

UNIVERSIDAD FASTA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

CARRERA DE CONTADOR PÚBLICO

**ASPECTOS IMPOSITIVOS DEL
FIDEICOMISO**

IGNACIO M. PASCUAL

TUTOR: CPN JORGE N. VIVES

Caja E-41

19661

DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Profesor titular del Seminario de Graduación Laura Cipriano

UNIVERSIDAD FASTA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS
CARRERA DE CONTADOR PÚBLICO

***ASPECTOS IMPOSITIVOS
DEL FIDEICOMISO***

IGNACIO M. PASCUAL

TUTOR: CPN JORGE N. VIVES

DEPARTAMENTO DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
Profesor titular del Seminario de Graduación Laura Cipriano

Septiembre 2008

Índice

Índice	1
Abstract.....	4
Protocolo de Seminario de Graduación	5
Tema	5
Problema	5
Objetivo General.....	5
Objetivos Específicos	5
Estado de la cuestión:	6
Justificación	6
Diseño Metodológico:.....	7
Tipo de Investigación.....	7
Marco Teórico.....	9
I. Introducción.....	9
II. Enfoque macroeconómico.....	11
2.1. Desarrollo e Inversión.....	11
2.2. Fideicomiso en Latinoamérica y la Argentina.....	16
III. Enfoque desde el Derecho Constitucional.....	20
3.1. El derecho de propiedad desde la perspectiva constitucional.....	20
3.2. Principio de no confiscatoriedad de los tributos.....	21
3.3. Principio de reserva de ley.....	22
3.4. Principio de igualdad	24
3.5. Principio de capacidad contributiva.....	26
3.6. Incentivos tributarios	27
Desarrollo del Trabajo	31
1) Introducción.....	31
a) Fideicomisos: el boom.....	31
b) Beneficiarios del Instrumento.....	32
2) Marco Histórico y Legal.....	36
a) Antecedentes del Fideicomiso	36
b) Las especies de Fideicomiso según la ley 24.441	37
c) Perfil Normativo Del Fideicomiso Común U Ordinario	37
1. Las partes del contrato	38
2. Qué caracteriza al Fideicomiso.....	39
3. Qué significado tiene la calificación de "Propiedad fiduciaria" (o Dominio fiduciario).....	40
4. Extinción del Fideicomiso	42
5. Aplicaciones del Fideicomiso	42
5.1. Fideicomiso de garantía.....	42
5.2. Fideicomiso de seguros.....	43
5.3. Fideicomisos inmobiliarios.....	43
5.4. Fideicomisos de Inversión	44
d) Fideicomiso Financiero	45
1. La securitización	45
2. El fideicomiso financiero en la ley 24.441	45
3) Los fideicomisos frente al Derecho Tributario.....	48
El fiduciario como responsable tributario.....	50

4) Impuesto a las ganancias	52
1. Introducción	52
2. Definición del sujeto del tributo	53
2.A Fideicomisos sujetos pasivos del tributo y de la obligación tributaria	54
2.B Fideicomisos que sólo determinan resultado	55
2.C Un caso no regulado: Fideicomisos “mixtos”.....	57
3. Un caso especial: el fideicomiso financiero	58
3.A. Aspectos particulares del fideicomiso financiero	58
3.B. Tratamiento para los tenedores de Certificados de participación	61
4. Un tema particular: Naturaleza Jurídica de la transferencia de la propiedad fiduciaria	64
5) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta	68
1. Introducción	68
2. Fideicomisos no financieros. Determinación del impuesto	69
2.A. Aspectos Generales.....	70
2.B. La situación de los fiduciantes	71
3. Fideicomisos financieros	72
3.A. Tenedores de Certificados de Participación.....	72
3.A.1. Valuación de los títulos.....	74
6) Impuesto sobre los bienes personales.....	76
1. Los fideicomisos como sujetos del tributo	76
2. Fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios. Tratamiento	76
2.A. Fideicomisos no financieros	77
2.B. Fideicomisos financieros.....	80
3. Los Fideicomisos como responsables sustitutos.....	82
7) Impuesto al Valor Agregado	84
1. Aspectos comunes a todos los fideicomisos constituidos en el país.....	84
1.A. El carácter de sujetos pasivos del impuesto	84
1.A.1 Introducción. Marco general.....	84
1.A.2. La situación específica de los fideicomisos.....	86
2. El aporte de los bienes realizados por los fiduciantes	87
2.A. Transferencias gratuitas	87
2.A.1. Situación general frente al Impuesto. Reintegro de crédito fiscal	87
2.A.2. La situación de los fideicomisos.....	88
2.B. Transferencias onerosas	88
2.B.1. Valuación del aporte a los fines del gravamen y documentación del débito fiscal.....	90
2.C. Un caso especialmente regulado: constitución mediante cesiones de créditos.....	91
2.C.1 Las cesiones de créditos frente al IVA. Aspectos generales.....	92
3. La distribución de utilidades.....	93
4. La finalización del fideicomiso.....	94
5. Fideicomisos financieros	95
5.A. Certificados de Participación y Títulos de Deuda.....	96
6. Fideicomiso de administración	97
7. Fideicomiso inmobiliario	99
7.4. Aporte del terreno por parte de los fiduciantes.....	100
7.B. Realización de la obra	103
8) Impuesto a los debitos y créditos bancarios	110
Recientes dictámenes de la AFIP.....	111
9) Conclusión.....	114
Bibliografía	116

Anexo I	118
Caso Práctico	118
Anexo II	137
PowerPoint de presentación para la defensa del trabajo	137
Anexo III	147
CD con el trabajo y la presentación en PowerPoint.....	147

Abstract

Los fideicomisos han tenido un gran desarrollo y crecimiento en la economía del país a partir del año 2001. Es una herramienta utilizada en distintos ámbitos en lugar de formas más tradicionales con un éxito singular.

Este éxito no fue acompañado por un correcto marco legal impositivo, lo que da lugar a vacíos o zonas grises que producen dudas en el inversor y el empresario, lo que puede coartar el crecimiento del fideicomiso.

Este trabajo intenta esclarecer el tratamiento impositivo del fideicomiso y de plantear las dudas que el Estado debe aclarar con urgencia para dar un marco de mayor seguridad impositiva así los distintos sectores de la economía pueden converger en una herramienta que permite la inversión directa en la economía real.

Protocolo de Seminario de Graduación

Tema

Aspectos impositivos del Fideicomiso.

Problema

Consecuencias impositivas del uso del fideicomiso: estudio de caso práctico Fideicomiso Inmobiliario.

Objetivo General

Determinar los tratamientos al fideicomiso desde la óptica de los impuestos nacionales y provinciales.

Objetivos Específicos

- * Evaluar el surgimiento y evolución del fideicomiso en la Argentina.
- * Considerar el Fideicomiso como alternativa de ahorro e inversión.
- * Analizar el marco regulatorio del fideicomiso:
 - Análisis de la ley 24.441/95 y complementarias¹
 - Usos y alternativas de la herramienta²
 - Tendencias del mercado
- * Analizar el fideicomiso desde la perspectiva impositiva:
 - Tratamiento en los principales impuestos nacionales y provinciales
 - Analizar las falencias e inconsistencias de la normativa impositiva en relación al fideicomiso
 - Situación actual, tendencias y perspectivas

¹ Leyes, decretos, resoluciones y dictámenes en la legislación argentina relacionados con el Fideicomiso.

² De inversión en emprendimientos agropecuarios, de construcción, de exportación, financieros e inmobiliarios y como forma de ahorro de los agentes económicos.

