



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Ciencias Económicas
Carrera de Contador Público**

**Aporte para la eficiencia en el tratamiento
impositivo del fideicomiso de garantía**

Nº 290

Bruno Alejandro Ungaro

Tutor: Hugo Néstor Almoño

Departamento de Investigaciones
Febrero 2010

Indice

OBJETIVO	4
CAPÍTULO I: Análisis jurídico del fideicomiso	
A) Fideicomiso en general.....	4
B) Clases De Fideicomisos	5
C) Fideicomiso De Garantía.....	7
CAPÍTULO II: Tratamiento impositivo del fideicomiso de garantía	
A) Introducción	9
B) Tratamiento impositivo.....	9
b.1) Impuesto a las ganancias	9
b.2) Impuesto a la ganancia mínima presunta	10
b.2.1) Fundamentos y complementariedad	10
b.2.2) Tratamiento impositivo.....	10
b.3) Impuesto al valor agregado.....	11
b.4) Impuesto sobre los bienes personales	11
b.5) Impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias.....	12
b.5.1) Introducción	12
b.5.2) Puntos conflictivos	12
b.6) Impuesto de sellos	14
b.6.1) Introducción.....	14
b.6.2) Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	15
b.6.3) Provincia de Buenos Aires.....	15
b.6.4) Jurisdicciones restantes.....	16
b.7) Impuesto sobre los Ingresos Brutos	16
b.7.1) Introducción.....	16
b.7.2) Tratamiento impositivo.....	16
b.7.2.1) Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	16
b.7.2.2) Provincia de Buenos Aires.....	16
b.7.2.3) Jurisdicciones restantes.....	16
b.7.2.4) Convenio Multilateral.....	17
b.8) Conclusión personal	17
Conclusión general.....	18
Bibliografía.....	19

Gran área del conocimiento

Se desarrollarán aspectos técnicos del área impositiva.

Área temática

En el presente trabajo final de carrera, se estudiará el fideicomiso de garantía en lo que respecta específicamente a como se puede eficientizar su utilización a partir de una mejor regulación de la variable impositiva.

Tema específico

Tratamiento impositivo del fideicomiso de garantía previsto por el sistema tributario argentino tanto en materia de tributos nacionales como provinciales.

Objetivo

Realizar un análisis integral, enfocado en materia impositiva, del fideicomiso de garantía a los efectos de que el lector pueda obtener una interpretación razonable sobre el marco tributario vigente.

Cabe aclarar que mi análisis se refiere exclusivamente a casos de fideicomisos que no desarrollan ninguna actividad económica sino que el fin exclusivo es la constitución de un medio para garantizar obligaciones. Consecuentemente, no se encontrará dentro del objeto del presente trabajo analizar la situación impositiva, por ejemplo, de fideicomisos de garantía mediante los cuales, debido a la naturaleza de los bienes fideicomitados, se llevan adelante actividades de tipo empresarial.

Para la consecución del objetivo planteado, es importante expresar de forma concisa pero clara, los aspectos legales y las características principales del fideicomiso creado por la ley 24.441 realizando especial hincapié en la especie en particular cuyo entendimiento concibe la existencia del presente trabajo.

A su vez, se brindarán los motivos por los cuales se presenta en la práctica un uso intensivo de la figura en comparación con otros vehículos que mantienen fines similares como así también se explicarán los beneficios que genera el fideicomiso en la actividad económica.

En cuanto al análisis impositivo, se estudiará el tratamiento fiscal otorgado por el sistema tributario argentino priorizando aquellos impuestos que presenten puntos conflictivos en cuanto su interpretación lo requiera como aquellas situaciones que no se encuentren expresamente previstas por la legislación, con el propósito fundamental de aportar comentarios tendientes a eficientizar el tratamiento impositivo de este instrumento, de modo de que aquel no impida el uso de una herramienta jurídica muy apta.

Con respecto a la incidencia de tributos provinciales, el desarrollo estará particularmente orientado en la aplicación del impuesto de sellos y del impuesto sobre los ingresos brutos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires dado que en ellas se instrumentan la mayor parte de los contratos.

Finalmente, se comentarán las expectativas que se presentan para los próximos años considerando especialmente el probable impacto que pueda llegar a generar la variable impositiva en lo relativo a la viabilidad de la figura como un medio de garantía de obligaciones.

Capítulo I: Análisis jurídico del fideicomiso

a) FIDEICOMISO EN GENERAL

La Ley 24.441 denominada “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”¹ creó la figura del fideicomiso tal como se la conoce hoy en día.

En su artículo 1^a 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*”

En virtud de la definición expuesta, resulta que el fideicomiso no configura un sujeto de derecho sino un contrato mediante el cual se constituye un patrimonio de afectación “ad hoc”.

Si bien el fiduciario jurídicamente es el titular de los bienes fideicomitados (el fiduciante se los ha transmitido), los mismos forman parte de un patrimonio separado del suyo, constituyendo una excepción al principio de universalidad patrimonial consagrado en el Código Civil².

1. Publicada en el Boletín Oficial el 16/01/1995.

2. Conforme el artículo 14 de la Ley 24.441 “Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante. La responsabilidad objetiva del fiduciario emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa fideicomitada cuyo riesgo o vicio fuese causa del daño si el fiduciario no pudo razonablemente haberse asegurado.”

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han encuadrado al dominio fiduciario como una especie del dominio imperfecto argumentando las siguientes características del fideicomiso creado por la Ley 24.441³:

1. El artículo 4 limita el plazo del contrato de fideicomiso y consecuentemente el dominio fiduciario, a 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuese un incapaz caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad.
2. El fiduciario tiene limitada su actuación al cumplimiento del encargo establecido en el contrato de fideicomiso.
3. El fiduciario tiene prohibido adquirir para sí los bienes fideicomitados.
4. El fiduciario solamente podrá gravar o disponer de los bienes fideicomitados cuando se encuentre expresamente autorizado en el contrato.
5. El fiduciario se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión con un plazo no mayor a un año.
6. En caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas puede ser removido por el fiduciante.

De las características recién comentadas, se destaca que el fiduciario es un sujeto al cual el fiduciante confió un encargo instrumentado a través de un contrato de fideicomiso, por lo tanto su actuación queda limitada a la consecución de tal fin, según su leal saber y entender, y al cuidado y resguardo de los bienes fideicomitados.

Para evitar confusiones, cabe diferenciar la figura del fideicomiso de la del mandato, en la cual el mandatario actúa por cuenta y en nombre de otro sin adquirir la propiedad de los bienes, la que es requisito indispensable, según lo expuesto en el artículo 1 de la Ley 24.441, para la realización de un contrato de fideicomiso

Por otra parte, la finalidad concreta del mandato en nuestro derecho civil es la realización de actos jurídicos, lo cual no ocurre necesariamente con el rol del fiduciario en un contrato de fideicomiso dado que basta en la mayoría de los casos con el simple cumplimiento de un servicio.

No obstante las diferencias comentadas y en concordancia con la mayoría de la doctrina, “existe un punto en común entre ambos contratos que es la existencia de un encargo o instrucción. Este punto en común implica que exista la posibilidad de aplicar analógicamente al fiduciario ciertas reglas relativas al mandatario, especialmente en lo atinente a la necesidad de finalizar las negociaciones en curso y a la diligencia del fiduciario y del mandatario”.⁴

Es importante destacar que los bienes fideicomitados no podrán ser agredidos ni por los acreedores del fiduciario ni por los del fiduciante. En este sentido el artículo 15 de Ley 24.441 dispone que *“los bienes fideicomitados quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitados los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitados y subrogarse en sus derechos”*.

Con respecto a la aplicación de las instituciones del concurso preventivo y de la quiebra, el artículo 16 de la ley en cuestión manifiesta que *“la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra”*. Es decir, la ley ha optado por extinguir a los fideicomisos a través de una liquidación realizada por el fiduciario sin recurrir a los procesos falenciales.

b) CLASES DE FIDEICOMISOS

Tal como se comentara, el trabajo tiene como propuesta analizar el tratamiento impositivo aplicable al fideicomiso en garantía, para lo cual es menester realizar una explicación previa de ciertos aspectos legales tanto del fideicomiso como género (realizado en el punto anterior) como particularmente del fideicomiso en garantía (ver punto siguiente).

El fideicomiso es un medio sumamente versátil debido a que a través de él se pueden estructurar gran cantidad de actividades económicas en reemplazo de los vehículos tradicionales como por ejemplo son las sociedades comerciales previstas en la Ley 19.550.

