



FIDEICOMISOS

UN INSTRUMENTO EXITOSO EN PERMANENTE CRECIMIENTO SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO

En los nuevos emprendimientos empresarios actuales, permanentemente se evalúa la posibilidad de llevarlos a cabo mediante la constitución de un fideicomiso. Por medio del presente, se analizan los principales aspectos tributarios a tener en cuenta para la utilización de este instrumento legal.

Por Cr. Néstor Cáceres (*)

I.1) Introducción

A partir de la sanción de la ley 24.441 (B.O.: 16/01/1995), se incorporó a nuestro derecho positivo un marco legal más preciso para la utilización de este importante instrumento que es el fideicomiso.

El fideicomiso (del latín "fideicommissum" y "trust", la figura anglosajona equivalente) tiene sus antecedentes en la fiducia romana, negocio de confianza que permitía la transferencia de un bien a una persona de amistad, con el objeto de que ésta diera a dicho bien un destino determinado o para que tal bien sirviera de garantía para contraer un crédito.

La fiducia romana fue un negocio jurídico por medio del cual el cedente confiaba al cesionario el uso de la cosa, ya sea con fines de garantía, o con el propósito de salvaguardia, y con la intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos.

Si bien nuestra legislación de fondo ya contemplaba el "dominio fiduciario", legislado en el artículo 2662 del Código Civil, como especie del derecho real de dominio pleno o perfecto, por estar sujeta a plazo o condición, recién en el año 1995 es cuando se tipifica el contrato de fideicomiso, constituyéndose en un instrumento útil para dar forma a múltiples emprendimientos.

II) Principales características de la figura del fideicomiso

A los fines de abordar los aspectos tributarios de los fideicomisos, cabe efectuar una breve descripción de la estructura legal dispuesta en la ley 24.441.

Al respecto, a continuación se mencionan las partes intervinientes en el contrato: **a)** el fiduciante (o fideicomitente): es quien trasmite los bienes; **b)** el fiduciario: es quien recibe los bienes en propiedad fiduciaria y tiene a su cargo la administración del fideicomiso; **c)** el beneficiario: es quien percibe los beneficios del ejercicio de la propiedad fiduciaria por parte del fiduciario; **d)** el fideicomisario: es el destinatario final de los bienes fideicomitados (beneficiario residual).

En primer lugar, cabe destacar que todo fideicomiso tiene una finalidad de garantía, al constituir una parte esencial del contrato, el hecho de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fiduciante para ingresar al patrimonio especial del fiduciario.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley 24.441, se debe considerar que los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciante y del fiduciario.

Como consecuencia de la independencia jurídica atribuida, este patrimonio se encuentra exento de toda agresión que pudiere afectar al fiduciario y/o al fiduciante por parte de sus respectivos acreedores particulares, en caso de incumplimiento de obligaciones ajenas al desenvolvimiento del fideicomiso.

De este modo, los bienes fideicomitidos pasan a constituir un patrimonio de afectación, destinado a cumplir la finalidad establecida por el fiduciante, la cual ha sido encargada al fiduciario mediante el respectivo contrato de fideicomiso.

Es así, que se arriba a la definición prevista en el artículo 1° de la ley 24.441, que establece que *“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”*.

III) La incidencia tributaria en los fideicomisos

En lo que respecta a las obligaciones impositivas aplicables a los fideicomisos, inicialmente fueron definidas por el decreto 780/1995, que reglamentaba las disposiciones de la ley 24441.

Posteriormente, mediante la reforma dispuesta por la ley 25063, se incorpora a los fideicomisos, con algunas excepciones, como sujetos pasivos del impuesto a las Ganancias, modificándose el decreto reglamentario de la ley, mediante la incorporación de varios artículos que prácticamente reproducen los lineamientos del decreto 780/1995.

En lo atinente a la carga tributaria de los fideicomisos, en todo momento se debe tener presente que la utilización de esta figura, no debe tener por implicancia una operación más gravosa desde el punto de vista tributario, atento a que sólo constituye un medio para otorgar seguridad y garantía a las partes intervinientes en un determinado negocio jurídico.

Desde ese punto de vista, en general, salvo en el caso del dictamen (D.A.T.) N° 17/2004, que se comenta más adelante, el organismo recaudador ha receptado favorablemente las diferentes cuestiones controvertidas que han surgido con motivo de la utilización de fideicomisos

En forma previa al análisis de los diferentes tipos de fideicomisos, cabe efectuar una breve referencia en relación a la incidencia de los principales impuestos en este instrumento legal.

