calidad de partes, mientras que los argumentos tenidos en mira por el Procurador del Tesoro de la Nación y por la Dirección Nacional de Impuestos reseñados en último lugar se basaron únicamente en el hecho de que los fideicomisos habían sido creados por una norma distinta a la Ley N° 24.441, descartando que el análisis de la finalidad del fideicomiso pudiera constituirse en un argumento válido para sustentar su exclusión del gravamen.

Si bien el análisis de los objetivos perseguidos por el fideicomiso y sus partes componentes podrían resultar elementos esenciales para determinar el universo de fondos fiduciarios que se desea excluir de imposición, tales pautas no surgen en la actualidad de la letra de la ley que regula el tributo, debiendo incluirse en forma expresa mediante una reforma legal en el caso que esa sea la intención perseguida.

Profundizando aún más en la discrepancia de los caminos utilizados para llegar a la conclusión sobre la improcedencia del gravamen en estos casos, cabe mencionar que, en antecedentes posteriores y también en el marco del procedimiento de la consulta vinculante, el organismo fiscal concluyó que “*Los fideicomisos gravados a que refiere el inciso f) del artículo 2° de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta, son aquellos constituidos en el país conforme las disposiciones de la ley N° 24.441. En atención a que las características del fideicomiso analizado habilitan su tipificación como fideicomiso público, destinándose el fondo fiduciario al cumplimiento de actividades orientadas al bien público que se identifican con fines específicos del Estado, dicha figura se encontrará excluida de la órbita del gravamen*”¹⁰⁰.

Es dable observar que, del texto transcrito, surge que los elementos tenidos en mira por el organismo fiscal para concluir sobre la exclusión en el gravamen de que se trata, se limitaron a la finalidad del fideicomiso. Si bien de la lectura de esos antecedentes se desprende que se trató de casos en los que la figura del fiduciante, beneficiario y fideicomisario también confluyó en un organismo provincial, se aprecia que no se hace mención a que los fondos fiduciarios hayan sido constituidos por una ley o decreto específicos. Por el contrario, se menciona la existencia de un contrato suscripto entre el fiduciario y el organismo provincial involucrado.

Los últimos casos reseñados parecieran apartarse del elemento esencial tenido en cuenta por el Procurador del Tesoro de la Nación y por la Dirección Nacional de Impuestos (existencia de una norma de creación específica) para aplicar el tratamiento diferencial en el gravamen.

Incluso, si se sigue la postura del organismo fiscal que parece prescindir de dicho elemento, podría

⁹⁸ A su vez, en el Dictamen (DIALIR) N° 6/2010 la Dirección de Asesoría Legal Impositiva y de los Recursos de la Seguridad Social manifestó haber tomado conocimiento del informe elaborado por la Dirección Nacional de Impuestos y del Dictamen emitido por la Procuración del Tesoro de la Nación recaídos en las actuaciones comentadas.

⁹⁹ Cfr. Resoluciones (SDG TLI) Nros. 21, 28 y 29/09

¹⁰⁰ Cfr. Resoluciones (SDG TLI) Nros. 91 y 95/2010

afirmarse la exclusión del tributo respecto de otros fideicomisos que, aun estando constituidos conforme a la referida ley, desarrollen ciertas finalidades específicas, tal como se pondrá de resalto en el título siguiente.

Por todo lo expuesto cabe concluir que, al carecer los fideicomisos públicos de un régimen jurídico propio, resulta imperioso definir adecuadamente su marco legal a la brevedad posible, para evitar los vacíos legales que derivan en los problemas como los analizados respecto de la materia tributaria.

Teniendo en cuenta la complementariedad que ha sido reconocida por el organismo fiscal entre este gravamen y el impuesto a las ganancias, una alternativa posible sería consagrar una excepción expresa a aquellos casos en los que, tratándose de fideicomisos no financieros, el fiduciante – beneficiario resulte ser el Estado Nacional, Provincial o Municipal, situación en la cual, por interpretación armónica de los artículos 49 d).1 y 20 a) de la ley de impuesto a las ganancias, no existe renta gravada en este último tributo.

IV.3. FIDEICOMISOS QUE NO GENERAN RENTAS GRAVADAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

En el impuesto a la ganancia mínima presunta se presenta una situación particular frente al caso de fideicomisos no financieros que, como tales, resultan sujetos pasivos del gravamen a la luz de lo dispuesto en su artículo 2º, cuando no generan rentas gravadas en el impuesto a las ganancias, o bien, por su especial naturaleza, no generan ningún tipo de renta.

En el primer grupo, encontramos a aquellos fideicomisos respecto de cuyas rentas resulte aplicable alguna exención expresa en el impuesto a las ganancias o bien proceda una exención subjetiva en este último gravamen, más allá del caso puntual de los fideicomisos públicos descripto en el título anterior. En el segundo, podemos mencionar como ejemplo al caso de los denominados fideicomisos en garantía.

La consideración de este tipo de fideicomisos como sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta altera la naturaleza de este gravamen como impuesto complementario del tributo a la renta, transformándose en un verdadero impuesto al patrimonio frente a la imposibilidad de efectivizar el mecanismo de pagos a cuenta previsto entre ambos tributos.

Sin embargo, es dable advertir que existen opiniones encontradas acerca de la naturaleza de este gravamen, en el sentido de si se trata de un impuesto patrimonial¹⁰¹ o de un impuesto complementario al impuesto a las ganancias¹⁰².

Un tercer grupo podría quedar constituido por aquellos casos en los que la calidad de sujeto pasivo en el impuesto a las ganancias no coincida con la misma calidad en el impuesto a la ganancia mínima presunta.

VI.3.1. FIDEICOMISOS A LOS QUE APLIQUEN EXENCIONES OBJETIVAS O SUBJETIVAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Sobre el particular, existen pronunciamientos del fisco¹⁰³ en los que, con relación al tratamiento impositivo correspondiente a un fideicomiso cuyo fiduciante - beneficiario se trataba de un sujeto exento en el impuesto a las ganancias, opinó que “...tratándose de un fideicomiso ...cuyo fiduciante-beneficiario se encuentra subjetivamente exento en el Impuesto a las Ganancias, en la medida que la finalidad del fideicomiso responda al objeto social que justificó el tratamiento exentivo de aquél, el fondo fiduciario no revestirá el carácter de sujeto pasivo del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta”.

¹⁰¹ “Naingo SA”. TFN. Sala D. 22/11/2005 – “Zanella Mare SA”. TFN, Sala D. 29/11/2001 – “Electro Córdoba SA”. TFN, Sala A. 5/12/2003.

¹⁰² “Gutiérrez y Belinsky SACI”. TFN, Sala B. 12/7/2004 – Instrucción (AFIP) N° 9/99

¹⁰³ Dictamen (DAT) N° 74/2004

Adviértase que el Organismo Recaudador utilizó, para llegar a esa conclusión, los argumentos esbozados por la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en oportunidad de referirse al caso de los fideicomisos públicos.

Al respecto, cabe hacer notar que las conclusiones a las que se arribara en este último caso se fundamentaron en cuestiones que no resultan aplicables aquí, puesto que los fideicomisos públicos no se encuentran constituidos al amparo de la Ley N° 24.441, tal como exige el artículo 2° de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta para atribuirles el carácter de sujetos del gravamen, sino que, por el contrario son creados por una ley nacional o provincial que delimita sus características y sólo se rigen por la ley mencionada en algunos aspectos que no se contradigan con la norma específica que los crea. Por el contrario, en los antecedentes de que se trata no surge que se verificaran las mismas condiciones.

En el Dictamen (DAT) N° 76/2007 se rechazó la aplicación del antecedente antes reseñado, pero sólo porque la calidad de fiduciante-beneficiario era compartida por varios sujetos, estando sólo uno de ellos exento del impuesto a las ganancias, y porque no se verificaba la circunstancia de que los resultados obtenidos por el fideicomiso respondieran a la actividad que justificó la exención en este último impuesto.

Con lo cual, podría pensarse que, de verificarse las situaciones allí apuntadas, resultaría procedente sostener la exención en el impuesto a la ganancia mínima presunta¹⁰⁴.

Con posterioridad, el organismo fiscal, a través del Dictamen (DAT) N° 31/2008, analizó el caso de un fideicomiso inmobiliario constituido bajo la Ley N° 24.441, donde el carácter de fiduciante, beneficiario y fideicomisario recaía sobre una entidad mutual exenta en el impuesto a las ganancias, concluyendo, respecto del impuesto a la ganancia mínima presunta, que “...*el patrimonio del contribuyente del asunto se encuentra alcanzado por el citado impuesto, con independencia del origen de los bienes que lo componen, dado que las exenciones respectivas se hallan taxativamente enunciadas en su artículo 3° y en el primer artículo agregado a continuación del artículo 12. Asimismo el artículo 12 de la ley del gravamen enumera los bienes no computables a efectos de la liquidación del gravamen entre los cuales no se encuentran los bienes que conforman el patrimonio del fideicomiso*”.

Por otro lado, remarcó que la doctrina administrativa sentada para el caso de fideicomisos públicos no resultaba aplicable al caso analizado, habida cuenta de que “...*las propias características que aquéllos trasuntan, donde su creación responde a las necesidades del Estado de cumplir objetivos de carácter público, tratándose de verdaderas organizaciones semejantes a organismos descentralizados o empresas con participación estatal mayoritaria*”.

En este aspecto, cabe nuevamente señalar que, el fundamento sostenido por las áreas asesoras antes mencionadas no se basó en la naturaleza de los fines perseguidos por los fideicomisos involucrados, sino más bien en el hecho de que no se trataba de fideicomisos constituidos conforme a la Ley N° 24.441.

A fines de clarificar la situación, y con el objeto de liberar de imposición a aquellos casos en que resulte aplicable una exención en el impuesto a las ganancias, podría propiciarse una primera reforma a la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta mediante la cual al menos se exima en forma expresa a los bienes integrantes de fideicomisos no financieros cuyos fiduciantes – beneficiarios sean sujetos comprendidos en el inciso c) del artículo 3° del gravamen¹⁰⁵.

Si bien la propuesta efectuada brindaría una solución parcial que debiera ser perfeccionada mediante un relevamiento global de todas las situaciones de hecho en las que se generen inconvenientes como los

¹⁰⁴ La postura de los organismos asesores de la Subsecretaría de Ingresos Públicos y del Procurador del Tesoro de la Nación parece ser distinta. En tal sentido, cabe observar que los dos dictámenes mencionados resultan anteriores al Dictamen (PTN) N° 5/2008.

¹⁰⁵ Dicho inciso consagra una exención para “*Los bienes pertenecientes a entidades reconocidas como exentas por la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, en virtud de lo dispuesto en los incisos d), e), f), g):y m) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones*”.

que se pretende corregir, resultaría una alternativa válida si se tiene en cuenta, por un lado, que los bienes pertenecientes a los sujetos comprendidos en el referido inciso no tributarían el gravamen de no mediar su aporte a un fideicomiso y, por otro lado, que la renta no estaría alcanzada en el impuesto a las ganancias aún mediando dicha figura en la medida que los sujetos allí comprendidos conserven la calidad de fiduciantes - beneficiarios.

IV.3. 2. FIDEICOMISOS QUE NO OBTIENEN RENTAS DE NINGÚN TIPO

En este punto, un típico ejemplo a mencionar es el de los denominados fideicomisos en garantía. Al respecto, la doctrina explica que *“...por este tipo de vehículo se transmiten los bienes al fiduciario a los efectos de que éste tome a su cargo obligaciones del fiduciante o terceros, a fin de que en caso de incumplimiento de dichas obligaciones, venda o entregue en propiedad los bienes al beneficiario o al tercero acreedor, según las disposiciones contractuales adoptadas. Es propio de esta figura no obtener ingresos ni consecuentes ganancias, lo cual trae aparejado el problema técnico de considerar la sujeción al impuesto complementario de ganancias, cuando este último nunca sería aplicable”*¹⁰⁶.

No obstante, tampoco en este caso se prevé algún tratamiento especial en el impuesto a la ganancia mínima presunta, con lo cual, por aplicación literal de las normas de la ley que regula este tributo, tales fideicomisos resultarían sujetos al gravamen debiendo determinarlo sobre el total de sus activos.

En tal sentido, en el Dictamen (DAT) N° 76/2007, antes citado, se menciona la opinión de la Dirección Nacional de Impuestos en el sentido de que *“...la ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta resulta clara en cuanto a que los fideicomisos resultan sujetos pasivos del gravamen, a excepción de los financieros...”*, circunstancia que no puede ser salvada por vía interpretativa *“...toda vez que se estaría modificando el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, lo cual se encuentra expresamente vedado por diversas normas de nuestra Constitución Nacional”*.

En igual orden de ideas, en el Dictamen (DAT) 17/2004 se concluyó sobre la gravabilidad de este tipo de fideicomisos expresando que *“...un criterio contrario al aquí sostenido podría conducir a excluir de la imposición en el presente gravamen a los bienes fideicomitados, los que no quedarían gravados en cabeza del fideicomiso ni en cabeza del fiduciante -ello atento a las disposiciones contenidas en el artículo 3...”*.

En situaciones como las descriptas, en forma adicional al cuestionamiento atinente a la tergiversación de la naturaleza del gravamen desarrollado al comienzo de este título¹⁰⁷, podrían presentarse críticas a la aplicación del tributo fundadas en la falta de capacidad contributiva del sujeto pasivo que no obtiene rentas de ningún tipo provenientes de los bienes comprendidos en su activo.

En ese sentido, y en virtud de lo expresado en opinión mayoritaria por los jueces la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Hermitage S.A.” de fecha 16 de junio de 2010, donde se consideró que las normas del gravamen de que se trata son *“...constitucionalmente inválidas en su aplicación al caso”*, dado que *“...ese modo de imposición ...no tiene en cuenta el pasivo de los sujetos comprendidos en la norma y se desentiende de la existencia de utilidades efectivas...”*, es dable esperar que en los años venideros este tipo de fideicomisos recurran a la justicia al entenderse amparados por las conclusiones del Supremo Tribunal¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Gebhardt, Jorge. “Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta”. Ed. Errepar. Pág. 85

¹⁰⁷ Liliana Molas sostiene que *“Si no existen rentas ni posibilidad de generarlas (imaginemos un fideicomiso hereditario para la guarda de la casa habitación en la que habita el matrimonio con sus hijos menores), tampoco podría existir un impuesto que grave la renta mínima presunta. Esto se reafirma con el hecho de que no existe posibilidad de computar ningún impuesto a las ganancias como pago a cuenta, ni del propio fideicomiso ni de los F-B. Gravar al fideicomiso con este impuesto lo convertiría en un impuesto al patrimonio, no un gravamen a la renta”*. (“Fideicomisos. Aspectos Tributarios Controvertidos”. Informe del Relator. Comisión 2. VIII Simposio sobre legislación tributaria argentina - junio/2006)

¹⁰⁸ Cabe recordar que, en otras causas, los tribunales inferiores habían destacado que, habida cuenta de que lo que persigue el impuesto a la ganancia mínima presunta es desincentivar el mantenimiento de activos improductivos, lo que debe demostrarse para avalar su inaplicabilidad a un caso concreto, es la ausencia de “potencialidad” para generar rentas, más allá de su efectiva producción fáctica y sin que la existencia de quebrantos altere esta conclusión (Cfr. “Gipsy Traslados Marinos SRL”. Sala V. CNACAF. 6/12/2007 – “Dóndero Hnos y Cía SACIFI”. TFN. Sala D. 24/2/2003, entre otras con diversos matices).

Sin perjuicio de lo expuesto, si se pretendiera una reforma en el sentido de excluir a este tipo de fideicomisos como sujetos pasivos del gravamen, cabría considerar una modificación en igual dirección respecto de aquellos casos en los que los bienes sujetos al tributo no se encuentren afectados a la generación de renta, desvirtuando el fundamento empleado por los defensores del gravamen relativo al desaliento de actividades improductivas. En efecto, no resultaría equitativo excluir de tributación a los fideicomisos en garantía y mantener sujetos al gravamen a entidades que cumplan igual finalidad.

Alternativamente, podría consagrarse una reducción en la base imponible del gravamen frente a estos casos, tal como se ha hecho en el artículo 11 de la ley respecto de las entidades financieras y las compañías de seguros, que consideran como base imponible el veinte por ciento del valor de sus activos gravados, y los consignatarios de hacienda, frutos y productos del país, que consideran el cuarenta por ciento de sus activos gravados a tales fines.

Cabe recordar que, en uso de la facultad que le fuera otorgada en el último párrafo de este artículo, el Poder Ejecutivo Nacional incorporó un artículo sin número a continuación del artículo 11 del decreto reglamentario reduciendo al veinte por ciento la base imponible a considerar por empresas de leasing¹⁰⁹.

Más allá de observar que los casos para los que actualmente se prevé una base imponible reducida se fundan en la existencia de grandes activos que se sostienen con grandes pasivos cuya deducción no resulta admitida, se entiende que, si bien con un fundamento diferente, podría emplearse igual técnica legislativa para disminuir la carga tributaria en aquellos casos en que el activo gravado no genere rentas.

IV.3.3. FIDEICOMISOS QUE NO REVISTEN LA MISMA CALIDAD SUBJETIVA EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y EN EL IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA

Al compararse lo expuesto en el apartado III.1. con lo indicado en el apartado IV.1. del presente trabajo, se desprende que el carácter de sujeto pasivo de los fideicomisos en el impuesto a las ganancias y en el impuesto a la ganancia mínima presunta podría no coincidir en todos los casos, pese a la naturaleza complementaria reconocida por el organismo fiscal entre ambos impuestos.

En efecto, nótese que los fideicomisos financieros constituidos en el país resultan sujetos pasivos del impuesto a las ganancias, pero en ningún caso lo son del impuesto a la ganancia mínima presunta, frente al cual adquirirán dicho carácter los tenedores de certificados de participación o títulos representativos de deuda, de corresponder.

En lo que hace a los fideicomisos no financieros, sólo serán sujetos pasivos de impuesto a las ganancias en la medida que el fiduciante sea un sujeto distinto del beneficiario, o bien cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto del exterior comprendido en el título V de la ley que regula el tributo. Sin embargo, en el impuesto a la ganancia mínima presunta, los fideicomisos no financieros serán sujetos pasivos del impuesto en todos los casos¹¹⁰.

De no ser contemplada en forma expresa en la norma legal, esta situación podría impedir la aplicación del mecanismo de pago a cuenta que, entre ambos tributos, se prevé en el artículo 13 de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta. Si bien existen diversas disposiciones en la ley de este último gravamen para evitar que ello ocurra cuando el carácter de sujeto pasivo no se comparte, surge la inquietud de si tales normas resuelven todos los problemas que podrían presentarse respecto de la figura bajo análisis.

¹⁰⁹ También redujo la base imponible de algunos fideicomisos financieros, aunque – en mi criterio – erróneamente, ya que los fideicomisos de ese tipo no son sujetos pasivos del gravamen.

¹¹⁰ Al respecto, la doctrina ha sostenido que *“Los fideicomisos que están imposibilitados de obtener utilidades gravadas en el impuesto a las ganancias en cabeza propia, en virtud de la existencia de exenciones subjetivas aplicables a los fiduciantes beneficiarios, o por el tipo de bienes o derechos que les son transmitidos, o por efecto de sus cláusulas contractuales, no deberían ser considerados sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta. De otro modo, dicho gravamen se convertiría en un impuesto al patrimonio ante la imposibilidad de ser computado en el juego de pagos a cuenta...No se trata de que el patrimonio fideicomitado no tribute el impuesto a la ganancia mínima presunta, sino de que lo haga en cabeza de aquel para quien configura un activo productivo, potencialmente vinculado con la obtención de ganancias gravadas, lo que en la generalidad de los casos se produce en cabeza del fiduciante”*. (Liliana Molas. “Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad”. D.T.Errepar. Nov-2009).

Al respecto, cabe traer a colación el tercer párrafo del artículo 13 de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta que prevé que *“En el caso de sujetos pasivos de este gravamen que no lo fueren del impuesto a las ganancias, el cómputo como pago a cuenta previsto en este artículo resultaría de aplicar la alícuota establecida en el inciso a) del artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias (...) sobre la utilidad impositiva a atribuir a los partícipes”*.

Así, para fideicomisos que resultan sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta, pero no tienen dicha calidad en el impuesto a las ganancias, como podría ser el caso de fideicomisos no financieros en los que el fiduciante revista, a su vez, la calidad de beneficiario, resultaría lógico recurrir a la norma antes transcrita, tomando como pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta la suma que resulte de aplicar la alícuota del 35% sobre la utilidad impositiva a atribuir al fiduciante – beneficiario en el impuesto a las ganancias. No obstante, cabe destacar que el párrafo mencionado se refiere a la utilidad impositiva a atribuir *“a los partícipes”*, sin que dicho término abarque claramente al fiduciante – beneficiario, lo que debería ser consagrado en forma expresa en la norma.

Ahora bien, si de dicho cómputo surgiera un excedente del impuesto a la ganancia mínima presunta, el artículo 18 del decreto reglamentario a la ley de ese tributo prevé que el crédito de impuesto a computar contra el impuesto a las ganancias no absorbido que eventualmente se determine en los 10 ejercicios siguientes *“...se atribuirá al único dueño en el caso de empresas unipersonales, al titular de inmuebles rurales o al socio – en la misma participación de las utilidades- y computándose contra el impuesto a las ganancias de la respectiva persona física, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia proveniente de la participación en la sociedad, de la empresa o explotación unipersonal o de los inmuebles rurales que dieron lugar al mencionado pago a cuenta”*. Al respecto, corresponde nuevamente advertir que la norma no contempla en forma expresa al caso de los fideicomisos que resulten sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta y no lo sean del impuesto a las ganancias. Si bien la aplicación de esta norma se entiende como razonable a efectos de mantener la naturaleza complementaria entre ambos tributos, es importante recordar que existen abundantes antecedentes a través de los cuales se ha vedado la interpretación analógica de la norma tributaria, con lo cual no podría descartarse una interpretación en contrario por parte de las autoridades fiscales ante la ausencia de previsión expresa y bajo el fundamento empleado en numerosas ocasiones en el sentido de que no se puede suponer la imprevisión del legislador.

En lo que hace a este punto, Alberto P. Coto¹¹¹ sostiene que *“...tanto la cuantía como el procedimiento para el cómputo del pago a cuenta por parte del beneficiario, no se encuentra definido en norma alguna del impuesto a la ganancia mínima presunta.*

Entendemos, no obstante, que resultan aplicables las disposiciones que para casos similares se plantean en el decreto reglamentario del tributo, permitiendo que el pago a cuenta para el beneficiario proceda hasta el incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia proveniente del fideicomiso”.

En igual sentido, mediante el Dictamen (DAT) N° 13/2006 el fisco respondió afirmativamente la consulta de un contribuyente acerca de si en su carácter de fiduciante – beneficiario de un fideicomiso podía computar como pago a cuenta en su declaración jurada del impuesto a las ganancias el gravamen a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado por el fideicomiso, conforme a las pautas del artículo 13 de la ley de este último impuesto. Ello así, al considerar que el fideicomiso en el que el fiduciante es a la vez beneficiario no es sujeto del impuesto a las ganancias, pero sí lo es del impuesto a la ganancia mínima presunta por lo que le cabe aplicar las normas de pago a cuenta contenidas en el referido artículo.

Sin duda, las situaciones descriptas en los párrafos que anteceden debieran ser clarificadas en forma expresa en las normas que regulan ambos gravámenes de manera de arribar a alguna solución que armonice el tratamiento en cada uno de ellos.

¹¹¹ Coto, Alberto P. “Aspectos tributarios del Fideicomiso”. Ed. La Ley

V. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES **PERSONALES**

V.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El Decreto N° 780/1995 disponía, en su artículo 13, que *“Quienes con arreglo a la Ley N° 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del artículo 16, inciso e) de la Ley N° 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones) por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bienes personales sobre el valor de los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a las disposiciones del Título VI de la ley N° 23.966 y sus modificaciones, sin considerar el mínimo exento previsto en el artículo 24 de dicha norma legal. Los bienes entregados por los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, no integrarán la base que las mismas deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante fuera una empresa, dichos bienes no integrarán su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos”*.

El párrafo transcripto, no resultaba de aplicación para los *“...fideicomisos financieros constituidos de acuerdo con lo previsto en los artículos 19 y 20 de la Ley N° 24.441 (...), y en tal supuesto, las personas físicas y sucesiones indivisas titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda deberán computar los mismos para la determinación del impuesto sobre los bienes personales, aplicando las normas de valuación pertinentes contenidas en el Título VI de la ley mencionada en el párrafo anterior”*.

La norma referida cobraba virtualidad aún tratándose de fideicomisos no financieros en los que las partes involucradas no fuesen personas físicas o sucesiones indivisas, siendo que para dichos casos el artículo 14 del mismo decreto establecía que el impuesto abonado representaba el que le hubiera correspondido abonar a los sujetos del impuesto sobre los bienes personales que fuesen titulares del capital de las empresas que en definitiva incorporen los bienes a su patrimonio.