La Ley 24.441 exclusivamente realiza una distinción entre el fideicomiso ordinario y el financiero, por lo que las restantes clases surgen de la práctica y del análisis doctrinario, debido a su aplicación en diferentes industrias y a los fines de comprender mejor la figura.

A continuación se describe brevemente las características principales de las distintas clases de fideicomisos a los efectos de valorizar su importancia como medio para el desarrollo de un gran número de actividades económicas.

1. Privados

i. Ordinario

a. De administración

3. Se entiende por dominio imperfecto aquel que no detenta todos los atributos propios del dominio perfecto, como ser perpetuidad, dominio pleno, etc.

4. Nicolás Malumián, Adrián Diploti y Pablo Gutiérrez, Fideicomiso y Securitización, La Ley, Buenos Aires, 2006, p.40.

A través de esta clase de fideicomiso se puede desarrollar cualquier actividad económica lícita, dado que Ley 24.441 no posee ninguna limitación más que la duración máxima de 30 años.

Puede ser constituido para realizar un fin filantrópico, por ejemplo una sociedad anónima podría ceder determinados bienes a una universidad privada con el objetivo de que esta última premie a sus mejores promedios con becas o cuotas preferenciales.

Dada la versatilidad del instrumento, podría ser utilizado para el desarrollo de cierta actividad económica, por ejemplo, la transmisión de dinero en efectivo a un especialista financiero con el objetivo de que éste, bajo pautas claras establecidas en el contrato realice inversiones cuyos frutos, netos de un honorario, sean entregados al fiduciante-beneficiario.

b. Construcción

En su mayoría, son constituidos por un grupo de inversores (fiduciantes) que se reúnen con el propósito de construir un inmueble ya sea para lucrar con su posterior venta o para adjudicarse, en virtud de sus aportes, las unidades funcionales aportando el terreno y soportando los costos de la obra. Éstos a su vez, designan a un fiduciario el que se encargará de contratar a la empresa constructora la cual llevará adelante la obra.

c. Garantía.

Sus características son comentadas en el punto c) del presente Capítulo.

ii. Financiero

La ley 24.441 en su artículo 19 lo define como *“aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes (del fideicomiso ordinario), 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. La Comisión Nacional de Valores será la autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias”*.

Según surge de la lectura del artículo, las dos características distintivas con respecto a las restantes clases de fideicomiso son:

Se encuentra restringido el sujeto actuante en carácter de fiduciario, lo cual no es aplicable para los restantes casos dado que, en estos, puede ser cumplido por cualquier persona física o jurídica capaz para contratar.

Emisión de títulos de deuda (asimilables a las obligaciones negociables) y certificados de participación (asimilables a las acciones) cuyos tenedores son los beneficiarios del fideicomiso y cuya garantía principal la constituyen los activos fideicomitidos, lo que implica un proceso de “securitización” o “titulización” de activos⁵.

A modo de ejemplo se pueden citar los fideicomisos constituidos por cadenas de electrodomésticos, las cuales ceden derechos crediticios a una entidad financiera que, en su rol de fiduciario, emite por oferta pública títulos de deuda y/o certificados de participación.

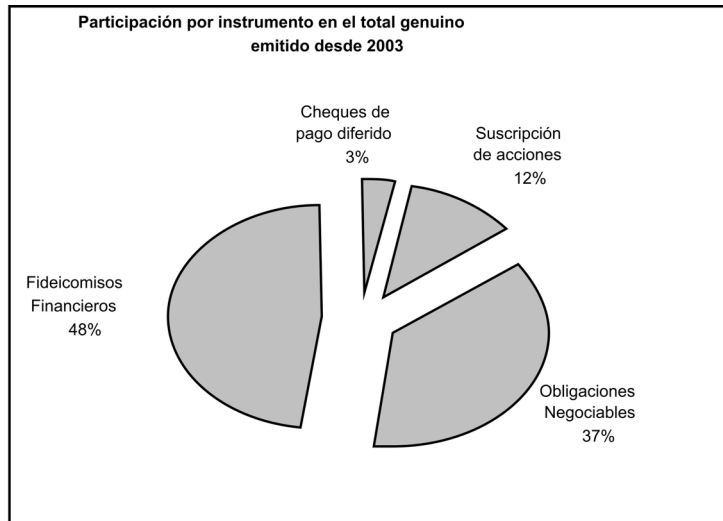
Por un lado, con la suscripción inicial de los títulos valores, se entrega el dinero en efectivo al fiduciante y por otro y en la medida que se van cobrando los créditos, se satisface la obligación con los tenedores de los títulos de deuda.

En caso de quedar alguna ganancia en el fideicomiso, la misma será distribuida entre los tenedores de los certificados de participación.

Según el Dr. Norberto Mathys⁶, director comercial del Banco de Valores, “Los fideicomisos financieros se han convertido luego de la crisis del año 2001 en la principal fuente de financiamiento en el mercado de capitales, mercado que mostró esta alternativa antes que reapareciera el crédito en el sistema financiero”.

5. Definida como “una operación financiera por medio de la cual se obtiene un activo líquido, tal como títulos valores con oferta pública, a partir de activos ilíquidos (tales como derechos creditorios o derechos de cobro, entre otros) que son aislados en una sociedad o patrimonio de afectación ad hoc”. Nicolás Malumán, Adrián Diplotti y Pablo Gutiérrez, Fideicomiso y Securitización, La Ley, Buenos Aires, 2006, p.174

6. Fuente: Revista “CEO ARGENTINA”, PricewaterhouseCoopers. Año 3.N° 6. 2007



Fuente: IAMC con información de BCBA.

2. Público

Se entiende, aquel fideicomiso en el cual el estado en sus diversas manifestaciones, en carácter de fiduciante, transmite la titularidad de bienes de dominio público o de dominio privado de su pertenencia para realizar un fin de interés público.

En los últimos años se han constituido fideicomisos de este tipo con destino de financiamiento de obras públicas así como de diversos ámbitos económicos regionales y sectoriales del país.

c) FIDEICOMISO DE GARANTÍA

c.1) Características

Previamente a definir sus características principales, es importante mencionar que todos los fideicomisos tienen cierta función de garantía al situarse los bienes fideicomitados en un patrimonio de afectación, diferente al del fiduciario y al del fiduciante, el cual no puede ser agredido por los acreedores de estos sujetos salvo fraude o declaración de nulidad durante el período de sospecha.

Se podría definir al fideicomiso de garantía como aquél cuya finalidad principal es asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones del fiduciante, por lo que este procede a transferir a un fideicomiso determinados bienes, los que serán vendidos o transferidos en favor de los beneficiarios (acreedores del fiduciante o de un tercero) en caso de configurarse las situaciones de incumplimiento previstas en el contrato.

En la práctica la mayoría de los contratos tienen origen en el propio fiduciante que, ante la necesidad de conseguir mejores tasas de financiación o financiación directamente, necesita del otorgamiento de cierta garantía que otorgue amplia seguridad al acreedor.

c.2) Principales Ventajas

A continuación, se enumeran las principales ventajas competitivas del fideicomiso en garantía con respecto a otros instrumentos que permiten la consecución de fines similares como son la prenda y la hipoteca:

- En el contrato se encuentra establecido para los bienes fideicomitados un sistema de ejecución extrajudicial el cual se pondrá en funcionamiento en la medida en que se configure la situación de incumplimiento. Aquí el beneficio que se presenta con respecto a otras figuras es que el acreedor no debe someter los bienes a procesos judiciales engorrosos.
- "Al evitarse el procedimiento judicial mediante la realización directa que hará el fiduciario, ello repercutirá en la valorización del bien como objeto de garantía, ya que los costos y tiempo de recupero de la inversión o el préstamo en caso de incumplimiento serán menores."⁷
- En una situación de concurso preventivo o quiebra del deudor, el acreedor no necesita verificar su crédito, ya que los bienes se encuentran fideicomitados en un patrimonio de afectación cuyo dominio imperfecto recae en el fiduciario y no en el fiduciante.