Estado de la cuestión:

Se han efectuado diversas búsquedas, tanto de autores nacionales como extranjeros relacionados con el tema en cuestión, en particular la obra de Alberto Coto "Aspectos tributarios del Fideicomiso" y la de Nicolas Malumian, Andres Diplotti y Pablo Gutierrez "Fideicomiso y Securitización"

A partir del 2001 se han realizado gran cantidad de trabajos acerca del fideicomiso y sus implicancias en los distintos aspectos de la economía por el auge que los mismos tuvieron desde que fue normado por la ley 24441. Estos trabajos aportan un esclarecimiento sobre los conceptos y normas aplicables, las partes y los tipos de fideicomiso que se utilizan en la actualidad.

En relación al aspecto impositivo de los mismos, dado que es una cuestión muy controversial y sujeta a debate, existen numerosos dictámenes de la AFIP, como por ejemplo el 16/2006 y 18/2006 que se contraponen con otros dictados en la década del 90 como son el 20/1996 y el 34/1996 lo que demuestra como el uso de la figura se vuelve inseguro por la falta de una política y reglamentación adecuada.

Justificación

El ahorro y la inversión son dos conceptos claves en la economía de los países y del mundo. Los mismos son desarrollados por todos los agentes económicos, de los más chicos a los más grandes y siempre van de la mano. A partir del año 2002, se produjeron importantes cambios en la economía nacional, sobre todo en la forma en que los agentes ahorran e invierten. Es decir, las formas tradicionales de los mismos están en franco retroceso por lo que la economía y el sistema financiero necesita adecuarse a esta nueva realidad. En este marco surge una alternativa, el fideicomiso, una forma contractual milenaria que combina estas dos actividades, es decir, para una de las partes del contrato es un ahorro y para la otra es una forma de hacerse de dinero para desarrollar y financiar sus inversiones.

El auge en el uso de la herramienta del fideicomiso para emprendimientos, agropecuarios, de construcción, de exportación, financieros e inmobiliarios y el acceso al que al mismo han tenido agentes no tan especialistas en la cuestión, ha provocado mas dudas que certezas, sobre todo en el ámbito impositivo, donde la ausencia de normas claras abre campo a la legislación por medio de dictámenes y resoluciones de la AFIP, contrarias al espíritu de las leyes que originaron la aparición del fideicomiso en la Argentina.

Diseño Metodológico:

La metodología de este trabajo se basa en la revisión bibliográfica en las que se contemplan diversos enfoques relacionados con la problemática del fideicomiso, en particular la faz impositiva de los mismos. Se analizan trabajos y posturas de distintos autores especialistas en la materia para llegar a una visión acertada y precisa de la realidad.

Tipo de Investigación

- **Exploratoria:** Avance en el conocimiento de un fenómeno, para obtener una mayor precisión con respecto al tema de la investigación. Sirve para aclarar conceptos, establecer preferencia y reunir información acerca de posibilidades prácticas para llevar a cabo investigaciones en marcos de vida actual.
 - **Básica:** Conocer para saber.
 - **Sincrónica:** Durante los años 1995-2008.
 - **Secundaria:** Se toma la información que se obtuvo de otras investigaciones en la materia
 - **Macro:** Estudio global.
-
- **Tiempo y Lugar:** Mar del Plata, Septiembre 2008.
 - **Tutor:** CPN Jorge Vives.

Titulo I

MARCO TEORICO

INTRODUCCION

CAPITULO I

Marco Teórico

I. Introducción

El tema propuesto, contiene dos marcos referenciales para su desarrollo. En primer lugar el marco está referido a la actividad de ahorro e inversión de los agentes económicos dentro de un enfoque macroeconómico.

En segundo lugar, el marco jurídico, integrado por las normas que regulan el ordenamiento y el poder del Estado y sus órganos (Derecho Constitucional), así como también, las normas que regulan los recursos públicos.

***ENFOQUE
MACROECONOMICO***

CAPITULO II

II. Enfoque macroeconómico

La Macroeconomía se ocupa del estudio del funcionamiento de la economía en su conjunto. Su propósito es obtener una visión simplificada de la economía, pero que al mismo tiempo permita conocer y actuar sobre el nivel de la actividad económica de un país determinado o de un conjunto de países. La política macroeconómica está integrada por el conjunto de medidas gubernamentales destinadas a influir sobre la marcha de la economía en su conjunto³. Dentro de estas medidas, las relacionadas con el ahorro y la inversión ocupan un lugar preferencial dada su implicancia en el crecimiento global de la economía.

2.1. Desarrollo e Inversión

Sin duda, el crecimiento económico requiere recursos. Tasas de crecimiento elevadas requieren tasas de inversión también elevadas. Con poco ahorro⁴ doméstico y ahorro externo hay poca inversión. Si la poca inversión se desarrolla en sectores consumidores netos de divisas el crecimiento se estanca, porque las importaciones crecerán más que las exportaciones generando crisis de balanza de pagos. Y si la misma poca inversión se orienta a sectores productores de divisas pero poco intensivos en mano de obra, produce poco crecimiento con poca generación de empleo. De tal modo, si se quiere aumentar la tasa de crecimiento económico en América Latina en tiempos históricamente cortos, las tasas de ahorro e inversión deben aumentar en forma significativa.

Analizando la situación del ahorro y la inversión en las principales economías de Latinoamérica podemos arribar a una descripción del marco general. La situación de la inversión y el ahorro en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú, Venezuela y Uruguay no es particularmente encomiable; Chile es la excepción. En el periodo 1990-2003, la mayor tasa de inversión en dichos países correspondió a la economía chilena, bastante mayor que la de los otros países de la muestra. En dicho periodo, la tasa promedio de inversión con relación al producto interno bruto chilena fue de 30.3%, aunque también con la mayor desviación estándar. No obstante, no llegó a alcanzar a las tasas asiáticas de inversión y ahorro que se han convertido en paradigma de desarrollo económico exitoso en el mundo moderno. En el mismo periodo, Brasil, con

³ Mochón F. y Becker V., "Economía: Principios y aplicaciones", Ed. Mc Graw Hill, España, 1997, p. 300.

⁴ El ahorro es la diferencia entre el ingreso disponible y el consumo efectuado por una persona, una empresa, etc. y esta determinado entre otros por la magnitud de ingresos, certidumbre de ingresos futuros, grado de previsión, tipo de interés e inflación.

la economía más grande de la región, mantuvo la segunda mayor tasa de inversión promedio, 20.9% del PIB. Las menores tasas correspondieron a Uruguay (15.4%) y Venezuela (15.2%). El cuadro siguiente muestra la situación de la formación bruta de capital como porcentaje del PIB para los países considerados en el estudio. Esas tasas de inversión son financiadas, usualmente, con ahorro interno y complementadas con ahorro externo, sea en forma de inversión extranjera directa o créditos internacionales.

Formación Bruta de Capital (como % de PBI)							
	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	Perú	Uruguay	Venezuela
1990	13,00%	20,20%	27,20%	15,90%	17,00%	11,20%	9,60%
1995	18,30%	22,30%	36,00%	25,70%	24,60%	18,00%	15,90%
2000	17,90%	21,40%	31,20%	13,90%	19,60%	15,30%	17,30%
2003	14,30%	18,70%	26,90%	17,20%	18,00%	13,00%	6,90%
1990-2003	17,30%	20,90%	30,30%	18,40%	20,30%	15,40%	15,20%

(base: Cesar Ferrari "Crecimiento, Inversión, Ocupación y Divisas en América del Sur")

Tasas de ahorro reducidas producirán tasas de inversión también reducidas. Tal parece ser el caso de los países incluidos en el estudio, salvo el caso de Chile que en el periodo 1990-2003 alcanzó una tasa promedio de ahorro nacional bruto de 23.4% del PIB, seguida de Venezuela con una tasa de 21.6%. La menor tasa le correspondió a Uruguay, 11.6% del PIB. El siguiente cuadro muestra dicha situación.