La Ley N° 26.452 (B.O: 16/12/2008) incorporó en forma expresa el tratamiento de esta figura a la ley de impuesto sobre los bienes personales. De esta manera, el cuarto párrafo del artículo incorporado a continuación del artículo 25 (25.1) de la ley del gravamen, prevé en la actualidad que *“Tratándose de fideicomisos no mencionados en el inciso i) del artículo 22 de esta ley”¹¹² excepto cuando el fiduciante sea el Estado Nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o aquéllos se encuentren destinados al desarrollo de obras de infraestructura que constituyan un objetivo prioritario y de interés del Estado Nacional, el gravamen será liquidado e ingresado por quienes asuman la calidad de fiduciarios, aplicando la alícuota indicada en el primer párrafo¹¹³ sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año, determinado de acuerdo con lo establecido en el inciso k) del artículo 22 de la presente ley. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo. En caso de que el Estado Nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comparta la calidad de fiduciante con otros sujetos, el gravamen se determinará sobre la participación de estos últimos, excepto en los fideicomisos que desarrollen las obras de infraestructura a que se refiere el presente párrafo”*.

A efectos de justificar la validez de esta norma en el marco de un gravamen cuyos sujetos pasivos son las personas físicas y sucesiones indivisas, el quinto párrafo del mismo artículo dispone que *“En los casos mencionados en el párrafo anterior, se presume sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen de manera directa o indirecta a sujetos pasivos del gravamen”*.

Por su parte, en cuanto a la forma de valuación de los bienes integrantes de los fideicomisos no financieros, se incorporó el inciso k) al artículo 22 del texto legal según el cual tales bienes se valorarán conforme a las normas generales de la ley del gravamen y su decreto reglamentario.

Con el objeto de evitar que se produzca doble imposición¹¹⁴, el segundo párrafo del mismo inciso prevé que *“Los bienes entregados a estos fideicomisos no integrarán la base que los fiduciantes, personas*

¹¹² El inciso i) del artículo 22 de la norma se refiere a fideicomisos financieros, por lo que la disposición transcrita resultaría aplicable únicamente al caso de fideicomisos que no revistan dicho carácter.

¹¹³ 0,50%

¹¹⁴ Si bien cabrían los mismos argumentos esbozados en el apartado IV, anterior, respecto del artículo 3°, inciso f), de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta.

físicas o sucesiones indivisas, deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante no fuese una persona física o sucesión indivisa, dichos bienes no integrarán su capital a fines de determinar la valuación que deben computar a los mismos efectos”. Sin embargo, esta exclusión sólo resultará procedente “...si se hubiera ingresado, a su vencimiento, el impuesto a que se refiere el cuarto párrafo del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de la presente ley”.

En cuanto al tratamiento de los fideicomisos financieros, cabe señalar que serán sujetos pasivos del gravamen las personas físicas o sucesiones indivisas que resulten tenedoras de los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, debiendo valorar tales tenencias a su valor de cotización o mercado al 31 de diciembre de cada año; o bien, si no cotizan en bolsas o mercados, a su costo, incrementado, de corresponder, por los intereses o utilidades que se hubieran devengado y no distribuido a dicha fecha.

V.2. PERÍODO DE VIGENCIA DEL DECRETO N° 780/95

La Ley N° 26.452 fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 16 de diciembre de 2008 sin vigencia expresa, lo cual podría dar lugar a interpretar que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 2° del Código Civil, es decir, que *“Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”*. (El destacado no pertenece al original)

Siguiendo esta disposición, podría pensarse que los fiduciarios de los fideicomisos mencionados en la norma comenzaron a estar obligados frente al tributo recién a partir del año calendario 2008.

No obstante, a poco que se analice el mensaje de elevación del proyecto luego convertido en Ley N° 26.452, elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional, la conclusión a la que se arribó en los párrafos que anteceden pierde fuerza interpretativa. En efecto, del Mensaje (PEN) N° 1890/2008 surge que a través de la ley citada se intentó *“...clarificar la situación frente al impuesto de los fideicomisos no financieros. Ello es así, dada la ausencia de un tratamiento expreso en el texto legal y las distintas interpretaciones que se han suscitado con relación a la vigencia de las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 14 del decreto 780 del 20 de noviembre de 1995”* (El destacado es propio).

La alusión a fines meramente aclaratorios y la mención al Decreto N° 780/95 lleva a interpretar que el objetivo del Poder Ejecutivo Nacional fue solamente dotar de fuerza legal a las disposiciones que ya habían sido establecidas por este último decreto, más allá de cualquier cuestionamiento que pueda merecer el rango legal de dicha norma.

En efecto, si se comparan las disposiciones del artículo 13 del mencionado decreto, cuya transcripción se efectuó en el título V.1 precedente, con las incorporadas a la ley de impuesto sobre los bienes personales mediante la norma en comentario, podrá observarse la estrecha similitud entre ambas redacciones.

No obstante, se plantean básicamente las siguientes diferencias:

- En el texto incorporado a la ley de impuesto sobre los bienes personales se exceptúa en forma expresa el caso de fideicomisos en los que el fiduciante sea el Estado Nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o aquéllos se encuentren destinados al desarrollo de obras de infraestructura que constituyan un objetivo prioritario y de interés del Estado Nacional, exclusiones éstas que no se mencionaban en el artículo 13 del Decreto N° 780/95.
- Asimismo, se fija la alícuota contenida en el primer párrafo del artículo 25.1 de la ley del gravamen, que en la actualidad asciende al 0,50%, apartándose de la escala prevista en el artículo 25 de la norma legal.
- Por último, en el inciso k) también incorporado por la Ley N° 26.452 se incluyeron algunas de las disposiciones que ya contenía el referido artículo 13 del Decreto N° 780/95, siendo la principal diferencia lo dispuesto en el último párrafo del inciso agregado, en el sentido de que la exclusión de los bienes aportados al fideicomiso del conjunto de bienes que el fiduciante debiera declarar en el gravamen sólo procederá si el fiduciario hubiera ingresado, a su

vencimiento, el impuesto correspondiente sobre los bienes afectados al fideicomiso.

Ahora bien, en este punto también resulta importante recordar que, a través de la Ley N° 25.063 (B.O: 30/12/1998) por la que se creó el impuesto a la ganancia mínima presunta, se incorporaron a la legislación de ese tributo normas expresas acerca del tratamiento de los fideicomisos, consagrando como sujetos del gravamen a los fideicomisos no financieros. La misma norma modificó el inciso i) del artículo 22 de la ley de impuesto sobre los bienes personales, de la cual se desprende la valuación de los certificados de participación y títulos representativos de deuda para el caso de fideicomisos financieros, pero no incorporó a la ley de este último tributo ninguna mención expresa acerca del tratamiento de fideicomisos que no revistieran dicho carácter.

Ello así, se suscitaban interpretaciones en el sentido de que, a partir de la vigencia de la Ley N° 25.063, habrían perdido virtualidad las normas contenidas en el artículo 13 del Decreto N° 780/95, de modo tal que los fideicomisos no financieros pasaron a ser sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta y, por tal motivo, se habría eliminado la obligación del fiduciario de determinar e ingresar el impuesto sobre los bienes personales que pudiera recaer sobre los bienes integrantes del fideicomiso.

En tal sentido, parte de la doctrina ha sostenido que el artículo 13 del mencionado decreto “...perdió vigencia a partir del 31/12/98, puesto que desde esa fecha se modificó la tributación, al resultar los fideicomisos sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, excepto los financieros, y consecuentemente no alcanzados por el gravamen a los bienes personales”¹¹⁵.

En igual orden de ideas, se sostuvo que “...esta disposición ha quedado derogada tácitamente con la aparición de la ley 25.063, al introducir la misma a los fideicomisos como sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta”¹¹⁶, sin dejar de señalar “..que hubiera sido preferible derogar expresamente el decreto 780/95, evitando de esa manera confusiones en cuanto a la vigencia y operatividad del mismo”¹¹⁷.

Esta conclusión fue, asimismo, sostenida por el organismo fiscal, quien mediante su Dictamen (DAT) N° 59/99 interpretó que desde la reforma introducida por la Ley N° 25.063 “...corresponde a los fideicomisos constituidos en el país, conforme la ley 24441 – excepto los financieros previstos en sus arts. 19 y 20-, la calidad de sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por el cual tributarán en función de sus activos al cierre del ejercicio (art. 6, ley 25.063); por lo tanto, no resulta aplicable, desde la fecha indicada, el artículo 13 del dto. 780/95, por el cual el fondo debía tributar en virtud del gravamen sobre los bienes personales, aplicándose la tasa respectiva a la misma base imponible prevista para el impuesto creado a partir de la promulgación de la aludida ley 25063”.

Igualmente, mediante el Dictamen (DAT) N° 17/2004 se entendió que el fideicomiso que se encontraba bajo análisis no resultaba sujeto del impuesto sobre los bienes personales.

Asimismo, mediante Resolución (SDG TLI) N° 13, de fecha 11 de marzo de 2008, dictada como respuesta a una consulta vinculante interpuesta en el marco del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 4° de la Ley N° 11.683, se analizó la aplicación del artículo incorporado a continuación del artículo 25 de la ley de impuesto sobre los bienes personales para el caso de un fideicomiso tenedor de acciones de una sociedad anónima constituida en el país.

Allí se concluyó que, no siendo el fideicomiso uno de los sujetos mencionados en el referido artículo de la ley del gravamen, recién comenzaría a aplicarse el tributo una vez finalizado el contrato de fideicomiso y habiendo pasado las acciones a manos de los beneficiarios personas físicas, sin haberse analizado las implicancias del Decreto N° 780/95 el cual, de entenderse vigente, hubiera sido aplicable al caso.

En dicha oportunidad, también se aclaró que las acciones en cuestión tampoco integrarían la base imponible a los efectos de la determinación del gravamen recaído en cabeza de los beneficiarios, “...por

¹¹⁵ Gebhardt, Jorge. “Impuesto sobre los Bienes Personales”. Ed. Errepar

¹¹⁶ Coto, Alberto P. “Aspectos tributarios del Fideicomiso”. Ed. La Ley

¹¹⁷ Cfr. nota anterior

cuanto no poseen la propiedad de las mismas hasta el momento en que se produzca la extinción del contrato de fideicomiso”.

Nótese que los argumentos expuestos por el organismo fiscal llevarían a la ausencia de sujeto responsable del ingreso del gravamen sobre las acciones, quedando éstas fuera del alcance del tributo.

Una interpretación en contrario sería considerar que, a partir de la Ley N° 25.063, sólo habría perdido virtualidad el segundo párrafo del artículo 13 del Decreto N° 780/95 referido al caso de fideicomisos financieros, cuyas disposiciones efectivamente pasaron a formar parte integrante del inciso i) del artículo 22 de la ley de impuesto sobre los bienes personales.

Sin embargo, habida cuenta de que la norma referida en primer término no efectuó ninguna mención al tratamiento de fideicomisos no financieros en el impuesto sobre los bienes personales, habrían seguido vigentes las normas contenidas en el primer párrafo del artículo 13 del citado decreto. Bajo esta interpretación, la inclusión de los fideicomisos no financieros como sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta no habría alterado su tratamiento en el impuesto sobre los bienes personales, al tratarse de dos gravámenes distintos e independientes.

Esta última pareciera ser la opinión adoptada finalmente por el Poder Ejecutivo de la Nación al calificar las modificaciones introducidas por la Ley N° 26.452 como normas aclaratorias, por lo que cabría aguardar nuevas opiniones del organismo fiscal que resulten posteriores a la ley en comentario, a efectos de analizar la interpretación que se adopte respecto de las consideraciones volcadas en el mensaje de elevación de dicha norma y su efecto sobre el criterio manifestado en las opiniones publicadas hasta la fecha.

V.3. FIDEICOMISO PÚBLICO

El primer párrafo del artículo 13 del Decreto N° 780/95, citado en los títulos que anteceden, establecía la obligación de ingresar el gravamen de la referencia sobre los bienes afectados a fideicomisos no financieros para *“quienes con arreglo a la Ley N° 24.441 asuman la calidad de fiduciarios...”*, como responsables por deuda ajena.

En dicha norma, no se preveía una exclusión expresa al caso de fideicomisos públicos. Por otro lado, la redacción del artículo transcrito tampoco resultaba estrictamente coincidente con los términos empleados en el artículo 2° de la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta, el cual, al utilizar la expresión *“fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24441”* permitió a diversas áreas administrativas considerar excluidos del tributo a los fideicomisos “constituidos” por leyes específicas diferentes a la mencionada.

Por lo tanto, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 26.452 - y más allá de las discusiones que se presentan acerca del período de vigencia del Decreto N° 780/95, conforme se expuso en el subtítulo anterior -, surge la inquietud acerca de cuál era el tratamiento de los fideicomisos bajo análisis en el impuesto sobre los bienes personales.

Sobre el particular, podría pensarse en una interpretación análoga a la empleada frente al caso del impuesto a la ganancia mínima presunta descripta en el subtítulo IV.2, en el sentido de que al referirse el artículo transcrito a fiduciarios que asuman su carácter con arreglo a la Ley N° 24.441, quedarían excluidos los casos de fideicomisos en los que el fiduciario adopte sus obligaciones conforme a lo que estipule la ley específica que haya creado el fondo fiduciario de que se trate. Por otro lado, podría sostenerse que, al referirse el mismo párrafo del artículo 13 del decreto en cuestión en forma expresa a bienes entregados por fiduciantes que revistan el carácter de personas físicas, sucesiones indivisas o empresas, estaría automáticamente excluyendo al caso en que el fiduciante sea el propio Estado Nacional, provincial o municipal.

Sin embargo, en los antecedentes administrativos citados en el título IV.2 del presente trabajo, no se ha hecho mención expresa al impuesto sobre los bienes personales, por lo que, si bien parecería que las

autoridades no le han atribuido a estos fideicomisos el carácter de sujetos del tributo, surgen inquietudes acerca de los fundamentos que habrían sostenido tal interpretación.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Ley N° 26.452 se ocupó expresamente del tema bajo análisis al excluir de las disposiciones incorporadas en el cuarto párrafo del artículo 25.1 de la ley del gravamen a los fideicomisos en los que “...el fiduciante sea el Estado Nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”. Asimismo, y para el caso que esa calidad fuese compartida con otros sujetos, dispuso que “...el gravamen se determinará sobre la participación de estos últimos...”.

Resulta interesante observar que, a diferencia de la expresión utilizada en la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta, en este caso el legislador no limitó el alcance de la norma a los fideicomisos “constituidos” mediante la Ley N° 24.441, motivo por el cual podrían quedar comprendidos bajo el régimen de responsabilidad sustitutiva en el impuesto sobre los bienes personales ciertos fideicomisos cuyo acto de constitución derive de una ley especial distinta a la mencionada y aún cuando el Estado Nacional, provincial o municipal sea parte integrante del fondo fiduciario, en la medida que no revista la calidad de fiduciante – pero sí adquiera la calidad de beneficiario o fideicomisario –, o bien no se trate de los fideicomisos destinados al desarrollo de obras de infraestructura que constituyan un objetivo prioritario y de interés del Estado Nacional, que también son excluidos de los alcances de la norma en comentario.

Por otro lado, surge la inquietud acerca del procedimiento aplicable para el caso en que la calidad de fiduciante sea adquirida por una de las entidades comprendidas en el artículo 1° de la Ley N° 22.016, en el sentido de si podría también en este supuesto aplicarse la exclusión prevista para el Estado Nacional, Provincial, Municipal o la C.A.B.A.

Al respecto, es dable observar que, en otros ordenamientos legales, cuando el legislador ha querido excluir de las exenciones atribuibles al Estado a las entidades comprendidas en esa norma legal, lo ha dispuesto en forma expresa¹¹⁸. Por lo tanto, una interpretación posible sería considerar que, ante la ausencia de mención en la ley del gravamen, cuando dichas entidades revistan la calidad de fiduciantes, no resultaría aplicable el régimen de sustitución de que se trata.

A efectos de comprender el sentido de esta interpretación resulta importante recordar que sólo resultan sujetos pasivos del impuesto las personas físicas y sucesiones indivisas. No obstante, para el caso de fideicomisos no financieros, conforme al quinto párrafo del artículo 25.1 de la ley de impuesto sobre los bienes personales “...se presume sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen de manera directa o indirecta a sujetos pasivos del gravamen”.

En este punto, cabe dilucidar cuál sería el objetivo que se persiguió frente a los fideicomisos al incorporar al texto legal una presunción del tipo de la señalada, en el sentido de si se buscó sustituir el pago del gravamen que hubiera correspondido al fiduciante que aportó los bienes o si, por el contrario, se pretendió sustituir al fideicomisario que irá a recibirlos cuando el fideicomiso se extinga¹¹⁹.

Si se observan con detenimiento las disposiciones incorporadas a la ley de impuesto sobre los bienes personales, pareciera que la intención hubiera sido la primera. Ello así, habida cuenta de que en el inciso k) del artículo 22 se dispone que será **el fiduciante** el responsable del ingreso del tributo por los bienes aportados al fideicomiso, cuando el fiduciario no cumpla con su obligación. En igual línea de pensamiento, se excluyen del gravamen a los fideicomisos cuyo **fiduciante** sea el Estado, lo que parecería indicar que se persigue “levantar” la presunción bajo análisis cuando el fiduciante o sus socios, en el caso de formas asociativas, no puedan revestir la calidad de sujetos del impuesto (personas físicas y sucesiones indivisas), prescindiendo de la calidad del fideicomisario¹²⁰.

¹¹⁸ A modo de ejemplo, en el inciso a) del artículo 20 de la ley de impuesto a las ganancias se exime a las ganancias “...de los Fiscos Nacional, Provinciales y Municipales y las de las instituciones pertenecientes a los mismos, **excluidas las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1 de la ley 22.016**”. (El destacado no pertenece al original)

¹¹⁹ La inquietud planteada se presenta, por un lado, porque el fiduciante ya no posee el dominio pleno del bien aportado, al haber transmitido su propiedad fiduciaria y, por el otro lado, porque el fideicomisario tampoco resulta propietario del bien mientras dura la vida del fideicomiso, siendo que sólo verá materializado su derecho al producirse la finalización del fondo fiduciario.

¹²⁰ Al respecto, resulta interesante traer a mención la opinión manifestada por el representante de la Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas (CAFIDAP) en la reunión mantenida en el marco del

Si esta fuera la interpretación buscada por el legislador, parecería lógico excluir de tributación a los fideicomisos cuyos fiduciantes sean entidades comprendidas en la Ley N° 22.016 en la proporción perteneciente al Estado, ya que la aplicación de la presunción *iure et de iure* consagrada en el artículo referido podría llevar a sujetar al gravamen un caso en el que los bienes no pertenecen de manera directa ni indirecta a sujetos del tributo, por tratarse de entidades pertenecientes, total o parcialmente, al Estado Nacional, Provincial o Municipal.

V.4. FIDEICOMISOS CONSTITUIDOS EN EL EXTERIOR

La ley de impuesto a la ganancia mínima presunta limita el ingreso del gravamen al caso de fideicomisos constituidos en el país. Por lo tanto, de tratarse de fideicomisos constituidos en el exterior, sus activos sólo quedarían alcanzados por el impuesto en la medida que se encuentren en el país y que adquieran la calidad de establecimiento estable, conforme a las pautas del artículo 2° de la ley del gravamen.

No obstante, en lo que hace al impuesto sobre los bienes personales, no se observa una limitación expresa en igual sentido en el artículo 25.1 de la ley que regula el tributo. Al respecto, surge la inquietud de si el régimen previsto en el mencionado artículo podría entonces resultar de aplicación en algún caso de tratarse de fideicomisos constituidos en el exterior¹²¹.

En tal sentido, cabría analizar cuál sería el nexo de vinculación admisible que habilitaría la potestad de nuestro país para exigir el gravamen. Tratándose de un tributo cuyos sujetos pasivos son las personas físicas y sucesiones indivisas, la existencia de bienes en el país pertenecientes a un fideicomiso constituido en el exterior no resultaría suficiente para habilitar el cobro del tributo, a menos que se entienda aplicable en este caso la presunción contenida en el artículo 25.1 en comentario, bajo la interpretación que se esbozará en los párrafos siguientes.

Por otro lado, la pretensión de aplicar el artículo referido en el caso de fideicomisos constituidos en el exterior cuyos fiduciantes se encuentran domiciliados en el país pero sus únicos bienes se encuentren en el exterior podría levantar cuestionamientos desde el punto de vista de la soberanía de los países al entender que la existencia de un fiduciante domiciliado en el país no representa, en todos los casos, un nexo de vinculación suficiente para atribuir potestad tributaria a Argentina.

Siguiendo esta línea de interpretación, la inquietud radica en definir cuáles serían esos nexos habilitantes. En efecto, si el fiduciante mantuviera el control sobre las decisiones del fideicomiso y revistiera, a su vez, la calidad de fideicomisario, parecería que podría defenderse con mayor sustento la existencia de un nexo de vinculación suficiente para el ejercicio de facultades tributarias. No obstante, la cuestión no resulta clara, ya que también podrían entrar en consideración otros elementos definitorios como ser la ley que resulte aplicable al fideicomiso, los sujetos que revistan la calidad de beneficiarios, el plazo por el que los bienes aportados permanecen en el exterior del país y el lugar de radicación del fiduciario que es, en definitiva, el sujeto sobre el cual se pretende imponer la obligación como responsable por deuda ajena del ingreso del tributo, entre otros.

El análisis de esta cuestión se complica aún más si se tiene en cuenta que, tal como se expresó en los apartados anteriores, la figura del fideicomiso no deja de constituir un acuerdo contractual al cual el derecho tributario, con sus principios e institutos autónomos, ha dotado de personalidad fiscal en ciertos

Foro Tributario de la AFIP con fecha 18 de mayo de 2011, en el sentido de que, conforme a las normas actuales, tratándose de fideicomisos no financieros “...es el Fiduciante el que no incorpora en su base gravada de Bienes Personales los Bienes afectados al Fideicomiso”. Y que “La disposición no dice nada sobre el beneficiario”, por lo que, cuando se da el caso que el fiduciante es distinto al beneficiario, la complementariedad de tratamiento que debiera existir en la ley respecto del patrimonio del fideicomiso, del fiduciante y del beneficiario “...se rompe porque la ley sólo habilita a excluir de la base imponible a los fiduciantes, pero cuando se desvincula del fideicomiso porque sus derechos ya están cancelados y los beneficiarios de estos patrimonios les corresponde a otros sujetos, se produce ahí una distorsión que podría ser objeto de un tratamiento particular” (www.afip.gob.ar. Acta de la reunión del Foro de Participación Tributaria del 18/5/2011)

¹²¹ No obstante, Jorge Gebhardt sostiene que la última modificación introducida al gravamen por la Ley N° 26.452 “...se refiere a la consideración de los fideicomisos no financieros constituidos en Argentina”. (“Impuesto sobre los Bienes Personales”).

casos.

Siendo ello así, podrían presentarse situaciones en las que los sujetos pasivos de este gravamen pretendan eludir la tributación sobre sus bienes en Argentina, mediante la constitución de un fideicomiso o figura equivalente en el exterior del país.

Al respecto, resulta oportuno remitirse a los antecedentes citados en el subtítulo II.3.3 del presente trabajo vinculados a la causa “Eurnekian, Eduardo s/ ley 24.769”, en donde se analizó el caso de una persona física residente en el país que donó el producido de la enajenación de acciones de sociedades de las que resultaba titular a fideicomisos constituidos en países considerados paraísos fiscales y se evaluó la incidencia de un comité encargado de administrar los fondos fiduciarios, integrado por personas que el mismo contribuyente designaba y removía de acuerdo a su voluntad.

A la luz de estos antecedentes, resulta interesante en este punto analizar las implicancias de la norma incorporada como segundo párrafo del inciso k) del artículo 22 de la ley de impuesto sobre los bienes personales, mediante la cual se previó que los bienes entregados a fideicomisos no financieros no integrarán la base que los fiduciantes deban considerar a efectos de determinar el impuesto sólo “...si se hubiera ingresado, a su vencimiento, el impuesto a que se refiere el cuarto párrafo del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de la presente ley”.

Es dable observar que, si se sigue literalmente lo dispuesto por esta norma, en el caso de una persona física que aporta bienes a un fideicomiso constituido en el exterior se llegará a la conclusión de que, si el fiduciario de ese fideicomiso no ingresó el impuesto de marras bajo el régimen del artículo 25.1, sería el fiduciante domiciliado en Argentina el obligado a hacerlo, en la medida que se trate de una persona física o sucesión indivisa.¹²²

Una solución en este sentido podría haber sido la tenida en miras por el legislador al incorporar el citado párrafo al inciso k) del artículo 22 de la ley del gravamen en aras de evitar conductas elusivas.

Sin embargo, la solución indicada no resulta de clara instrumentación. En efecto, no se observa en la ley disposición alguna que indique si el fisco deberá en primer lugar intimar al fiduciario a ingresar el tributo, en forma previa a intimar al fiduciante, lo que resulta poco probable tratándose de fideicomisos constituidos en el exterior¹²³. Tampoco resulta de claridad, aún frente al caso de fideicomisos constituidos en el país, cuál sería el régimen sancionatorio aplicable a cada parte. Nótese que en el instituto previsto por la ley de impuesto sobre los bienes personales, la figura del responsable sustituto en cabeza del fideicomiso pareciera desdibujarse ya que, finalmente, la consagración del régimen mencionado en el artículo 25.1 de la ley no deslinda totalmente al fiduciante, quien deberá verificar el ingreso del impuesto por parte del fiduciario para poder desprenderse de la consecuencia prevista en el inciso k) del artículo 22.

