

FIDEICOMISOS TRATAMIENTO FISCAL

1. BREVES CONSIDERACIONES LEGALES

La **Ley 24.441**¹ establece el régimen jurídico aplicable a los contratos de fideicomiso. En tal sentido define en su artículo 1º 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 un fideicomiso intervienen cuatro partes, a saber:

- **Fiduciante:** Es aquella persona que transmite la propiedad fiduciaria de un bien, encomendándole el cumplimiento de una tarea al fiduciario. En principio, su participación se extingue con la manifestación de voluntad de crear un fideicomiso.
- **Fiduciario:** Es aquella persona que ejerce la propiedad fiduciaria para cumplir con el encargo fiduciario. Es vital separar la obligación de este sujeto de prestar el servicio fiduciario -que constituye una locación de servicios en los términos del artículo 1493 del Código Civil- por el que debe recibir una remuneración, de la transmisión de la propiedad fiduciaria.
- **Beneficiario:** Es aquel que tiene derecho a los beneficios económicos emergentes del patrimonio fiduciario. En algunos casos coincide con la figura del fiduciante.
- **Fideicomisario:** Es la parte que tiene el derecho a recibir el bien al finalizar el fideicomiso. Se diferencia del beneficiario en que este último recibe los frutos de los bienes fideicomitados a lo largo de la vida del fideicomiso.

A efectos de analizar adecuadamente el contrato de fideicomiso es imprescindible considerar que existe una transferencia de propiedad fiduciaria, la cual debe regirse por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil², referido al dominio imperfecto, conforme reza el artículo 11 de la Ley 24.441.

El dominio imperfecto, legislado en el artículo 2661 del Código Civil es aquel derecho real revocable o fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble o inmueble, o el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil.

Así, el artículo 2507 del cuerpo legal citado instruye que el dominio se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.

El dominio fiduciario es una especie del género dominio imperfecto.

¹ Ley 24.441 (B.O. 22/12/1994).

² Sin querer entrar en disquisiciones jurídicas que exceden el marco de análisis del presente capítulo es dable destacar que las normas civiles antes nombradas se refieren a “dominio” y no a “propiedad” fiduciaria.

En tal sentido, el artículo 2662 establece que dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

Es decir que el dominio fiduciario es un derecho real temporáneo, puesto que su vigencia está subordinada al cumplimiento de una condición resolutoria o al vencimiento del plazo convenido.

En oposición a lo expuesto, encontramos el dominio perfecto, caracterizado por su perpetuidad y por el hecho de que la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas.

2. ONEROSIDAD DE LOS CONTRATOS

Resulta trascendental a efectos de evaluar si un hecho estipulado tiene como correlato el acaecimiento del hecho imponible, determinar si el mismo reviste características de onerosidad o no.

El artículo 1139 del Código Civil establece que los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho, o que se obliga a hacerle.

Por el contrario, los contratos son a título gratuito cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

Trasladando lo antedicho a la figura del contrato de fideicomiso resulta que el mismo será oneroso o gratuito dependiendo de si el fiduciario recibe una contraprestación por sus servicios.

En tal sentido, el artículo 8 de la Ley 24.441 establece que, salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Es decir, la propia ley mediante una presunción juris tantum instituye la onerosidad del contrato.

No obstante lo dicho, es menester diferenciar el contrato de fideicomiso propiamente dicho del aporte que realiza el fiduciante al momento de su constitución. No es pacífica la doctrina ni la jurisprudencia al opinar sobre al respecto.

Mientras algunos autores sostienen que la transferencia se realiza a título gratuito, otros defienden fervientemente la postura de que la misma se realiza a título oneroso. Una tercera línea de pensamiento deja de lado dicha antinomia sosteniendo que la transmisión del dominio fiduciario no es realizada a título oneroso o gratuito, sino de fiducia o de confianza.