Ahorro Nacional Bruto (como % de PBI)							
	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	Perú	Uruguay	Venezuela
1990	12,50%	23,00%	21,20%	18,10%	13,60%	10,60%	24,40%
1995	14,50%	20,50%	27,00%	18,50%	16,20%	13,10%	19,20%
2000	13,30%	20,10%	24,50%	15,10%	17,80%	9,90%	35,50%
2003	17,70%	21,10%	24,80%	16,70%	17,50%	12,40%	24,70%
1990-2003	14,10%	20,70%	23,40%	16,20%	16,30%	11,60%	21,60%

(base: Cesar Ferrari "Crecimiento, Inversión, Ocupación y Divisas en América del Sur")

La diferencia entre la formación bruta de capital y el ahorro nacional bruto representa la brecha de financiamiento interno que es satisfecha con financiamiento externo. La mayor brecha corresponde a la economía chilena, 7% del PIB, indicando

un fuerte componente de financiamiento externo de su inversión. En el caso de Brasil, la brecha es del orden de 0.2% del PIB, indicando un financiamiento casi exclusivamente nacional de su inversión. El caso más extremo es el venezolano, para el que la brecha es negativa, indicando una deficiencia de inversión frente a sus propias posibilidades nacionales de financiamiento.

Brecha de financiamiento (como % de PBI)							
	Argentina	Brasil	Chile	Colombia	Perú	Uruguay	Venezuela
1990	0,50%	-2,80%	6,00%	-2,20%	3,40%	0,60%	-14,70%
1995	3,80%	1,80%	9,00%	7,20%	8,50%	4,90%	-3,30%
2000	4,60%	1,20%	6,70%	-1,20%	1,90%	5,40%	-18,20%
2003	-3,30%	-2,40%	2,10%	0,50%	0,50%	0,60%	-17,80%
1990-2003	3,20%	0,20%	7,00%	2,10%	4,00%	3,80%	-6,40%

(base: Cesar Ferrari "Crecimiento, Inversión, Ocupación y Divisas en América del Sur")

La salida de capitales puede ser un grave problema para países con bajo nivel de ahorro. Si en ese contexto se dan el lujo de exportarlo aumentan los requerimientos de financiamiento externo para los mismos niveles de inversión, esto sucede en la Argentina donde parte del ahorro se realiza en el exterior.

Al analizar los problemas de crecimiento, algunos autores suelen observar que las bajas tasas de ahorro nacional son una de las restricciones que enfrentan los países de América Latina para acelerar significativamente las tasas de crecimiento de sus economías. Las tasas de ahorro nacional de los países latinoamericanos resultan inferiores a las registradas en la década de los setenta y son, por lo general, mucho menores que la que mantienen los países del este de Asia. El análisis sobre ahorro y crecimiento se ha concentrado básicamente en dos temas:

- i- el impacto de un incremento en el ahorro nacional sobre la inversión doméstica. Estas variables están altamente relacionadas, aun en economías pequeñas y con una elevada movilidad de capitales, de forma que los incrementos en las tasas de ahorro nacional se transformen en una mayor inversión doméstica. Ello implica que los cambios en la acumulación de capital respondan mayoritariamente a los cambios en el ahorro nacional, salvo cuando se esta en presencia de crédito externo.
- ii- el efecto de mayores tasas de ahorro nacional sobre el crecimiento a largo plazo, donde a mayores tasas de ahorro nacional y el incremento

consecuente en la acumulación de capital, podrían resultar en un aumento permanente en las tasas de crecimiento de la economía⁵.

En la Argentina, las tasas de ahorro nacional cayeron alrededor de un 30% del PBN, a mediados de los setenta, a casi un 13% del PNB en el año 2001. Las tasas de ahorro nacional alcanzadas durante la década de los noventa fueron las más bajas de los últimos treinta años. Durante esta década, donde la economía estuvo más abierta a los movimientos internacionales de capitales, la inversión estuvo solventada por ahorro externo, lo que la hizo más vulnerable a los cambios que ocurran en los flujos internacionales de capitales.

En definitiva, alcanzar adecuadas tasas de ahorro nacional debería ser también un objetivo de la política económica por otras razones al margen de su impacto sobre el crecimiento económico. Elevadas tasas de ahorro nacional reducirían la vulnerabilidad de la economía frente a los cambios inesperados en los flujos internacionales de capitales y permitirían mejorar el balance de la cuenta corriente.

La debacle económica experimentada por la Republica Argentina a partir del año 2001 tuvo su origen en una falta de confianza que desencadenó una feroz crisis financiera y monetaria, cuyo principal efecto financiero fue la destrucción del sistema bancario nacional. Todos los indicadores económicos reflejaron esta situación y se observaron, entre otras, las siguientes consecuencias:

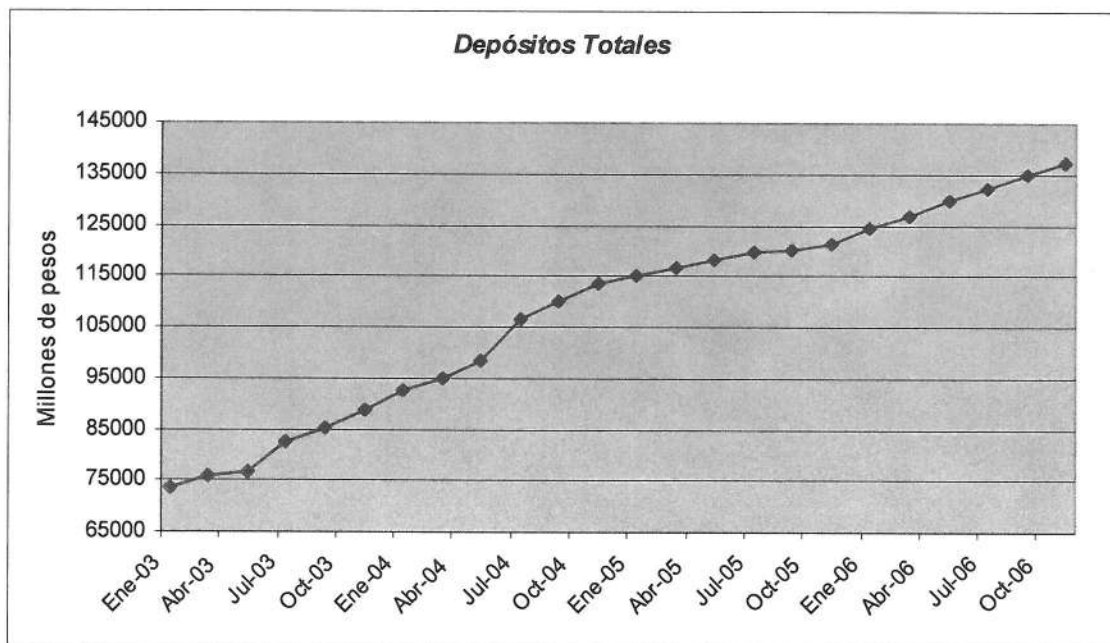
- caída en el nivel de depósitos en los bancos
- disminución en el nivel de créditos otorgados
- suba de las tasas de interés
- caída en el valor de los índices bursátiles
- aumento en las tenencias de efectivo en poder del público

Dentro de los efectos monetarios, el más evidente fue la vertiginosa suba del tipo de cambio, que alcanzó valores próximos a los 4 pesos por dólar durante 2002. La desaparición del mercado crediticio afectó principalmente a las personas físicas, a las pequeñas y medias empresas, cooperativas y a todos aquellos agentes que, a diferencia de las grandes empresas, no poseen fácil acceso al crédito interno y menos aun al externo. A partir del año 2003 se evidencia que, junto con la recuperación de la economía real, muchos de estos indicadores financieros y monetarios comienzan a mejorar, al menos en lo que a sus valores absolutos se refiere.

⁵ Luis Lanteri; "Ahorro y Crecimiento: alguna evidencia para la economía Argentina, 1970-2004"; Buenos Aires; 2004.