La exigencia del gravamen en cabeza del fiduciante, no resulta de aplicación pacífica. En efecto, si se parte del concepto de que este sujeto se desprendió patrimonialmente de los bienes aportados al fideicomiso, la ausencia de capacidad económica a su respecto podría ser un argumento en contra de la norma en comentario.

La mayor o menor razonabilidad de la aplicación de la norma dependerá de las particularidades de cada caso. En efecto, si el fiduciante reviste, a su vez, la calidad de beneficiario y/o fideicomisario, el argumento esbozado en el párrafo anterior perdería fuerza. Por lo tanto, habrá que esperar a las repercusiones que la aplicación práctica de esta norma tenga cuando los contribuyentes planteen sus casos ante la justicia.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe recordar que el artículo 26 de la ley de impuesto sobre los bienes personales prevé que los sujetos radicados o domiciliados en el país que tengan el

¹²² Tratándose de un fideicomiso constituido en el exterior cuyo fiduciario resulte ser un sujeto domiciliado en el exterior, la eventual pretensión del fisco de aplicar el mecanismo de ingreso previsto en el artículo 25.1 resultaría difícil de instrumentar aún cuando el fideicomiso posea bienes en el país.

¹²³ Jorge Gebhardt sostiene que “...las personas físicas del exterior son los sujetos primarios del gravamen; en consecuencia, no cabe atribuir al trust responsabilidad directa frente al gravamen”. (“Impuesto sobre los bienes personales”)

condominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda de bienes sujetos al impuesto que pertenezcan a personas físicas o sucesiones indivisas domiciliadas o radicadas en el exterior, deberán ingresar el tributo correspondiente a tales bienes.

El mismo artículo prevé ciertos supuestos en los cuales la mencionada obligación podría corresponder aún cuando los bienes en el país pertenezcan a fideicomisos constituidos en el exterior. Tal sería el caso de inmuebles inexplorados o destinados a locación, recreo o veraneo. Si tales bienes pertenecen a patrimonios de afectación radicados o ubicados en el exterior, se presume, sin admitir prueba en contrario, que los mismos pertenecen a personas físicas o sucesiones indivisas domiciliadas o, en su caso radicadas en el país. En tal caso, los sujetos del país deberán ingresar el impuesto correspondiente sobre tales bienes a la alícuota del 2,5%. Una presunción similar aplicaría respecto de ciertos activos financieros en el país si el patrimonio de afectación se encontrase ubicado en países que no apliquen regímenes de nominatividad de los títulos valores privados.

Habida cuenta de la existencia de la norma comentada, cabe observar que cuando el inciso k) del artículo 22 de la ley excluye de la base imponible correspondiente al fiduciante a los bienes aportados a fideicomisos no financieros, lo hace bajo la condición de haberse ingresado el impuesto a través del mecanismo dispuesto en el artículo 25.1. Por lo tanto, de interpretarse que el referido inciso k) toma operatividad también en el caso de fideicomisos constituidos en el exterior, la ausencia de mención al artículo 26 de la ley podría llevar a consecuencias no deseadas, ya que, de seguirse literalmente la norma, si se ingresa el impuesto bajo el régimen previsto en este último artículo cuando un fideicomiso constituido en el exterior tenga bienes en Argentina, el fiduciante argentino no debería excluir los bienes de su declaración jurada, lo que produciría una abierta doble imposición que no sería razonable bajo ninguna óptica que se pretenda.

Por lo tanto, resultaría deseable una aclaración legal que contemple la situación señalada.

Finalmente, los razonamientos volcados en los párrafos anteriores podrían complicarse aún más si se tiene en cuenta que el inciso k) de que se trata ha sido incorporado al artículo 22 de la norma, referido a la valuación de bienes situados en el país, sin que se haya incluido una disposición específica en igual sentido en el artículo 23 referido a la valuación de bienes en el exterior. Sería recomendable que se incorpore a este último artículo una norma en igual línea que la incluida en el artículo 22.

VI. IMPUESTO AL VALOR **AGREGADO**

VI.1. MARCO NORMATIVO

Escasas son las menciones al impuesto al valor agregado en la Ley N° 24.441. En efecto, tan sólo los artículos 83 y 84 de la norma legal incluyen algunas disposiciones sobre la materia, previendo el primero de ellos el tratamiento de los títulos valores representativos de deuda y certificados de participación emitidos por fideicomisos que se constituyan para la titulación de activos, mientras que el segundo artículo se refiere al caso puntual en que los bienes fideicomitidos fuesen créditos.

Este último artículo prevé que *“A los efectos del impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas.*

Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo”.

Pese a la escasa regulación del instrumento en análisis frente al impuesto al valor agregado a través de la Ley N° 24.441, tampoco se encuentran disposiciones específicas sobre la materia en la propia ley del gravamen que permitan esclarecer el tratamiento impositivo que corresponde adoptar en estos casos.

En efecto, la única mención a los fideicomisos en el texto de la ley que regula el tributo la encontramos en el punto 1 del inciso h) del artículo 7°, mediante el cual se eximen las prestaciones y locaciones comprendidas en el apartado 21 del inciso e) del artículo 3° realizadas por el Estado y se incluyen a *“...los fideicomisos financieros constituidos en los términos de la Ley N° 24.441, creados por los artículos 3°¹²⁴ y 9°¹²⁵ de la Ley N° 25.300”.*

Ante la ausencia de regulaciones específicas, se han sucedido numerosos antecedentes administrativos a través de los cuales se intentaron brindar algunas pautas que permitan encuadrar frente al gravamen las distintas transacciones que involucran la figura del fideicomiso, ya sea desde el punto de vista del fiduciante que se desprende de la propiedad fiduciaria de bienes como desde la óptica del fideicomiso, analizando su posible consideración como sujeto pasivo del gravamen y su particular situación ante actos de disposición de bienes a los fideicomisarios.

La materia ha tomado trascendental importancia en los negocios inmobiliarios habida cuenta de que, en tales casos, se suceden transmisiones de bienes entre las partes que integran el contrato de fideicomiso y se pone en tela de análisis la figura de empresa constructora consagrada en el artículo 4° de la ley que regula el tributo.

VI.2. NATURALEZA FRENTE AL GRAVAMEN DE LOS APORTES AL FIDEICOMISO

El primer aspecto respecto al cual surgen inquietudes cuando se trata de analizar el tratamiento en el impuesto al valor agregado de los fideicomisos, es determinar si el aporte efectuado por el fiduciante constituye un hecho imponible en los términos del artículo 1° de la ley del gravamen.

En tal sentido, de los hechos imponibles mencionados en el artículo 1° de la ley que regula el gravamen se profundizará en esta sección el análisis del dispuesto en su inciso a), que se refiere a *“Las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país efectuadas por los sujetos indicados en los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 4...”.*

¹²⁴ Fondo Nacional de Desarrollo para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa

¹²⁵ Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa

Ello así, sin perjuicio de mencionar que también podría resultar de aplicación, según el caso, el inciso b) del artículo 1° de la citada norma, a través del cual se alcanzan a las obras, locaciones y prestaciones de servicios realizadas en el territorio del país a que se refiere su artículo 3°.

Así, por ejemplo, tratándose de fideicomisos de construcción, podrían configurarse aportes de obras sobre inmueble propio que deberían ser analizados a la luz de las disposiciones del inciso b) del artículo 3° de la ley que regula el gravamen, en la medida que el fiduciante revista a su respecto la calidad de “empresa constructora”, conforme al inciso d) del artículo 4° del mismo texto legal.

En tal sentido, cabe mencionar aquí el Dictamen (DAT) N° 8/2004, mediante el cual la Dirección de Asesoría Técnica analizó el caso de un contrato de fideicomiso en el que una empresa constructora transfirió una obra parcialmente construida con el objetivo de que se obtengan fondos que permitan terminar la misma, se vendan las unidades y luego se entregue el resultado al beneficiario, o sea, la propia empresa constructora.

En dicha situación se concluyó que “...la transferencia de bienes inmuebles a un fideicomiso no perfecciona el hecho imponible previsto en el ...inciso e) del artículo 5° de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el cual sólo alcanza a la ‘transferencia a título oneroso del inmueble’”.

Para así entender, el Organismo Fiscal trajo a colación algunos de los antecedentes administrativos citados en el Título III.2 del presente trabajo, en los que se habría concluido sobre la ausencia de onerosidad en las transmisiones imperfectas de dominio efectuadas a fideicomisos en función a la relación particular existente entre las partes integrantes del negocio fiduciario.

Sin perjuicio de ello, se destacó que “...es necesario completar el análisis penetrando en las **operaciones subyacentes**, a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese negocio particular y a los actos que el fiduciario debe ejecutar como consecuencia del contrato”, por lo que la cuestión “...no puede ser analizada en forma global, siendo necesario evaluar los casos en forma concreta sin perder de vista el régimen tributario al que se sujetan las verdaderas **operaciones subyacentes del fideicomiso**”. (El destacado no pertenece al original)

Como se puede observar, aun en este caso, el organismo fiscal tampoco brinda pautas genéricas que permitan esclarecer la situación de incertidumbre que envuelve al negocio fiduciario.

En otro orden de ideas, si el aporte consistiese en una cesión de créditos, la situación se encontraría regulada por el artículo 84 de la Ley N° 24.441, cuyo texto ha sido transcrito en el título anterior y el que dispone que la transmisión no estará alcanzada por el tributo, más allá de la gravabilidad de los intereses contenidos en el crédito cedido.

Retomando el análisis de los elementos constitutivos del hecho imponible descrito en el inciso a) del artículo 1° de la ley de impuesto al valor agregado, cabe observar a su respecto que su configuración dependerá de la verificación conjunta de las siguientes características:

- 1) que se trate de una venta
- 2) que la operación sea realizada por un sujeto comprendido en los referidos incisos del artículo 4°
- 3) que se trate de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país

Por lo tanto, con el objeto de definir si el aporte a un fideicomiso podría quedar comprendido en la norma antedicha, es preciso detenerse en el análisis de cada uno de los requisitos señalados.

VI.2.1. VENTA

Respecto del primero de los requisitos, el inciso a) del artículo 2° de la ley del gravamen prevé que se considera venta “....toda **transferencia a título oneroso**, entre personas de existencia visible o ideal, sucesiones indivisas o entidades de cualquier índole, que importe la **transmisión del dominio** de cosas muebles...”. (El destacado no pertenece al original)

Ello nos lleva a analizar si el aporte a un fideicomiso puede entenderse como una transmisión de dominio y, en caso de ser así, si se realiza a título oneroso, aspectos que han sido desarrollados en el título III.2 del presente trabajo.

De conformidad con lo allí expuesto, también en este caso el hecho de que el dominio fiduciario pueda ser tildado como de carácter imperfecto, podría incidir en la configuración o no del hecho imponible gravado en el impuesto al valor agregado, si bien, tal como se expresó en aquel título, las principales discusiones se centran actualmente en definir la presencia o ausencia de título oneroso en la transmisión efectuada.

Todo ello, tornaría recomendable propiciar una reforma al artículo 2º, inciso a), de la ley del tributo, incluyendo bajo el concepto de venta a los aportes a fideicomisos donde el fiduciante difiera del fideicomisario y reciba una contraprestación, guardando uniformidad con la propuesta efectuada respecto del impuesto a las ganancias en el título III.2 y por los motivos allí desarrollados.

VI.2.2. SUJETO COMPRENDIDO EN LOS INCISOS A), B), D), E) Y F) DEL ARTÍCULO 4º

Tal como se expresó en los párrafos que anteceden, aún si se llegase a la conclusión de que el aporte al fideicomiso, en un caso particular, constituye una transmisión de dominio a título oneroso, podría no configurarse el hecho imponible en el impuesto al valor agregado si quien realiza la operación no reviste la condición de sujeto pasivo del gravamen a la luz de los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 4º del texto legal.

Limitando el análisis al caso de venta de cosas muebles, el inciso a) del mencionado artículo contempla como sujetos pasivos del impuesto a quienes “...hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, realicen actos de comercio accidentales con las mismas o sean herederos o legatarios de responsables inscriptos...”.

Al respecto, la doctrina¹²⁶ entiende que para configurarse la habitualidad en la venta de cosas muebles, debieran presentarse los siguientes elementos:

- la finalidad de lucro en la actividad
- la frecuencia con la que se realiza este tipo de operación
- la importancia relativa de la misma – en cuanto a ingresos – en el contexto de actividades del sujeto
- la inclusión en el objeto social cuando se trate de sociedades
- la vinculación con la actividad del sujeto

Por su parte, el organismo fiscal, a través de su Dictamen (DATJ) N° 23/70 opinó que “...*debe analizarse si la adquisición del bien que se enajena implica un acto de inversión – incorporándose al patrimonio con sentido de permanencia – o si, por el contrario, la adquisición tuvo por fin **un propósito de lucro***.”

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

En lo que hace al concepto de acto de comercio accidental, el artículo 8º del Código de Comercio, en su inciso 1) declara, entre otros, como acto de comercio en general a “*Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, **para lucrar** con su enajenación, bien sea en el mismo estado en que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor*”. (El destacado es propio)

¹²⁶ Marchevsky, Rubén A. “Impuesto al Valor Agregado. Análisis Integral”. Ed. Errepar, 2006.

Por lo tanto, es importante observar que no será suficiente que, en el caso, el aporte al fideicomiso pueda considerarse como una transmisión de dominio a título oneroso, sino que dicha transferencia deberá, asimismo, ser efectuada por un fiduciante que revista la calidad de “habitualista” en los términos indicados, o que efectúe un acto de comercio accidental. Cualquiera sea el caso, no bastará con que exista título oneroso en la transmisión, sino que la presencia de un fin de lucro resultará indispensable para definir el encuadre de la operación frente al gravamen.

Tratándose de fiduciantes que revistan la calidad de personas jurídicas, la presencia de habitualidad en la operación así perfeccionada debería analizarse en función de su objeto social, lo que probablemente lleve a una consideración más amplia de este concepto, a diferencia de las personas físicas, en donde resultará determinante definir si las transacciones de que se trata se vinculan con el oficio o profesión que desarrollen.

VI.2.3. COSAS MUEBLES SITUADAS O COLOCADAS EN EL TERRITORIO DEL PAÍS

Nótese que, habiéndose cumplido las características indicadas en los dos subtítulos precedentes, aún restará analizar si el aporte al fideicomiso involucra cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país.

A modo de ejemplo, tratándose de un fideicomiso de construcción en el que el aporte del fiduciante se limite a simples terrenos o bien edificios, pero que no involucren obras realizadas sobre inmueble propio por parte del fiduciante en su calidad de empresa constructora¹²⁷, la condición en comentario no se vería configurada, por lo que, si ese fuera el caso, la ausencia de transmisión de cosas muebles resultaría suficiente para excluir a la operación del objeto del gravamen, sin necesidad de analizar el resto de los requisitos comentados.

VI.3. EL FIDEICOMISO COMO SUJETO DEL TRIBUTO

El artículo 5° de la Ley N° 11.683 de Procedimiento Tributario prevé que “*Son contribuyentes, **en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las respectivas leyes tributarias**, en la medida y condiciones necesarias que éstas prevén para que surja la obligación tributaria:*

(...)

*c) ...los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando ...**sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas** para la atribución del hecho imponible.”* (Los destacados no pertenecen al original)

Por su parte, el artículo 6° de la misma norma, dispone que “*Están obligados a pagar el tributo al Fisco, con los recursos que administran, perciben o que disponen, como responsables del cumplimiento de la deuda tributaria de sus representados, mandantes, acreedores, titulares de los bienes administrados o en liquidación, etc., en la forma y oportunidad que rijan para aquéllos o que especialmente se fijen para tales responsables bajo pena de las sanciones de esta ley:*

(...)

*e) **Los administradores de patrimonios**, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias con relación a los titulares de aquéllos y pagar el gravamen correspondiente; y, en las mismas condiciones, los mandatarios con facultad de percibir dinero”.* (El destacado no pertenece al original)

¹²⁷ Frente a aportes de obras realizadas sobre inmueble propio, debería analizarse la operación a la luz de lo dispuesto en el inciso b) del artículo 3° y en el inciso d) del artículo 4° de la ley del gravamen, tal como se expuso al comienzo de este título y teniendo en consideración el antecedente administrativo allí citado.

Tal como se expresó en el título VI.1. del presente trabajo, la ley de impuesto al valor agregado no menciona en forma expresa a los fideicomisos como sujetos pasivos del tributo, sin perjuicio de que la referencia a ciertos fondos fiduciarios en la exención contenida en el punto 1 del inciso h) del artículo 7° del texto legal parecería dar la pauta de que su consideración bajo tal calidad resultaría factible.

Por otro lado, el encabezado del artículo 4° de la norma resulta sumamente amplio al utilizar el término “quienes” previo a enumerar las actividades que permitirán asignar la calidad de sujeto pasivo.

A mayor abundamiento, el segundo párrafo del mismo artículo dispone que quedan incluidos como sujetos pasivos del gravamen “...*quienes, revistiendo la calidad de uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresarial, consorcios, asociaciones sin existencia legal como personas jurídicas, agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo, se encuentren comprendidos en alguna de las situaciones previstas en el párrafo anterior.*”

Sin perjuicio de la ausencia de mención expresa al fideicomiso, de los antecedentes administrativos dictados sobre la materia parecería desprenderse que se ha concluido por la aplicación de esta norma, debiendo evaluarse en cada caso las particularidades del fideicomiso de que se trate.

Así, por ejemplo, tratándose de fideicomisos de garantía, corresponderá analizar si se verifican a su respecto hechos imponible en el Impuesto al Valor Agregado que permitan obligar al fideicomiso frente al gravamen.

Así lo entendió el organismo fiscal mediante Dictamen (DAL) N° 20/96, en el cual se expresó que, dado que en el caso el patrimonio fideicomitado cumplía una función exclusiva de garantía, lo que suponía un rol estático no evolutivo, si bien el fondo “...*constituye una ‘unidad patrimonial’ no configura una ‘unidad económica’...*”, tal como lo requiere la Ley N° 11.683, “...*calidad que va a asociada a un sentido de productividad como resulta de la interpretación de las normas específicas que utilizan este concepto (vgr. Art. 2326 in fine Cód. Civil, Ley N° 14.394, Art. 51, etc.)*”.

Por lo tanto, concluyó que “...*el patrimonio fiduciario en garantía, si bien mutable en su composición, no tiene fines propios a lograr; no es agente sino instrumento,*

La razón expuesta constituye una característica relevante para marginar al patrimonio fiduciario en garantía de la posibilidad de atribuirle el rol de sujeto tributario, a menos que una disposición legal lo establezca explícitamente”.

En el caso se trataba de un fideicomiso cuyo patrimonio quedaba constituido por un terreno aportado por un “fiduciante enajenante”, el importe de un crédito otorgado al “fiduciante originante” por una entidad financiera que adquiriría el rol de fiduciario del fondo y los créditos emergentes del contrato de locación de obra concertada entre una empresa constructora y el “fiduciante originante”. Por lo tanto, el fisco entendió que la realidad económica subyacente indicaba que “...*el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir es el Originante*”, quien es “...*el autor del proyecto y quien lleva adelante el emprendimiento utilizando los medios financieros que le proporciona el Fiduciario...*”, “...*celebra el contrato de locación de obra y por ende es él quien deberá pagar el precio de la obra...*” y “*Terminada la obra, llega el momento de vender las unidades de vivienda, tarea que también en principio materializa el Banco, pero lo hace por cuenta e interés del Originante y el producido de la venta se destina a eliminar o deprimir el pasivo del Originante*”, siendo que, además, “...*satisfecha la deuda, el fideicomiso se ha extinguido y los fondos excedentes, sea bajo la forma de dinero o unidades de vivienda, se revierten definitivamente en el Originante*”.

A igual conclusión arribó la Dirección de Asesoría Técnica en su Dictamen (DAT) N° 34/96.

No obstante, dicho organismo limitó las conclusiones a las que arribara en esa intervención a casos como el descripto, aclarando en su Dictamen (DAT) N° 59/99 que no resultaban aplicables al caso de un fideicomiso de administración cuyo activo quedaba constituido con créditos generadores de intereses. Allí se indicó que “...*el fiduciario será responsable del tributo en representación del respectivo fideicomiso, en la medida en que éste último desarrolle actividades gravadas, es decir que se le pueda atribuir la generación de hechos imponible*”, debiendo analizarse en esa oportunidad las

disposiciones del artículo 84 de la Ley N° 24.441 en cuanto a que “...las transmisiones al fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones gravadas”, salvo que se incluyan intereses de financiación y “...el pago deba efectuarse al cesionario o a quien este indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo”.

En igual sentido, en su Dictamen (DAT) N° 19/2003, aclaró que, aún tratándose de un fideicomiso en garantía, con base al artículo 4° de la ley del tributo “...la inscripción de los fondos fiduciarios ...depende de la generación o no de los hechos impositivos definidos por el aludido plexo normativo.”, por lo que “...los fideicomisos en cuestión no se encuentran obligados a inscribirse ...en el Impuesto al Valor Agregado en la medida que no guarden las características de unidades económicas susceptibles de producir hechos impositivos”.

Por citar otro ejemplo, para el caso de fideicomisos a los que el organismo fiscal ha atribuido la calidad de “públicos”, se entendió que “...al representar el fideicomiso un patrimonio separado del Estado Provincial con obligaciones tributarias propias, no resulta posible, por ende, considerarlo comprendido en el marco exentivo previsto en el artículo 7°, inciso h), apartado 1) de la ley del tributo, quedando sus operaciones sujetas al impuesto en la medida en que se perfeccione el hecho imponible”¹²⁸. Es decir que, aún en tales casos, se ha considerado que el fideicomiso representa un patrimonio autónomo que reviste la calidad de sujeto pasivo del gravamen en la medida que se verifiquen a su respecto hechos impositivos alcanzados, no siendo de aplicación las exenciones previstas para el Estado, aunque éste sea parte del fondo fiduciario.

Más allá de que la jurisprudencia administrativa pareciera uniforme en el sentido de dotar al fideicomiso de personalidad fiscal frente al tributo que nos ocupa, respetando el principio de legalidad que rige en materia tributaria, resultaría recomendable que se incluyera en el segundo párrafo del artículo 4° de la norma una mención expresa a la figura bajo análisis.

VI.4. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO

Dentro de la categoría de “fideicomisos inmobiliarios” es posible encontrar variados negocios fiduciarios, desde los fideicomisos de garantía inmobiliarios hasta los “fideicomisos de construcción al costo”.

Los fideicomisos inmobiliarios pueden instrumentarse como fideicomisos financieros, ordinarios o de garantía.

El primero de los casos no resulta ser el más habitual en la industria de la construcción, siendo que la mayoría de las veces nos enfrentamos a los denominados fideicomisos ordinarios, los cuales, a su vez, pueden presentar variantes. En efecto, en algunas situaciones, los fiduciantes revisten la calidad de beneficiarios, en otras se trata de sujetos distintos y, finalmente, nos encontramos también frente a los denominados fideicomisos “mixtos” en los que algunos fiduciantes revisten la calidad de beneficiarios y otros sujetos sólo ostentan una de esas dos calidades, ya sea porque así se ha definido originalmente en el contrato de constitución del fondo o bien como resultado de posteriores cesiones de derechos entre partes.

Con respecto a los fideicomisos de garantía en la industria de la construcción, la mayoría de las veces se encuentran asociados al financiamiento de las obras. Es decir, se transfiere a ellos el dominio de un inmueble para aislar al bien del patrimonio del fiduciante en garantía de pago del financiamiento recibido de alguna entidad financiera que, usualmente, adquiere la calidad de fiduciaria. No obstante, otras veces se utiliza esta denominación para referirse erróneamente a fideicomisos que también desarrollan alguna actividad administrativa o incluso de construcción que excede la de una mera garantía.

¹²⁸ Cfr. Resolución (SDG TLI) N° 25/09.

En lo que hace puntualmente a los fideicomisos ordinarios destinados a la construcción, es posible efectuar una nueva clasificación según se trate de construcción de unidades destinadas a su venta a terceros ajenos al contrato de fideicomiso, construcción destinada a los beneficiarios del fondo (que, a su vez, pueden o no ser fiduciarios) o casos mixtos.

En lo que hace la consideración de los fideicomisos inmobiliarios, en particular aquellos que desarrollen por sí mismos la actividad de construcción, como sujetos pasivos del impuesto al valor agregado, y sin perjuicio de lo expresado en el título anterior, cabrá profundizar si se configura, a su respecto, la calidad de “empresas constructoras” en los términos del inciso d) del artículo 4° de la ley del tributo. El referido inciso se refiere a empresas constructoras que realicen obras, directamente o a través de terceros, sobre inmueble propio y define bajo tal carácter a las empresas que “...directamente o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el **propósito de obtener un lucro** con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble”. (El destacado es propio)

Nuevamente, en este caso, la presencia de fin de lucro se transforma en un requisito esencial para tener por configurado el hecho imponible.