III.1) Impuesto a las Ganancias

La ley del impuesto a las Ganancias los incluye como sujetos obligados a través del apartado 6) del inciso a) del artículo 69, quedando alcanzados a la alícuota general del 35%, en forma similar a una sociedad de capital

No obstante, cuando el fiduciante asume la calidad de beneficiario, el fideicomiso no es sujeto de este impuesto. Los resultados obtenidos se consideran de la tercera categoría y corresponden ser atribuidos al fiduciante, excepto en el caso de los fideicomisos financieros, o cuando el beneficiario sea un residente del exterior.

III.2) Impuesto al Valor Agregado

En la medida en que los fideicomisos ejecuten algunos de los hechos impositivos gravados, estarán alcanzados por el I.V.A.

Un aspecto importante que mereció una interpretación del fisco mediante el dictamen (D.A.T.) N° 8/2004, es el de que al momento de constituirse un fideicomiso, la transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario no es realizada a título oneroso, razón por la cual no se genera el hecho imponible en el I.V.A.

III.3) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

La ley del impuesto del subtítulo prevé que todos los fideicomisos son responsables de dicho impuesto, sin considerar si el fiduciante y el beneficiario coinciden, excepto en el caso de los fideicomisos financieros, que están exceptuados de este impuesto.

III.4) Impuesto sobre los Bienes Personales

La ley de este impuesto no contempla obligaciones en cabeza del fideicomiso. Si bien a través del decreto 780/95, que aún no ha sido derogado formalmente, se contemplaba que el fiduciario debía actuar como responsable sustituto, por medio de los dictámenes 34/96, 59/99 y 8/2004, el organismo recaudador interpretó que en el caso de los fideicomisos de garantía los mismos no resultan sujetos pasivos del impuesto sobre los Bienes Personales.

III.5) Impuesto sobre los Ingresos Brutos

De acuerdo a lo previsto en el artículo 155 del Código Tributario de la provincia de Córdoba, los ingresos brutos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen.

IV) Fideicomiso financiero

Este tipo de fideicomisos son definidos en el artículo 19 de la ley 24441, el cual establece que: *"Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos.*

"Dichos certificados de participación y títulos de deuda serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública."

A partir de la citada definición legal, cabe destacar las principales características de este tipo de fideicomiso:

- a)** la condición de los beneficiarios, que son los inversores en los títulos de deuda o certificados de participación emitidos por el fideicomiso.
- b)** la calidad del fiduciario (entidad financiera o sociedad especialmente autorizada por la CNV);

Al respecto, el certificado de participación otorga a su tenedor el derecho a una parte del resultado del fideicomiso.

En relación a la situación de los tenedores de dichos certificados en el impuesto a las Ganancias, a la utilidad generada por los mismos le resulta aplicable un tratamiento similar a los dividendos de acciones.

Por su parte, los tenedores de títulos de deuda son terceros acreedores del fondo fiduciario, cuyo rendimiento está representado por la tasa de interés que se estipule en el título respectivo. De este modo, los títulos de deuda se asemejan a las obligaciones negociables previstas en la ley 23576.

En este caso, tales rendimientos son asimilados a intereses, alcanzados por el impuesto a las Ganancias.

IV.1) Incidencia fiscal en el fondo fiduciario

La ley del impuesto a las Ganancias, en el inciso 6) del artículo 69, establece la condición de sujeto pasivo del impuesto, comprendido en la tercera categoría, de los fideicomisos constituidos de acuerdo con las disposiciones de la ley 24.441 (excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario).

De este modo, el fiduciario deberá ingresar en cada año fiscal el impuesto que se determine sobre las ganancias netas imponibles, obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, a la tasa vigente del 35%.

A efectos de determinar la ganancia neta del fideicomiso, deberán aplicarse las disposiciones previstas para la tercera categoría.

Actualmente, se ha difundido ampliamente la utilización de este tipo de fideicomisos para la titulación de créditos (hipotecarios, por ventas de electrodomésticos, etc.), en función de la cual se obtiene un activo líquido, tal como títulos valores con oferta pública, a partir de activos ilíquidos que son aislados en un fideicomiso (patrimonio de afectación).

En la medida en que los fideicomisos financieros cumplan determinados requisitos, previstos en los artículos a continuación del 70 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las Ganancias, se podrán deducir las utilidades; es decir, la base imponible del fideicomiso será cero.

El objetivo de estas disposiciones, es que el beneficio de la deducción de utilidades, sea aplicable exclusivamente respecto de genuinas operaciones de "titulación".