7. Lisoprawski, Silvio y Kiper, Claudio. "Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1995. Pag. 312.

- Se pueden transmitir en fideicomiso cualquier clase de bienes ya sean cosas o derechos, mientras que las garantías reales sólo pueden recaer sobre cosas muebles o inmuebles⁸.
- Puede establecerse un plazo de duración de hasta 30 años sin necesidad de renovación en su inscripción.
- Es importante destacar la versatilidad con que cuenta la figura, debido a que en el acuerdo de voluntades se pueden pactar sobre él diferentes modalidades de administración, definiciones precisas de incumplimiento y formas de liquidación del patrimonio fideicomitado.

c.3) Quiebra del fiduciante

Se ha explicado que los bienes fideicomitados forman parte de un patrimonio de afectación diferente al del fiduciario y al del fiduciante. Esto trae como consecuencia que los bienes no pueden ser agredidos por ninguno de los acreedores de estos sujetos, salvo fraude.

No obstante, existen en el Código Civil y en la Ley 24.522 (denominada de “Concursos y Quiebras”) diferentes acciones que tienden a recomponer el patrimonio concursal.

A continuación se comenta brevemente la posible incidencia de estas acciones en las transmisiones de bienes a fideicomisos en garantía.

Según señala Rivera, “decretada la quiebra se produce el nacimiento de acciones y se facilita la procedencia de otras a través del funcionamiento de ciertas presunciones basadas en la insolvencia declarada. Esas acciones tienen por objeto la reconstitución del patrimonio del fallido mediante la privación de efectos a los actos que posibilitaron el egreso de bienes o importaron una violación de la igualdad de los acreedores”.

La Ley 24.522, a los efectos de evitar que un determinado sujeto “vacíe” su patrimonio y en consecuencia, decretada la quiebra no haya activos para satisfacer las obligaciones contraídas, prevé un mecanismo de revocación de determinados actos.

En primer lugar, en su artículo 118, se establece una declaración de inoponibilidad de pleno derecho en la cual *“son ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en:*

- 1) *Actos a título gratuito.*
- 2) *Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad.*
- 3) *Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.”*

En segundo lugar, se encuentra regulada la acción denominada “revocatoria concursal”. La misma se encuentra prevista en el artículo 119 el cual dispone que *“los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.”*

Por último, para analizar el alcance temporal de estas limitaciones, debemos entender durante qué tiempo la ley “sospecha” sobre determinadas operaciones anteriores a los procesos falenciales y durante qué parte de ese período se podrían llegar a dejar sin efecto las cesiones fiduciarias.

El período de sospecha se encuentra definido como aquel período transcurrido entre la fecha determinada por el juez como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra según la definición del artículo 116. Sin embargo, el mismo artículo dispone que los actos no pueden retrotraerse a los efectos previstos, más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso.

Es decir, en un caso de quiebra directa la retroacción de los actos se aplica desde la declaración de quiebra por parte del juez dos años para atrás y para una situación de quiebra indirecta es aplicable dos años para atrás desde la presentación en concurso preventivo.

En conclusión, de constituirse un fideicomiso en garantía durante el período recién mencionado en beneficio de un crédito que originalmente no gozaba de ninguna preferencia, la transmisión fiduciaria podría llegar a ser calificada como “cualquier otra preferencia” y como tal considerada ineficaz de pleno derecho.

8. A modo de ejemplo, se encuentran los proyectos de construcción de autopistas cuya financiación fue garantizada con el flujo de fondos futuro emergente del peaje.

Capítulo II: tratamiento impositivo del fideicomiso de garantía

A) INTRODUCCIÓN

La Administración Federal de Ingresos Públicos se ha pronunciado en diversas oportunidades generando una gran cantidad de antecedentes cuyo entendimiento, junto con las leyes formales dictadas por el congreso, determinan el tratamiento impositivo aplicable para esta clase de fideicomisos⁹.

Cabe destacar que las distintas interpretaciones del fisco, a través de dictámenes emanados tanto de su Dirección de Asesoría Legal (DAL) como de su Dirección de Asesoría Técnica (DAT), no son vinculantes para los contribuyentes, excepto en los casos en que la Administración otorgue respuesta a una consulta vinculante la cual sí es obligatoria para el fisco y el sujeto que efectuó la consulta.

En concordancia con el planteamiento de los objetivos del presente trabajo, a continuación se analiza el tratamiento impositivo aplicable para aquellos fideicomisos de garantía cuyo fin exclusivo consiste en constituir un medio para garantizar obligaciones.

B) TRATAMIENTO IMPOSITIVO

b.1) Impuesto a las ganancias

Una primera aproximación llevaría al entendimiento que, el fideicomiso de garantía se encontraría dentro de los sujetos previstos por el artículo 49 y, en particular, del artículo 69, inciso a) de la ley del tributo (Ley 20628), debido a que no se estaría dentro de la figura “fiduciante-beneficiario” al ser éstos dos personas distintas (deudor y acreedor respectivamente).

Sin embargo, a través de una serie de dictámenes concordantes¹⁰, la Administración concluyó que el fideicomiso en garantía no es sujeto del impuesto al no desarrollar actividad económica alguna y los resultados generados por la figura deben ser atribuidos al fiduciante a pesar de que los bienes fideicomitados no integren más su patrimonio.

El fundamento principal, radica en que el artículo 5° de la ley de procedimientos fiscales (Ley 11683) manifiesta 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) las sociedades, asociaciones, entidades y empresas que no tengan las calidades previstas en el inciso anterior, y aún los patrimonios destinados a un fin determinado, cuando unas y otros sean considerados por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible.”

La doctrina ha concordado con esta interpretación argumentando que “el patrimonio fideicomitado cumple con una función exclusiva de garantía, lo que supone un rol estático no evolutivo y, si bien constituye una “unidad patrimonial”, no configura una “unidad económica como lo requiere el artículo citado”.¹¹

A los efectos de visualizar lo antedicho, a continuación se transcriben algunos segmentos de los dictámenes mencionados anteriormente cuya valoración no radica exclusivamente en que constituyen el sustento del tratamiento impositivo aplicable sino en que también se observa la aplicación del criterio de interpretación de la realidad económica el cual fue utilizado para definir el tratamiento del resto de los tributos nacionales excepto, como se verá, en el impuesto a la ganancia mínima presunta.

“Es posible examinar las características del fideicomiso en garantía que nos ocupa, el cual, según nuestra apreciación, no realiza una actividad económica sino que como surge de su objeto y de las convenciones que suscribirán las partes, tiene por único fin constituirse para garantizar al banco prestador el recupero del capital prestado al originante con más los intereses.”¹²

“Según resulta de la operatoria en su conjunto y de los instrumentos contractuales en particular, el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir es el Originante [...] Cabe advertir que si bien al constituir el fideicomiso el patrimonio fideicomitado se transfiere en tal carácter al Banco, dicho fondo pasa a ser un instrumento que satisface los roles empresariales y los objetivos del Originante.”¹³

9. Cabe destacar que tanto la AFIP como las diversas Direcciones de Rentas Provinciales, se han pronunciado en todas sus oportunidades sobre fideicomisos de garantía cuyo objeto sea exclusivamente garantizar obligaciones, no haciendo referencia a la situación impositiva de este instrumento para aquellas circunstancias en que se complementa esta función con el desarrollo de actividades económicas.

10. Dictámenes de la Asesoría Técnica (DAT) 19/2003, 48/1997, 34/1996 y Dictámenes 49/1997 y 20/1996 de la Dirección de Asesoría Legal (DAL).

11. Lopez, Lisandro Martin y Magadán Juan Manuel, Los fideicomisos de garantía frente al impuesto a la ganancia mínima presunta, 7° simposio sobre legislación tributaria argentina.

12. Dictamen (DAT) 34/1996.

13. Dictamen (DAL) 20/1996.

“La inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo, lleva también a concluir que tratándose del fideicomiso en garantía tampoco concurre la figura del administrador del fondo, desde que no hay actividad alguna respecto de la cual deben realizarse actos de administración.”¹⁴

En virtud de lo expuesto, los fideicomisos de garantía no son sujetos de impuesto a las ganancias y en caso de que el fondo fideicomitado produzca alguna ganancia gravada la misma deberá ser incorporada en la declaración jurada del fiduciante, lo que en caso de ser una persona física implicaría que la alícuota aplicable será la que arroje la escala del artículo 90 de la ley del gravamen y no directamente la tasa del 35% prevista para los denominados “sujetos-empresa”.