Asimismo, el primer párrafo del artículo 5° del Decreto Reglamentario a la ley prevé que “No se encuentra alcanzada por el impuesto la venta de las obras a que se refiere el inciso b) del artículo 3 de la ley, realizadas por los sujetos comprendidos en el inciso d) de su artículo 4, cuando por un lapso continuo o discontinuo de 3 (tres) años – cumplido a la fecha en que se extienda la escritura traslativa de dominio o se otorgue la posesión, si este acto fuera anterior –, las mismas hubieran permanecido sujetas a arrendamiento, o derechos reales de usufructo, uso, habitación o anticresis”.

Por su parte, el tercer párrafo del mismo artículo dispone que “En las situaciones previstas en este artículo, en el período fiscal en que se produzca la venta deberán reintegrarse los créditos fiscales oportunamente computados, atribuibles al bien que se transfiere”.

En el Dictamen (DAT) N° 16/2006, en el que se analizó el caso de un fideicomiso inmobiliario, se sentó una pauta genérica al concluir que “...el fideicomiso en cuanto sujeto pasivo del gravamen es una unidad económica con un fin determinado, distinta del fiduciario y del fiduciante, y que las consecuencias fiscales en el impuesto al valor agregado, resultantes de la operatoria que desarrolla, no pueden considerarse atribuibles a dichos sujetos, sino al propio fideicomiso”.

Resulta necesario aclarar que en el caso de obra sobre inmueble propio, para que se perfeccione el hecho imponible, deviene necesario que el fideicomiso de construcción, sujeto pasivo del tributo cumpla con ciertos requisitos, no resultando suficiente que se verifiquen las condiciones objetivas descriptas en la hipótesis de incidencia.

En tal sentido solo estarán alcanzados por la gabela analizada las obras sobre inmueble propio realizadas por aquellos sujetos considerados por la ley como empresas constructoras.

Por lo tanto, puede apreciarse que, a efectos de que el sujeto quede enmarcado dentro del concepto de empresa constructora, y consecuentemente genere el acaecimiento del hecho imponible, es necesario el cumplimiento de dos requisitos que a continuación se analizarán.

El primer requisito es de **carácter objetivo**, e implica que el fideicomiso debe realizar una obra sobre un inmueble de su propiedad.

El segundo de los requisitos que debe cumplir el fideicomiso a fin de encuadrarse bajo el concepto de empresa constructora es de **carácter subjetivo**, es decir, debe existir ánimo de lucro con la ejecución o la posterior venta total o parcial.

A continuación se desarrollarán ambas circunstancias, así como también diversos aspectos conflictivos derivados de esta forma de organización de los negocios.

VI.4.1. ASPECTO OBJETIVO

Atento la particular modalidad registral en base a la que se transfieren los bienes en fiducia, se ha cuestionado en diversas oportunidades si el fideicomiso de construcción realiza obra sobre inmueble propio o por el contrario lo hace sobre inmuebles de terceros.

Hay que recordar que si bien el fiduciante al constituir el fideicomiso de construcción puede transferir la propiedad fiduciaria de un inmueble, el mismo no queda registrado a nombre del fideicomiso sino a nombre del fiduciario con la leyenda “en fiducia”.

No obstante ello, el artículo 14 de la Ley 24.441 establece que los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante.

La definición comentada resulta trascendental a efectos de definir si el hecho imponible de que se trate se encuentra comprendido en el inciso b) del artículo 3° de la ley (obra sobre inmueble propio), o bien si se encuadra dentro del inciso a) de la misma norma (trabajo sobre inmueble ajeno).

El tema fue analizado en el Dictamen (DAL) N° 20/96, si bien el análisis se efectuó desde el punto de vista del fiduciante, habiéndose concluido en esa oportunidad que la obra era realizada por este último y no por el fideicomiso en garantía constituido.

En el caso se destacó que la anotación registral de la transferencia de la titularidad del dominio fiduciario podría abonar la postura de que en el caso el inmueble era propio del fiduciario, dada su titularidad formal sobre el mismo. No obstante, tratándose de un fideicomiso en garantía, se destacó que si bien la titularidad formal autorizaba a realizar actos de disposición “...tales actos de disposición los concreta el Fiduciario por cuenta y en interés del originante y,...al ejecutar el mandato del fideicomiso se satisface el interés y los objetivos de este último”. Bajo tal argumentación, se advirtió una discordancia entre la formalidad jurídica y la realidad económica, destacándose finalmente que “...el tratamiento a acordar debiera privilegiar la segunda alternativa...”, encuadrando la operación en el inciso b) del artículo 3° de la norma legal.

Se reforzó la conclusión reseñada entendiendo que “...esta postura armoniza la atribución de los débitos fiscales por la venta de unidades de vivienda con los créditos fiscales generados al pagarse los certificados de obra a la empresa constructora, ya que en este esquema ambos elementos concurren en el Originante que es el verdadero agente económico de la operación, evitándose la distorsión que implicaría atribuir el débito fiscal a un sujeto por su titularidad jurídica formal por las unidades vendidas y a otro sujeto los créditos fiscales por haber éste contratado la obra y pagado los pertinentes certificados de obra”.

Sin embargo, en el Dictamen (DAT) N° 16/2006 se analizó el caso de un fideicomiso inmobiliario y se entendió que “...el fideicomiso construye sobre inmueble propio, que transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes – beneficiarios o a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso...”.

Nótese que en el primero de los casos comentados, se tuvo en especial consideración que el fondo fiduciario cumplía una función exclusiva de garantía que le otorgaba un rol estático, siendo por tal motivo que se concluyó que el patrimonio fiduciario no tenía fines propios a lograr, por lo que, tratándose en dicha situación de un mero instrumento, no podía ser considerado sujeto pasivo del gravamen en sí mismo y dicha calidad debía ser atribuida al fiduciante.

Por el contrario, en el Dictamen (DAT) N° 16/2006, comentado en último lugar, se trataba de un fideicomiso inmobiliario cuyo rol dejaba de ser pasivo para constituirse en empresa constructora en los términos de la ley que regula el tributo.

En igual sentido, en el Dictamen (DAT) N° 31/2008 se entendió que un fideicomiso, por medio del cual se llevaba a cabo un emprendimiento inmobiliario y en el que una mutual revestía el carácter de fiduciante y única beneficiaria, siendo además fideicomisaria, poseía el carácter de sujeto del impuesto al valor agregado al realizar obras sobre inmueble propio en el predio fideicomitado, encuadrando su

accionar en las disposiciones del inciso b) del artículo 3° y del segundo párrafo del artículo 4° de la ley del gravamen, toda vez que trasmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades al o a los beneficiarios quienes revisten el carácter de terceros con respecto al mismo.

Nuevamente, en este caso, más allá de la confluencia en un único sujeto de las partes involucradas en el contrato, se tuvo en cuenta que el fideicomiso desarrollaba un rol activo, realizando obras que lo transformaban en sujeto pasivo del gravamen.

Por lo tanto, también en este punto parecería que no pueden brindarse pautas genéricas que guíen el encuadre fiscal en todos los negocios fiduciarios, sino que habrá que atender nuevamente a la realidad económica de la operación como principio orientador, lo que sin duda genera no pocas incertidumbres.

VI.4.2. ASPECTO SUBJETIVO: ANIMO DE LUCRO

Dada la complejidad existente en determinar la existencia de fin de lucro la jurisprudencia a través de numerosos pronunciamientos ha logrado establecer ciertas consideraciones que de cumplirse permitirán denotar la existencia del mismo.

En la causa “Idaope Larraga Angel”¹²⁹ el Tribunal Fiscal de la Nación estableció que, dada la proximidad entre la fecha de finalización de las obras sobre inmueble propio de una vivienda destinada a casa habitación realizada por parte de un constructor, y la enajenación de la misma, se había perfeccionado el hecho imponible consistente en obra realizada sobre inmueble propio atento exteriorizarse el ánimo de lucro necesario para el acaecimiento del mismo.

Si bien el antecedente jurisprudencial comentado no responde al tratamiento a dispensar a un contrato de fideicomiso resulta representativo respecto de qué parámetros deben considerarse a efectos de determinar la existencia de fin de lucro en los referidos contratos.

Sin embargo es dable reiterar lo expresado en el Dictamen (DATyJ) N° 23/1970, en el marco del impuesto a los réditos, en el cual el fisco afirmó:

“Debe entenderse que, aunque la persona o entidad que realice las operaciones no tenga habitualidad en la compraventa, cambio o disposición de bienes inmuebles, es evidente que el motivo principal y directo de la compra o construcción ha sido el propósito de lucrar con su enajenación, asumiendo así los bienes el carácter de “mercaderías”, de modo que con ellos se hace “comercio” en el concepto económico, o sea en el sentido de la ley impositiva y los resultados estarán comprendidos en el impuesto a los réditos(..)”.

Como se aprecia del párrafo transcripto, el factor determinante de la existencia de ánimo de lucro es que el mismo haya sido el móvil para realizar la actividad económica. Lo expuesto resulta de trascendental importancia toda vez que en el fideicomiso de construcción, a diferencia de las sociedades civiles y comerciales, no se presume el ánimo de lucro.

Otro antecedente administrativo que resulta ilustrativo es el Dictamen (DAT) N° 41/2006, en el cual la Dirección de Asesoría Técnica concluyó que *“atendiendo a la realidad económica, cabe interpretar que independientemente de las formas jurídicas que adopte la organización del emprendimiento inmobiliario, a los efectos del IVA se verifica el presupuesto a que se refiere el artículo 3°, inciso b) de la ley del tributo, en cabeza de una empresa constructora en los términos del artículo 4°, inciso d), de la misma norma, ya que en los hechos, **la finalidad del desarrollador es la obtención de un lucro con la ejecución de obras sobre inmueble propio o con la posterior venta, total o parcial, de inmuebles**”.* (El destacado es propio)

Lo interesante de este dictamen es el hecho de que destaca la condición analizada en este punto, es decir, que para que se trate de una empresa constructora, más allá de la forma jurídica adoptada, debe

¹²⁹ “Idaope Larraga, Ángel”. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A 11/12/2001.

existir una finalidad de lucro con la ejecución de la obra o con la posterior venta total o parcial del inmueble.

Al respecto, Osvaldo Balán manifestó su opinión en el siguiente sentido:

“En realidad y aún asumiendo el carácter de que las transferencias fuesen onerosas, recordemos que para el hecho imponible que estamos analizando el carácter de empresas constructoras está definido por el propósito de lucro, concepto que es diferente y mucho más limitado que el de onerosidad”.

“Aún suponiendo la gravabilidad hay un aspecto importante no resuelto que es determinar si el importe de esta adjudicación onerosa es el valor de plaza, o si por el contrario podría afirmarse que es el costo incurrido hasta dicha adjudicación, como varios autores sostienen¹³⁰”.

La situación se torna más compleja cuando el fiduciante beneficiario resulta ser un sujeto exento.

Corresponde plantear entonces, si los actos efectuados por el fideicomiso, tales como la realización de un emprendimiento inmobiliario, se encuentran alcanzados por el tributo.

En opinión de Julián Ruiz¹³¹, para resolver esa cuestión, previamente deberá distinguirse el objeto del patrimonio de afectación respecto del de sus fiduciantes beneficiarios exentos. Paralelamente deberá probarse la existencia de fin de lucro por parte del fondo fiduciario.

El organismo recaudador se expidió al respecto en el Dictamen (DAT) 31/2008. En tal oportunidad consideró que el contrato se celebraba con el objeto de encomendar al fiduciario la construcción, en el inmueble, del emprendimiento. A tal efecto, aquél, por sí o por terceros, tenía a su cargo tal tarea debiendo afectar el inmueble al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, originar el consorcio correspondiente y transferir las unidades resultantes, que integraban el patrimonio del fideicomiso, al beneficiario.

Finalmente, el fisco consideró que *“A partir de lo indicado se extrae con carácter general que el fideicomiso como sujeto pasivo del gravamen es una unidad económica con un fin determinado, distinta del fiduciario y del fiduciante, y que las consecuencias fiscales en el Impuesto al Valor Agregado, resultantes de la operatoria que desarrolla, no pueden considerarse atribuibles a dichos sujetos, sino al propio fideicomiso.*

Conforme a lo expuesto, tal como se sostuviera en la Act. N° .../05 (DI ATEC) cabe tener en cuenta que el fideicomiso construye sobre inmueble propio y que a la finalización de las obras -tal como consta en el contrato- otorgará las escrituras de transmisión de dominio de las unidades, a favor del beneficiario y/o de quienes este indique y/o del fideicomisario y que tal transferencia se efectúa a título oneroso, lo cual evidencia fin de lucro”.

Cabe destacar que en el caso planteado, la mutual, única fiduciante beneficiaria y aportante de los fondos necesarios para que el desarrollo se lleve a cabo, se encontraba exenta en el impuesto a las ganancias – conforme lo normado en el inciso g) del artículo 20 de la ley de la materia y por la ley 20.321-, y del impuesto al valor agregado.

VI.4.3. COMPARACIÓN CON CONSORCIOS DE CONSTRUCCIÓN

El tratamiento de los consorcios de construcción es un tema de muy larga data. En oportunidad de modificarse el artículo 4° de la ley del impuesto al valor agregado en el año 1990 e incluirse un párrafo por el que se dispuso que revisten el carácter de sujetos del impuesto las UTES, ACES, consorcios, etc., surgieron dudas sobre la sujeción al tributo de estos últimos entes.

¹³⁰ Balán, Osvaldo. “El IVA y las obras sobre inmueble propio. Objeto y sujeto”. Práctica Profesional. 2006.

¹³¹ Ruiz, Julián. “Manual tributario de fideicomisos de construcción”. Ed. Osmar D. Buyatti, 2° Edición, 2010.

La doctrina opinó, ya en tal época, que mantienen su vigencia dos viejos pronunciamientos de la DGI que tratan el tema de los consorcios de construcción asimilados a condominio.¹³²

Dichos pronunciamientos son los Dictámenes (DATJ) Nros. 47/83 y 41/85, mediante los cuales el Fisco opinó que los consorcios de construcción asimilados a condominio no son sujetos, sino que el consorcio sólo se inscribe a efectos de simplificar la operatoria y para acumular el crédito fiscal de la construcción. Los sujetos serían las personas integrantes de estos consorcios, en la medida que adquieran el carácter de empresa constructora (propósito de lucro.) En el momento de adjudicarse las unidades entre los consorcistas, se adjudicaría el crédito fiscal respectivo.

En la Consulta efectuada a la DGI con fecha 4 de noviembre de 1994, se analizó un condominio de empresas propietarias de inmuebles que realizaban obras de construcción con destino a locación y venta.

En esa oportunidad, se remarcó que son sujetos pasivos del tributo todos los agrupamientos atípicos que, aún sin adoptar una forma jurídica determinada, actúan en nombre de sus componentes con el propósito de realizar actividades comprendidas en el primer párrafo del artículo 4° de la norma legal.

Sin embargo, se destacó que ello no sería así si se tratara de un consorcio, organizado como condominio, **que no dirige su operatoria a terceros** sino que limita su actividad a realizar una obra sobre inmueble propio al costo con el objeto de que, a la finalización de la obra, se adjudique a cada condómino la proporción que le corresponda. La operatoria recién se encontraría alcanzada con la transferencia posterior que efectuasen los copropietarios a los adquirentes finales.

Posteriormente, en el Dictamen (DAL) N° 21/95, el fisco estudió el tratamiento de la adquisición en condominio por parte de dos empresas constructoras de un terreno para edificar en igual proporción un inmueble destinado a viviendas. Una parte de las viviendas se enajenaban durante la construcción y otra se destinaba a locación.

En dicha oportunidad se entendió que, dado que se trataba de una actividad lucrativa para la que se mancomunaban recursos de ambas firmas, se presentaba en los hechos un nuevo ente colectivo sujeto pasivo del tributo.

Asimismo, se remarcó que no resultaba oponible el hecho que la compra de bienes y servicios destinados a la obra y el terreno hayan sido adquiridos y documentados por separado, debiéndose atender a la realidad de las operaciones para definir el sujeto pasivo. No obstante, se admitió que el ente colectivo computase los créditos fiscales facturados a cada una de las sociedades que lo integraban en la medida que se encontrasen vinculados con operaciones gravadas.

En el artículo 5° del decreto reglamentario de la ley del tributo se toca indirectamente el tema, al indicarse que si uno de los integrantes de un consorcio asimilado a condominio hubiera afectado durante tres o más años el inmueble a alquiler o a casa habitación, la venta de la obra no estará alcanzada.

Asimismo, el artículo 26 del reglamento dispone: *“A los efectos del inciso e), del artículo 5° de la ley y del artículo 4° de este reglamento, en el caso de consorcios propietarios de inmuebles -organizados como sociedades civiles o comerciales- que realicen las obras previstas en el inciso b), del artículo 3° de la ley, se considerará momento de la transferencia del inmueble, al acto de adjudicación de las respectivas unidades”*.

En definitiva, tratándose de un consorcio de construcción asimilado a condominio la adjudicación a cada condómino no se consideraría como venta. En cambio tratándose de consorcios propietarios de inmuebles organizados como sociedades civiles o comerciales que realicen obra sobre inmueble propio, los mismos revestirían carácter de empresas constructoras y por lo tanto el acto de adjudicación de las respectivas unidades se encontraría gravado en el IVA.

¹³² Eidelman de Benzaquen, Raquel. “El tratamiento de los consorcios frente al IVA”. Ed. La Información T° 69, pág. 513.

Pasando ahora al tema puntual de los fideicomisos, cabe destacar que se han planteado numerosas dudas sobre el tratamiento tributario a otorgarle a los fideicomisos de construcción al costo, respecto de si son asimilables o no al consorcio de propietarios que adquieren en forma indivisa un inmueble y participan en forma conjunta de la construcción de un edificio (consorcio asimilado a condominio). En este último supuesto las unidades funcionales se adjudican, una vez concluida la obra, en función de la participación de cada condómino.

Como ya se expresó en los párrafos que anteceden, en los Dictámenes (DATJ) N° 47/83 y N° 41/85 el fisco concluyó que la adjudicación de las unidades entre los integrantes de un consorcio de construcción asimilado a condominio, no se encuentra gravada por el IVA.

En el Dictamen (DAT) N° 16/2006 se analizó la consulta efectuada por un contribuyente que pretendió asimilar la figura de un fideicomiso de tipo inmobiliario a un consorcio de propietarios que adquieren en forma indivisa un inmueble y participan en forma conjunta de la construcción de un edificio, cuyas unidades funcionales se adjudican, una vez concluida la obra, en función de la participación de cada condómino.

Al respecto, se consideró aplicable los Dictámenes (DATyJ) N° 47/83 y 41/85 a los que ya se ha hecho referencia.

Sin embargo, el organismo fiscal citó el Dictamen (DATyJ) N° 1/82 recordando que los consorcios constituidos como condominios *“...configuran una mancomunidad de bienes y no una sociedad de personas, cuyos componentes – que adquieren el terreno a su nombre – asumen el riesgo económico de la construcción y a la finalización de los trabajos se asignan las unidades en forma acorde a los aportes efectuados por cada uno de ellos; indicando que tal circunstancia no conforma una transferencia sino la adjudicación en propiedad no compartida de lo que antes ya les pertenecía, pero bajo la forma de propiedad compartida e indivisa”*.

Asimismo, aclaró que en los antecedentes reseñados por el presentante se indicó que el consorcio organizado como condominio se rige conforme al artículo 2695 del Código Civil, según el cual *“...la división entre los propietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiera sido desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos”*.

Se resaltó que esas fueron las características que llevaron a concluir que la adjudicación que se efectúa a la finalización de una obra por división del condominio no configura venta puesto que el consorcio no poseía la titularidad del dominio del inmueble y que la propiedad de las unidades perteneció siempre a los consorcistas en proporción a los importes comprometidos para tal fin.

Analizando la figura del fideicomiso se concluyó que no resultaba viable su asimilación al caso de consorcios configurados como condominios porque el fiduciario posee la propiedad fiduciaria del inmueble y los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del fiduciario y del fiduciante.

Por el contrario, se asimiló el contrato bajo análisis a los consorcios de propietarios de un terreno organizado en forma de sociedad civil o comercial, resultando aplicable el artículo 26 del Decreto Reglamentario de la ley del tributo aunque el fideicomiso no se encuentre allí mencionado en forma expresa.

El fisco ratificó, en el Dictamen (DAT) N° 18/2006 como momento de acaecimiento del hecho imponible el de la adjudicación de las unidades funcionales.

Posteriormente, en el Dictamen (DAT) N° 27/2007 el Organismo Fiscal ha opinado que *“no se aplica al fideicomiso la figura del consorcio organizado en condominio por cuanto el primero a diferencia del consorcio transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes – beneficiarios o eventualmente a los cesionarios, revistiendo ambos sujetos el carácter de terceros con respecto al fideicomiso.”*

No obstante, sería recomendable que se incluya una mención expresa al caso en el artículo 26 del decreto reglamentario.

En sentido contrario se expresa Liliana Molas, resaltando: “*formamos parte de la numerosa doctrina que ha venido sosteniendo que este tipo de fideicomisos deben tratarse del mismo modo que los condominios indivisos de construcción al costo*”¹³³.

En coincidencia con la autora citada en el párrafo anterior, se han manifestado diversas Cámaras Empresariales y agrupaciones de profesionales en las reuniones mantenidas por la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios en la órbita de la AFIP.

En dichas reuniones, se han analizado diversos escenarios, llegándose, en lo que hace a la cuestión aquí analizada, a las siguientes conclusiones:

- Tratándose de un fideicomiso que recibe aportes en dinero, compra un terreno, construye y vende unidades **a terceros**, repartiendo al final de su existencia el patrimonio compuesto sólo por dinero entre los fiduciantes-beneficiarios: las agrupaciones del sector privado coincidieron con el Organismo Fiscal en el sentido de que el fondo fiduciario se estaría comportando frente al gravamen que nos ocupa como una empresa constructora. Por lo tanto, se sostuvo que el fideicomiso acumulará los créditos fiscales vinculados a la obra y los descontará de los débitos fiscales que se generen por aplicación del inciso b) del artículo 3° de la ley de IVA¹³⁴.
- Frente al caso de un fideicomiso cuyos fiduciantes-beneficiarios aportan dinero para la compra de un terreno o bien aportan el terreno, pero sus aportes son efectuados en iguales porcentajes y al final de la obra el fideicomiso adjudica la totalidad de las unidades **a sus fiduciantes-beneficiarios**: se entendió que se estaría en presencia de un fideicomiso “al costo”. Al respecto, los representantes del sector privado cuestionaron los antecedentes administrativos citados a lo largo de este subtítulo bajo el entendimiento de que estos casos deberían tratarse como consorcios asimilados a condominios para que la operación resulte neutral desde el punto de vista impositivo. El Organismo Fiscal, se limitó a tomar nota de la posición sostenida¹³⁵.

VI.4.4. ADJUDICACIÓN DE BIENES

Aún cuando se concluya que el fideicomiso adquiere la calidad de empresa constructora que realiza obras sobre inmueble propio, las características particulares de la transmisión del dominio que también resultan aplicables a esta segunda transmisión, podrían nuevamente llevarnos a preguntar si el hecho imponible se encuentra configurado.

En efecto, en el inciso e) del artículo 5° de la norma se prevé que la generación del débito fiscal en el caso de obras realizadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio se produce “...*en el momento de la **transferencia a título oneroso** del inmueble, entendiéndose que ésta tiene lugar al extenderse la escritura **traslativa de dominio** o al entregarse la posesión, si este acto fuera anterior*”. (El destacado no pertenece al original)

La mención, nuevamente, a los requisitos de onerosidad y traslación de dominio podría reabrir la discusión desarrollada en los párrafos precedentes. En este punto, nótese que si bien el fideicomisario adquirirá el dominio pleno sobre el bien que se le transmite, se presenta la disyuntiva de que quien efectúa la transmisión (el fiduciario) sólo tiene el dominio fiduciario del bien.

En este punto, corresponde traer a colación el artículo 3270 del Código Civil de la Nación, el cual prevé que “*Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere*”.

¹³³ Liliana Molas. “Aspectos controvertidos en fideicomisos sobre inmuebles”. Práctica Profesional, 2007.

¹³⁴ Acta de la Reunión N° 1 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 6/7/2011

¹³⁵ Acta de la Reunión N° 2 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 27/7/2011

Ahora bien, comentando la disposición reseñada, Lisoprawski y Kiper¹³⁶ destacan que “A diferencia de la solución contemplada por el Código Civil, ...los actos de disposición que realice el fiduciario a terceros no estarán sujetos a ser resueltos en forma retroactiva al verificarse el evento resolutorio, pues el art. 74 de la ley 24441 introdujo un agregado al art. 2670, según el cual quedan a salvo los actos de disposición realizados por el fiduciario de conformidad con lo previsto en la legislación especial. Así, se crea una excepción a la regla sentada por el art. 3270, CCiv., ya que **el fiduciario puede transmitir a terceros un derecho mejor o más extenso que el que tenía**. Ello será así, a nuestro juicio, en tanto se trate de terceros de buena fe y a título oneroso”¹³⁷. (El destacado es propio)

Sin perjuicio de la particularidad descripta, es dable observar que, cuando la ley del gravamen se refiere a los sujetos del inciso d) del artículo 4° utiliza la expresión “ejecución o venta” para referirse a la operación efectuada por la empresa constructora alcanzada por el impuesto, sin incluir ninguna condición que permita excluir a las transferencias de dominio fiduciario, lo que parecería indicar que, si se concluye sobre la presencia del elemento subjetivo, la adjudicación del bien quedaría sujeta a tributación.