Los requisitos mencionados son los siguientes:

a) El fideicomiso debe constituirse con la única finalidad de efectuar la titularización de activos homogéneos que consistan en títulos valores públicos o privados, derechos creditorios provenientes de operaciones de financiación evidenciados en instrumentos públicos o privados, verificados 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 los certificados de participación y títulos representativos de deuda se hubieren efectuado de acuerdo con las normas de la Comisión Nacional de Valores.

b) Los activos homogéneos originalmente fideicomitados no deben ser sustituidos por otros tras su realización o cancelación, salvo:

i) colocaciones financieras transitorias efectuadas por el fiduciario con el producido de tal realización o cancelación, con el fin de administrar el dinero a distribuir, o pagar las obligaciones del fondo fiduciario, o

ii) en casos de reemplazo de un activo por mora o incumplimiento.

c) En los instrumentos representativos de créditos, el plazo de duración del fideicomiso debe guardar relación con el de la cancelación definitiva de los activos fideicomitados.

d) El beneficio bruto o total del fideicomiso se debe integrar 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 10% de ese ingreso total provenga de otras operaciones realizadas para mantener el valor de dichos activos.

Por último, se exige que la totalidad de los fondos obtenidos por el fideicomiso provengan de los activos fideicomitados, o de colocaciones financieras temporales, dejando un margen residual equivalente al 10% del ingreso total del fideicomiso que podría originarse en otras operaciones, en la medida en que las mismas posean como único propósito mantener el valor de los bienes que constituyen el patrimonio fiduciario.

IV.2) Incidencia fiscal respecto de los inversores

En primer término, cabe señalar que, de acuerdo con las disposiciones del inciso b) del artículo 83 de la ley 24441, los resultados provenientes de la compraventa, del cambio, de la permuta, de la conversión y de la disposición, así como los intereses, actualizaciones y ajustes de capital de títulos de deuda y certificados de participación en fideicomisos, quedan exentos del impuesto a las Ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la ley del gravamen (sujetos-empresa).

Cuando los titulares sean beneficiarios del exterior, no regirá lo dispuesto en el artículo 21 de la ley del gravamen, lo que implica que no decaerá la exención aunque se verifique una transferencia de ingresos a fiscos extranjeros.

El tratamiento exentivo será aplicable siempre que los referidos títulos sean colocados por oferta pública, en tanto sean emitidos por el fiduciario, respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos.

En virtud de la modificación dispuesta por la ley 25063 a los artículos 46 y 64 de la ley, respecto de los sujetos que obtienen rentas de la segunda y tercera categoría, respectivamente, las utilidades de certificados de participación de fideicomisos, constituidos de acuerdo con la ley 24441, revisten la condición de rentas no computables a los fines de la liquidación del gravamen.

De esta forma, a las utilidades mencionadas se les otorga un tratamiento similar al previsto para los dividendos de acciones.

En lo que atañe al denominado "impuesto de igualación", cabe señalar que dicho régimen retentivo no resulta de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública, "en los casos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación".

V) Fideicomisos en los cuales el fiduciante es beneficiario

Como se mencionó anteriormente, los fideicomisos constituidos de acuerdo con las disposiciones de la ley 24.441 son sujetos pasivos del impuesto a las Ganancias, con exclusión, entre otros supuestos, de aquellos fideicomisos en los que el fiduciante y beneficiario son el mismo sujeto.

En estos casos, de conformidad con lo previsto por el cuarto artículo incorporado a continuación del artículo 70 del decreto reglamentario, el fiduciario deberá atribuir, en la proporción correspondiente, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal, con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

Tales resultados serán considerados de la tercera categoría para la persona física, o el sujeto-empresa que reúna la condición de fiduciante-beneficiario.

De esta forma, a la figura analizada se le otorga un tratamiento similar al previsto por la ley respecto de las participaciones en sociedades de personas, en cuyo caso los socios deben imputar el resultado impositivo generado por la sociedad, aun cuando el mismo no hubiera sido efectivamente acreditado.

Por lo tanto, el fiduciante-beneficiario deberá incluir, en su declaración jurada, el resultado impositivo determinado por el fideicomiso. Al respecto, no se advierten limitaciones normativas para que dicho resultado, de ser positivo, se compense con los eventuales quebrantos que posea el mencionado sujeto.

Cabe destacar, que las disposiciones analizadas no resultan de aplicación para los fideicomisos financieros, ni cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto del exterior.

VI) Fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía puede conceptualizarse como aquél por medio del cual se transfieren al fiduciario bienes para garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del transmitente. Asimismo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el fiduciario procederá a su venta, o entrega en propiedad, de los bienes al beneficiario, o a un tercero acreedor.

Aún así, resulta relevante comentar, que todo fideicomiso tiene una finalidad de garantía. La función de garantía está implícita en la necesidad de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fiduciante para ingresar al patrimonio especial del fiduciario. Sin embargo, existen determinados fideicomisos en los cuales la función de garantía es su causa primordial y sin la cual no existirían. Los fideicomisos de garantía son los que se constituyen con el objetivo principal de asegurar obligaciones propias del fiduciante, o de un tercero, con los bienes fideicomitados.