No obstante, sería importante para la seguridad jurídica de los contribuyentes que ya sea a través del agregado de una excepción en el inciso incorporado a continuación del inciso d) del artículo 49 de la ley del tributo (Ley 20628 y sus modificatorias) o mediante una aclaración en el Decreto Reglamentario de la misma (Decreto 1344/98 y sus modificatorios), se regule expresa y formalmente el tratamiento impositivo que ha interpretado la AFIP a través de diversas opiniones de sus Direcciones de Asesoría Técnico-Legal, teniendo en cuenta la no vinculación que poseen las mismas para los contribuyentes y especialmente para la propia Administración.

b.2) Impuesto a la ganancia mínima presunta

b.2.1) Fundamentos y complementariedad

Los denominados “sujetos-empresa” determinan el impuesto a las ganancias sobre la base de sus rentas, rendimientos o frutos gravados y devengados; en consecuencia, se encontrarían, en la mayoría de los casos, fuera del ámbito de imposición las ganancias futuras.

Sin embargo, dentro del sistema tributario argentino se encuentra previsto el impuesto a la ganancia mínima presunta, el cual fue creado con el ánimo de alcanzar una “renta potencial” a través de la presunción de que los activos afectados a la actividad gravada deben producir una ganancia mínima para su sostenimiento.

Consecuentemente, en el caso en que un contribuyente no determine impuesto a las ganancias, ya sea porque posee quebrantos provenientes de ejercicios anteriores o ya sea por la generación de un resultado impositivo negativo, o que el mismo no alcance el mínimo establecido presuntamente, se debe ingresar un impuesto equivalente al 1% del activo impositivo.

Se ha previsto un sistema de complementación a través del cual el impuesto a las ganancias determinado en un período fiscal configura un pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta (IGMP) del mismo período.

A continuación se describen las posibles situaciones que podrían llegar a presentarse:

1. Impuesto a las ganancias determinado mayor al impuesto a la ganancia mínima presunta determinado: únicamente se ingresaría el impuesto a las ganancias debido a que el impuesto determinado en el impuesto a la ganancia mínima presunta sería “anulado” por aquel.
2. Impuesto a las ganancias determinado inferior al impuesto a la ganancia mínima presunta determinado: por un lado, se deberá ingresar el impuesto a las ganancias y por el otro, se deberá ingresar el impuesto a la ganancia mínima presunta por la diferencia entre ambos impuestos determinados.
3. Impuesto determinado en ganancias inferior al IGMP o igual que cero: se deberá ingresar el impuesto a la ganancia mínima presunta únicamente.

Cabe aclarar que en los casos 2) y 3), el impuesto a la ganancia mínima presunta determinado podrá ser computado como pago a cuenta del impuesto a las ganancias en la medida que, en alguno de los diez (10) ejercicios fiscales siguientes al de su origen, se verifique un excedente de impuesto a las ganancias no absorbido por el impuesto a la ganancia mínima presunta.

En resumen, en el caso en que no se produzcan ganancias impositivas devengadas (netas de deducciones) o las mismas sean inferiores a las presumidas por ley, se deberá ingresar un impuesto a la ganancia mínima presunta, el cual con las limitaciones expuestas, podrá ser utilizado hasta en los diez ejercicios siguientes como pago a cuenta del impuesto a las ganancias.

b.2.2) Tratamiento impositivo

La Dirección de Asesoría Técnica a través del Dictamen 17/2004¹⁵, concluyó que los fideicomisos en garantía son sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta y en consecuencia, el fiduciario en carácter de responsable por deuda ajena, debe gravar los bienes fideicomitados a la alícuota del 1% .

Los argumentos que fundamentan esta interpretación, se basan en que la ley del impuesto (Ley 25063, parte pertinente) en su artículo segundo incluye a los fideicomisos, excepto a los de tipo financiero, como

14. Ídem nota al pie anterior.

15. Criterio ratificado luego por el Dictamen 60/2005.

sujetos del impuesto¹⁶, y por el principio de reserva legal, una norma reglamentaria de carácter inferior no puede excluir a un sujeto consagrado por ley formal sino únicamente esto sería posible a través una modificación legislativa.

Si bien como se comentó al analizar el tratamiento aplicable en el impuesto a las ganancias, la realidad económica subyacente evidencia que el fideicomiso realiza una actividad estática y es claro que el fiduciante utiliza al mismo como un medio para la consecución de sus fines, el inciso f) del artículo 2 de la ley 25.063 no excluye a los fideicomisos de garantía como sujeto pasivo del impuesto.

El argumento empleado por la Autoridad Fiscal se encuentra fundamentado en el orden de prelación de las leyes, lo cual genera una contradicción con la forma de desarrollar su opinión dado que dictámenes anteriores en materia de impuesto a las ganancias había utilizado otro criterio de interpretación.

Cabe destacar que la doctrina ha mantenido una opinión contraria a la pretendida por la Administración, con fundamento en los siguientes puntos:

1. Contradicción con los antecedentes existentes frente al Impuesto a las Ganancias y, en particular, respecto de lo señalado por el Fisco con relación a otro impuesto de tipo patrimonial como es el caso del Impuesto sobre los Bienes Personales (ver punto b.4).
2. Desconocimiento de todo tipo de complementariedad entre el Impuesto a las Ganancias y el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.
3. Separación con respecto al tratamiento contable aplicable, el cual evidencia la naturaleza de estos contratos.¹⁷

Cabe comentar que hubo una presentación ante el Congreso de la Nación de un proyecto de reforma de la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta el cual excluye a los fideicomisos de garantía dentro de los sujetos del impuesto¹⁸.

Sería recomendable que se aproveche esta oportunidad para realizar la regulación formal que requiere el instrumento en lo que respecta a este impuesto que, en conjunción con las modificaciones que demanda la normativa del impuesto a las ganancias, generaría un tratamiento impositivo claro conforme se ha comentado anteriormente.

b.3) Impuesto al valor agregado

La ley del tributo (ley 23349 y sus modificaciones), en su artículo segundo, incluye como sujetos del impuesto a los agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo, siempre y cuando se verifique sobre ellos algunos de los hechos imponible previstos.

Concordantemente con pronunciaciones anteriores de la Administración y con la ley del impuesto en cuestión, el Dictamen (DAT) 19/2003 expresa que *“en cuanto al impuesto al valor agregado, el artículo 4° de la Ley del gravamen prevé que resultan sujetos pasivos del mismo quienes realicen alguna actividad gravada. En consecuencia, la inscripción de los fondos fiduciarios que nos ocupan depende de la generación o no de los hechos imponibles definidos por el aludido plexo normativo”*.

Es decir, en lo que respecta al impuesto al valor agregado, el punto a dilucidar es si los bienes fideicomitados son o no generadores de alguno de los hechos imponibles previstos en la ley del tributo, dado que en el caso de configurarse esta situación el encargado de tributar el impuesto será el fideicomiso.

En tal sentido, partiendo de la premisa de la inexistencia de actividad alguna en el caso de un fideicomiso en garantía, no correspondería tributar el impuesto.

b.4) Impuesto sobre los bienes personales

El Dictamen 59/1999 (AFIP) concluyó que desde el momento en que los fideicomisos son sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, el fiduciario en representación del fideicomiso deja de someterse al régimen de responsabilidad sustitutiva y por lo tanto, el ingreso del tributo corresponde a cada beneficiario.

Con respecto a la aplicación de la responsabilidad sustitutiva sobre “acciones y participaciones societarias” dispuesta por el artículo 25.1 de la ley del impuesto en cuestión (Ley 23.966 y sus modificatorias), cabe comentar que el Decreto Reglamentario de la misma (Decreto 127/96 y sus modificatorios), en su artículo 20.2, aclara que este mecanismo es de aplicación para las sociedades comprendidas en la Ley 19550.

En virtud de lo expuesto, el fideicomiso en garantía no se encuentra sometido al régimen de responsabilidad sustitutiva y por otra parte al ser sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta, no es sujeto pasivo del impuesto sobre los bienes personales

16. El inciso f) del artículo 2 de la ley en cuestión dispone que son sujetos del impuesto *“los fideicomisos constituidos en el país conforme las disposiciones de la ley 24.441, excepto los fideicomisos financieros en los artículos 19 y 20 de dicha ley”*.

17. El Tribunal Fiscal de la Nación en el fallo “Industrias plásticas D’Accord SRL c/DGI” sostuvo que en los casos en que no haya directiva impositiva expresa no cabe apartarse de los criterios contables.