En el Dictamen (DAT) N° 16/2006 se analizó el tratamiento que correspondía otorgar en el impuesto al valor agregado a la adjudicación de unidades funcionales por parte de un fideicomiso inmobiliario a los fiduciantes – beneficiarios, así como también a la posterior transferencia de dominio de dichas unidades que, eventualmente, podrían efectuar estos últimos a terceros.

El objeto del fideicomiso era la adquisición de un inmueble con el fin de construir en el mismo un edificio, dividirlo en propiedad horizontal y transferir las unidades a los beneficiarios que podrían ser los fiduciantes o sus cesionarios.

Al respecto se concluyó que las transferencias efectuadas por el fideicomiso lo eran a título oneroso, “...toda vez que los fiduciantes – beneficiarios abonaban cuotas en función a su participación...”, sin perjuicio de lo cual se analizó la existencia de fin de lucro en función al desarrollo y concreción integral de la operatoria. Así, en base a ciertas cláusulas contractuales relativas a la resolución del contrato respecto de deudores morosos y su reemplazo, se entendió que la operatoria tenía por objeto la construcción y comercialización de un inmueble lo cual evidenciaba el fin de lucro a que se refiere el inciso d) del artículo 4° de la ley del tributo.

En el Dictamen (DAT) N° 18/2006 el organismo fiscal volvió a reiterar la importancia de indagar sobre las relaciones jurídicas que ligan a los sujetos participantes. En el caso se trataba de fiduciantes que participaban en partes iguales y asumían simultáneamente el carácter de beneficiarios y fideicomisarios. El fideicomiso compraba un inmueble y elaboraba un proyecto de ampliación, mejoras y construcción al costo de un edificio que se afectaba a propiedad horizontal. Los fiduciantes aportaban dinero para la compra del terreno y posterior construcción.

En lo que hace a la adjudicación de unidades a los fiduciantes – beneficiarios – fideicomisarios, el organismo fiscal concluyó que el fideicomiso resultaba sujeto pasivo del gravamen sin que aplique a su respecto la figura de fideicomiso organizado en condominio, por lo que el crédito fiscal originado en la realización de la obra sería computado por el fideicomiso sin que se pueda admitir su traslado a los fiduciantes – beneficiarios.

¹³⁶ Silvio V. Lisoprawski, Claudio M. Kiper. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003

¹³⁷ Cabe recordar que en el Artículo 2.661 del Código Civil se define como “Dominio imperfecto” al “...derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil”. Luego, el artículo 2.662, prevé que “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y **está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso**, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”. Por su parte, el artículo 2.663 del mismo ordenamiento dispone que el “Dominio revocable es el que ha sido transmitido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título”. Finalmente, el artículo 2.669, establece que “La revocación del dominio tendrá siempre **efecto retroactivo** al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario”.

No obstante, respecto de las posteriores transmisiones efectuadas por los fideicomisarios se entendió que el impuesto originado por la adquisición del inmueble con motivo de la adjudicación revestiría el carácter de crédito fiscal en tanto el bien sea utilizado en la realización de operaciones gravadas que generen débito fiscal.

Asimismo, se resaltó que debería analizarse “...la verdadera intención de las partes y si en concreto no estaríamos en presencia de una sola operación de venta (vg. vinculación económica entre fiduciante – beneficiario y fiduciario)...”.

Nuevamente, el fisco recurre a la atención a los negocios subyacentes y al criterio de la realidad económica para desvirtuar toda pretensión de eludir el gravamen a través de la utilización de los fideicomisos.

Otro antecedente que merece ser mencionado es el Dictamen (DAT) 27/2007, en el cual la Dirección de Asesoría Técnica concluyó que “de las condiciones contractuales del fideicomiso consultado, se advierte la existencia de onerosidad en la operatoria y el propósito de lucro, siendo los beneficiarios los propios fiduciantes, quienes aportan el terreno y el dinero de la construcción, obteniendo como contrapartida el derecho a la adjudicación de unidades funcionales y a recibir el producido de la venta de las restantes unidades”.

Si bien este antecedente se origina en la consulta de un notario respecto si correspondía practicar la retención en el impuesto a las ganancias en la adjudicación de unidades funcionales a los fiduciantes-beneficiarios de un fideicomiso inmobiliario, las conclusiones resultan perfectamente aplicables al Impuesto al Valor Agregado.

En dicho caso el fideicomiso se había constituido con el objeto de construir departamentos, algunos para vender y cuatro de ellos para ser adjudicados a los fiduciantes-beneficiarios “al costo”. La consulta se centró específicamente en aquellas unidades que se adjudicaban al costo.

Como podemos ver, en los tres antecedentes analizados se llegó a la misma conclusión: la existencia de onerosidad en la operatoria y el propósito de lucro cuando se adjudican las unidades funcionales a los beneficiarios, donde estos últimos son los propios fiduciantes. Asimismo, se hace hincapié en que en dichos casos nos es aplicable la figura del condominio indiviso donde la adjudicación no adquiere carácter oneroso.

Sin embargo, en la Comisión de Enlace de la FACPCE/FAGCE del 13 de julio de 2006¹³⁸, donde se consultó el tratamiento a otorgar en el Impuesto al Valor Agregado, Ganancias e ITI a los fideicomisos de construcción al costo, cuando todos los fiduciantes aportan los fondos estrictamente necesarios para la compra del terreno y la construcción de un edificio sobre el mismo y luego se adjudican las unidades construidas, es decir, que reúnen la calidad de fiduciantes-beneficiarios, el organismo recaudador estableció lo siguiente:

“Con carácter general puede decirse que, en la medida que el fideicomiso actúe como una empresa de construcción los adjudicatarios serían terceros respecto de aquél y se configuraría el hecho imponible en cabeza del fideicomiso, quien tendría obligación de inscribirse en impuesto al valor agregado y en impuesto a las ganancias por perseguir un fin de lucro.

*De resultar que dicho fideicomiso está configurado como un consorcio organizado en condominio, donde los fiduciantes son los beneficiarios adjudicatarios de las unidades, **podría - de no mediar otras circunstancias-, no resultar alcanzada la adjudicación con ninguno de los impuestos referidos, salvo en caso de venta por parte de los fiduciarios correspondiendo en tal caso gravarse en IVA, la primera venta y en impuesto a las ganancias o ITI de resultar ser una persona física que no tiene el inmueble afectado a su actividad.***

En este último supuesto, si el fideicomiso se hubiera inscripto en IVA el crédito fiscal acumulado se adjudica al adquirente y juega contra el débito por su posterior venta”. (El destacado es propio)

¹³⁸ Acta de Reunión Comisión de Enlace F.A.C.P.C.E./ F.A.G.C.E. — AFIP — Julio 13 de 2006

En lo que hace a los casos en que la entrega de la posesión o escrituración se considere efectuada a título oneroso, entre partes independientes, generando el hecho imponible, el fisco sostuvo¹³⁹ que a los efectos de determinar el resultado impositivo que el fideicomiso debe atribuir a los beneficiarios, el precio que debe considerarse para la operación es aquel resultante de la suma de los aportes efectuados por los fiduciantes, sin considerar el precio de plaza a la fecha de la posesión o la escrituración, toda vez que de no ser así podría suceder que se determine un resultado que no guarde proporción con el beneficio que le corresponda a los fiduciantes-beneficiarios.

A igual conclusión arribó en la reunión de la Comisión de Enlace AFIP - CPCECABA llevada a cabo con fecha 1° de agosto de 2007.

Como podemos notar el criterio de nuestro organismo recaudador en lo que hace a los fideicomisos “al costo” no ha sido uniforme. Con los Dictámenes (DAT) Nros. 16 y 18 del 2006 estableció un criterio, que luego cambió en la consulta de la comisión de enlace referida en primer lugar, pero que finalmente volvió a ratificar en el Dictamen (DAT) N° 27/2007.

En opinión de la doctrina¹⁴⁰, coincidente con la respuesta de AFIP anteriormente mencionada, la adjudicación de las unidades funcionales a los fiduciantes beneficiarios no genera el nacimiento del hecho imponible del Artículo 3°, inciso b), de la ley de Impuesto al Valor Agregado, tal como lo ha dicho el fisco para los condominios indivisos y en la escritura traslativa de dominio, el fiduciario debiera atribuir los créditos fiscales a cada Fiduciante -Beneficiario-Fideicomisario, de modo que una venta posterior de éstos a terceros que podría - de configurarse la calidad de "empresa constructora" - estar gravada con IVA, permita el cómputo de aquéllos.

Más recientemente, en el Dictamen (DI ALIR) N° 8/2010, si bien se analizó el tratamiento de adjudicaciones de unidades provenientes de un fideicomiso de construcción frente al impuesto a las ganancias, se concluyó que siendo el fideicomiso un sujeto distinto a las partes que lo componen a los fines tributarios, la adjudicación producirá una transferencia de dominio de las unidades hacia los beneficiarios –fiduciantes o no- la que, en el caso, se entendió onerosa porque los fiduciantes-beneficiarios recibían la adjudicación de unidades funcionales conforme lo acordado en el contrato como correlato de los aportes que los fiduciantes realizaron oportunamente.

En cuanto al valor a asignarse a dicha transmisión, se entendió aplicable el costo del terreno sumado al de su construcción, pero se dejó sentado que, en caso de que dicho valor sea inferior al costo de construcción vigente en el mercado, el fisco podría impugnarlo en base al artículo 18, inciso b) de la ley de rito fiscal¹⁴¹, previa demostración de dicha circunstancia.

A igual conclusión se arribó en el marco de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios integrada por representantes de la AFIP y del sector privado¹⁴².

VI.4.5. CESIONES DE DERECHOS FIDUCIARIOS

En lo que hace a cesiones de derecho, el último párrafo del artículo 3° de la ley del tributo prevé que *“Cuando se trata de locaciones o prestaciones gravadas quedan comprendidos ...las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, con exclusión de los derechos de autor de escritores y músicos”*.

¹³⁹ Acta de Reunión Comisión de Enlace C.P.C.E.C.A.B.A — AFIP — Julio 19 de 2006

¹⁴⁰ Molas, Liliana. “Aspectos controvertidos en fideicomisos sobre inmuebles”. Práctica Profesional, 2007.

¹⁴¹ Dicho inciso prevé como presunción general, que admite prueba en contrario, lo siguiente: *“b) cuando los precios de inmuebles que figuren en las escrituras sean notoriamente inferiores a los vigentes en plaza, y ello no sea explicado satisfactoriamente por los interesados, por las condiciones de pago, por características peculiares por las condiciones de pago, por características peculiares del inmueble o por otras circunstancias, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá impugnar dichos precios y fijar de oficio un precio razonable de mercado”*.

¹⁴² Acta de la Reunión N° 2 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 27/7/2011

Por su parte, el artículo 8° del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto al Valor Agregado establece que *“no se encuentran comprendidas entre las locaciones gravadas las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos, excepto cuando las mismas impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial, circunstancias que también determinarían la aplicación del impuesto sobre las prestaciones que las originan cuando estas últimas constituyan obligaciones de no hacer”*.

Es decir, que las cesiones de derecho no están contempladas en el hecho imponible del Impuesto al Valor Agregado, conforme la definición de la legislación vigente, excepción hecha de aquellas que involucren prestaciones financieras, concesiones de explotación industrial o comercial y las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial (con exclusión de los derechos de autor de escritores y músicos) cuando resulten vinculadas con locaciones o prestaciones gravadas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha confirmado en la causa *“San Buenaventura S.R.L.”*¹⁴³ que las cesiones de derechos se encuentran excluidas del objeto del IVA, salvo que concurran ciertas circunstancias, cuyo análisis excede el alcance de este trabajo.

Cabe analizar entonces cuál sería el tratamiento frente al gravamen de la eventual cesión de posiciones contractuales en un fideicomiso.

Al respecto, resultan aplicables los antecedentes citados en el subtítulo III.3, relativo al impuesto a las ganancias.

Asimismo, en lo que hace puntualmente al impuesto al valor agregado, tratándose de las transmisiones de derechos frente al caso de fideicomisos inmobiliarios, la Dirección de Asesoría Legal en su Dictamen (DAL) N° 59/2003 expresó que, conforme al inciso e) del artículo 5° de la Ley de Impuesto al Valor Agregado se deduce que *“...el hecho imponible previsto por la norma se perfecciona con la transmisión del dominio perfecto, lo cual ha de suceder..., en el momento de la escrituración, o en el de la ‘traditio’ del inmueble, el que fuera anterior”* y que la cesión de una posición contractual – en el caso la de beneficiario del fideicomiso – no implican la transmisión de derecho real alguno, sino que estos actos importan la transmisión de un derecho personal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del tributo.

Esta postura se reiteró en la órbita de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios de la AFIP¹⁴⁴.

En el Dictamen (DAT) N° 16/2006 se concluyó que la cesión del derecho a la adjudicación de unidades por parte de un fiduciante – beneficiario en un fideicomiso inmobiliario no se encontraba alcanzada por el gravamen.

No obstante, es dable observar que las conclusiones del organismo fiscal antes citadas podrían llevar a instrumentar las operaciones de un modo tal por el que se eluda parcialmente el Impuesto al Valor Agregado.

Por lo tanto, en el dictamen mencionado en último lugar, se advirtió que *“...en algunos casos los fiduciantes – beneficiarios procederían a la inmediata comercialización – operación no alcanzada por el gravamen – de los inmuebles que le fueron oportunamente transferidos y en otros casos cederían a terceros el derecho a la adjudicación de los mismos por lo cual, a efectos de determinar la base imponible en el momento de dicha transferencia, cabría ponderar en cada caso en particular la operatoria en su conjunto a fin de determinar si a través del uso de la figura de fideicomiso se procede a la construcción y comercialización de inmuebles por un valor inferior al que correspondería de realizarse toda la operatoria en cabeza de un mismo sujeto”*.

¹⁴³ “San Buenaventura S.R.L.”. CSJN. 23/05/2006.

¹⁴⁴ Acta de la Reunión N° 3 de la Comisión de Fideicomisos Inmobiliarios. 24/8/2011

VII. CONVENIOS PARA EVITAR **LA DOBLE IMPOSICIÓN** **INTERNACIONAL**

VII.1. LEGISLACIÓN DOMÉSTICA PARA FIDEICOMISOS QUE DISTRIBUYEN UTILIDADES AL EXTERIOR

Conforme lo expuesto en el Capítulo III, la legislación argentina que regula el impuesto a las ganancias consagra como sujetos pasivos del impuesto a ciertos fideicomisos detallados en el punto 6 del inciso a) del artículo 69 de la norma legal, a saber: fideicomisos financieros, fideicomisos no financieros cuyo fiduciante-beneficiario sea un beneficiario del exterior y fideicomisos no financieros cuyo fiduciante sea un sujeto distinto al beneficiario.

Una inquietud que podría surgir frente al análisis de dicha normativa sería analizar el tratamiento a brindar en el gravamen a las eventuales distribuciones de renta efectuadas por dichos fideicomisos cuando los beneficiarios sean sujetos residentes en el exterior.

Al respecto, cabe traer a colación el artículo 91 de la ley que regula el gravamen, el cual dispone en su primer párrafo que *“Cuando se paguen beneficios netos de cualquier categoría a sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior -con excepción de los dividendos, las utilidades de los sujetos a que se refieren los apartados 2, 3, 6 y 7, del inciso a) del artículo 69 y las utilidades de los establecimientos comprendidos en el inciso b) de dicho artículo- corresponde que quien los pague retenga e ingrese a la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) de tales beneficios”*. (El destacado es propio)

Por lo tanto, conforme a la norma transcrita, cuando los fideicomisos detallados en el punto 6 del inciso a) del artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias distribuyan utilidades al exterior, no deberán, en principio, practicar retención alguna.

No obstante, en el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la ley, se consagra la figura del *“impuesto de igualación”*, según la cual, *“Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1,2,3,6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente”*. (El destacado es propio)

Tal como se expresó en el Capítulo III, se encuentran excluidos de dicha obligación *“...los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública, en los casos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación”*.

De las normas citadas en los párrafos precedentes surge que cuando un fideicomiso constituido en Argentina efectúe distribuciones de utilidades a beneficiarios del exterior, deberá practicarse una retención del 35% sobre las utilidades distribuidas que excedan a las utilidades contables acumuladas, a menos que, tratándose de un fideicomiso financiero, se entienda aplicable la excepción referida en el párrafo anterior.

VII.2. LA INCLUSIÓN DE LOS FIDEICOMISOS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Más allá de la conclusión a la que se ha arribado en el apartado anterior, podría suceder que, aun verificándose la situación contemplada en el artículo 69.1 de la ley del gravamen, la retención allí contemplada no resulte aplicable o bien deba disminuirse su cuantía por encontrarse el beneficiario radicado en un país que haya suscripto con el nuestro un Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional (en adelante, CDI).

En tales casos, debería analizarse si resulta aplicable alguna de las cláusulas acordadas en el convenio de que se trate.

A nivel internacional cabe señalar que, en algunos CDI, los países firmantes no efectuaron ninguna mención al caso de fideicomisos.

En otros, en cambio, se incluyen a los fideicomisos en forma expresa en las definiciones generales del acuerdo, abarcándolos dentro del término “persona” o bien se los menciona al tratar la imposición sobre las rentas empresariales o los dividendos.

Así, por ejemplo, la doctrina española¹⁴⁵ menciona los siguientes ejemplos de CDI suscriptos por España:

- en los CDI suscriptos con Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, México y Venezuela no se menciona la figura del fideicomiso.
- en los CDI suscriptos con Canadá y Filipinas se incluye dentro de la expresión “persona” a las fiducias. En forma similar, el mismo país convino con Estados Unidos de Norteamérica en su CDI que la expresión “*cualquier otra agrupación de personas*” incluye a las fiducias (trusts).
- En el CDI suscripto con Australia contempla el caso en el artículo referido a rentas empresariales, expresándose que “*cuando:*
a. Un residente de uno de los Estados contratantes tenga derecho como beneficiario efectivo, ya sea directamente o a través de una o más entidades fiduciarias (“trusts”), a una participación en los beneficios de una empresa explotada en el otro Estado contratante por el fideicomisario (“trustee”) de un patrimonio fiduciario (“trust estate”) que no tenga la consideración de sociedad a efectos fiscales, y b. Respecto de esa empresa, el fideicomisario tenga, conforme a los principios del artículo 5, un establecimiento permanente en ese otro Estado, la empresa explotada por el fideicomisario se considerará explotada en ese otro Estado por aquel residente mediante un establecimiento permanente situado en él, y la participación de dicho residente en los beneficios de la empresa se atribuirá a dicho establecimiento permanente”¹⁴⁶.
- Del mismo modo, el CDI suscripto con Nueva Zelanda dispone que “*cuando:*
a) un residente de un Estado contratante sea el beneficiario efectivo, ya sea directamente o a través de una o más entidades fiduciarias interpuestas (“trust”), de una participación en los beneficios de una empresa explotada en el otro Estado contratante por el fiduciario (“trustee”) de una entidad fiduciaria que no tenga la consideración de sociedad a efectos fiscales; y b) respecto de esa empresa, el fiduciario tuviera, conforme a los principios del artículo 5, un establecimiento permanente en ese otro Estado, la empresa explotada por el fiduciario se considerará explotada en ese otro Estado por aquel residente mediante un establecimiento permanente situado en ese otro Estado y la participación en los beneficios de la empresa se atribuirá a dicho establecimiento permanente”¹⁴⁷. Asimismo, en el Protocolo del mismo CDI, se indica que “*se entenderá que un fiduciario (“trustee”) sujeto a tributación en un Estado contratante por razón de dividendos, intereses o cánones, será considerado el beneficiario efectivo de dichos dividendos, intereses y cánones*”.
- En el CDI suscripto entre España y Turquía, se dispone que a los fines del apartado 3 del artículo 10, referido a dividendos, “*Se entenderá que, en el caso de Turquía, el término “dividendos” incluye las rentas procedentes de un fondo de inversión y de un “trust” de*

¹⁴⁵ Ángel Urquizu Cavallé. “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”. Universidad Rovira i Virgili. Crónica Tributaria. N° 136/2010 (183-235)

¹⁴⁶ Artículo 7.8 del Convenio entre el Reino de España y Australia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y protocolo, hecho en Canberra el 24 de marzo de 1992.

¹⁴⁷ Artículo 7.6 del Convenio entre el Reino de España y el Gobierno de Nueva Zelanda para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y Protocolo, hecho en Wellington el 28 de julio de 2005.

inversiones”¹⁴⁸.

- Algunos CDI mencionan a los fideicomisos al regular el tratamiento de las rentas de capital. Por ejemplo, en el artículo 13.3.b) del CDI entre España y Canadá se indica que las ganancias derivadas de la enajenación de participaciones en una sociedad de personas o de una fiduciaría (trust) cuyos bienes estén constituidos principalmente por bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en este Estado.
- Del mismo modo, en el artículo 13.3 del Convenio entre España y Filipinas, se establece que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad cuyo activo consiste principalmente en bienes inmuebles situados en un Estado contratante, pueden someterse a imposición de este Estado. Las ganancias derivadas de la enajenación de participaciones en una sociedad de personas (partnership) o en una fiduciaria (trust) cuya propiedad consiste principalmente en bienes inmuebles situados en un Estado contratante pueden someterse a imposición en este Estado.

Lo cierto es que para que los fideicomisos puedan encontrarse amparados por un CDI debieran: i) encuadrar en la definición de “persona” que surja del acuerdo de que se trate; y ii) ser considerados residentes en uno o ambos Estados Contratantes, temas estos que se desarrollarán a continuación.

En efecto, el artículo 1º, tanto del modelo de CDI de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (desde ahora, OCDE) como del modelo de las Naciones Unidas (desde ahora, UN), dispone que *“El presente Convenio se aplica a las **personas residentes** de uno o de ambos Estados Contratantes”*. (El destacado es propio)

VII.2.1. LOS FIDEICOMISOS ¿SON “PERSONAS” A LOS EFECTOS DE LOS CDI?

En lo que hace a la definición de persona, el artículo 3º del modelo de CDI de la OCDE establece que *“a) el término ‘persona’ comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas”, considerando que “b) el término ‘sociedad’ significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”*.

Las disposiciones transcritas resultan coincidentes con las empleadas en el modelo UN.

Al respecto, la doctrina expresa que *“La definición del término ‘persona’ en los Modelos de CDI de OCDE y UN es muy amplia, dado que el uso del verbo ‘comprende’ hace claro que el CDI intenta cubrir otras estructuras organizacionales como los trusts o fideicomisos (...), las fundaciones, las cooperativas, las sociedades de personas, los fondos de inversión colectiva o demás esquemas análogos (...), y las asociaciones de hecho (‘unincorporates associations’) como las sucesiones indivisas”*¹⁴⁹.

En igual sentido, de los Comentarios al Artículo 3º del modelo de CDI de la OCDE se desprende que la definición del término “persona” no es en absoluto exhaustiva y deberá interpretarse en un sentido muy amplio. Asimismo, se expresa que del significado atribuido al término “sociedad” se deduce que el término “persona” comprende a cualquier entidad que, aun cuando no esté constituida formalmente, sea tratada como tal a efectos impositivos. A modo de ejemplo, se indica que una fundación puede quedar cubierta por el término “persona” y que las sociedades de personas –partnerships– se considerarán personas ya sea porque entran dentro de la definición de “sociedad”, o bien porque constituyen otras agrupaciones de personas.

Por lo tanto, dada la amplitud de la definición empleada por los modelos de CDI, podría defenderse la inclusión de los fideicomisos como “personas” potencialmente amparadas por estos convenios internacionales, al considerarse que se trata, o bien de una agrupación de personas, o bien de una sociedad en los términos del modelo, en tanto goce de personalidad fiscal como persona jurídica en los

¹⁴⁸ Disposición 2 del Protocolo del Convenio entre el Reino de España y la República de Turquía para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 5 de julio de 2002.

¹⁴⁹ Darío Marcelo Rajmilovich. “Convenios para evitar la doble imposición”. Ed. Errepar, 1ra. Edición. 2011

países de que se trate.

VII.2.2. LOS FIDEICOMISOS ¿PUEDEN SER “RESIDENTES” DE ALGÚN ESTADO PARTE?

En cuanto a la condición de residencia, el artículo 4º del Modelo de CDI OCDE establece que se considera residente de un Estado Parte a “...*toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, y también incluye a ese Estado, cualquier subdivisión política o autoridad local del mismo. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que están sujetas a imposición en este Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio que posean en el mismo*”.

El modelo UN contiene una disposición similar.

Rajmilovich¹⁵⁰ observa que la definición de “*residente*” en los modelos de CDI mencionados se remite a la legislación doméstica, sin que, en su opinión, se trate de un término definido en el CDI ni tampoco de una noción relativa al derecho tributario internacional¹⁵¹.