Observando el grafico se puede intuir que los inversores, tanto grandes como pequeños, recuperaron la confianza perdida durante la crisis y retornaron con sus ahorros al sistema financiero, pero este aumento fue solamente la natural consecuencia del fuerte incremento en el monto de pesos que circulan por la economía dado que el BCRA a partir del año 2002 estableció una política de expansión de base monetaria. Si bien el valor absoluto de los depósitos de la economía creció de manera evidente, cuando la comparación se realiza teniendo en cuenta la proporción que estos representan en la cantidad total de dinero de la economía, se puede arribar a la conclusión de que la relación Depósitos/Base Monetaria decreció hasta enero del 2004 y a partir de ese punto de inflexión creció pero lejos de llegar a los índices de los años noventa.

Respecto a la composición del aumento en los depósitos, queda claro que no fue el sector privado quien motorizo el mismo. La proporción de los depósitos totales que corresponden al sector privado cae fuertemente desde enero cae desde el 2003 (en el año 2004 solo el 68% de los depósitos corresponden al sector privado). El estado nacional quien con anterioridad fuese un tomador neto de fondos en el mercado, se transforma ahora en un oferente neto de dinero, resultado de la excelente conducta fiscal que genera superávit fiscal de orden del 4% del PBI.



(Elaboración propia en base a datos obtenidos del BCRA)

Independientemente del origen del aumento de los depósitos, este no se tradujo inmediatamente en una mayor oferta de fondos a largo plazo para los sectores productivos. La explicación radica en la calidad de estos nuevos depósitos, dado que

los plazos fijos pierden cada vez mas terreno frente a las demás opciones de inversión, consecuencia de la aun existente falta de confianza de los inversores en el sistema financiero y de las tasas poco atractivas que ofrecen. El inversor local aun prefiere realizar inversiones en el sector inmobiliario o en otros sectores de la economía real, o bien atesorar dólares o mantener su dinero en aplicaciones de alta liquidez y menor riesgo como las Cuentas Corrientes o las Cajas de ahorro.

Otro dato que verifica esta situación es el ahorro fuera del circuito financiero nacional. A fines del 2006 esta cifra alcanza los U\$S 109.932, casi un 4% de alza respecto al 2005. Esta cifra es equivalente a la deuda externa argentina, pública y privada. Estos ahorros se mantienen en cajas de seguridad de los bancos, en entidades financieras del exterior o hasta lo que se denomina comúnmente "debajo del colchón". Esta salida de capitales obedece a la falta de un horizonte a largo plazo que tiene el ahorrista argentino, a la natural desconfianza que le tiene al sistema bancario en general y a las bajas tasas que el mismo ofrece, y una economía que quiera lograr un desarrollo económico, no crecimiento que se refiere a un análisis mas cortoplacista, encuentra que la tasa actual de inversión es insuficiente para sostener un crecimiento de largo plazo superior al 5% con limitada capacidad de ahorro interno y baja participación del ahorro y la inversión externa, es por ello que resulta casi imprescindible lograr redireccionar los ahorros y esto se puede lograr a través de nuevas formas contractuales, como el fideicomiso, tasas atractivas y seguridad jurídica.

2.2. Fideicomiso en Latinoamérica y la Argentina

A principios del siglo XX, el contacto entre los hombres de negocios y profesionales del derecho de México y Estados Unidos, despertó en aquéllos el interés en la figura del "trust" y sus aspectos técnicos, hasta ese entonces casi desconocidos para los latinoamericanos. No puede menos de sorprender que una institución de la antigüedad y la excepcional utilidad práctica del "trust" sólo haya venido a suscitar el interés de los juristas formados en la tradición del derecho romano hasta época tan tardía.

El prestigio de la tradición del "trust" y la conveniencia impulsaron - vanamente - a los mejicanos a tratar de adaptarlo bajo la figura del fideicomiso, bajo la iniciativa del diputado Carlos Limantour que presentó un proyecto en el año 1905, sin obtener eco favorable en el Congreso de ese país. Fue el mérito de Ricardo J. Alfaro, jurista panameño, haber propuesto, en un foro internacional (Tercera Conferencia Científica

Panamericana, Lima, 1924), la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los países latinos una institución civil nueva, semejante al "trust" del derecho inglés, proponiendo para ello un proyecto de Ley de Fideicomisos de 38 artículos. Puede decirse que la piedra basal del fideicomiso hispanoamericano, fue el Proyecto panameño de Alfaro (1920), sancionado como ley en 1925 y luego en Puerto Rico (1928). El Fideicomiso, en su nueva concepción latinoamericana, fue adoptado sucesivamente, entre otros, por los siguientes países: Colombia (1923), México (1924), Chile (1925), Bolivia (1928), Costa Rica (1936), El Salvador (1937), Venezuela (1940), Nicaragua (1940), Guatemala (1946), Ecuador (1948), Honduras (1950), Perú, Argentina (1995), Cuba (1997).

En síntesis, en su gran mayoría, los países hispanoamericanos y especialmente los centroamericanos, incorporaron con mayor o menor plenitud y variantes, el fideicomiso en su legislación con un desarrollo y éxito significativos. Tradicionalmente, hasta la década del '90, la operatoria de fideicomiso era, en Latinoamérica en general, una función tradicionalmente bancaria. En los primeros años de dicha década, con la apertura de las economías y el advenimiento del fenómeno de la globalización, comenzaron a incorporarse ciertas figuras propias del mundo anglosajón, como la "securitisation" o "titulización" de activos. Básicamente el fenómeno se dio con más fuerza en el ámbito del mercado de capitales. Puntualmente se requería una figura similar al "trust" para utilizarla en la titulización de activos (hipotecas, prendas, créditos) como "vehículo de aislamiento" de los bienes securitizados. Por esa razón, algunos países que ya contaban con legislación de fideicomiso, la remozaron por vía reglamentaria y otros lo incorporaron como novedad.

En lo que respecta a Tratados o Convenciones Internacionales de Derecho Internacional Privado, el Fideicomiso Latinoamericano no tiene a la fecha normas que vinculen a los países de la región, como ocurre con la Convención de La Haya sobre el Trust (suscrita en 1985 y en vigor desde 1992).- No obstante ello, la Federación Latinoamericana de Bancos (Felaban) , contiene en su seno un Comité especializado en Fideicomiso y un Congreso (COLAFI)⁶ que se reúne anualmente, en algún país miembro, con un poder de convocatoria sorprendente, donde se difunden las distintas experiencias y negocios en la práctica fiduciaria profesional.

En la Argentina mas específicamente, mediante la ley 24.441 denominada genéricamente "Financiamiento de la Vivienda y la Construcción", se introdujeron importantes modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico, relacionadas

⁶ Felaban, "Federación Latinoamericana de Bancos", XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI, 2006.

esencialmente con la regulación de instrumentos financieros tendientes a movilizar el mercado de capitales, en aras de una ulterior expansión del mercado inmobiliario. Sin embargo la magnitud cualitativa de los instrumentos previstos por la ley citada excedió ampliamente el marco del mercado inmobiliario al que originalmente estaban dirigidos, generando, en cierto sentido, una revolución en la forma de pensar numerosos negocios. La figura también produjo una revolución copernicana en el orden jurídico vigente, especialmente en el ámbito de los derechos reales en general, y patrimoniales, en particular. Como tales pueden calificarse, entre otras, a las disposiciones referidas al ya mencionado patrimonio separado, o a la imposibilidad de que los bienes fideicomitidos sean agredidos por los acreedores del fiduciante o del fiduciario y además tomó vuelo el desusado art. 2662 del Código Civil referido al dominio fiduciario.⁷

Así el leasing o el fideicomiso pasaron a ser vocablos de uso frecuente a partir de la aparición de la norma en cuestión, pues si bien tales instrumentos no eran nuevos, su utilización hasta ese momento resultaba sumamente limitada.