La doctrina preponderante hoy en día, sostenida por Malumián, Diplotti y Gutiérrez, expresa que en determinadas circunstancias el aporte del fiduciante reviste características de onerosidad como ser el caso en que el originante recibe a cambio dinero, títulos fiduciarios, derechos de beneficiario, bienes materiales, etc.

Por otra parte, la opinión de la AFIP sobre el tema discutido ha ido variando con el transcurso del tiempo.

En oportunidad de referirse al Impuesto sobre la Transferencia de Inmuebles en el **Dictamen 103/2001 (DAT)**³ sostuvo que debía señalarse que para calificada doctrina la transmisión del dominio imperfecto del fiduciante al fiduciario no es realizada a título oneroso ni a título gratuito, sino que el fiduciario recibe la propiedad a título de confianza y, dado que la Ley N° 23.905 en su artículo 7° establece que el impuesto a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas se aplica sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país, entonces el aporte del fiduciario no encuadra dentro del objeto del tributo un bien cedido en fideicomiso.

No obstante lo expuesto modificó su postura al opinar en el **Dictamen 55/2005 (DAT)**⁴.

Resultan controvertidas las opiniones expresadas por las distintas salas del Tribunal Fiscal de la Nación en diversas causas. Es dable destacar que los disímiles pronunciamientos fueron emitidos en oportunidad de juzgar controversias referidas al ya derogado impuesto a los sellos nacional.

Al respecto ver:

- *Grupo República SA – Tachilla Costa, Alejandro*⁵
- *Banco Hipotecario*⁶
- *Banco Finansur SA*^{7.8.9.}

3. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO

3.1. TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

La Ley de Impuesto a las Ganancias encuadra a las ganancias que obtenga un fideicomiso dentro de las rentas de la tercera categoría. Sin embargo, establece una clasificación de los fideicomisos que pudieran constituirse en dos especies, dispensando distinto tratamiento a cada una de ellas:

- Por un lado encontramos a los fideicomisos incluidos en el inciso a) del artículo 49 de la ley. Allí se establece que configuran ganancias de tercera categoría *“Las obtenidas por los responsables incluidos en el artículo 69”*.

El artículo 69 en el 6º apartado de su inciso a) establece la imposición a la tasa del 35% respecto de las rentas obtenidas por *“...Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V...”*.

³ Dictamen 103/2001 (D.A.T.) del 30/11/2001.

⁴ Dictamen 55/2005 (D.A.T.) del 26/09/2005.

⁵ Grupo República SA – Tachilla Costa, Alejandro. TFN Sala A del 8/4/2002.

⁶ Banco Hipotecario. TFN Sala A del 17/3/2004.

⁷ Banco Finansur SA. TFN Sala B del 24/4/2004.

⁸ Banco Finansur SA. TFN Sala B del 18/8/2004.

⁹ Banco Finansur SA. CNCAF Sala V del 12/6/2006.

- A su vez, el inciso incorporado a continuación del inciso d) [comúnmente conocido como inciso d'')] del artículo 49 del texto legal incluye dentro de las rentas de la tercera categoría a las “...*Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V...*”¹⁰.

Respecto de los fideicomisos incluidos en el artículo 69 de la ley, su tratamiento en éste impuesto es similar al de una sociedad de capital. Será el fideicomiso el sujeto pasivo del tributo, y también de la obligación tributaria, debiendo ingresar el impuesto correspondiente a las ganancias obtenidas bajo su propia CUIT, que deberá tramitar ante la Administración¹¹. Así es como corresponderá a las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue respecto de esta clase de fideicomisos.

A estos fines, corresponderá considerar como año fiscal el establecido por el primer párrafo del artículo 18 de la ley, es decir, al período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada año. Es necesario mencionar que estas disposiciones no se aplican para los fideicomisos que trataremos en el párrafo siguiente.