Si bien frente al impuesto a las Ganancias no existen disposiciones que aborden el tratamiento que cabe dispensar a esta figura, la Dirección General Impositiva ha señalado, a través de sus dictámenes 20/1996, 34/1996 y 49/1997 algunas pautas a considerar respecto de estos fondos:

En primer lugar, la inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo fiduciario son elementos que permiten sostener que, tratándose del fideicomiso en garantía, el fiduciario no revestiría la condición de "administrador de bienes", dado que no se aprecia la existencia de actividad alguna respecto de la cual deban realizarse actos de administración.

Por otra parte, si bien se trata de un fideicomiso (de garantía), no se produciría, respecto del fondo fiduciario, generación de resultados y no correspondería atribuirle hechos imposables, pues, por su carácter estático, no llevaría a cabo operaciones comerciales.

En síntesis, de los antecedentes citados, se desprende que en los fideicomisos constituidos con fines de garantía, los bienes fideicomitados no configuran un sujeto tributario, por cuanto el fiduciario no asumiría el rol de administrador de tales bienes.

Por tal motivo, las implicancias frente al impuesto a las Ganancias, emergentes de estos contratos, impactarían en las declaraciones juradas de los fiduciantes.

Asimismo, cabe mencionar que la Dirección de Asesoría Técnica, a través del dictamen 19/2003, ha interpretado que "los fideicomisos en cuestión no se encuentran obligados a inscribirse en el impuesto a las ganancias en la medida que no guarden las características de unidades económicas susceptibles de producir hechos imposables".

En lo que respecta al impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, en el caso particular de fideicomisos de garantía, debido a que los bienes fideicomitados se representarían en el patrimonio del fiduciante, cabría interpretar que el sujeto pasivo frente a dicho tributo sería el propio fiduciante, pues la realidad económica exterioriza que los bienes nunca dejaron de pertenecerle.

Sin embargo, ésta no ha sido la opinión del organismo recaudador, que por medio del dictamen 17/04 (DAT), del 24/2/2004, sostuvo que los activos integrantes de un patrimonio fiduciario se encuentran alcanzados por el impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, recayendo la responsabilidad de la determinación e ingreso del tributo en cabeza del administrador de los bienes fideicomitados, ello con independencia de que el fondo en cuestión realice, o no, una actividad económica.

Al respecto, el citado dictamen 17/2004 no mantiene el criterio exteriorizado por el propio organismo recaudador a través del dictamen N° 34/96, en el cual se definió que los fideicomisos de garantía no estaban obligados a tributar el impuesto a las Ganancias.

Con posterioridad a la publicación del mencionado dictamen 17/2004, se tomó conocimiento en diciembre de 2004 del dictamen (D.A.T.) N° 74/2004, por medio del cual, si bien se trató de un caso en el que el fiduciante era el Estado, se concluyó que *“el gravamen en cuestión ha sido concebido considerando que los sujetos alcanzados por el mismo son aquellos que obtienen rentas gravadas en el impuesto a las ganancias o las obtienen sus integrantes o titular”*.

En base a esta línea argumental, coincidente con la del dictamen 34/96 (fideicomisos de garantía no sujetos al impuesto a las Ganancias), cabe interpretar que no corresponde que los fideicomisos de garantía resulten alcanzados por el impuesto por el impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

VII) Conclusiones

La flexibilidad contemplada en la creación de la figura del fideicomiso por medio de la ley N° 24.441, ha permitido la utilización de este instrumento como herramienta jurídica, económica y financiera idónea para la realización de un sinnúmero de negocios.

Se observa que el tratamiento aplicable presenta distintos matices, dado que ciertas cuestiones se encuentran reguladas de forma razonablemente apropiada, mientras que, respecto de otras, persiste la incertidumbre sobre su tratamiento fiscal.

Aún así, la utilización del fideicomiso debe partir de un diagnóstico de situación y de un cuidadoso análisis de los mecanismos que se deseen incluir en el contrato.

En particular, uno de los temas pendientes más importantes, es el referido a la falta de regulación del fideicomiso de garantía, dado que el tratamiento fiscal, usualmente aplicado, surge básicamente de antecedentes administrativos.

En tal sentido, se torna necesario que se incorpore expresamente el tratamiento aplicable a dicha figura a través de las respectivas normas legales, de forma de evitar futuras y estériles controversias.

Cabe destacar que actividades como la construcción, producción agrícola, forestal, venta de electrodomésticos, exportaciones, préstamos hipotecarios son algunos de los rubros que han utilizado esta operatoria, a lo que hay que agregar la creciente constitución de fideicomisos en el área del sector público.

Por ello, es de esperar que las cuestiones pendientes sean contempladas en el corto plazo, a los fines de otorgar mayor seguridad jurídica en la utilización de este tipo de contratos.