⁷ Gómez de la Lastra, Manuel y Santamaría Gilberto, “El fideicomiso, los impuestos y un criterio desalentador del crecimiento de la economía real del país”, Periódico Económico Tributario, 10 de 2007, Ed. La Ley.

***ENFOQUE DESDE EL
DERECHO
CONSTITUCIONAL***

CAPITULO III

III. Enfoque desde el Derecho Constitucional

3.1. El derecho de propiedad desde la perspectiva constitucional

La mayoría de los juristas argentinos, siguiendo las enseñanzas de Bielsa, han rechazado el criterio de la doctrina germana, conforme a la cual, el poder o potestad tributaria tiene su fundamento en la soberanía del Estado. Adhiriéndonos a esa opinión nacional, consideramos correcta la distinción que se establece entre soberanía y poder de imperio. El concepto de soberanía es esencialmente político no jurídico, y solo corresponde referirse a él con relación al Estado como entidad internacional. Por ello, la soberanía es una e indivisible, perteneciente en última instancia al pueblo, que la plasma en una constitución, pero que nunca se refleja en actividades que el Estado lleva a cabo dentro de sus propias fronteras. De allí que la gran mayoría de los juristas argentinos insisten en que dentro de su jurisdicción o ámbito territorial, el Estado no debe ni tiene por qué invocar su soberanía, le basta su poder de imperio, que ejerce por los tres poderes que forman su gobierno: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.⁸

El poder tributario configura, por consiguiente, una expresión particular del poder de imperio propio del Estado. Pero, además de ser una expresión particular, debe reconocerse que ella constituye una muy especial atención a que únicamente puede manifestarse a través del poder legislativo.

La institución tributaria, al igual que las demás instituciones jurídicas que integran nuestro ordenamiento, no pueden ser suficientemente comprendida ni explicada si no es a la luz de la perspectiva constitucional. El programa constitucional ilumina y condiciona de tal manera a las concretas instituciones jurídicas, que éstas, para responder a criterios de justicia, no deben estar sólo al servicio de sus fines y objetivos específicos, sino también al servicio de los fines y objetivos constitucionales. De ahí, la necesidad de que el ejercicio de la potestad tributaria se ajuste estrictamente a los principios constitucionales⁹.

El derecho constitucional de propiedad, que en la doctrina judicial de la Corte Suprema de la Nación se identifica con todos los intereses apreciables que un hombre pueda tener fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, se encuentra consagrado y

⁸ Bielsa, Rafael, "Estudios de Derecho Público", Derecho Fiscal, vol. 11, pág. 56.

⁹ Lejeune Valcarcel, Ernesto, "Seis Estudios sobre derecho constitucional e internacional tributario", p. 180, Editoriales de Derecho Reunidas.

fuertemente protegido por la Constitución que proclama su inviolabilidad y enfatiza que nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, subrayando que la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada (art. 17, Constitución Nacional).

La Corte Suprema de la Nación, al definir el alcance del derecho de propiedad, ha señalado que¹⁰: “El término propiedad, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de este estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad. Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurado en términos amplios por el art.17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio y sus desmembramientos. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos privados de los hombres, ha dicho esta Corte, la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera sea el carácter y la finalidad de la ley”.

3.2. Principio de no confiscatoriedad de los tributos

Pero al lado de tales previsiones constitucionales aparece la institución tributaria mediante cuyo ejercicio el Estado se apodera de parte de la riqueza privada. Siendo ello así, es evidente que si la potestad tributaria no tuviera límites la propiedad privada quedaría aniquilada. Es por ello, que la Corte ha reconocido el principio de no confiscatoriedad de los tributos como una consecuencia necesaria del derecho de propiedad.

En el diseño de ese principio la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado de manera invariable que para que se configure la confiscatoriedad se

¹⁰ CSN., 16/12/1925 “Pedro Emilio Bourdie c. Municipalidad de la Capital”, Fallos: 145-327.

debe producir una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de renta o del capital¹¹, agregando que a los efectos de su apreciación cuantitativa se debe estar al valor real de los bienes y no a su valuación fiscal, y considerar su productividad posible, esto es, su capacidad productiva potencial. En esa línea conceptual ha establecido que la comprobación del índice de productividad es “siempre indispensable” o un elemento de juicio primordial e insustituiblemente necesario para estimar de un modo concreto y objetivo la gravitación del impuesto.

Una cuestión que en los últimos años concitó el interés de la doctrina es la impugnación global del régimen tributario por confiscatorio¹². La doctrina de la Corte Suprema ha respondido afirmativamente a la posibilidad de demandar la declaración de inconstitucionalidad por confiscatorios de tributos nacionales, provinciales y municipales en forma simultánea. En caso que se demande conjuntamente a la Nación y a una o varias provincias, la Corte Suprema ha reconocido expresamente que el juicio es de competencia originaria de la Corte, como la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución nacional, con la prerrogativa jurisdiccional que le asiste al Estado nacional al fuero federal sobre la base de lo dispuesto en el art. 116.

Asimismo la Corte admitió la procedencia formal de la acción declarativa para el cuestionamiento conjunto de impuestos nacionales y provinciales por confiscatoriedad, no obstante la regla del “solve et repete” impuesta en los Códigos Fiscales provinciales, y su propia doctrina sobre la improcedencia de la acción declarativa para impugnar impuestos reglados por la ley 11.683.

3.3. Principio de reserva de ley

Conforme el texto constitucional sólo el Congreso de la Nación puede establecer los tributos nacionales (arts. 40, 17 y 75 inc.1 y 2”, C.N.), correspondiéndole exclusivamente, a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamientos de tropas (art. 54, C.N.). En esta materia queda excluida la posibilidad de dictar decretos a tenor de la doctrina de los reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3, C.N.).

¹¹ Fallos: 314:1293 y sus citas.

¹² Bulit Goñi, E, “¿Es enjuiciable la legitimidad global de los impuestos?”, t. LVII-73/86, IMP, enero de 1988, “Algo mas sobre confiscatoriedad tributaria global”, Imp.,LIX-A-21. Spisso, “Derecho Constitucional Tributario”,p. 443, 2ª ed.

Conforme a tan expresas disposiciones ningún tributo puede ser establecido, modificado o suprimido sino en virtud de ley. Sólo la ley puede: a) definir el hecho imponible; b) indicar el contribuyente y, en su caso, el responsable del pago del tributo; c) determinar la base imponible; d) fijar la alícuota o el monto del tributo; e) establecer exenciones y reducciones; f) tipificarlas infracciones y establecer las respectivas penalidades.

Este principio se ha visto desnaturalizado por delegación de facultades legislativas al margen de las precisas disposiciones del art. 76 de la Constitución nacional. Este artículo como principio general prohíbe la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijo para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La materia tributaria queda excluida del concepto, por demás ambiguo, de "materias determinadas de administración" lo que viene corroborado por el art. 2° de la ley 25.148, que reglamenta lo que se debe entender por él. En cambio el concepto omnicompreensivo de emergencia pública admite extender, bajo determinadas circunstancias, el instituto de la delegación legislativa a la materia tributaria.

Para que opere la delegación legislativa en materia tributaria se deben reunir las siguientes exigencias:

- a) efectiva situación de emergencia pública, declarada por el Congreso;
- b) que la política legislativa este suficientemente definida en la ley de habilitación;
- c) que se haga exclusivamente en cabeza del Poder Ejecutivo;
- d) que la delegación no comprenda la creación de tributos, la definición del hecho o de la base imponible, la determinación de los contribuyentes o responsables, exenciones o franquicias, sino sólo referida a aspectos cuantitativos de la obligación tributaria, o sea las alícuotas, tasas o montos fijos;
- e) que la facultad se conceda por tiempo determinado y se agote con el uso que haga de ella el Poder Ejecutivo;

f) que comprenda sólo los tributos que por sus características exijan adecuaciones en el tiempo de la emergencia;

g) que se satisfagan las exigencias sobre refrendo del decreto por el jefe de gabinete y el control por parte de la Comisión Bicameral Permanente (art. 100 inc. 13, CN.).