En los fideicomisos en los cuales el fiduciante posea la calidad de beneficiario del mismo, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de fiduciantes – beneficiarios comprendidos en el Título V de la ley, el fiduciario le atribuirá a aquel, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo de la propiedad fiduciaria.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 50 de la ley, considerándose a los fines de la determinación de la ganancia neta del fiduciante – beneficiario tales resultados como provenientes de la tercera categoría. Encontramos aquí una diferencia fundamental con los fideicomisos del artículo 69: los fideicomisos del tipo fiduciante – beneficiario no tienen personalidad fiscal, su tratamiento es similar al de una sociedad de personas, tal como se ha comentado líneas arriba. Por lo tanto, las rentas obtenidas por el fideicomiso deben ser declaradas por los fiduciantes – beneficiarios en su declaración jurada del impuesto a las ganancias, en función de la participación que posean en el fideicomiso.

De la lectura del artículo 11 del decreto reglamentario de la ley 24.441¹², se puede apreciar que el tratamiento que acabamos de describir no es el mismo que allí se impone. Dicha norma establece que el fiduciario de este tipo de fideicomisos deberá ingresar el impuesto, en la proporción que corresponda a cada fiduciante – beneficiario, teniendo el tributo ingresado el carácter de pago a cuenta del impuesto que en definitiva le corresponda abonar por el año fiscal al que deban imputarse los resultados distribuidos.

¹⁰ Inciso incorporado a continuación del inciso d) por Ley N° 25.063, Título III, art.4º, inciso n). BO del 30/12/1998.

¹¹ La Resolución General 10/1997 (AFIP) incorporó a partir de la modificación dispuesta por su similar 776/2000 los lineamientos a seguir para inscribir a los fideicomisos ante la Administración.

¹² Decreto N° 780/1995 del PEN. BO del 27/11/1995.

A partir del dictado de la Ley 25.063, el decreto 780/95 ha quedado tácitamente derogado. El Fisco se ha pronunciado respecto de la metodología de liquidación de este tipo de fideicomisos en el **Dictamen 40/2006 (DAT)**¹³ donde concluyó “...que en el presente caso -fideicomiso no financiero- en que el fiduciante reviste al mismo tiempo la calidad de beneficiario, serán éstos quienes tributen el impuesto por las ganancias que obtenga el fideicomiso, conforme a las pautas fijadas por el decreto reglamentario y por los artículos 49 y 50 del cuerpo legal...”.

A su vez, días más tarde en una consulta vinculante¹⁴, expresó que: “...A partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 25.063, el Decreto Nº 780/95 ha quedado tácitamente derogado”.

3.2. TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA

Conforme establece el artículo 2º de la Ley del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, en el inciso f), los fideicomisos constituidos en el país, de acuerdo a las disposiciones de la ley 24.441, son sujetos del mencionado gravamen, excepto los fideicomisos financieros a los que se refieren los artículos 19 y 20 de dicha ley.

Por su parte, el inciso f) del artículo 3º de la mencionada norma exime del tributo a:

- Los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del artículo 2º, comentado anteriormente.

A nuestro entender esta exención es redundante. Recordemos que el artículo 14 de la ley 24.441 establece que “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante...”. Entonces, mal podría otorgarse una exención sobre determinados bienes en cabeza de un sujeto que no es titular del derecho de dominio sobre los mismos.

3.2.2. PAGO A CUENTA DE GANANCIAS

Conforme establece el artículo 13 de la ley del tributo bajo análisis, el impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el impuesto a la ganancia mínima presunta, podrá computarse como pago a cuenta de éste último tributo, una vez deducido de éste el que sea atribuible a los bienes inmuebles que no se encuentren afectados en forma exclusiva a la actividad.

Para aquellos fideicomisos que son sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta y también del impuesto a las ganancias, p.e. fideicomisos en los que la figura del fiduciante no coincide con la del beneficiario, el cómputo del pago a cuenta no encuentra ninguna duda acerca de su procedencia.

¹³ Dictamen 40/2006 (DAT) del 10/07/2006. La tesitura fiscal sigue la línea del pronunciamiento vertido en el Dictamen 74/2004 (DAT) del 15/12/2004.