En lo que hace puntualmente a los fideicomisos, el autor sostiene que el nexo de sujeción subjetivo brindado por nuestra legislación encuadraría dentro de la expresión “*cualquier otro criterio de naturaleza análoga*” utilizada por los modelos, dado por la sujeción a la legislación doméstica (en el caso, la Ley N° 24.441).

VII.2.3. ¿QUÉ TRATAMIENTO CORRESPONDE BRINDAR A LAS RENTAS DISTRIBUIDAS?

Admitiéndose la inclusión de los fideicomisos como beneficiarios de los CDI, cabe ahora analizar si las distribuciones de utilidades efectuadas a través de estos instrumentos cuentan con algún tratamiento expresamente mencionado en los modelos que permita incluir tales utilidades en las disposiciones atinentes a los dividendos o utilidades provenientes de sociedades, o bien si, por el contrario, deben asimilarse a “*rentas empresariales*”, pudiendo, finalmente, resultar de aplicación las cláusulas relativas a “*otras rentas*”.

Del mismo modo surge la inquietud, frente al caso de efectuarse pagos provenientes de la enajenación de participaciones en fideicomisos, en el sentido de si dichas operaciones podrían asimilarse a los actos de disposición de acciones o participaciones sociales que se incluyan como rentas de capital o si ello no resulta correcto.

En este punto, no se encuentra ninguna disposición que mencione en forma expresa a los fideicomisos en el modelo de CDI OCDE. Sin embargo, la figura es receptada en algunos de los comentarios al modelo, a saber:

- Comentarios al artículo 1º: Tratando de limitar la aplicación de los CDI frente a la existencia de regímenes preferenciales se prevé que “*Cuando no sea posible o no proceda identificar a las sociedades que disfrutan de privilegios fiscales, remitiéndose a sus características legales especiales, será necesario recurrir a una fórmula más general. La siguiente disposición pretende impedir el acceso a los beneficios fiscales del Convenio a las **entidades a las que procedería considerar como residentes de un Estado contratante**, pero que disfrutan en el mismo de un régimen fiscal preferencial cuya concesión está reservada a las entidades con titularidad extranjera (es decir, un régimen al que no pueden acogerse las entidades que son propiedad de personas residentes en dicho Estado)*”:

¹⁵⁰ Cfr. nota anterior

¹⁵¹ En este punto, el autor señala que su opinión no es compartida por Alberto Mastandrea (“La planificación y el Treaty Shopping”), para quien el término “residente de un Estado Contratante” cabe derivarlo del art. 4 del CDI como alguien quien tiene “presencia real y concreta en el Estado”.

«Ninguna sociedad, **fideicomiso –trust–** o sociedad de personas –partnership–, que tenga fijada su residencia en un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo no sea residente de dicho Estado o que esté bajo el control directo o indirecto de una o más personas que no sean residentes de dicho Estado, podrá acogerse a los beneficios del presente Convenio si la cuantía del impuesto que procede imponer a la renta o al capital de la sociedad, **fideicomiso –trust–** o sociedad de personas –partnership– en el Estado en cuestión (después de tener en cuenta todas las reducciones impositivas o compensaciones de cualquier clase de la cuantía del impuesto, incluyendo las devoluciones, reembolsos, contribuciones, créditos o subsidios concedidos a la sociedad, **fideicomiso –trust–** o sociedad de personas –partnership– o a cualquier otra persona) es considerablemente inferior a la cuantía que procedería imponer en este Estado si el o los beneficiarios efectivos de todas las acciones del capital social de la sociedad o todas las participaciones en el **fideicomiso –trust–** o la sociedad de personas –partnership–, según sea el caso, fueran residentes de dicho Estado”.(El destacado es propio)

Ello demuestra que, en principio, de verificarse las demás condiciones exigidas por el CDI que permitan considerar a los fideicomisos como personas residentes en uno de los Estados Contratantes, no existiría óbice en el modelo de CDI para considerar a los fideicomisos como beneficiarios de los acuerdos internacionales, mas allá de las limitaciones del tipo de la transcrita en el párrafo anterior que decidan incluir las Partes Contratantes. No obstante, no se aprecian pautas expresas acerca del encuadramiento que deba brindarse a las rentas distribuidas por la figura.

- Comentarios al artículo 10 (dividendos): Entre las reservas efectuadas por los países miembros de la OCDE al apartado 2 del artículo 10 del modelo que limita la imposición sobre los dividendos en el Estado Parte en que resida la sociedad que los paga, se observa que Estados Unidos “se reserva el derecho a negar a los accionistas de entidades transparentes, tales como las sociedades de inversión reglamentadas y **fideicomisos de inversiones inmobiliarias –Real Estate Investment Trusts–**, la tasa correspondiente a los dividendos procedentes de inversiones directas, aun cuando les corresponda por el porcentaje de su participación”. (El destacado es propio).

De lo expuesto parecería que dicho país, más allá de las reservas efectuadas, considera que la distribución de utilidades realizada por ese tipo de fideicomisos podría asimilarse a la distribución de dividendos y utilidades societarias.

- Comentarios al artículo 13 (ganancias de capital): Entre los comentarios al apartado 4 del artículo 13 del modelo¹⁵² referido al tratamiento de las ganancias de capital se indica que “En sus convenios bilaterales, muchos Estados amplían o reducen el alcance del apartado, por ejemplo algunos Estados consideran que la disposición no debería aplicarse sólo a las ganancias de las acciones sino también a las de la enajenación de los intereses en otras entidades como sociedades de personas –partnerships– o **fideicomisos –trusts–** que no emiten acciones, siempre que el valor de estos intereses se obtenga de forma similar, principalmente de la propiedad inmobiliaria. Los Estados que deseen aumentar el ámbito del apartado para abarcar tales intereses son libres de modificar el apartado de la siguiente forma:
«4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones o de intereses comparables, que obtengan más del 50% de su valor directa o indirectamente de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en ese último.” (El destacado es propio)

Por lo tanto, el modelo admite que algunos países decidan asimilar las disposiciones de participaciones en fideicomisos a las disposiciones de acciones.

En el modelo UN, el propio apartado 4 del mismo artículo reza: “Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad, o de participaciones en una sociedad de personas,

¹⁵² “Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50 por ciento de su valor procede, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último”.

un fideicomiso o sucesión, cuyo patrimonio consista, directa o indirectamente, principalmente en bienes inmuebles situados en un Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese Estado. En particular:

- (1) Ninguna disposición del presente apartado se aplicará a una sociedad, sociedad de personas, **fideicomiso** o sucesión, distinta de una sociedad, sociedad de personas, **fideicomiso** o sucesión dedicados a la actividad de administración de bienes inmuebles, cuyo patrimonio consista, directa o indirectamente, principalmente en bienes inmuebles utilizados por dicha sociedad, sociedad de personas, **fideicomiso** o sucesión para la realización de su actividad.
 - (2) A los efectos de este apartado, el término “principalmente” en relación con la propiedad de los bienes inmuebles, significa el valor de dichos bienes inmuebles que exceda del 50 por ciento del valor total de los activos pertenecientes a la sociedad, sociedad de personas, **fideicomiso** o sucesión”.
- Comentarios al artículo 18 (pensiones): En el punto 30 de los comentarios al artículo 18¹⁵³ del modelo, referido al tratamiento de las pensiones, se aclara que “Estos planes plantean muchas de las cuestiones transfronterizas que se suscitan en el caso de los planes a cargo de la empresa, tales como el tratamiento, en un Estado contratante, de las contribuciones a un plan establecido en el otro Estado contratante (véanse los párrafos 31 a 65 siguientes). No obstante, podría haber cuestiones específicas de los planes individuales de jubilación y que podrían necesitar de un examen separado durante la negociación de un convenio bilateral. Una de estas cuestiones es el tratamiento tributario en cada Estado de la renta acumulada en un plan de este tipo establecido en el otro Estado contratante. Muchos Estados tienen regulaciones (tales como la reglas para fondos de inversión extranjeros (FIF), **o reglas que atribuyen la renta de un fideicomiso –trust– a su fideicomitente –settlor– o a su beneficiario en ciertas circunstancias** o bien reglas que establecen la tributación al devengo –accrual taxation– de ciertas formas de inversión, incluidos los seguros de vida entera) que, en ciertas circunstancias, pueden tener como consecuencia el gravamen de la inversión devengada en un plan de pensiones individual establecido en el extranjero. Aquellos Estados que consideren que ese resultado es inapropiado de acuerdo con su posición respecto de la tributación de las fórmulas de ahorro para la jubilación quizá deseen evitar que esa tributación se produzca. Podría redactarse la siguiente disposición para resolver la cuestión, restringida a aquellos planes reconocidos como planes de jubilación individuales:
«A los efectos del cálculo del impuesto pagadero en un Estado contratante por una persona física residente de ese Estado y que fue previamente residente del otro Estado contratante, toda renta devengada bajo una fórmula a) contraída con una persona establecida fuera del primer Estado con el fin de asegurar prestaciones de jubilación para esa persona, b) en la cual la persona física participa en la actualidad, y hubo participado cuando esta persona era residente del otro Estado, c) donde la autoridad competente del Estado mencionado en primer lugar acepta, con carácter general, la correspondencia de dicha fórmula con un plan de jubilación individual de los reconocidos como tales a efectos tributarios en ese Estado, se tratará como si fuera renta devengada en el seno de un plan de jubilación individual establecido en ese Estado. Este apartado no debe limitar de ninguna manera la tributación de ninguna prestación distribuida bajo ese plan.»” (El destacado es propio)
 - Comentarios al artículo 21 (Otras Rentas): Entre las reservas de los Estados miembros de la OCDE al artículo 21 del modelo referido a “Otras Rentas”, Irlanda y el Reino Unido indicaron que desean conservar el derecho a gravar las rentas pagadas por sus residentes a no residentes bajo la forma de rentas obtenidas en el marco de la gestión de un fideicomiso –trust– o de una herencia yacente.

Por lo tanto, se reitera que los modelos de CDI no brindan pautas expresas sobre el tratamiento a brindar a la figura, las que, consecuentemente, podrían variar de acuerdo a las cláusulas suscriptas por los países

¹⁵³ “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 19, las pensiones y demás remuneraciones similares pagadas a un residente de un Estado contratante por un trabajo dependiente anterior sólo pueden someterse a imposición en ese Estado”.

en cada caso.

No obstante, cabe señalar que las disposiciones emanadas de la OCDE han sido reconocidas muchas veces como fuente de derecho, salvo contradicción con la legislación local vigente en diversos pronunciamientos judiciales y administrativos.

A modo de ejemplo, resultan ilustrativas las referencias a los Comentarios del modelo de CDI de la OCDE en los que habría sustentado su opinión la Dirección Nacional de Impuestos en las actuaciones que derivaron en el Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 170/2006, conforme se desprende de dicho antecedente administrativo.

De igual modo, pueden mencionarse diversos pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación en los que se habrían evaluado como fuente normativa ciertas disposiciones derivadas del organismo internacional de que se trata, como ser: “Aerolíneas Argentinas S.A”, Sala D - 12/5/2004; “Euroamérica SA”, 24/11/2009; “Compañía Ericsson SACI”, Sala C, 15/8/2007; “Ciccione Calcográfica SA”, Sala B, 5/7/2005; “Volkswagen Argentina SA”, Sala B, 11/12/2009; “La Industrial Paraguaya”, 11/3/1980 y “Pionera SA”, Sala B, 4/11/2003; entre otros.¹⁵⁴

VII.3. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN SUSCRITOS POR ARGENTINA

En la mayoría de los CDI suscriptos por nuestro país, no se incluye ninguna mención expresa al tratamiento a brindar a los fideicomisos, ya sea en lo que hace a su consideración como beneficiarios del CDI como al tratamiento que debería brindarse a la renta distribuida.

En otros, en cambio, se han incluido algunas referencias al instrumento. En este último grupo, pueden mencionarse los siguientes CDI:

- **CDI suscripto por nuestro país con Canadá**¹⁵⁵:

- Se incluye dentro del término “persona” “...a las personas físicas, a las sociedades y a toda otra agrupación de personas; en el caso de Canadá, comprende asimismo, una sucesión, **un fideicomiso (“trust”)** y una sociedad de personas”¹⁵⁶. (El destacado es propio).

Si bien no se menciona a los fideicomisos en forma expresa para el caso de Argentina, luego se define el término “sociedad” como “...cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea tratada como persona jurídica a efectos impositivos...”¹⁵⁷. Por lo tanto, se podrían utilizar los mismos argumentos empleados por la Dirección Nacional de Impuestos respecto del CDI suscripto con Italia, y que se detallarán a continuación, para concluir que los fideicomisos comprendidos en el artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias son “personas” a los efectos de este CDI.

En cuanto a la condición de residencia, en el artículo 4º, punto 1, se define como residente a “a) toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, está sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”, por lo que resultarían aplicables las conclusiones vertidas en el subtítulo VII.2.2 del presente trabajo.

- En el artículo 28, relativo a “Disposiciones Generales” del mismo CDI, se previó:

¹⁵⁴ Cfr. Goldemberg, Cecilia. “Reflexiones sobre precios de transferencia a partir del fallo Aventis Pharma”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXXI. P. 893. Octubre de 2010.

¹⁵⁵ Convenio aprobado por la Ley N° 24.938 (B.O: 13/12/1994)

¹⁵⁶ Artículo 3º, inciso b)

¹⁵⁷ Artículo 3º, inciso c)

“2. Ninguna disposición de este convenio impedirá que Canadá establezca un impuesto sobre los montos comprendidos en la renta de un residente de Canadá con respecto a sociedades de personas, **fideicomisos (trust)**, o filiales extranjeras controladas en las que dicho residente posee una participación.

3. El presente Convenio no será aplicable a una sociedad, **fideicomiso (trust)**, o sociedad de personas que es residente de un Estado Contratante y es propiedad de, o es controlada directa o indirectamente por una o varias personas que no son residentes de ese Estado si el monto de impuesto aplicado por dicho Estado sobre la renta o el capital de una sociedad, **fideicomiso (trust)** o sociedad de personas, es sustancialmente menor que el monto de impuesto que hubiera sido aplicado por el referido Estado si todo el capital accionario de la sociedad o todas las participaciones en el **fideicomiso (trust)** o sociedad de personas, según el caso, fueran propiedad de una o varias personas físicas residentes de ese Estado.” (El destacado es propio)

Esta última disposición resulta similar a la prevista en los comentarios al artículo 1° del Modelo OCDE descripto en el subtítulo VII.2.3 de este trabajo.

○ En el Protocolo al CDI se estableció: “3. Con referencia al artículo 21, se entiende que la renta obtenida por un residente de Argentina procedente de un **fideicomiso**, distinto a un **fideicomiso (trust)** en que las contribuciones son deducibles, o de una sucesión residente de Canadá, puede someterse a imposición en Canadá de acuerdo con su legislación, en tanto que esa renta sea imponible en Argentina, el impuesto exigido no podrá exceder del 15 por ciento del monto bruto de dicha renta.”

De lo expuesto se desprende que los países han entendido que las distribuciones efectuadas por el fideicomiso quedarían encuadradas como “otras rentas” (artículo 21 del CDI).

- CDI suscripto por nuestro país con Noruega¹⁵⁸:

En el artículo 29, referido a “disposiciones especiales”, se indicó: “(...) 2. Nada de lo establecido en el presente Convenio impedirá que Noruega grave con un impuesto sobre los importes incluidos en la renta de un residente de Noruega a las sociedades de personas, **fideicomisos** o filiales extranjeras controladas, en los cuales dicho residente tenga un interés.

3. El Convenio no se aplicará a ninguna sociedad, **fideicomiso** o sociedad de personas, residentes de un Estado Contratante y si es el beneficiario efectivo o está controlada directa o indirectamente por una o más personas que no son residentes de ese Estado en tanto el monto del impuesto aplicado por dicho Estado sobre la renta o el capital de la sociedad, **fideicomiso** o sociedad de personas, sea sustancialmente menor al que ese Estado debió haber exigido si todas las acciones o el capital social de la sociedad, o todos los intereses en el **fideicomiso** o sociedad de personas, según el caso, fuera propiedad de una o más personas físicas que fueron residentes de ese Estado.” (El destacado es propio)

Nuevamente, esta última disposición reproduce los comentarios al Modelo de CDI OCDE.

- CDI suscripto por nuestro país con Australia¹⁵⁹:

○ En el artículo 7° del CDI, referido a beneficios empresariales, se dispuso que “8. Cuando:

a) un residente de un Estado Contratante sea titular, en forma directa o a través de uno o más **fideicomisos**, de una participación en los beneficios de una empresa que desarrolle su actividad en el otro Estado Contratante a través de un fiduciario de un **fideicomiso**, distinto de un **fideicomiso** tratado como una sociedad a efectos fiscales; y

¹⁵⁸ Convenio aprobado por la Ley N° 25.461 (B.O.: 13/09/2001)

¹⁵⁹ Convenio aprobado por la Ley N° 25.238 (B.O.: 31/12/1999)

b) el fiduciario tuviere, con relación a dicha empresa, un establecimiento permanente en ese otro Estado, de acuerdo con los principios enunciados en el Artículo 5, se considerará que la empresa administrada por el fiduciario constituye una actividad comercial o industrial desarrollada por dicho residente, a través de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado y la participación en los beneficios empresariales deberán atribuirse a dicho establecimiento permanente.” (El destacado es propio)

○ En el artículo 13 del mismo CDI, referido a ganancias de capital, se previó: “2. Las rentas, beneficios o ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de acciones o cualquier participación en una sociedad, o de participación de cualquier clase en una sociedad de personas, **un fideicomiso** u otra entidad, podrán someterse a imposición en el otro Estado Contratante cuando el valor de los activos de dicha sociedad, sociedad de personas, **fideicomiso** u otra entidad, puedan atribuirse principalmente a bienes inmuebles situados en este otro Estado Contratante, independientemente que su titularidad se exteriorice en forma directa o indirecta (inclusive a través de la interposición de una o más entidades, como por ejemplo a través de un grupo de sociedades).” (El destacado es propio)

- CDI suscrito por nuestro país con Gran Bretaña e Irlanda del Norte¹⁶⁰: En el artículo 13 del CDI, referido a rentas de capital, se estableció: “(...) 2. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante por la enajenación de: a) acciones, distintas de las acciones que cotizan en una Bolsa de Valores autorizada, que deriven su valor o la mayor parte de su valor proveniente directa o indirectamente de la propiedad inmueble situada en el otro Estado Contratante, o b) una participación en una sociedad de personas o “**trust**” cuyos activos consistan principalmente en propiedad inmueble situada en el otro Estado Contratante, o en las acciones mencionadas en el subapartado (a), pueden someterse a imposición en ese otro Estado.” (El destacado es propio)

De lo expuesto se desprende que la orientación acerca del tratamiento de los fideicomisos frente a los CDI suscritos por nuestro país es totalmente escasa. Probablemente ello se deba a que en la época en la que se han negociado la mayoría de los CDI en nuestro país, no se trataba de una figura generalizada. Además, nótese que recién en el año 1998 es incluida la figura en forma expresa en la legislación del impuesto a las ganancias, más allá de las disposiciones que se preveían en el Decreto N° 780/95.

En lo que hace a los antecedentes administrativos sobre la materia, la doctrina¹⁶¹ resalta que el tema fue analizado por la Dirección Nacional de Impuestos, dependiente de la Subsecretaría de Ingresos Públicos para el caso de fideicomisos financieros frente al CDI suscrito por nuestro país e Italia¹⁶², dando lugar a la Nota N° 37/2000.

Cabe destacar que en el referido CDI no existe ninguna mención expresa a la figura del fideicomiso.

Sin perjuicio de ello, allí se analizó, en primer lugar, la posibilidad de que el fideicomiso encuadre en la definición de “persona” establecida en el artículo 3° del CDI, el cual indica que dicho término comprende a “...las personas físicas, las sociedades y toda otra agrupación de personas” y define el término “sociedad” como “...cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea tratada como una persona jurídica a efectos impositivos”.

Bajo el entendimiento de que los fideicomisos financieros son asimilados a personas jurídicas en la ley de impuesto a las ganancias, habida cuenta de su inclusión en el artículo 69, se concluyó que podrían ser considerados “persona” a los efectos del CDI.

¹⁶⁰ Convenio aprobado por la Ley N° 24.727 (B.O: 04/12/1996)

¹⁶¹ Gabriel Gotlib – Fernando M. Vaquero. “Aspectos internacionales de la tributación Argentina”. Ed. La Ley, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 265

¹⁶² Convenio aprobado por la Ley N° 22.747 (B.O: 24/02/1983)

En lo que hace a su condición de residentes, se señaló que el artículo 4° del CDI otorga tal calidad a *“...cualquier persona que, en virtud de las leyes vigentes en ese estado, está sujeta a tributación en él en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que estén sujetas a impuesto en este Estado exclusivamente por las rentas de fuentes situadas en el citado Estado”*.

Al respecto, en el inciso f) del artículo 119 de la ley de impuesto a las ganancias se dispone que se consideran residentes en el país *“Los fideicomisos regidos por la Ley N° 24.441 (...), a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas al fiduciario (...), en su carácter de administradores de patrimonio ajeno y, en el caso de fideicomisos no financieros regidos por la primera de las leyes mencionadas, a los fines de la atribución al fiduciante beneficiario, de resultados e impuesto ingresado, cuando así procediera”*.

Por lo expuesto, del antecedente administrativo reseñado se desprendería que los fideicomisos financieros son personas alcanzadas por el CDI suscripto entre nuestro país e Italia.

Dicha conclusión podría aplicarse al resto de los CDI suscriptos por nuestro país en iguales términos, aun cuando la figura del fideicomiso no haya sido contemplada en forma expresa, sin perjuicio de lo cual cabe observar que el antecedente reseñado sólo sería aplicable al caso de los fideicomisos contemplados en el artículo 69 de la ley de impuesto a las ganancias, sin que nada se haya opinado respecto de los que quedarían comprendidos en el artículo 49, inciso incorporado a continuación del inciso d).

De todo lo expuesto en este apartado, es dable concluir que el tratamiento de la figura en los tratados internacionales no ha sido uniforme, siendo una materia que genera numerosas inquietudes para las partes involucradas. Habida cuenta del avance de la figura como herramienta de negocios en los últimos años, resultaría deseable que su tratamiento sea exteriorizado adecuadamente en los CDI suscriptos por nuestro país.

Tal como se expuso bajo el subtítulo VII.2.3, admitiendo la inclusión de los fideicomisos como personas beneficiarias de los CDI suscriptos por nuestro país (en la medida que se cumplan las condiciones descriptas en los párrafos que anteceden), una segunda inquietud sería definir cuál sería el tratamiento a otorgar a las rentas distribuidas mediante la utilización de este instrumento.

Al respecto, no se pueden brindar conclusiones genéricas, sino que deberá sujetarse el análisis a las cláusulas particulares que hayan negociado los Estados Parte en cada caso.

En tal sentido, si tomamos como ejemplo el CDI suscripto por nuestro país con Chile¹⁶³, observamos que su artículo 11 prevé que *“Los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere **domiciliada** la empresa que los distribuye”* (El destacado es propio).

El término empresa es definido en el inciso g) del artículo 2° como *“...una organización constituida por una o más personas, que realiza una actividad lucrativa o de especulación”*.

Por otro lado, se entiende que una empresa está domiciliada *“...en el Estado bajo el imperio de cuyas leyes hubiere constituido y obtenido el reconocimiento de su personalidad jurídica, si procediere*.

*Cuando la regla del párrafo anterior no pudiere ser aplicable, o no sea suficiente para atribuir el domicilio de la empresa a uno solo de los Estados Contratantes, la empresa se considerará domiciliada en el lugar donde se encontrare su administración efectiva o, en su defecto, en el lugar donde se hallare el centro principal de su actividad”*¹⁶⁴.

Por lo tanto, podría interpretarse que los fideicomisos son considerados “empresas” a los fines de ese

¹⁶³ Convenio aprobado por la Ley N° 23.228 (B.O: 1/10/1985)

¹⁶⁴ Artículo 2°, inciso d)

CDI. Si bien no tienen personalidad jurídica que permita definir su lugar de domicilio¹⁶⁵, un fideicomiso constituido en Argentina podría considerarse domiciliado en el país al encontrarse allí su administración efectiva o centro principal de su actividad.

Sin perjuicio de ello, la siguiente inquietud sería si las distribuciones de rentas efectuadas por un fideicomiso constituido en Argentina podrían ser incluidas en el artículo 11 del CDI. Al respecto, nótese que el artículo no sólo se limita a dividendos sino que también incluye a las “*participaciones en las utilidades de las empresas*”, por lo que si consideramos que los fideicomisos pueden encuadrarse en la definición de “empresa”, sus distribuciones de utilidades parecerían quedar comprendidas en el referido artículo del CDI y, de ser ello así, las rentas que distribuyan estarían sometidas a imposición exclusiva en Argentina.

Para citar otro ejemplo, cabe mencionar que el artículo 10 del CDI suscripto por nuestro país con España¹⁶⁶ limita la imposición sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante al 10% ó 15% del importe bruto de los dividendos, según el caso.