Admitir un ejercicio más amplio o extensivo del instituto de la delegación de facultades legislativas en materia tributaria no se compece con una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución.

Tales pautas no han sido seguidas con la sanción de las leyes 25.413 y 25.414. Por la primera se creó un impuesto sobre créditos y débitos en cuenta corriente bancaria, delegando en el P.E. la facultad de determinar el alcance definitivo del tributo y de establecer exenciones total o parcialmente. La ley 25.414, por su parte delegó en el PE. la facultad de crear y eliminar exenciones, disminuir tributos, crear tasas y establecer incentivos y beneficios tributarios, sin enunciar con precisión las pautas a las cuales el PE debía ceñir su actuación, substituyendo la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 100 inc. 12 de la Constitución por una Comisión Ad-hoc, todo lo cual exorbita el limitado ámbito, que cabe reconocer a la delegación legislativa en esta materia. La creación y modificación de los tributos no tienden, en principio, a satisfacer situaciones de urgencia propias de la emergencia, salvo en el limitado ámbito de las alícuotas y con relación a determinados tributos, por lo que no resulta justificable echar mano al instituto de la delegación legislativa, de interpretación restrictiva dado que constituye la excepción al principio general que establece el art. 76 de la Constitución Nacional.

3.4. Principio de igualdad

En una primera acepción el vocablo igualdad se identifica con el de generalidad, y responde a la más clásica formulación del principio en el sentido de igualdad ante la ley. Todas las personas son consideradas iguales ante la ley y titulares de los mismos derechos, mas sin que ello signifique pretender influir, mediante tratamientos diferenciados en la estructura de la sociedad, ante situaciones de desigualdades de hecho, que impiden el disfrute de esos derechos que la ley consagra. La Constitución recoge ese significado al disponer que la Nación no admite

prerrogativas de sangre ni de nacimiento: no hay en ellas fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante al ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad (art. 16).

En una segunda acepción se habla de igualdad como base de los tributos, como medida de la obligación, significando que cada uno deberá contribuir en forma proporcional y progresiva a su capacidad económica. La evolución de nuestra Ley Fundamental hacia el constitucionalismo social le ha impuesto al Congreso, reforma de 1994 de por medio, con claras reminiscencias de la Constitución italiana de 1948, el deber de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales (art.75 inc.23, C.N.).

La igualdad que persigue la Constitución no se identifica con igualitarismo, que persigue colocar a todas las personas en una situación de absoluta y radical igualdad matemática. En ese sentido ha expresado la Corte Suprema de la Nación (12), al interpretar el significado del art. 16 de la Constitución:

“El texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominaban toda primacía ilegítima, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que suprime los títulos de nobleza y los fueros personales, para declarar enseguida, que todos los habitantes son iguales ante la ley demuestra con toda evidencia cuál es el alto propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. No es pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales.”

Tales desigualdades relativas son constitucionalmente admisibles en la medida en que los individuos a pesar de las diferencias económicas están en condiciones de subvenir a sus necesidades como hombres y desarrollar su personal proyecto de vida, o en palabras de la Constitución puedan gozar efectivamente de los derechos que ella consagra. Lo que la Constitución no tolera son situaciones de discriminación en las cuales el individuo a pesar de su voluntad no puede satisfacer el mínimo de sus necesidades, con el solo recurso de su actividad y sin estímulo externo alguno. Es decir, debe contar con una acción estatal que lo promueva desde esa situación de discriminación hacia una de igualdad relativa.

La institución tributaria no puede ser ajena al programa constitucional. De ahí, que en la doctrina europea se considere inexcusable la exención en los impuestos al consumo de los productos de primera necesidad, y que la contribución de cada uno sea proporcional y aun progresiva a s capacidad económica. Tal tratamiento no puede ser considerado discriminatorio o desigual, puesto que la igualdad como medida del tributo debe ser entendida en clave de capacidad económica y de solidaridad social.

La Corte Suprema de Justicia al referirse al principio de igualdad ante la ley, en un supuesto no específicamente referido a impuestos, pero aplicable por su generalidad, dijo:

“En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicarla ley en los casos ocurrientes según las diferencias constitutivas de los mismos”. Complementando ese pensamiento, también la Corte, en forma reiterada, ha dicho que: “La garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”.

3.5. Principio de capacidad contributiva

Íntimamente vinculado e integrado con el principio de igualdad se encuentra el principio de capacidad contributiva, que para Ferreiro Lapazta¹³ más que un tercer principio es una forma de entenderla generalidad y la igualdad; un modo de aplicarlos que se halla hoy universalmente consagrado.

El criterio de la interdicción de la arbitrariedad, en forma exclusiva, no resulta suficiente ni satisfactorio en orden a la determinación de si el tratamiento discriminatorio o el privilegio devienen compatibles con los principios de igualdad y de capacidad contributiva, y por ende con las prescripciones constitucionales.

¹³ Ferreiro Lapazta, José Juan, “Curso de Derecho Financiero Español”, p. 323, 14ª ed.

Ante la insuficiencia de la interdicción de la arbitrariedad, se hace necesario ponderar si el motivo que justifica la restricción de la igualdad tiene mayor peso que esta última. No resulta suficiente que existan motivos que expliquen el trato desigualo motivos objetivamente convincentes; además es necesario analizar si la medida es idónea para alcanzar el fin que supuestamente justifica el trato diferenciado.

No basta cualquier motivo razonable para apartarse del principio de capacidad contributiva, sino que será necesario realizar una auténtica ponderación de bienes jurídicos. Ello no significa negar importancia al principio de interdicción de la arbitrariedad que constituye una garantía mínima, que debe ser complementada con otros criterios.

El Tribunal Constitucional Español considera que el principio de igualdad prohíbe aquellas “desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundamentadas en criterios objetivos y suficientemente razonables”, agregando que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

Es necesario pues realizar un especial control de la necesidad o idoneidad de la medida que ha de tener tal categoría y peso que justifique el trato diferencial, mediante la ponderación de bienes jurídicos, analizando si entre las distintas alternativas se ha escogido aquella que menor lesión ocasiona al principio de capacidad económica.

3.6. Incentivos tributarios

Los beneficios fiscales establecidos para incentivar determinadas actividades económicas, científicas, culturales etc., han puesto en crisis los principios de igualdad y capacidad contributiva. Estos principios pueden ceder ante otras exigencias constitucionales; protección y primacía del trabajo sobre el capital, protección económica de la familia (art. 14 bis), progreso económico con justicia social, estímulo a

la instrucción general y universitaria y a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, promoción de las industria, crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio (art. 75 inc.18 y 19), promoción de medidas de acción directa que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y la protección de los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas (art. 75 inc. 23), etc. Sin menoscabo de ello cabe señalar que la persecución de tales objetivos constitucionales no justifica por sí solo un desplazamiento del principio de capacidad contributiva.

En materia de beneficios fiscales cabe distinguir entre los beneficios configurados como situaciones específicas y excepcionales de estímulo para realizar determinadas actividades mediante la correspondiente minoración tributaria, y aquellos otros beneficios denominados estructurales, que no constituyen normas de exoneración o minoración excepcional, sino que forman parte de la estructura del tributo. Los primeros, a los que cabe considerar auténticos beneficios fiscales, son minoraciones incentivadoras o promocionales, que actúan desde fuera de la estructura impositiva, y constituyen un gasto fiscal, que podría ser sustituido por subvenciones. Los segundos en cambio, operan desde dentro del tributo, sirven para delimitarlo mejor, no producen gasto fiscal y obedecen a razones técnicas o de justicia tributaria (capacidad contributiva), como sucede con el mínimo exento, deducciones por rentas de trabajo, gastos de enfermedad, gastos de guardería, dividendos de sociedades y doble imposición internacional¹⁴.