18. Según comentarios expuestos en el curso “Fideicomisos - actualización impositiva” llevado a cabo en la Asociación Bancaria Argentina con fecha 29/06/2007.

b.5) Impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operaciones

b.5.1) Introducción

Cabe aclarar que no es objeto de este trabajo explicar los fundamentos del sistema tributario argentino. Sin embargo, toda la doctrina concuerda que el objetivo de este tributo no es alcanzar ninguna manifestación de capacidad contributiva sino exclusivamente recaudatorio.

La Ley 25.413 (B.O. 26/03/01) denominada Ley de Competitividad, creó el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuenta Corriente Bancaria ("IDYC"), cuya alícuota general vigente es del 0,6%, a aplicar sobre dichos créditos y débitos. La mencionada norma fue reglamentada a través del Decreto 380/01 y sus modificaciones, junto con una serie de regulaciones dictadas por la AFIP.

El impuesto recae, entre otras operaciones, sobre los débitos y créditos -de cualquier naturaleza- efectuados en cuentas corrientes abiertas en las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, con excepción de los expresamente excluidos por la ley y la reglamentación. Las entidades financieras se encuentran obligadas a actuar como agente de liquidación y percepción del impuesto.

El decreto reglamentario en su artículo 13 dispone que los titulares de la cuentas bancarias gravadas podrán computar como pago a cuenta, indistintamente, contra el impuesto a las ganancias y el impuesto a la ganancia mínima presunta, el 17% y 34% de los importes liquidados a la alícuota del 1,2%¹⁹ y 0,6% (sobre las sumas acreditadas en dichas cuentas). El cómputo podrá efectuarse en la declaración jurada anual de los tributos mencionados o en sus respectivos anticipos.

En caso de producirse un remanente no compensado, el mismo no generará un saldo de libre disponibilidad en la respectiva declaración jurada sino dicho importe deberá ser conservado en los papales de trabajo del contribuyente y podrá ser utilizado, hasta su agotamiento, en otros períodos fiscales de los citados tributos.

b.5.2) Puntos conflictivos

b.5.2.1) Tratamiento impositivo

En el caso específico de un fideicomiso en garantía cuyos activos fideicomitados se encuentren representados por un flujo de fondos futuro o por efectivo, el tratamiento fiscal aplicable se va a encontrar delimitado por el tipo de interpretación sobre la normativa vigente que realice el contribuyente, el cual podrá optar por dos criterios:

Literal: si nos enfocamos en la literalidad de la norma, llegaríamos a la conclusión que tanto las acreditaciones (en el supuesto de transmisión de efectivo al fideicomiso o cobro de intereses y cuotas de amortización de capital correspondientes a cesión de créditos) como los débitos bancarios generados por el pago al beneficiario-acreedor por incumplimiento del fiduciante-deudor o la devolución de los fondos a éste por el cumplimiento de su obligación, se encontrarían alcanzados por el impuesto a la alícuota general, excepto en el caso de que el fiduciario sea una entidad financiera donde se encuentra prevista una alícuota reducida para los créditos, dado que en todos los casos se registran movimientos bancarios entre distintas cuentas cuyos titulares son personas diferentes.

Realidad económica: Este interpretación limita al fideicomiso en garantía como un simple vehículo estático el cual le permite al deudor continuar con sus fines empresariales. Consecuentemente y teniendo en cuenta los antecedentes del fisco para esta clase de fideicomisos en materia de impuesto a las ganancias, estarían únicamente alcanzados los débitos registrados en la cuenta bancaria del fideicomiso generados en el pago de la obligación no satisfecha por sus vías comunes.

Las acreditaciones y los débitos correspondientes a la devolución del activo al patrimonio del deudor-fiduciante por cumplimiento de su obligación, se asimilarían al concepto de "transferencias de fondos efectuadas con destino a otras cuentas corrientes abiertas a nombre del ordenante de tales transferencias" por lo que se encontrarían exentas del tributo.

La autoridad fiscal se ha inclinado por la primera línea interpretativa a través del siguiente razonamiento:

El artículo 7 del decreto reglamentario de la ley del tributo, define algunas situaciones en las que resulta procedente la aplicación de alícuota reducida. El punto V) del inciso a) determina *"la alícuota del 0,75 por mil para los créditos, cuando se trate de cuentas corrientes de los contribuyentes que se indiquen seguidamente, en tanto en las mismas se registren únicamente débitos y créditos generados por su actividad" [...] "Fideicomisos en garantía en los que el fiduciario sea una entidad financiera regida por la ley 21.526 y sus modificaciones"*

A raíz de lo expuesto, se fundamenta la regulación que posee la figura en el impuesto en cuestión, a la cual le corresponde la aplicación de la alícuota general del 0,6%, excepto que proceda el tratamiento preferencial antes mencionado.

19. Cabe aclarar que esta alícuota resulta de aplicación para otras operaciones de movimientos de fondos en las cuales no se han utilizado las cuentas bancarias.

La pretensión fiscal se vio ratificada en una respuesta otorgada por la Dirección de Asesoría Técnica, a través del Dictamen 26/2003, en la cual un contribuyente argumentó que *“todos los movimientos entre las cuentas abierta a nuestro nombre y las registradas a nombre del fideicomiso se deben entender como movimientos entre nuestras propias cuentas corrientes y, en consecuencia, no están alcanzadas por el impuesto, al que sólo se sujetarían los movimientos en que se involucren cuentas de terceros, constituyendo en este último caso y hasta los límites permitidos un crédito a su favor”*.

Por su parte, el organismo de contralor en materia impositiva concluyó que *“El artículo 7° del Anexo del Decreto mencionado enumera los hechos imponibles previstos en el artículo 1° de la reglamentación respecto de los cuales se aplicará una Alícuota reducida”. [...] “De lo expuesto surge que la estructura contractual utilizada por la rubrada en la operatoria descrita – fideicomiso en garantía – resulta sujeto pasivo del impuesto que nos ocupa, quedando alcanzados por éste los débitos y créditos registrados en las cuentas abiertas en su nombre por el fiduciario”*.

En mi opinión considero que, nuevamente la Administración se ha apartado de la aplicación del criterio de la realidad económica, generando una altísima carga fiscal en cabeza de la figura dado que, si partimos del precepto que la misma constituye un medio de garantía de una obligación tal como la prenda y la hipoteca (reconocido por la propia AFIP en la interpretación de otros impuestos), no debería diferir el tratamiento fiscal aplicable con respecto a éstas por el mero hecho que en el caso de fideicomisos la garantía se encuentre en un patrimonio de afectación diferente al del deudor (motivo por el cual se producen las transferencias).

Por otra parte, al encuadrar al vehículo en análisis como sujeto pasivo del impuesto a la ganancia mínima presunta la Administración manifestó la imposibilidad de exclusión, a través de una norma reglamentaria de carácter inferior, de la subjetividad consagrada en ley formal, pero en este caso la subjetividad, valga la redundancia, fue otorgada por el poder ejecutivo haciendo uso de las inmensas facultades que la ley del impuesto a los débitos y créditos bancarios otorgó al mismo. Por lo tanto, la violación al principio jurídico de “orden de prelación de las leyes” no sería un impedimento para que el fisco utilice el criterio de interpretación de la realidad económica para definir el tratamiento fiscal aplicable del fideicomiso en garantía en el impuesto sobre los créditos y débitos bancarios.

Cabe advertir que en la práctica, en la mayoría de los casos, los bienes fideicomitados constituyen el fondo con el cual se satisface la obligación del beneficiario, no quedando este patrimonio inmovilizado. Igualmente, se encontraría alcanzado el movimiento inicial de fondos entre el fiduciante y el fideicomiso lo cual parece excesivo.

En resumen, entiendo que debería modificarse la normativa a los efectos de eximir los movimientos de fondos entre el fiduciante y el fideicomiso o sino mínimamente generalizar el tratamiento preferencial de alícuota reducida para todos los fideicomisos de garantía sin importar quien sea el sujeto que reviste la calidad de fiduciario.

b.5.2.2) Pago a cuenta

Como se señalara al definir los lineamientos generales del tributo, el 17% o el 34% según sea la alícuota del impuesto generado sobre los créditos bancarios del 1,2% o 0,6% respectivamente, puede ser utilizado como pago a cuenta, indistintamente, en el impuesto a las ganancias y en el impuesto a la ganancia mínima presunta.

Cabe aclarar que, en aquellos casos que el fiduciario sea una entidad financiera y se aplique la alícuota preferencial del 0,075% no hay crédito fiscal alguno.