¹⁴ Consultas vinculantes de la Subdirección de Legal y Técnica Impositiva. Resolución Nº 3/06 (SDG TLI) del 28/07/2006.

En el caso de sujetos pasivos del IGMP que no lo fueren del impuesto a las ganancias, el cómputo como pago a cuenta resultará de aplicar la alícuota establecida en el inciso a) del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, vigente a la fecha de cierre del ejercicio que se liquida, sobre la utilidad impositiva a atribuir a los partícipes.

El artículo 18 del reglamento agrega que *“...dicho cómputo procederá hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia proveniente de la participación en la sociedad, de la empresa o explotación unipersonal o de los inmuebles que dieron lugar al mencionado pago a cuenta...”*.

Nótese que la reglamentación omite mencionar a la participación en los fideicomisos a los efectos de computar el pago a cuenta. Ello no impide que el cómputo sea procedente. Esta postura fue receptada por el Organismo Recaudador en el Dictamen 13/2006¹⁵ (DAT) al establecer que *“...dado que el fideicomiso no es sujeto del Impuesto a las Ganancias, pero sí lo es del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, le caben al sub-exámene las disposiciones establecidas en el tercer párrafo del artículo 13...”* de la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta.

Si del cómputo previsto en los párrafos anteriores surgiere un excedente no absorbido, el mismo no generará saldo a favor del contribuyente en el IGMP, ni será susceptible de devolución o compensación alguna.

Si por el contrario, como consecuencia de resultar insuficiente el impuesto a las ganancias computable como pago a cuenta del presente gravamen, procediera en un determinado ejercicio el ingreso del IGMP, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los DIEZ (10) ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado (debiera decir determinado) y hasta su concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente.

3.3. TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES

El artículo 13 del Decreto 780/95 establece que quienes asuman la calidad de fiduciarios deberán ingresar el importe que resulte de aplicar la alícuota del impuesto sobre los bienes personales sobre el valor de los bienes integrantes del fondo, determinado con arreglo a las disposiciones del Título VI de la Ley Nº 23.966 y sus modificaciones, sin considerar el mínimo exento. A su vez, los bienes entregados por los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, no integrarán la base que las mismas deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante fuera una empresa, dichos bienes no integrarán su capital a efectos de determinar la valuación que deben computar aquellos sujetos. Se excluye de este tratamiento a los fideicomisos financieros.

Como ya hemos comentado, a partir de la sanción de la Ley 25.063, este decreto ha quedado tácitamente derogado, siendo el tratamiento descripto el que debió aplicarse durante la vigencia del decreto, es decir hasta el 31/12/1998.

¹⁵ Dictamen 13/2006 (DAT) del 03/02/2006. BI del 04/09/2006.

En concordancia con ello, el Fisco se ha expedido en el **Dictamen 59/1999 (DAT)**¹⁶ concluyendo que “... se estima que a partir de la modificación de la Ley Nº 25.063 se debe considerar al fideicomiso sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta, librándose del mencionado pago relativo al impuesto sobre los bienes personales...”.

3.4. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

No resulta demasiado controvertido el tratamiento aplicable al contrato analizado en el impuesto al valor agregado.

En la medida en que los fideicomisos ejecuten algunos de los hechos imposables gravados, estarán alcanzados por el referido impuesto.

Este criterio ha sido establecido por el propio Órgano Recaudador, en los **Dictamen 87/1999 (DAL)**¹⁷ y en el anteriormente mencionado **Dictamen 59/1999 (DAT)**. Por ello resultará sujeto pasivo el fideicomiso, si como ente fiscal realiza operaciones gravadas.

¹⁶ Dictamen 59/1999 (DAT) del 30/06/1999. Se mantiene la postura en el Dictamen 17/2004 (DAT).

¹⁷ Dictamen 87/1999 (DAL) del 07/09/1999.