En el apartado 3 de dicho artículo se define como dividendos a “*...los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de fundador y otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que las distribuya*”. (El destacado es propio)

Dado que los artículos 46 y 64 de la ley de impuesto a las ganancias brindan a las utilidades distribuidas por los fideicomisos comprendidos en el artículo 69 el mismo tratamiento que a los dividendos distribuidos por sociedades constituidas en el país, podría interpretarse que dichas utilidades quedarían encuadradas en el artículo 10 del CDI.

Si bien podrían surgir algunas inquietudes ante la expresión utilizada en el apartado 3, antes transcrito, respecto a que las rentas asimilables a dividendos provengan de “participaciones sociales”, cabría interpretar que las participaciones en fideicomisos resultan también incluidas al disponer el inciso c) del artículo 3° del CDI que “*El término ‘sociedad’ significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea considerada persona jurídica a efectos impositivos*”.

En igual sentido, la doctrina española concluye que “*...al tratarse de utilidades, beneficios, rendimientos distribuidos por una entidad que, a efectos tributarios, se considera sujeto a imposición en el Impuesto a las Ganancias, aplicaremos el artículo del Convenio relativo a dividendos.*”¹⁶⁷

El razonamiento esgrimido respecto de este último CDI podría aplicarse a muchos de los otros convenios suscriptos por nuestro país, ya que resulta usual que incluyan cláusulas similares a las transcritas en los párrafos que anteceden sobre las que se sustentó el análisis.

¹⁶⁵ O bien la tienen reducida a la personalidad fiscal.

¹⁶⁶ Convenio aprobado por la Ley N° 24.258 (B.O: 19/11/1993)

¹⁶⁷ Ángel Urquizu Cavallé. “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”. Universidad Rovira i Virgili. Crónica Tributaria. N° 136/2010 (183-235)

VIII. LEGISLACIÓN COMPARADA

En esta sección del trabajo se efectuará un análisis comparativo de la legislación tributaria que regula la figura del fideicomiso en otros países con la vigente en nuestro país, particularmente respecto de los gravámenes que han sido objeto de desarrollo en los apartados anteriores.

A efectos de desarrollar este análisis se ha entendido interesante efectuar la comparación con los países limítrofes al nuestro.

VIII.1. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN PARAGUAY

La Ley N° 921/96 regula la figura del negocio fiduciario en Paraguay. A diferencia de nuestra legislación sobre la materia, de la cual se desprende que el fiduciante transmite al fiduciario el “dominio fiduciario” de los bienes de que se trate, en Paraguay se plantean dos posibilidades alternativas en cuanto al carácter del dominio transmitido. En efecto, el artículo 1° de la referida norma legal consagra el siguiente concepto de negocio fiduciario:

“Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien o sea en provecho de aquella misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.

El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario.

El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley”.

Por otro lado, la Ley N° 1036 del año 1997 crea y regula las sociedades securitizadoras cuyo objeto exclusivo es la adquisición de carteras de crédito y la emisión sobre dichas carteras de crédito de títulos de deuda de oferta pública.

A los encargos fiduciarios le son aplicables las disposiciones relativas al fideicomiso y, subsidiariamente, las disposiciones que regula el Código Civil para el contrato de mandato.

El artículo 9° de la Ley N° 921/96 prevé que serán anulables los negocios fiduciarios cuya duración exceda de treinta años, únicamente en cuanto al término de duración pactado en exceso, a menos que se trate de negocios celebrados a favor de incapaces o de entidades de beneficencia o de utilidad común.

En lo que hace a la naturaleza del patrimonio cedido en el negocio fiduciario, se establecen las siguientes pautas:

- *“Los bienes fideicomitados y los que los sustituyan no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario ni a la masa de bienes de su liquidación. Dichos bienes únicamente garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario para el cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo...”.* (artículo 10)
- La propiedad de los bienes fideicomitados conforma un patrimonio autónomo o especial (artículo 12), excepto que se trate de un “encargo fiduciario” (artículo 14). Cualquiera sea el caso, los bienes quedan afectados al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo
- Los bienes que conforman el patrimonio autónomo no podrán ser perseguidos judicialmente por los acreedores del fideicomitente.

Por otro lado, la norma incluye un capítulo referido a normas contables básicas aplicables a los negocios fiduciarios, exigiendo al fiduciario elaborar los estados financieros básicos del negocio (estado de situación o balance del negocio fiduciario y estado de pérdida y ganancias o cuadro de resultados).

En nuestro país, la Ley N° 24.441 no tiene previsiones respecto de cuestiones contables ni registrales, más allá de la obligación de inscripción de bienes en los registros respectivos haciendo constar la limitación fiduciaria. Es en el Informe N° 28 de la Comisión de Estudios sobre Contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se indica que, cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso así como la gestión involucrada lo justifiquen, el fideicomiso debería presentar información periódica en forma de estados contables. Adicionalmente, en nuestro país, normativa de la Comisión Nacional de Valores obliga a los fideicomisos financieros a presentar Estados Contables y a reflejar en ellos cierta información complementaria.

Por otro lado, en el Capítulo VII de la ley paraguaya, se regulan las normas fiscales básicas aplicables en el impuesto a la renta, al valor agregado y a los actos y documentos¹⁶⁸. A continuación se expondrán, en forma comparativa con nuestro país, las regulaciones previstas para los dos primeros tributos, habida cuenta de que son los que formaron parte del análisis efectuado en el presente trabajo.

VIII.1.1. IMPUESTO A LA RENTA

Se consideran comprendidas dentro del hecho generador del impuesto a la renta, “...*las rentas que, a la terminación o extinción del negocio fiduciario por cualquier causa, llegaren a producir los bienes fideicomitidos, ya provengan de rendimientos financieros, intereses, dividendos, valorizaciones técnicamente establecidas de los bienes y activos derivados de la ejecución del negocio fiduciario o de cualquier otro ingreso*”.

El sujeto pasivo por tales rentas será **el beneficiario o fideicomisario**, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando provengan de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan por objeto el otorgamiento de créditos, y
 - el fideicomitente o el beneficiario de los mismos sea una entidad estatal, o
 - cuando los créditos se otorguen para el cumplimiento de planes y programas de beneficio social o de utilidad pública.
- b) Cuando provengan de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan por objeto la administración de fondos de pensiones de jubilación e invalidez voluntarios y complementarios de los sistemas obligatorios.
- c) Cuando provengan de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan por objeto la vinculación a fondos comunes ordinarios de inversión o a fondos comunes especiales de inversión que, a su vez, tengan por objeto el desarrollo de planes y programas de beneficio social o de utilidad pública.
- d) Cuando provengan de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan exclusivamente por objeto la inversión en títulos de deuda emitidos, avalados, aceptados o garantizados en cualquiera otra forma por el Tesoro de la Nación, otras entidades estatales o el Banco Central de Paraguay.
- e) Cuando provengan de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios que tengan por objeto adelantar procesos de titulación (securitización) estructurados a partir de títulos de deuda pública emitidos, aceptados, avalados o garantizados en cualquier otra forma por el Tesoro de la Nación, otras entidades estatales o el Banco Central del Paraguay, o estructurados con la finalidad de financiar el desarrollo de la actividad energética, obras de infraestructura, prestación de servicios y, en fin, de asegurar el cumplimiento de planes y programas de desarrollo económico, social, sanitario, educativo y materias conexas considerados de carácter prioritario para el Gobierno Nacional; y
- f) Cuando provengan de la inversión de títulos emitidos en desarrollo de negocios fiduciario que tengan por objeto la estructuración de proceso de movilización de activos o titulación (securitización).

¹⁶⁸ La ausencia de regulaciones atinentes a impuestos patrimoniales se debe a que el sistema tributario paraguayo carece de un impuesto global al patrimonio.

Es dable observar que, a diferencia de las normas previstas en nuestro país, no se atribuye personalidad fiscal al fideicomiso sino que la imposición, en aquellos casos que se encuentran alcanzados por el gravamen, recae en cabeza del beneficiario o fideicomisario.

Asimismo, la norma paraguaya se refiere a las rentas producidas *“a la terminación o extinción del negocio fiduciario”*, mientras que la legislación argentina alcanza a las rentas producidas por el principio de lo devengado, al considerarlas como renta de la tercera categoría.

En cuanto a las similitudes del régimen tributario aplicable, puede mencionarse la exclusión del gravamen de ciertos fideicomisos con finalidades públicas. En nuestro país, no existe exclusión subjetiva de fideicomisos con tales finalidades, pero en el caso de los denominados “fideicomisos públicos”, si el Estado reviste, a la vez, la calidad de fiduciante y beneficiario, aplicaría la exención prevista en el inciso a) del artículo 20 de la ley de impuesto a las ganancias¹⁶⁹.

Por otro lado, también se observa en Paraguay exclusiones aplicables a casos en los que la finalidad del fideicomiso se vincula a la titulización de ciertos activos, en forma coincidente con lo previsto en el artículo 70.2 de nuestra reglamentación a la ley del gravamen. No obstante, tal como se expresó en los apartados pertinentes, el régimen especial previsto en esta última norma dispone la deducción de utilidades de la base imponible y se reduce, en la actualidad, a casos muy acotados.

VIII.1.2. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Se prevé que *“Será contribuyente del impuesto al valor agregado el patrimonio autónomo, siendo el Fiduciario el responsable del cumplimiento de las obligaciones tributarias. La base imponible será el 1% (uno por ciento) del valor de los bienes transferidos al patrimonio autónomo. La misma base se aplicará cuando son transferidos del patrimonio autónomo a favor del fideicomitente”*.

En este punto, a diferencia de nuestro país, la ley paraguaya prevé en forma expresa el tratamiento de los fideicomisos frente al impuesto al valor agregado, consagrando como operaciones alcanzadas por el tributo tanto a los aportes al fondo como la posterior transferencia al fideicomitente.

No obstante, cabe señalar que, a diferencia de la normativa vigente en nuestro país, el impuesto al valor agregado en Paraguay recae tanto sobre las transferencias de bienes a título oneroso como a título gratuito, por lo que la discusión expuesta en el capítulo VI del presente trabajo en cuanto al título al que se aportan los bienes al fideicomiso y son luego adjudicados al fideicomisario, pierde sentido en este otro país.

Se aprecia, sin embargo, un tratamiento preferencial a las transferencias de que se trata en el sentido de reducir la base imponible del gravamen al 1% del valor de los bienes transferidos, si bien no se realiza ninguna diferenciación entre los casos en los que el fideicomisario sea el propio fiduciante y aquellos en que se trata de sujetos distintos produciéndose, en definitiva, la transmisión del dominio del bien.

Comparando esta norma con la transcrita en el subtítulo anterior, se destaca que, si bien el fideicomiso no posee personalidad fiscal en el impuesto a la renta de Paraguay, sí se le atribuye tal personalidad en el impuesto al valor agregado.

A mayor abundamiento, cabe mencionar que, con anterioridad a la regulación vigente frente al impuesto al valor agregado, se preveía que *“Para todos los efectos tributarios a que haya lugar, los negocios y operaciones fiduciarias a que se refiere esta ley quedan excluidos del concepto de enajenación y, por consiguiente estarán exentos del impuesto al valor agregado”*.

VIII.2. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN URUGUAY

¹⁶⁹ Cfr. Resolución (SDG TLI) N° 25/09

La Ley N° 17.703 regula la figura del fideicomiso en Uruguay, el cual se define como “...*el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario*” (artículo 1°).

A su vez, el artículo 2° de la ley uruguaya prevé que “*El fideicomiso por acto entre vivos es título hábil para producir la transferencia de la propiedad o de la titularidad de los derechos reales o personales que constituyen su objeto*” y puede ser constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros, incluyéndose universalidades de bienes.

En lo que hace a la propiedad fiduciaria, el artículo 6° establece que “*Los bienes y derechos fideicomitados constituyen un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario*”.

En términos generales, las regulaciones uruguayas de la figura resultan similares a las previstas en nuestro país, distinguiéndose incluso la figura del fideicomiso financiero como “...*aquel negocio de fideicomiso cuyos beneficiarios sean titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso, o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente*”.

VIII.2.1. DISPOSICIONES DE NATURALEZA TRIBUTARIA

En el Capítulo VI de la norma uruguaya se incluyen disposiciones de naturaleza tributaria, atribuyéndole personalidad fiscal a la figura del fideicomiso al disponer que “*El fideicomiso será contribuyente de todos los tributos que gravan a las sociedades personales, en tanto se verifiquen a su respecto los restantes aspectos del hecho generador de los respectivos tributos*” y que “*El fideicomiso tendrá asimismo la calidad de responsable en iguales condiciones que las sociedades personales, siempre que se cumplan las hipótesis que dan origen a dicha responsabilidad*”. El fiduciario responde por las obligaciones tributarias del fideicomiso.

Se incluyen disposiciones expresas en cuanto los fideicomisos constituidos en el exterior, previéndose que aquellos que no actúen en el país mediante sucursal, agencia o establecimiento, “...*tendrán el mismo tratamiento tributario que el aplicable a los fideicomisos locales*”.

Ahora bien, a partir de la última reforma al sistema tributario uruguayo, la Ley N° 18.083 que regula el Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas (IRAE) comprende a las rentas empresariales obtenidas por los fideicomisos, dotándolos de este modo de personalidad fiscal y de la misma carga tributaria, frente a este gravamen, que la correspondiente a las sociedades comerciales y civiles.

No obstante, se exceptúan del tributo a los fideicomisos en garantía.

En este sentido, se aprecia la primera de las diferencias respecto de la normativa vigente en nuestro país que prevé un tratamiento disímil según el tipo de fideicomiso de que se trate.

Asimismo, en el inciso v) del artículo 52 de la norma se eximen:

“*El resultado de la transferencia o enajenación de acciones, obligaciones y valores emitidos por los fideicomisos financieros (artículo 27 de la Ley N° 17.703, de 27 de octubre de 2003), que verifiquen simultáneamente las siguientes condiciones:*

- 1) *Que su emisión se haya efectuado mediante suscripción pública con la debida publicidad de forma de asegurar su transparencia y generalidad.*
- 2) *Que dichos instrumentos tengan cotización bursátil en el país, de acuerdo con las condiciones que establezca la reglamentación.*
- 3) *Que el emisor se obligue, cuando el proceso de adjudicación no sea la licitación y exista un exceso de demanda sobre el total de la emisión, una vez contempladas las preferencias admitidas por la*

reglamentación, a adjudicarla a prorrata de las solicitudes efectuadas. El Poder Ejecutivo podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente apartado.

El resultado de la venta de acciones y obligaciones que cotizan en bolsa al 30 de setiembre de 2010 estará exento aunque no se cumplan los requisitos precedentes”.

El fideicomiso también se consagra en forma expresa como sujeto pasivo del impuesto al valor agregado, excluyéndose el caso de los fideicomisos en garantía. Aquí se observa otra diferencia con la legislación vigente en nuestro país, que carece de toda mención a los fideicomisos en este impuesto, si bien se los ha dotado de personalidad fiscal conforme surge de las interpretaciones administrativas descriptas a lo largo del presente trabajo.

Cabe señalar que, cuando la ley de impuesto al valor agregado uruguaya, define el concepto de circulación de bienes para delimitar las operaciones alcanzadas por el gravamen, se refiere a “...*toda operación a título oneroso que tenga por objeto la entrega de bienes con transferencia del derecho de propiedad o que de a quien los recibe la facultad de disponer económicamente de ellos como si fuera su propietario.*

En tal caso se encuentran entre otros, las compraventas, las permutas, las cesiones de bienes, las expropiaciones, los arrendamientos de obra con entrega de materiales, los contratos de promesa con transferencia de la posesión, cualquiera fuera el procedimiento utilizado para la ejecución de dichos actos”. El destacado es propio y permite observar la mayor amplitud de la definición consagrada en la legislación uruguaya, siendo que cuando la ley argentina define las ventas alcanzadas por el gravamen se limita a operaciones onerosas que impliquen la transferencia de dominio, generando las inquietudes interpretativas que han sido desarrolladas en el capítulo VI.

El mismo universo de fondos fiduciarios es considerado sujeto pasivo del impuesto patrimonial uruguayo, facultándose al Poder Ejecutivo “...*a exonerar total o parcialmente del Impuesto al Patrimonio, el patrimonio ...de los fideicomisos financieros que realicen suscripciones públicas en bolsa ...de certificados de participación. Dicha exoneración podrá otorgarse hasta por cinco ejercicios fiscales.*”

En nuestro país, sólo los fideicomisos no financieros resultan sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, si bien – tal como se expresó en los apartados que anteceden – la naturaleza de este gravamen resulta discutible, por lo que podría no ser adecuada su comparación con el impuesto patrimonial uruguayo.

En lo que hace al impuesto sobre los bienes personales, tal como se expresó en el capítulo V, los fiduciarios de fideicomisos no financieros actúan como responsables sustitutos frente al gravamen.

Finalmente, de lo expuesto se desprende que la legislación uruguaya mantiene fuera del ámbito de imposición a los fideicomisos en garantía.

La ausencia de una regulación en igual sentido en nuestro país ha generado cuestionamientos por parte de los contribuyentes bajo el entendimiento de considerar que los fideicomisos en garantía carecen de una capacidad contributiva que los haga elegibles como sujetos pasivos de ciertos tributos, principalmente del impuesto a la ganancia mínima presunta, ante la ausencia de rentas que puedan dar lugar a la determinación del impuesto a las ganancias.

Recuérdese que, tal como se expuso en los apartados precedentes, no existen regulaciones expresas en la legislación argentina acerca de los fideicomisos de garantía, los que han sido definidos mediante una construcción doctrinaria siendo tan sólo mencionados en el impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias, tributo en el que se otorga una alícuota reducida preferencial a los “*fideicomisos en garantía en los que el fiduciario sea una entidad financiera regida por la Ley N° 21.526 y sus modificaciones*”.¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Conforme al apartado V) del inciso a) del artículo 7° del Anexo al Decreto N° 380/01, procede la alícuota del 0,075% para los débitos y 0,075% para los créditos.

VIII.3. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN CHILE

La figura se encuentra regulada en el Código Civil del país y se asimila más a la fiducia romana que al *trust* anglosajón, al no preverse la conformación de un patrimonio separado¹⁷¹.

Se denomina propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona en caso de verificarse una condición. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso se denomina restitución.

No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos.

En el artículo 8.5 del Código Tributario chileno se consagran como contribuyentes a *“las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos”*.

El artículo 28 del mismo ordenamiento legal prevé que *“el gestor de una asociación o cuentas en participación y de cualquier encargo fiduciario, será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referente a las operaciones que constituyan el giro de la asociación u objeto del encargo. Las rentas que correspondan a los partícipes se considerarán para el cálculo del impuesto global complementario o adicional de éstos, sólo en el caso que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación”*.

Conforme a la Circular N° 29/1999, si se prueba la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación, tanto el gestor como el partícipe asumen todas las referidas obligaciones tributarias en forma separada, respecto del resultado que se determine por la asociación o encargo fiduciario que corresponda. El gestor sólo dará cumplimiento a los impuestos que le afectan como empresa bajo la Primera Categoría y los partícipes cumplirán con los impuestos que les corresponda en el contrato de asociación o cuentas en participación de acuerdo al régimen tributario que afecta al partícipe (Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional)¹⁷².

El gestor de una asociación o cuentas en participación y de cualquier encargo fiduciario debe declarar y pagar el impuesto de Primera Categoría y los Impuestos Global Complementario o Adicional sólo en el caso que no se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación, considerando como renta imponible propia la que determine en este caso para todos los efectos que dispone la ley tributaria.

El artículo 7° del Decreto Ley N° 824/1974 de Impuesto a la Renta, prevé que *“También se aplicará el impuesto en los casos de rentas que provengan de: ...3° Bienes que tenga una persona a cualquier título fiduciario y mientras no se acredite quiénes son los verdaderos beneficiarios de las rentas respectivas.*

El artículo 17 de la misma norma dispone que *“no constituye renta: ...10° Los beneficios que obtiene el deudor de una renta vitalicia por el mero hecho de cumplirse la condición que le pone término o disminuye su obligación de pago, como también el incremento del patrimonio derivado del cumplimiento de una condición o de un plazo suspensivo de un derecho, en el caso de fideicomiso y del usufructo”*.

Asimismo, en la Ley General de Bancos (1997) chilena se prevé que los bancos podrán desempeñar ciertas comisiones de confianza, entre las que se incluye la de constituirse como administradores de bienes constituidos en fideicomiso, cuando así se haya dispuesto en el acto constitutivo.

Los procesos de securitización son en general llevados a cabo por las compañías securitizadoras reguladas por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.

¹⁷¹ Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006.

¹⁷² Ángel Urquiza Cavallé. “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”. Universidad Rovira i Virgili. Crónica Tributaria. N° 136/2010 (183-235)

En lo que hace a los aspectos tributarios, se prevé que el pago al fisco de las obligaciones tributarias de la sociedad securitizadora será de responsabilidad exclusiva de su patrimonio común y no de los patrimonios separados que haya creado, pero estos patrimonios deben aportar los recursos necesarios al patrimonio común de la sociedad cuando ésta lo requiera para dar cumplimiento a ciertas cargas fiscales.

La diferencia entre el valor de adquisición de un crédito securitizado y su valor nominal no se considera renta, sino que ésta se calcula por diferencia entre el costo de adquisición de crédito con el de su recuperación parcial o definitiva que se produzca al cobrarse o el valor de venta si se enajena.

Las comisiones o remuneraciones que las sociedades de que se trata paguen a terceros por administrar o custodiar los bienes integrantes de los patrimonios separados, estarán exentas del impuesto al valor agregado.

VIII.4. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN BRASIL

En este país existe normativa independiente que regula regímenes específicos aplicables a distintos tipos de fideicomisos¹⁷³.

Así, por ejemplo, en la Ley N° 9.514 del año 1997 se regula la transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles y un régimen de securitización, previéndose, también en este caso, la figura del fideicomiso en garantía en forma específica, al establecerse en el artículo 22 de la norma que *“La enajenación fiduciaria regulada por esta ley es el negocio jurídico por el cual el vendedor o fiduciante con objeto de garantía contrata la transferencia al acreedor o fiduciario de la propiedad resoluble de la cosa inmueble”*.

La Ley N° 4728/65 y Decreto Ley N° 911/69 regulan la transferencia fiduciaria en garantía de bienes muebles y la Ley N° 6404/76 rige para la transferencia fiduciaria de acciones.

El Código Civil del país también contiene disposiciones vinculadas a la propiedad fiduciaria en sus artículos 1361 a 1368, que la definen como una especie de la propiedad resoluble que se constituye cuando un deudor transfiere a su acreedor una cosa mueble no fungible con finalidad de garantía.

En sus artículos 1951 a 1960 se consagra la figura del fideicomiso testamentario, que consiste en un acto de disposición de voluntad expresada en un testamento a través del cual una persona decide dejar ciertos bienes a favor del sucesor de su heredero, quien los administrará en beneficio del destinatario final de los mismos.

Algunos Estados brasileiros alcanzan la transmisión de bienes y derechos del fideicomiso testamentario con el Impuesto sobre Transmisiones Causa Mortis y Donaciones de cualesquiera Bienes y Derechos.

Ante la ausencia de un régimen legal genérico se presentan muchas inquietudes y se dificulta el avance de la figura así como la comparación con la normativa vigente en nuestro país.

VIII.5. NEGOCIOS FIDUCIARIOS EN BOLIVIA

La figura se encuentra regulada en el Código de Comercio de este país, el que en su artículo 1409 prevé que se entiende por fideicomiso aquel contrato por el cual una persona llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario.

En su 1032 se establece que *“Las operaciones y los contratos mencionados en forma enunciativa en*

¹⁷³ Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006.

este Título sólo pueden ser realizados por los Bancos y entidades de crédito debidamente autorizados al efecto y conforme a la ley respectiva.”. Entre los contratos mencionados en ese título figura el fideicomiso.

Por lo tanto, se observa que, en este país, sólo las entidades bancarias o de crédito podrían revestir la calidad de fiduciarios.

En el artículo 1410 se dispone que los bienes cedidos al fideicomiso constituyen un patrimonio autónomo, indicándose en el artículo 1427 que *“Son aplicables al fideicomiso, en lo conducente, las disposiciones que regulan el depósito y el mandato”*.

A diferencia de otros países, no son los fideicomisos la figura adecuada para llevar a cabo operaciones de titularización, sino que a tales efectos la Ley N° 1834 del Mercado de Valores regula las “Sociedades de Titularización” que administran patrimonios autónomos.

En lo que hace a los aspectos impositivos, la cesión de los bienes sujetos a titularización administrados por las sociedades antedichas se encuentra exenta del impuesto a las transacciones, del impuesto al valor agregado y del pago de tasas de registro, tanto al inicio como a la finalización del proceso.

Por otro lado, al igual que en nuestro país, por el artículo 23 del Código Tributario boliviano aprobado por Ley N° 2492/2003 se les atribuye a los fideicomisos la calidad de sujetos pasivos de obligaciones tributarias, en la medida que, a su respecto, se verifiquen hechos impositivos alcanzados.

Quienes dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica son responsables del cumplimiento de las obligaciones tributarias que derivan del patrimonio que administren, conforme al artículo 28.I.3 del Código Tributario.