A partir del Dictamen 17/2004 (DAT), los fideicomisos en garantía son sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por lo que el régimen de pago a cuenta mencionado sería totalmente aplicable ya que coincide el titular de la cuenta bancaria con el sujeto de la obligación tributaria del impuesto mencionado.

Como se mencionó oportunamente, esta clase de fideicomisos no son sujetos del impuesto a las ganancias sino que cada fiduciante deberá incorporar su participación en el resultado del mismo en su declaración jurada conforme su participación.

En caso de realizar una interpretación literal del artículo 13 del decreto reglamentario, no sería aplicable el cómputo como pago a cuenta contra el impuesto a las ganancias debido a que el sujeto del impuesto no es el fideicomiso sino el fiduciante y el beneficio fiscal se encuentra previsto para los titulares de las cuentas bancarias que en este caso sería el fiduciario en representación del fideicomiso.

Si bien cabe mencionar que, a la fecha no hay antecedentes sobre los cuales la administración haya impugnado el cómputo como pago a cuenta en cabeza del fiduciante, no implica que en el futuro, a través de una determinación, la pretensión fiscal pueda llegar a existir.

No obstante y en contraposición a la posibilidad recientemente expuesta, considero que sería procedente el cómputo del pago a cuenta por parte del fiduciante utilizando el criterio interpretativo de la

realidad económica a través del cual se observa que esta clase particular de fideicomisos son meros medios de garantía, los cuales no desarrollan actividad económica alguna, por lo cual sería más que razonable permitirle al sujeto que tiene interés empresarial (fiduciante) utilizar el crédito por más que no sea el titular de la cuenta bancaria.

Ratificando lo expuesto en el párrafo anterior, se encuentra previsto para el caso de las sociedades de personas²⁰, en las cuales la problemática es similar ya que el sujeto de la obligación tributaria del impuesto a las ganancias difiere con el del impuesto a los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operaciones de movimientos de fondos, un sistema de utilización por parte de los socios de los créditos generados por la sociedad.

En virtud de lo expuesto, se podría concluir que existen suficientes argumentos para sostener la procedencia del cómputo del pago a cuenta por parte del fiduciante en el impuesto a las ganancias ante una eventual impugnación fiscal.

No obstante, es importante resaltar que en el caso en que se modifique la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta, esta disociación de sujetos que se produce en el impuesto a las ganancias también se presentaría en este impuesto generando que el crédito fiscal no sea utilizable como pago a cuenta en ningún tributo ni por el fideicomiso ni por el fiduciante.

Considero que es menester, a los efectos de otorgar mayor claridad fiscal a la figura, que al modificarse el impuesto a la ganancia mínima presunta se prevea esta situación reformando el decreto reglamentario del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias con el objeto de que el fiduciante pueda computar el crédito fiscal proveniente de este impuesto.

b.6) Impuesto de sellos

b.6.1) Introducción

Se trata de un impuesto aplicable a nivel provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual alcanza, en general, a los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso, formalizados en el territorio provincial, que se instrumenten a través de documentos públicos o privados que exterioricen la voluntad de las partes.

Según señala Soler²¹, los requisitos básicos que deben concurrir para dar nacimiento a la obligación tributaria serían los siguientes:

1. Existencia de actos jurídicos
2. Formalizados en instrumentos públicos o privados.
3. Otorgados en la jurisdicción que ostenta la potestad tributaria o tengan efectos en ella.

Como surge de las características generales del impuesto, lo que el mismo intenta alcanzar es el acto pero sólo en el documento portante en que éste se contiene, con abstracción de su posterior cumplimiento.

Cada jurisdicción en su Código Fiscal presenta un capítulo en el cual se encuentran determinadas las características particulares del tributo en su ámbito de aplicación, como ser sujeto, objeto, ámbito de aplicación, determinación e ingreso del impuesto, etc. Sin embargo esta autonomía se encuentra limitada dado que, todas las provincias más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han adherido a la Ley 22.006, modificatoria del Régimen de Coparticipación Federal, por lo que éstas deben ajustarse a los lineamientos generales allí previstos.

Consecuentemente y según se desprende de las características de la mencionada ley de coparticipación federal, las características generales del impuesto serían las siguientes:

- *Los impuestos sólo podrán recaer sobre actos, contratos u operaciones de carácter oneroso, instrumentados, sobre contratos a título oneroso formalizados por correspondencia y sobre operaciones monetarias que representen entregas o recepciones de dinero que devenguen interés, efectuadas por entidades financieras.*
- *Cuando se trate de operaciones concertadas en un jurisdicción que deban cumplirse en otra u otras, se deberá incorporar a la legislación respectiva cláusulas que contemplen y eviten la doble imposición interna.*
- Se establece una definición uniforme del concepto de "instrumento".

Una vez comentadas las características generales, se pasa a analizar el tratamiento impositivo aplicable en la Ciudad autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires.

20. El artículo 13 prevé para los sujetos, que no sean los previstos en el artículo 69 de la ley del impuesto a las ganancias, que "crédito se atribuirá a cada uno de los socios, asociados o partícipes, en la misma proporción en que participen de los resultados impositivos de aquellos. No obstante, la imputación a que se refiere el párrafo anterior, sólo procederá hasta el importe del incremento de la obligación fiscal producida por la incorporación en la declaración jurada individual de las ganancias de la entidad que origina el crédito".

21. Osvaldo H. Soler, El impuesto de sellos, La Ley, 2001, Pag.17.

b.6.2) Ciudad autónoma de Buenos Aires

Con respecto a esta jurisdicción en particular, cabe recordar que en su ámbito de aplicación sólo se aplica el impuesto de sellos respecto de la formalización de escrituras públicas por las que se transfiera el dominio de inmuebles situados en dicha jurisdicción, y aquellas escrituras traslativas de dominio de buques -siempre que no sean para uso comercial-, yates, naves, aeronaves y similares. Los restantes actos o instrumentos formalizados en la misma no se encontrarán alcanzados por el impuesto.

Asimismo, se encuentran gravadas las transferencias de dominio de inmuebles que se realicen con motivo de aportes de capital a sociedades, transferencias de establecimientos comerciales o industriales, y disolución de sociedades y adjudicación a los socios.

A continuación se enumeran diferentes situaciones en las cuales se efectúa una transferencia de inmuebles cuyo tratamiento frente al impuesto en cuestión podría presentar algunas dudas:

Contrato de fideicomiso: el contrato cuenta con la característica de onerosidad debido a que el fiduciario recibe como contraprestación del encargo el pago de un honorario. Sin embargo, este instrumento se encuentra fuera del objeto del impuesto de sellos en el ámbito de aplicación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Transferencia de bienes por parte del fiduciante al fiduciario: la única transferencia gravada es la de inmuebles realizada a título oneroso. Por lo tanto, el punto a dilucidar es si la transferencia fiduciaria es a título oneroso o no.

Con respecto a este punto, cabe aclarar que la misma sería a título de confianza en favor del fiduciario dado que, en el fideicomiso de garantía, el fiduciante no recibe ninguna contraprestación. No debe confundirse el contrato de fideicomiso el cual si es oneroso, con el instrumento que genera el traslado de dominio que es la escritura pública. Si bien este último se encuentra previsto como hecho imponible gravado, no sería aplicable para este caso puntual dado que no se verificaría la onerosidad del acto.

Transferencia del fiduciario al fiduciario sustituto con motivo de una causal de remoción prevista en el contrato: generalmente en los contratos de fideicomiso se disponen cláusulas de remoción, por lo que es necesario prever la existencia de un fiduciario sustituto.

En cuanto al tratamiento aplicable a ésta última transferencia para el caso de un inmueble son aplicables lo comentarios manifestados en el punto anterior.

Transferencia del fiduciario al fiduciante: no se encontraría gravada la transferencia dado que el fiduciante no efectúa ninguna contraprestación sino que simplemente ha satisfecho su obligación por lo cual los bienes se restituyen en su patrimonio.

Transferencia del fiduciario al beneficiario: este sería el único caso particular en el cual se encontraría gravada la escritura pública dado que la transferencia es onerosa debido a que el beneficiario se encuentra ejecutando su derecho de preferencia cuyo nacimiento tiene origen en alguna prestación o entrega de bienes anterior efectuada a favor del fiduciante. La alícuota a aplicar ascendería al 2,5%.