La cláusula del progreso, actual art. 75 inc. 18 de la Constitución le impone al Congreso el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, promover las industrias, la inmigración, la construcción del ferrocarriles y canales navegables etc. por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Esta disposición reconoce como fuente directa el art. 67 inc. 3° del proyecto de Constitución elaborado por Alberdi.

Es de interés puntualizar que la situación de la República al sancionarse la Constitución era muy distinta de la actual. En aquella época todavía no se habían apagado las pasiones despertadas por las luchas civiles, el localismo era un peligro latente, la riqueza pública y privada apenas estaba en formación, el país entero se debatía en la antinomia de civilización y barbarie. De ahí que, lo más urgente era

¹⁴ González García, Eusebio, relator general del tema: "Medidas fiscales para el desarrollo económico", en las XXI Jornadas del ILADT, Barcelona Génova, 2002.

poblar el país, fomentar sus industrias, atraer capitales, desarrollar el comercio y la navegación. Una empresa de transporte o comunicaciones, por aquella época, era una aventura, por lo cual se imponía asegurar su existencia como medio de impulsar el progreso de la Nación. Pero hoy en día, dichas empresas no tienen el mismo carácter aleatorio, habiéndose constituido poderosas corporaciones nacionales y multinacionales para la explotación de dichos servicios.

De ahí, que en los tiempos que corren no es necesario establecer beneficios tributarios para atraer capitales extranjeros o para que los argentinos repatrien los cuantiosos fondos que han girado al exterior. Ningún beneficio tributario, por más importante que sea, va lograr la repatriación de tales capitales; lo que se necesita para ello es libertad y seguridad. Seguridad de no sufrir ningún despojo o confiscación como la acaecida con motivo de la sanción de la ley 25.561 y de los decretos 214/02 y 471/02. Libertad de toda persona de ingresar y salir del país trayendo y llevando sus capitales (art. 14, Constitución). En suma irrestricto respeto por el derecho de propiedad.

El respeto al principio de capacidad contributiva constituye un elemento esencial en la relación jurídica tributaria y opera como límite al poder del Estado en tanto plasma el principio de igualdad en el campo del derecho tributario. Para desplazar dicho principio es imprescindible realizar un especial control de la necesidad de la actividad que se desea promover que ha de tener tal categoría y peso que justifique el trato diferencial, mediante la ponderación de bienes jurídicos, analizando si entre las distintas alternativas se ha escogido aquella que menor lesión ocasiona al principio de capacidad económica.

En la medida que los beneficios fiscales pretendan objetivos económico sociales directamente relacionados con el crecimiento económico o una más equitativa redistribución de la renta, no pueden ser incompatibles con el principio de capacidad contributiva, pues aunque la distribución de la renta y distribución de las cargas fiscales son operaciones sustancialmente distintas, una equitativa distribución de las cargas fiscales puede ser el camino utilizado por el legislador para favorecer la equitativa distribución de la riqueza¹⁵.

¹⁵ Bustamante, Jorge E., "La Republica corporativa", Emecé, 1988.

Titulo II

*DESARROLLO DEL
TRABAJO*

INTRODUCCION

CAPITULO I

Desarrollo del Trabajo

1) Introducción

A poco más de seis años de la devaluación y la ruptura de casi todos los contratos de inversión, con las opciones más tradicionales (plazo fijo, dólar, etc.) en retroceso por la magra o nula rentabilidad que ofrecen, los ahorristas e inversores minoristas se vieron forzados a reeducarse para localizar nuevas alternativas de colocación financiera que les permitieran preservar o acrecentar sus tenencias, es decir, simplemente cumplir con su condición de tales.

La respuesta del mercado llegó a través de los que podrían denominarse "nuevos instrumentos de inversión", un variado menú de opciones que fueron apareciendo a lo largo de los últimos 10 años -aunque tomaron verdadero impulso tras la última crisis- y, adicionalmente, se caracterizan por inyectar fondos en la economía real, con lo que ayudan a sostener o impulsar la actividad.

En este rubro se pueden agrupar a los fideicomisos (financieros o con garantía real), los nuevos papeles de deuda de compañías privadas (Obligaciones Negociables, ON) y los cheques de pago diferido, entre otros, todas vías de financiamiento a las que progresivamente se van acostumbrando empresas pequeñas y medianas para encarar cientos de proyectos de expansión -de poca monta, pero de alto impacto en sus niveles de actividad-; productores que necesitan hacerse de capital de trabajo para asegurar la próxima siembra y ofrecen -a quienes se animen a compartir el riesgo- la posibilidad de ser sus socios a plazo, o constructores que buscan aprovechar el boom inmobiliario y para hacerlo toman los recursos de quienes serán luego los propietarios de aquello que hayan edificado, por citar ejemplos.

Los fideicomisos, las letras hipotecarias (cédulas o títulos que los bancos emiten para tercerizar parte de sus carteras), los cheques de pago diferido patrocinados y las ON Pyme son colocaciones a mediano plazo (de 6 meses a tres años, en promedio) que ofrecen una rentabilidad positiva por lo que, lentamente, están captando la preferencia de los ahorristas más inquietos.

a) Fideicomisos: el boom

Pero la verdadera estrella entre las nuevas opciones de inversión son los fideicomisos, que mes tras mes baten récords de emisiones y demanda, en parte por la aceptación que están logrando entre los inversores minoristas.

Durante 2005 se concretaron 143 emisiones de fideicomisos financieros; por un monto de \$ 5125 millones que triplicó los \$ 1628 millones del año anterior según un informe de Gaivenst¹⁶. La tendencia se consolidó y en el 2006 creció un 73%. En enero se registraron otras 16 emisiones con oferta pública por algo más de \$ 1100 millones y en lo que va de febrero salieron 9 más, seis de los cuales están en pleno proceso de suscripción ofreciendo al inversor tasas en pesos que van del 12% al 17% anual según el riesgo que se asuma.

Generalmente, los títulos de los fideicomisos se emiten en la misma moneda en que están nominados los activos que los respaldan lo que evita los descalces. Así, la mayoría de los que se ofrecen son en pesos y los que se colocan en dólares por lo general tienen que ver con exportaciones o tienen activos inmobiliarios en garantía, es decir, bienes o productos dolarizados.

A esta alternativa de financiamiento acuden cada vez más cadenas comerciales, cooperativas, mutuales y empresas que buscan dinero cash que les permita seguir con sus actividades o expandirlas. En los últimos meses se sumaron a la tendencia los bancos, que así descargan parte de sus carteras (personales, hipotecarios), para hacerse de recursos que le permitan responder a la mayor demanda de crédito.

b) Beneficiarios del Instrumento

La lista de beneficiarios del instrumento es larga. Del lado de los financiados, van desde los Grobocopatel (productor agropecuario), a la Aceitera General Deheza (uno de los mayores exportadores), desde cientos de anónimos y pequeños productores de arroz o tabaco que se juntan para acceder al capital necesario para financiar sus explotaciones -y de esta manera colocar sus cosechas en los mercados internacionales- a otros menos anónimos empresarios que cedieron derechos temporales sobre inmuebles u otras garantías para convencer a un grupo de inversores de que les presten los fondos que les sirvan para concretar sus proyectos. En el rubro inmobiliario la mayoría de los desarrollos del país se realiza a través de fideicomisos, un instrumento que vino a responder a las necesidades de mayor seguridad jurídica ya que se produce un "encapsulamiento" del patrimonio del emprendimiento, es decir, que el capital propio de los inversores no se vera afectado por posibles problemas del emprendimiento, solo arriesgaran el monto invertido, pero nunca su patrimonio personal, al mismo tiempo el emprendimiento tampoco se vera afectado por posibles problemas económicos y/o jurídicos de los inversores o