La referida norma señala que la condición de contribuyente de la obligación tributaria puede recaer en las herencias yacentes, comunidades de bienes *“...y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptible de imposición. Salvando los patrimonios autónomos emergentes de procesos de titularización y los fondos de inversión administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y demás fideicomisos”*.

En igual orden de ideas, el artículo 12.2 de la Ley N° 2.196/2001 que regula el Fondo Especial de Reactivación Económica y de Fortalecimiento de Entidades de Intermediación Financiera, establece que las ganancias de capital y rendimientos de inversiones en valores de procesos de titularización, así como los ingresos que generen los patrimonios autónomos conformados para este fin *“...no estarán gravados por los impuestos al Valor Agregado (IVA), Régimen Complementario al Impuesto al Valor Agregado (RC-IVA), a las Transacciones (IT), a las Utilidades de las Empresas (IUE), incluyendo las remesas al exterior”*.

IX. PROPUESTA DE REFORMA **LEGISLATIVA**

Lo expuesto a lo largo de este trabajo no pretende abarcar a la totalidad de las situaciones que pudieran generar inquietudes o inequidades frente a la normativa tributaria que regula el tratamiento de los fideicomisos.

No obstante, tan sólo de los puntos comentados se observa la necesidad imperiosa de propiciar el dictado de disposiciones reglamentarias que permitan aclarar las cuestiones cuya interpretación resulta dificultosa en la actualidad, así como también de normas de rango legal para modificar algunos puntos que no han sido adecuadamente receptados por la legislación actual.

Parecería que las regulaciones específicas a esta figura, tal como sucede respecto de muchos otros negocios jurídicos, no logran avanzar con la velocidad suficiente para adaptarse a los cambios y a las nuevas modalidades que se desarrollan diariamente en el mercado.

Lejos de pretender acompañar e impulsar el desarrollo de este instrumento como medio alternativo de financiación, en los últimos años parecería que las autoridades han instaurado una constante “sospecha” alrededor de las actividades que se lleven a cabo con la utilización de la figura, la cual muchas veces encuentra un verdadero fundamento, pero otras desalienta el uso genuino de los fideicomisos.

La reforma incorporada a la ley de impuesto sobre los bienes personales a través de la Ley N° 26.452 es un claro ejemplo de esta intención, siendo que en el mismo sentido también podría mencionarse la reforma introducida al decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias por el Decreto N° 1207/2008 eliminando el tratamiento preferencial que hasta entonces preveía el segundo artículo incorporado a continuación de su artículo 70 para ciertos fideicomisos financieros.

Si bien la persecución de vehículos jurídicos utilizados para desvirtuar la realidad económica de un negocio resulta plenamente válida, con sustento en el artículo 2° de la Ley N° 11.683, muchas veces se termina desalentado la utilización de una figura cuya proliferación, en la medida que persiga fines legítimos, podría deparar grandes ventajas a la economía.

De lo expuesto en los apartados que anteceden se desprende la gran cantidad de inquietudes que se presentan al momento de definir el encuadre tributario de las operaciones con fideicomisos. Es por ello que, a continuación, se resumirán las propuestas de reforma legislativa frente a cada tributo analizado que se expusieron como aconsejables a lo largo del trabajo, con el objeto de brindar claridad sobre algunas de las cuestiones abordadas.

IX.1. IMPUESTO A LAS GANANCIAS

- Tratamiento de los aportes a fideicomisos: Conforme se expuso en el título III.2, se entiende recomendable incluir bajo el concepto de enajenación en el artículo 3° de la ley del gravamen a los aportes a fideicomisos en los que el fiduciante difiera del fideicomisario y reciba una contraprestación por el aporte realizado. Asimismo, debería incorporarse una mención expresa a estos casos en el artículo 28 de su Decreto Reglamentario, a efectos de definir el valor a considerar para determinar la base imponible del tributo.
- Figuras equivalentes en el exterior: De acuerdo con los fundamentos expuestos en el subtítulo III.4.1, se debería incluir un artículo en el decreto reglamentario a la ley del tributo, en el que se indique que la mención a figuras equivalentes efectuada en la ley del gravamen debiera entenderse referida a aquellos institutos del exterior cuyas características recepten las indicadas en la Ley N° 24.441.
- Transparencia fiscal internacional: Por lo indicado en el subtítulo III.4.2, debieran propiciarse las siguientes reformas:
 - Limitar la aplicación del inciso b) del artículo 140 de la ley (relativo a la imputación de las rentas provenientes de fideicomisos al momento de su distribución) al caso de fiduciarios que

no revistan la calidad de beneficiarios. Concordantemente, incorporar al inciso b) del artículo 146 de la ley del gravamen, como ganancias de fuente extranjera de la tercera categoría a las rentas obtenidas por responsables no comprendidos en la primera parte de dicho artículo (referido principalmente a empresas y sociedades) cuando el fiduciante coincida con el beneficiario y no se encuentre comprendido en el título V de la ley (beneficiario del exterior).

- Agregar al artículo 133, inciso a) de la ley (que consagra la imputación de rentas pasivas provenientes de ciertas sociedades al período en que opera su devengo) una disposición en el sentido de que el tratamiento allí descripto también resultará de aplicación respecto de las ganancias allí indicadas obtenidas por fideicomisos o figuras equivalentes constituidos en el exterior, comprendidos en el artículo 140, inciso b) de la ley. En igual sentido, debería incluirse una mención a estos casos en los correspondientes artículos reglamentarios, por ejemplo: artículo 165. VI. 1 referido a los casos en que la norma especial de imputación no resulta aplicable, artículo 165. VI. 3 relativo al alcance de las rentas comprendidas en el artículo 133 a) de la ley, y 165. VI. 4 que evita que se genere doble imposición al momento de resultar distribuidos los dividendos provenientes de participaciones en el exterior, entre otros.
- Incorporar al artículo 148 de la ley, relativo al momento de atribución de resultados provenientes de establecimientos estables y sociedades por acciones constituidas en el exterior (con las limitaciones que surgen del artículo 165. VI.6 del reglamento) el caso de los fideicomisos excluidos del artículo 140 inciso b) de la ley por aplicación del artículo 133 inciso a).
- Utilidades integradas por dividendos provenientes de sociedades argentinas: En línea con lo expuesto en el subtítulo III.4.3, debiera incorporarse al artículo 165. XIII.1 del decreto reglamentario a la ley del gravamen, que pretende eliminar situaciones de doble imposición, el caso de beneficiarios en el país de fideicomisos o figuras equivalentes constituidos en el exterior que sean titulares de acciones o participaciones, en forma directa o indirecta, en sociedades argentinas, excluyendo de dicho tratamiento al caso de fideicomisos constituidos en países de baja o nula tributación.
- Fideicomisos mixtos: Conforme a lo desarrollado en el título III.5, cabría incorporar un artículo al decreto reglamentario de la ley, disponiendo que lo indicado en el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la norma legal (casos en los que el fideicomiso no resulta sujeto pasivo del gravamen) sólo resultará aplicable cuando al cierre del período fiscal todos los fiduciantes revistan la calidad de beneficiarios.

De igual modo, aclarar que cuando, cumpliéndose dicha condición, algunos fiduciantes – beneficiarios sean residentes del exterior y otros sean residentes en el país, se considerará que existe un establecimiento estable en los términos del inciso b) del artículo 69 de la ley en la proporción atribuible a los fiduciantes – beneficiarios comprendidos en el Título V de la norma y que, respecto de la renta atribuible a los fiduciantes – beneficiarios no comprendidos en ese título, resultará de aplicación lo previsto en el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la norma legal.

Las disposiciones que se incorporen conforme a lo aquí indicado debieran también contemplar los casos de fideicomisos constituidos en el exterior en los que se verifique la misma situación.

- Impuesto de igualación: Agregar en el encabezado del artículo 70.2 del reglamento una referencia en la que se indique que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 69.1 de la norma legal (exclusión del impuesto de igualación) tan sólo resulta aplicable a los fideicomisos contenidos en esa norma reglamentaria. Ello, por los motivos detallados en el título III.6.

IX.2. IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA

- Fideicomisos públicos: De acuerdo a lo indicado en el título IV.2, cabría eliminar la referencia incluida en el inciso f) del artículo 2° de la ley a las disposiciones de la Ley N° 24.441 e incorporar una exclusión expresa respecto de los fideicomisos cuyo fiduciante – beneficiario sea el Estado Nacional,

Provincial o Municipal. De esta manera, se lograría excluir del gravamen que nos ocupa a aquellos fideicomisos públicos cuyas rentas resultarán exentas del impuesto a las ganancias al encuadrar en la exención contemplada en el inciso a) del artículo 20 de la ley de este último tributo.

- Fideicomisos a los que apliquen exenciones objetivas o subjetivas en el impuesto a las ganancias: Conforme a los argumentos expuestos en el subtítulo IV.3.1 podría incorporarse al artículo 3° de la ley un inciso en el que se eximan los bienes integrantes de fideicomisos no financieros donde el fiduciante – beneficiario esté comprendido en el inciso c) del mismo artículo.
- Fideicomisos que no obtienen rentas: De acuerdo con lo indicado en el subtítulo IV. 3.2, cabría incluir en el artículo 11 de la ley, relativo a la reducción de la base imponible del gravamen frente a activos afectados a ciertas actividades, al caso de fideicomisos no financieros y demás sujetos pasivos del gravamen que tengan por objeto principal la conservación de bienes en garantía, respecto de los activos afectados en forma exclusiva a dicha actividad.
- Cómputo como pago a cuenta del impuesto a las ganancias: Con relación a lo descrito en el subtítulo IV.3.3, podría modificarse el tercer párrafo del artículo 13 de la ley – relativo a la posibilidad de computar el impuesto a las ganancias como pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta ante diferencias en el sujeto pasivo de cada impuesto – otorgando igual tratamiento al allí previsto a los fideicomisos comprendidos en el inciso f) del artículo 2° de la ley del gravamen respecto de la utilidad impositiva que corresponda atribuir a su fiduciante – beneficiario de acuerdo con la ley de impuesto a las ganancias.

Igual aclaración cabría incorporar en el artículo 18 del reglamento a la ley de impuesto a la ganancia mínima presunta, que clarifica lo dispuesto en el artículo 13 de la ley.

IX.3. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES

- Fideicomisos integrados por entidades de la Ley N° 22.016: De acuerdo con lo desarrollado en el título V.3, podría incorporarse al artículo incorporado a continuación del artículo 25 de la ley del gravamen una exclusión expresa para los fideicomisos cuyo fiduciante sea una entidad u organismo comprendido en el artículo 1° de la Ley N° 22.016, en la proporción en la que el Estado Nacional, Provincial, Municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea parte.
- Responsabilidad del fiduciante: En relación con lo descrito en el título V.4 cabría modificar el inciso k) del artículo 22 de la ley del gravamen, para permitir la deducción de la base imponible atribuible al fiduciante de los fideicomisos allí comprendidos de los bienes aportados al fondo fiduciario, cuando se haya ingresado el impuesto por el artículo 26 de la ley (sin restringir la deducción a que el impuesto se haya ingresado bajo el régimen previsto en el artículo 25.1).

De igual modo, procedería incorporar un inciso al artículo 23 de la ley, relativo a la valuación de bienes situados en el exterior, que reproduzca lo indicado en el inciso k) del artículo 22, relativo a la valuación de bienes situados en el país.

IX.4. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

- Aportes a fideicomisos: Resultaría oportuno incluir en el inciso a) del artículo 2° de la ley, como concepto asimilado a venta, a los aportes a fideicomisos en los que el fiduciante difiera del fideicomisario y reciba una contraprestación por el aporte efectuado. Ello, en línea con lo expuesto en el subtítulo VI.2.1.
- Fideicomisos como sujetos pasivos: Cabría mencionar a los fideicomisos en forma expresa en el segundo párrafo del artículo 4° de la ley del gravamen, clarificando su situación como sujetos pasivos conforme a lo sugerido en el título IV.3.

- Fideicomisos asimilados a condominios: De acuerdo a lo descrito en los subtítulos VI.4.3 y VI.4.4, podría incluirse a los fideicomisos de construcción en forma expresa en el artículo 26 del decreto reglamentario a la ley (consorcios de construcción organizados como sociedades civiles / comerciales) cuando el fiduciante difiera del fideicomisario, aclarando que en los denominados fideicomisos de construcción al costo en que el fiduciante coincide con el fideicomisario, la figura recibirá el mismo tratamiento que los consorcios asimilados a condominios sujeto a que el negocio subyacente no refleje una realidad económica distinta.

IX.5. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

Tal como se desarrolló en el apartado VII, sería recomendable incluir a los fideicomisos en forma expresa en los CDI negociados por nuestro país, a efectos de su consideración como personas residentes de alguno de los Estados Partes en ciertos casos, así como también clarificar el tratamiento que debería brindarse a la renta distribuida por esta figura y a la venta de las participaciones en fondos fiduciarios.

Por último, corresponde resaltar que las conclusiones a las que se arribó en el presente trabajo tan sólo pretenden brindar una alternativa de solución respecto de algunas de las cuestiones conflictivas que, a lo largo de los últimos años, se han presentado al momento de definir el tratamiento tributario aplicable a las operaciones con fideicomisos.

No obstante, los conflictos aquí detallados no abarcan la totalidad de los que han sido abordados por las autoridades y la doctrina, por lo que cualquier reforma que se pretenda encarar debiera involucrar un análisis más amplio, no sólo en cuanto a las situaciones descriptas, sino también en cuanto a los demás tributos comprendidos en nuestro sistema tributario respecto de los cuales la regulación del tema en forma expresa resulta, de igual modo, una necesidad impostergable.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

➤ **Citas doctrinarias**

- Altamirano, Alejandro C. “Transparencia Fiscal Internacional (Normas Tributarias para la Prevención de la Elusión Internacional)”. Rev. Arg. De Derecho Tributario. 2003 (abril-junio)
- Balán, Osvaldo. “El IVA y las obras sobre inmueble propio. Objeto y sujeto”. Práctica Profesional. 2006
- Campagnale, Norberto P.; Catinot, Silvia G.; Parrondo, Alfredo J. “El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales”. Ed. La Ley. 2000
- Casás, José O. “Principios jurídicos de la tributación”. Capítulo IV en “XXI Jornadas Tributarias”. Asociación Argentina de Estudios Fiscales.
- Chalupowicz, Israel. “Fideicomisos. Un análisis de su tratamiento fiscal”. Doctrina Tributaria. Errepar. Marzo de 2006.
- Coto, Alberto P. “Aspectos tributarios del Fideicomiso”. Ed. La Ley. 2006.
- Fernández, Luis. O. “Impuesto a las Ganancias. Teoría – técnica – práctica”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada.
- Fernández, Oscar A.; Moya, Mariano G. “Provincia de Buenos Aires. Tratamiento en el impuesto a la transmisión gratuita de bienes de la entrega en fiducia de inmuebles a la luz del informe 35/2011 de ARBA”. Doctrina Tributaria Errepar. XXXIII. Enero 2012.
- Freire Bettina V. “El fideicomiso”. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Bs. As. 1997.
- García Vizcaíno, Catalina. “Derecho Tributario”. Ed. Abeledo Perrot. 2010
- Gebhardt, Jorge. “Impuesto sobre los Bienes Personales”. Ed. Errepar
- Gebhardt, Jorge. “Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta”. Ed. Errepar
- Goldemberg, Cecilia. “Reflexiones sobre precios de transferencia a partir del fallo Aventis Pharma”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXXI. P. 893. Octubre de 2010.
- Gómez de Lastra, Manuel C. “El estado fiduciante”. Pub. en La Ley 2003-E, 1311 – PET 2005.
- Gordillo, Agustín. “Tratado de derecho administrativo”.
- Gotlib, Gabriel; Vaquero, Fernando. “Aspectos internacionales de la tributación argentina”. Estudio teórico – práctico. 2º edición actualizada y ampliada. Ed. La Ley
- Gotlib, Gabriel. “Tratamiento de rentas de fuente extranjera originadas en el régimen de transparencia fiscal. Remisiones a la ley extranjera y relación con convenios internacionales”. XXXVIII Jornadas Tributarias 2008. Mar del Plata
- Gurrea, José A. Moreno. “Plan Antievasión III. Impuesto a las Ganancias. Proyecto de modificaciones”. Errepar
- Lemma, Javier Enrique; Martín, Javier. “La transferencia y tenencia de acciones en trust”. Ed. La Ley
- Lisoprawski, Silvio. “Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica”. Ed. La Ley 24/05/2007
- Lisoprawski, Silvio V.; Kiper, Claudio M. “Tratado de fideicomiso”. Ed. LexisNexis – Depalma. 2003.
- Lisoprawski, Silvio V.; Kiper, Claudio M. “Fideicomiso, dominio fiduciario. Securitización”. Ed. LexisNexis – Depalma
- Lorenzo, A.; Bechara, F.; Calcagno, G.; Cavalli, C.; Edelstein, A. “Tratado de Impuesto a las Ganancias”. Ed. Errepar.
- Lorenzo, A.; Bechara, F. y Cavalli, C. “Los beneficiarios del exterior frente al impuesto a las ganancias”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXV. P. 1053. Noviembre/2004.
- Lorenzo, A.; Bechara, F. y Cavalli, C. “El nuevo alcance del concepto de ‘ganancias’ a los fines del impuesto a las ganancias, a consecuencia de la ley 25414 y el decreto 493/2001”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Junio 2001.
- Malumián, Diplotti y Gutiérrez. “Fideicomisos y Securitización”. Ed. La Ley. 2da. Edición actualizada y ampliada. 2006
- Marchevsky, Rubén A. “Impuesto al Valor Agregado. Análisis Integral”. Ed. Errepar. 2006.
- Molas, Liliana. “Fideicomisos. Aspectos conflictivos de actualidad”. Doctrina Tributaria Errepar. 2009

- Molas, Liliana. “Aspectos controvertidos en fideicomisos sobre inmuebles”. Práctica Profesional 2007-52, 32.
- Navarrine, Susana. “Los condicionamientos para la devolución de algunos impuestos indirectos. Restricciones en suspenso”. Imp. 2004-A, 144.
- Oklander, Juan. “Ley del Impuesto al Valor Agregado”. Ed. La Ley. 2005
- Rajmilovich, Darío Marcelo. “La renta mundial en el Impuesto a las Ganancias”. Ed. La Ley
- Rajmilovich, Darío Marcelo. “Convenios para Evitar la Doble imposición”. Ed. Errepar. 1ra. Ed. 2011
- Rodríguez Usé, Guillermo F. “La ley antielusión fiscal”. Doctrina Tributaria Errepar. T. XXII. Septiembre/2001
- Ruiz, Julián. “Manual tributario de fideicomisos de construcción”. Osmar D. Buyatti, 2º Edición, 2010.
- Tarsitano, Alberto. “Las formas inadecuadas en el derecho tributario y en el derecho penal tributario”. Ed. La Ley
- Testa, Héctor M. “Aspectos puntuales de los fideicomisos inmobiliarios”. Práctica Profesional N° 75
- Urquiza Cavallé, Ángel. “Tributación de las rentas derivadas de fideicomisos latinoamericanos cuando los beneficiarios sean residentes en España”. Universidad Rovira i Virgili. Crónica Tributaria N° 136/2010 (183-235)
- Urrets Zavalía, Pedro. “Consorcio fiduciario para la construcción al costo”. Doctrina Tributaria Errepar. Tomo XXVIII. Diciembre 2006.
- “Fideicomiso. Aspectos Tributarios Controvertidos”. Informe del Relator. Comisión 2. VIII Simposio sobre legislación tributaria argentina - junio/2006

➤ **Jurisprudencia administrativa y Judicial**

Actas de la Comisión de Enlace

- Acta de Reunión Comisión de Enlace F.A.C.P.C.E./ F.A.G.C.E. — AFIP Abril 20 de 2005.
- Acta de Reunión Comisión de Enlace F.A.C.P.C.E./ F.A.G.C.E. — AFIP Julio 13 de 2006.
- Acta de Reunión Comisión de Enlace C.P.C.E.C.A.B.A — AFIP — Julio 19 de 2006
- Acta de Reunión Comisión de Enlace C.P.C.E.C.A.B.A — AFIP — Agosto 1º de 2007
- Acta de Reunión Comisión de Enlace F.A.C.P.C.E./ F.A.G.C.E. — AFIP Abril 3 de 2008.

Respuesta a consultas vinculantes (artículo 4.1 Ley N° 11.683)

- Resolución (SDG TLI) N° 13/08
- Resolución (SDG TLI) N° 21/09
- Resolución (SDG TLI) N° 25/09
- Resolución (SDG TLI) N° 28/09
- Resolución (SDG TLI) N° 29/09
- Resolución (SDG TLI) N° 89/10
- Resolución (SDG TLI) N° 91/10
- Resolución (SDG TLI) N° 95/10
- Resolución (SDG TLI) N° 06/11
- Resolución (SDG TLI) N° 11/11

Dictámenes

- Dictamen (DATJ) N° 23/1970
- Dictamen (DATJ) N° 47/1983
- Dictamen (DATJ) N° 41/1985
- Dictamen (DAL) N° 21/1995
- Dictamen (DAL) N° 20/1996
- Dictamen (DAT) N° 34/1996
- Dictamen (DAT) N° 54/1998

- Dictamen (DAT) N° 59/1999
- Dictamen (DAL) N° 23/2000
- Dictamen (DAT) N° 103/2001
- Dictamen (DAL) N° 08/2002
- Dictamen (DAT) N° 17/2002
- Dictamen (DAT) N° 19/2003
- Dictamen (DAL) N° 49/2003
- Dictamen (DAL) N° 59/2003
- Dictamen (DAT) N° 8/2004
- Dictamen (DAT) N° 11/2004
- Dictamen (DAT) N° 17/2004
- Dictamen (DAT) N° 47/2004
- Dictamen (DAT) N° 74/2004
- Dictamen (DAT) N° 55/2005
- Dictamen (DAT) N° 13/2006
- Dictamen (DAT) N° 16/2006
- Dictamen (DAT) N° 18/2006
- Dictamen (DAT) N° 41/2006
- Dictamen (DAT) N° 9/2007
- Dictamen (DAT) N° 12/2007
- Dictamen (DAT) N° 27/2007
- Dictamen (DAT) N° 76/2007
- Dictamen (DAT) N° 29/2008
- Dictamen (DAT) N° 31/2008
- Dictamen (DAT) N° 62/2009
- Dictamen (DI ALIR) N° 8/2010
- Dictamen (DAT) N° 49/2010

Otros antecedentes administrativos

- Consulta DGI 4/11/94
- Instrucción (AFIP) N° 9/99
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 351/2003
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 170/2006
- Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 5/2008
- Acta de la reunión mantenida por el Foro de Participación Tributaria en la órbita de la AFIP. 18/5/2011
- Actas de las reuniones mantenidas por la Comisión de Fideicomisos inmobiliarios en la órbita de la AFIP. Año: 2011

Sentencias en causas ante el TFN o instancias judiciales

- “Autolatina Argentina S.A. c. Dirección Gral. Impositiva”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/12/1996
- “Bertelloti Oscar”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 28/04/1992
- “Dóndero Hnos y Cía SACIFI”. TFN, Sala D. 24/2/2003
- “Electro Córdoba SA”. TFN, Sala A. 5/12/2003.
- “El Marisco S.A c/ DGI”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/5/2009
- “Eurnekian, Eduardo”. Trib. Oral Penal Económico N° 1. 13/08/2004 – Cámara Nacional Penal Económica, Sala A. 6/08/2003
- “Fleischmann Argentina”. C.S.J.N. 13/06/1990
- “FM Comercial S.A c/ DGI”. C.S.J.N. 14/6/2001.
- “Gipsy Traslados Marinos SRL”. CNACAF, Sala V. 6/12/2007
- “Grupo República S.A. – Tachella Costa, Alejandro s/apelación – sellos”. TFN, Sala A. 8/4/2002 – CNACAF, Sala I. 1/10/2008

- “Gutiérrez y Belinsky SACI”. TFN, Sala B. 12/7/2004
- “Hermitage S.A”. CNACAF, Sala V. – C.S.J.N. 13/06/2010
- “Idaope Larraga, Ángel”. TFN, Sala A. 11/12/2001.
- “Naindo SA”. TFN, Sala D. 22/11/2005
- “Noble Mitre de Saguier, Matilde Ana María s/ evasión tributaria simple”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B. 27/11/2008
- “Parke Davis y Cía S.A”. CSJN. 31/7/1973
- “San Buenaventura S.R.L.”. CSJN. 23/05/2006.
- “Sociedad Inmobiliaria del Nuevo Puerto S.A.”. TFN, Sala A. 21/12/2010
- “Spanier, Jorge E. s/apelación sellos”. TFN, Sala B. 15/11/2002
- “Sud Inversiones y Análisis S.A. – Mariscano, María de los Milagros”. TFN, Sala C. 29/04/2010. CFACAF, Sala II. 27/03/2012
- “Sud Inversiones y Análisis S.A. s/recurso de apelación”. TFN, Sala D. 13/07/2011
- “Torres del Libertador 8000 S.A”. TFN, Sala D. 29/05/2006
- “Zanella Mare SA”. TFN, Sala D. 29/11/2001