No obstante, cabe advertir que la Dirección de Rentas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se ha expedido aún particularmente para las transferencias de inmuebles a "título de confianza". Consecuentemente, existiría cierto riesgo de que la Dirección pueda interpretar que el acto se encuentra realizado a título oneroso y por lo tanto alcanzado por el impuesto de sellos.

Con respecto a este punto, la Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas ha realizado un pedido a la Dirección solicitando "*establecer normas en el ámbito de la Ciudad que lleven tranquilidad y certeza a los desarrollistas que realizan su actividad en el ámbito de la misma, como así también a quienes constituyen fideicomiso mediante la transmisión del dominio fiduciario de inmuebles con el fin de afianzar obligaciones propias o de un tercero*".

En virtud de lo expuesto, sería recomendable a los efectos de otorgar mayor seguridad jurídica y transparencia a las operaciones desarrolladas a través de este instrumento, que se regule expresamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires conforme se ha comentado en el presente punto.

b.6.3) Provincia de Buenos Aires

En el Dictamen 72/95, la Dirección Provincial de Rentas de Buenos Aires diferenció claramente el tratamiento a dispensar al contrato de fideicomiso de la transmisión fiduciaria del bien contenida en la escritura pública, entendiéndose que ésta última no contiene una contraprestación que la torne onerosa, y por ende gravable.

En un dictamen posterior, del 3/7/98, el organismo opinó que la transmisión del dominio fiduciario al Banco Hipotecario S.A. por parte de una empresa constructora es un acto que no se encuentra alcanzado por el impuesto de sellos; por su parte, el mandato que conlleva la operatoria en cuestión se halla sometido al tributo, en tanto se ha fijado una retribución a favor del fiduciario.

b.6.4) Jurisdicciones restantes

En el resto de las jurisdicciones, los actos y operaciones vinculados con la constitución, operatoria y extinción del fideicomiso se encontrarían sujetos a imposición, en la medida que se encuentren previstos como hechos imponibles.

Cabe comentar que las jurisdicciones de Entre Ríos, Santa Fé y Córdoba, a través de leyes provinciales o mediante interpretaciones han excluido del objeto del tributo a la transferencia de bienes a un fideicomiso.

b.7) Impuesto sobre los Ingresos Brutos

b.7.1) Introducción

El impuesto sobre los ingresos brutos es un tributo de carácter local que recae sobre el ejercicio de una actividad económica siempre y cuando se realice en forma habitual y a título oneroso sin importar el resultado obtenido ni la naturaleza del sujeto que la preste, salvo que se mencione expresamente lo contrario.

Al igual que en el impuesto de sellos, cada jurisdicción en su Código Fiscal determina los caracteres principales del tributo como ser: sujeto, objeto, exenciones, base imponible, determinación, ingreso del gravámen, etc.

Por otra parte, la mayoría de los Congresos Provinciales año tras año sancionan una Ley Tarifaria que determina las alícuotas a aplicar sobre la base imponible definida y determinada para cada actividad en el código fiscal respectivo²².

b.7.2) Tratamiento impositivo

b.7.2.1) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con respecto a la aplicación del tributo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra expresamente previsto en su Código Fiscal la exclusión como sujetos del impuesto para el caso particular de fideicomisos de garantía²³.

Es decir, en el supuesto que el fideicomiso obtenga ingresos gravados por el impuesto, éstos no serían atribuidos a él sino que serían declarados por el propio fiduciante quien es el que, según se observa de la realidad subyacente de la operación, continúa realizando un fin empresarial.

b.7.2.2) Provincia de Buenos Aires

En el caso de esta jurisdicción cabe destacar que no se encuentran los fideicomisos de garantía excluidos en forma expresa del ámbito de aplicación del tributo. Por lo tanto, en caso de generarse ingresos gravados en principio correspondería que el fideicomiso declare en cabeza propia el impuesto sobre los ingresos brutos.

No obstante, tanto en esta jurisdicción como en todas las legislaciones provinciales restantes que no poseen un tratamiento específico para esta clase de fideicomisos, se encuentra previsto el principio de interpretación de la realidad económica a través del cual se podría concluir que los fideicomisos no son sujetos del tributo al constituir un medio para la consecución de un fin que persigue un tercero.

Por otro lado, corresponde mencionar que a la fecha no hay antecedentes en los cuales el fisco haya pretendido que el fideicomiso en garantía se inscriba en el impuesto, ni ha cuestionado la declaración del mismo en cabeza del fiduciante. A su vez, no existiría perjuicio fiscal siempre y cuando los ingresos gravados sean tributados por alguno de los dos sujetos.

En conclusión, cada contribuyente podrá adoptar la posición que más le convenga en función de sus argumentos y evaluando los riesgos existentes. Por otra parte, es menester para la seguridad jurídica de la figura que, ya sea a través de leyes provinciales modificatorias de los códigos fiscales o vía reglamentación, se regule claramente el tratamiento fiscal aplicable para los fideicomisos en garantía en el impuesto sobre los ingresos brutos.

b.7.2.3) Jurisdicciones restantes

El resto de las jurisdicciones se encuentran en la misma situación pasiva que se encuentra la Provincia de Buenos Aires, por lo que son aplicables los comentarios dispuestos en el punto anterior.

22. Las leyes tarifarias a su vez disponen las alícuotas a aplicar en materia de impuesto de sellos sobre cada instrumento en particular.

23. En su artículo 13 dispone que "Son contribuyentes, en tanto se verifique a su respecto el hecho imponible que les atribuyen las normas respectivas, en la medida y condiciones necesarias que estas prevén para que surja la obligación tributaria:...6) los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a lo establecido en la Ley Nacional N° 24.441, excepto los constituidos con fines de garantía."

b.7.2.4) Convenio Multilateral

Como primer punto, cabe destacar que no es muy probable que un fideicomiso de garantía registre ingresos alcanzados por el impuesto en cuestión debido a que, por un lado, no es un vehículo directo de obtención de ingresos sino es un medio para garantizar obligaciones y por otro lado, la realidad subyacente indicaría que el sujeto pasivo del tributo no es el fideicomiso sino el fiduciante.

No obstante, en caso de que el fideicomiso tenga registrado en su contabilidad alguna ganancia y a su vez, tenga gastos y/o ingresos atribuibles en una o más jurisdicciones serían aplicables las normas de Convenio Multilateral.

Al respecto, cabe comentar que dicha normativa prevé un mecanismo de distribución de ingresos brutos totales denominado “Régimen General” el cual se encuentra previsto en el artículo 2 del Convenio. Éste sería el sistema aplicable para todos los casos comprendidos en el mismo, excepto cuando la actividad del contribuyente se encuentre regulada por un régimen especial en cuyo caso prevalecerá este último.

Por lo tanto, si un fideicomiso de garantía obtiene ingresos alcanzados en el impuesto sobre los ingresos brutos y a su vez, se encuentra dentro del alcance de las normas de Convenio Multilateral, a los efectos de determinar qué régimen le es aplicable se deberá analizar la realidad económica de la operación conjuntamente con la naturaleza de los bienes fideicomitados.

Finalmente, una vez asignada la base imponible a cada jurisdicción, resultarán de aplicación las normas particulares locales.

b.8) Conclusión personal

Según se observa en el análisis desarrollado en los puntos precedentes, existen pronunciamientos por parte de las autoridades fiscales tendientes a “salvar” los vacíos legales que presentan las diversas leyes de cada tributo en particular.

Sin duda, este no es el escenario ideal que debería encontrarse planteado para una figura tan beneficiosa como lo es el fideicomiso de garantía dado que debería estar previsto en forma clara en las leyes impositivas el tratamiento que corresponda a cada tributo con el objeto de brindar mayor transparencia y seguridad jurídica al instrumento.

Es menester que, conjuntamente con el dictado por parte del Congreso de la Nación de una ley formal modificatoria del impuesto a la ganancia mínima presunta, se excluya también expresamente al fideicomiso como sujeto del impuesto a las ganancias.

De mantenerse estas “lagunas jurídicas” el fisco estaría facultado en un futuro a emitir interpretaciones contradictorias, las cuales podrían generar con respecto a temas impositivos mayores inconvenientes y a su vez, que no se cumpla íntegramente con el principio de legalidad.

En materia de impuesto a los débitos y créditos en cuentas bancarias (IDYC), sería razonable la aplicación de la alícuota preferencial para todos los fideicomisos de garantía sin importar la naturaleza del fiduciario.

De no ser así y a su vez concretarse la modificación del impuesto a la ganancia mínima presunta, debería preverse en el decreto reglamentario del IDYC la posibilidad del cómputo del mismo como pago a cuenta del IGMP e IG por parte del fiduciante, el cual sería aplicable para aquellas situaciones en las cuales no corresponda utilizar la alícuota preferencial.

En lo que corresponde al impuesto de sellos, es menester que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regule la transferencias de inmuebles, las cuales a mi entender y según los hechos impositivos alcanzados actualmente, deberían estar excluidas del tributo al no existir la onerosidad, excepto en aquellas situaciones en las que se transfiera el dominio del inmueble al beneficiario del fideicomiso.

Por último, en lo que respecta al impuesto sobre los ingresos brutos se observa que la mayoría de las jurisdicciones a la fecha no han incluido normas expresas que regulen al fideicomiso de garantía.

Al igual que en el ámbito nacional, resulta de vital importancia contar con leyes provinciales que contengan normativa particular acerca de este instrumento.

Asimismo, es menester que la regulación de la figura tenga como fuente de derecho a las leyes emanadas de la esfera legislativa dado el nivel de seguridad jurídica y transparencia con que ellas cuentan.

En conclusión, es sumamente necesario que el sistema tributario argentino cuente con regulación impositiva particular en lo que respecta al fideicomiso de garantía fundamentalmente teniendo en consideración la importancia que posee el instrumento para la actividad económica en general.

Conclusión general

El fideicomiso de garantía presenta grandes beneficios con respecto a otras alternativas tradicionales como son la prenda y la hipoteca. Como se comentó en el desarrollo del trabajo, principalmente las ventajas radican en la creación de un patrimonio de afectación diferente al del fiduciario y del fiduciante, en la flexibilidad con respecto a los bienes que garantizan las obligaciones y en la posibilidad de fijar un procedimiento de ejecución diferente al tradicional proceso judicial.

Todas estas ventajas no sólo generan una figura ágil acorde a los tiempos en que vivimos, sino una reducción en la tasa de interés debido a los menores costos que se registran y al mayor valor que ostentan los activos fideicomitidos.

La crisis de fines del 2001, no sólo ha afectado al sector financiero sino a toda la economía en general generando desconfianza en los mercados argentinos. El fideicomiso en sentido amplio ha contribuido para mejorar esta situación constituyéndose en un medio de consecución de fines empresariales simple pero redituable a la vez.

En el caso particular del fideicomiso en garantía, se podrían presentar grandes ventajas para aquellos sujetos que se encuentran imposibilitados para acceder al crédito al encontrar una veta demostrativa de una garantía habilitada y respaldatoria de una obligación.

Por otra parte, los agentes económicos tienen la posibilidad de aprovechar tanto las ventajas impositivas como las ventajas legales que presenta la figura si estructuran las operaciones de forma adecuada.

En este último punto, la "variable impositiva" juega un rol fundamental al presupuestar los costos de las operaciones en un país con una fuerte carga tributaria.

En el ámbito nacional se ha visto un papel activo en los últimos años por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos al regular a los fideicomisos en general y especialmente a los de tipo financiero.

En los fideicomisos de garantía se han logrado avances importantes fundamentados en el principio de la realidad económica principalmente en el impuesto a las ganancias.

No obstante, en materia de impuesto a la ganancia mínima presunta se presenta un escenario no del todo muy satisfactorio desde la existencia del Dictámen 17/2004 al existir claras contradicciones con opiniones anteriores de la misma Administración y principalmente, al no respetar la complementariedad con el impuesto a las ganancias.

Si bien, como se ha comentado, se ha presentado un proyecto de ley con el objetivo de excluir a estos fideicomisos de los sujetos previstos por la ley del gravamen, a la fecha no se encuentra el mismo sancionado por ninguna de las dos cámaras del Congreso Nacional.

Con respecto al ámbito provincial, en el caso del impuesto sobre los ingresos brutos considero preocupante que sólo una de las veinticuatro jurisdicciones haya tomado posición frente al tratamiento fiscal aplicable con respecto a esta clase de fideicomiso.

Es menester contar con mayores y mejores regulaciones tributarias en las distintas jurisdicciones a los efectos de otorgar mayor certeza jurídica a los participantes y más aún en un ámbito federal en el cual cada Dirección de Rentas presenta características muy disímiles.

Si bien esto es válido debido a que cada una es autónoma de dictar sus propias leyes, en muchas ocasiones el mercado visualiza un riesgo muy grande que, en algunas situaciones genera el análisis de invertir en otras alternativas, jurisdicciones o quizá países.

En cuanto al impuesto de sellos considero que la realidad es un poco más alentadora debido a que, como se ha comentado, existen varias jurisdicciones que ya se han manifestado. Sin embargo, es importante que todas aquellas restantes jurisdicciones que a la fecha no lo han hecho, lo hagan.

La situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires merece una atención particular dada la cantidad de contratos que se instrumentan allí. Si bien se ha presentado un pedido de aclaración por parte de la Cámara de Fideicomisos para el caso puntual de transmisiones de inmuebles, a la fecha no hay novedades.

El derecho siempre se encuentra un paso detrás de las necesidades del mercado debido a que, generalmente es éste mismo quien ejerce su influencia modificando y creando nuevas regulaciones que permiten estructurar las nuevas operaciones que los agentes económicos pretenden desarrollar.

Si bien el fideicomiso en garantía no cuenta con tanta data en el mercado argentino, es importante que en corto plazo tanto a nivel nacional como a nivel provincial se aclaren todas las cuestiones que a la fecha no han sido solucionadas principalmente a través de leyes emanadas de los poderes legislativos a los efectos de otorgar mayor seguridad jurídica como transparencia impositiva a la figura.

Como aspectos positivos, se destaca el crecimiento constante del análisis doctrinario en este último tiempo, que sumándole la experiencia práctica con la que actualmente contamos en Argentina y en el derecho comparado, podría ser utilizado por parte del estado, en sus diversas manifestaciones, para continuar regulando la figura.

Los beneficios legales e impositivos con que cuenta el fideicomiso en términos amplios, generan ventajas competitivas con respecto a otros vehículos alternativos que permiten interpretar que la utilización de la especie “de garantía”, como la del resto de las clases, seguirá creciendo en los próximos años.

Finalmente, en caso de concretarse todas las modificaciones que requiere la figura en el sistema tributario conjuntamente con decisiones razonables por parte de los tribunales que puedan llegar a surgir, y a la vez teniendo especial atención en las particularidades con que cuenta el instrumento, considero que la variable impositiva podría convertirse en un elemento que contribuya eficientemente con el desarrollo del fideicomiso de garantía como medio idóneo para garantizar obligaciones.

Bibliografía

- Nicolás Malumián, Adrián Diplotti y Pablo Gutiérrez, Fideicomiso y Securitización, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- Almoño N. Hugo y Calcagno Gabriel, Revista “CEO ARGENTINA”, PricewaterhouseCoopers. 2007.
- Lisoprawski, Silvio y Kiper, Claudio, Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización. Ediciones Desalma, 1996.
- Armando Lorenzo, Fabián Bechara, Gabriel Calcagno, Cesar Cavalli y Andres Edelstein, Tratado de impuesto a las ganancias, Errepar, 2005.
- Julio César Rivera, Instituciones de derecho concursal, segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal – Culzoni.
- Lopez, Lisandro Martín y Magadán Juan Manuel, Los fideicomisos de garantía frente al impuesto a la ganancia mínima presunta, 7° simposio sobre legislación tributaria argentina, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Curso “Fideicomisos – actualización impositiva”, Asociación Bancaria Argentina (ABAS). Expositores: Calcagno Gabriel, Lopez Lisandro Martín y Magadán Juan Manuel.
- Osvaldo H. Soler, El impuesto de sellos, La Ley, 2001.
- Publicaciones
- Periódico Económico Tributario (PET), Ediciones: 15/11/2004 y 16/12/2004.
- Ámbito Financiero – Colección novedades fiscales, Leonardo H. Hansen, Edición 17/01/2006.
- Ámbito Financiero – Colección Novedades fiscales, Gustavo J. Díaz.
- Principales direcciones de Internet
- www.afip.gov.ar
- www.rentasgcba.gov.ar
- www.rentas.gba.gov.ar
- www.cafidap.org.ar
- www.soler.com.ar
- www.laleyonline.com.ar
- www.errepar.com.ar
- www.infoleg.gov.ar