¹⁶ www.gainvest.com.ar/prensa

administrador del edificio; de mejores vías de fondeo para sus emprendimientos, beneficios fiscales en comparación a una sociedad anónima y tasas de rentabilidad mayores que las comunes del mercado, motorizando así al negocio. Efectivamente, el uso de fideicomisos inmobiliarios se extendió tanto que hoy abarca al 85% de los desarrollos en curso. La mayor parte de los emprendimientos se hacen con este instrumento y la tendencia es que vaya convirtiéndose en el único vehículo de la construcción, en reemplazo de la formación de sociedades anónimas. Estos fideicomisos pueden tener tantas características como contratos existan. Puede ser que el fideicomiso tenga como objetivo obtener una utilidad con la venta de las unidades resultantes. Otro caso distinto es el de las unidades al costo que son aquellos donde un grupo de personas se juntan para aportar la parte proporcional a los efectos de, por ejemplo, construir un edificio y una vez finalizado, se distribuyen los departamentos de acuerdo al importe aportado. El administrador del edificio ira pagando los gastos del emprendimiento según lo aportado por cada inversor, sin solicitarle mas monto que el necesario para abonar la compra de materiales, el pago de la mano de obra o algún otro gasto inherente a la construcción del edificio. Esta separación de clases de fideicomisos inmobiliarios es importante ya que la incidencia fiscal en ambos casos será muy diferente. En los últimos años, la AFIP ha intentado a través de diversos dictámenes, sentar su posición respecto a la situación fiscal de los fideicomisos, reconociendo que se deberá evaluar la carga fiscal en cada fideicomiso en particular. Por ello es fundamental la redacción del contrato, para que el día de mañana no existan dudas de la real intención de las partes.

Del lado de los financistas se encuentran desde las AFJP a las compañías de seguros y de los inversores personales más sofisticados (que se dieron cuenta de que de las perspectivas que abría el nuevo modelo económico basado en dólar alto y tasas de interés negativas les permitiría embolsar beneficios si asumían el riesgo) o los más rezagados en la información, que comenzaron a mirar otras opciones por el desencanto que le producen las tasas negativas de los plazos fijos frente a una inflación en alza, la estabilidad del dólar o el desconocimiento del euro.

Los fideicomisos financieros están próximos a cumplir un década. En agosto de 1996 se emitió la serie I de los Consubond que tienen como activo subyacente las ventas a crédito realizadas por Frávega y del que se llevan colocadas 48 series, todas realizadas por Gaivenst, la administradora que dio otra vuelta de tuerca al negocio al armar un fondo común de inversión en fideicomisos para acercar el instrumento a los minoristas.

Los más nuevos del otro lado del mostrador son los inversores minoristas que toman el riesgo, aunque están particularmente protegidos por la legislación y la tutela que ejerce la Comisión Nacional de Valores (CNV), que con buen tino pone mucho celo en que las participaciones que se destinen a ellos sean las más seguras y se dejen el resto a los institucionales que tiene mayor capacidad para evaluar el riesgo que asumen.

Como podemos apreciar, los fideicomisos son la herramienta mas utilizada por inversores y por productores, unos la utilizan para obtener una renta superior a la que ofrecen otros instrumentos del mercado invirtiendo en la economía real, donde están las mayores ganancias y los otros para poder financiar sus proyectos de producción y crecimiento sin tener que recurrir al sistema bancario. En los siguientes capítulos, analizaremos la estructura y las características del fideicomiso de manera mas precisa.

*MARCO HISTORICO Y
LEGAL*

CAPITULO II

2) Marco Histórico y Legal

a) Antecedentes del Fideicomiso

En su origen fue utilizada esta estructura jurídica con el objeto de soslayar trabas legales que impedían darle a determinados bienes cierto destino. La base sobre la que se fundamentó desde el origen fue la confianza que el transmitente de un bien depositaba en el adquirente. Etimológicamente significa “cometido o encargo de confianza”, término que proviene del latín “fideicommissum” (fides: fe; commissus: confiado).¹⁷

Para realizar una aproximación al concepto de fideicomiso se puede pensar en la antigua Roma en donde uno de sus romanos se dirigía a la guerra y dejaba sus bienes en manos de una persona de su confianza para que los administre a favor de su familia y se los entregue a él a su regreso o a sus familiares en caso de su deceso. En este ejemplo se reconoce a una persona que tiene bienes y los cede a otra para su administración, otorgándole el beneficio de dicha administración a terceros. El espíritu que se manifiesta en el accionar del poseedor de los bienes es la confianza depositada en el administrador para cuidar sus bienes y desarrollar bien su tarea.¹⁸

El fideicomiso es un contrato que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, en tanto y en cuanto sean lícitos. De un origen restringido al ámbito familiar pasó a insertarse activamente en el ámbito de los negocios por su adaptabilidad a las cambiantes condiciones económicas y a la fértil imaginación de los que se dedican a la ingeniería de nuevos productos.

Las posibles aplicaciones del fideicomiso, especialmente para los bancos y demás entidades financieras, son innumerables, dada su naturaleza, con una proyección excepcional que les abre perspectivas insospechadas, pudiendo preverse, sin pecar en optimismos excesivos, que en pocos años más la incidencia del Fideicomiso en los resultados financieros de aquéllas llegará a un nivel de real importancia, como ha ocurrido en otros países de América (México, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Panamá, entre varios más).

Para llegar a esa conclusión debe considerarse que el Fideicomiso no tiene trascendencia autónoma como tal. Es un verdadero instrumento que sirve para la realización de otros negocios que le son "subyacentes" y que pueden ser de la más variada naturaleza dentro del campo de lo lícito. De ahí su versatilidad y flexibilidad y

¹⁷ Revista Competencia, Ed. Competencia, Abril 2006.

¹⁸ “Fideicomiso, Una forma contractual que ayuda a financiarse”, Enrique Sol, Comisión de Economía de AACREA, Diciembre 2005.

la enorme gama de su utilización tanto en el sector empresario cuanto en el de la vida individual y familiar de las personas.

La doctrina suele agrupar en especies esa variedad tan generosa, con una finalidad didáctica y de sistematización de la figura legal. De tal modo, se enumeran Fideicomisos:

- de administración;
- de inversión;
- mixtos (de administración e inversión);
- inmobiliarios;
- de garantía;
- de seguros;
- traslativos específicos de propiedad;
- de desarrollo;
- públicos y privados.

b) Las especies de Fideicomiso según la ley 24.441

Esta ley fue sancionada por el Congreso de la Nación con fecha 22 de diciembre de 1994 y tiene por finalidad el "Financiamiento de la vivienda y la construcción" pero su contenido es múltiple. En su Título Primero trata del FIDEICOMISO, en siete Capítulos sucesivos (artículos 1 a 26), contemplando dos especies:

- a) el fideicomiso común u ordinario -aunque no le asigna nombre-, artículos 1 a 18; y
- b) el fideicomiso financiero (artículos 19 a 24). Los artículos 25 y 26 regulan la extinción del fideicomiso. En este capítulo se analizarán ambas especies de fideicomiso.

c) Perfil Normativo Del Fideicomiso Común U Ordinario

El fideicomiso es el negocio mediante el cual una persona trasmite la propiedad de ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado. En esta conceptualización genérica se destacan dos aspectos claramente definidos. Uno, la transferencia de la propiedad del bien; otro, un mandato en confianza.

El fideicomiso no constituye un fin en si mismo, sino, en verdad, un vehículo apto para dotar de mayor seguridad jurídica a un determinado negocio. El adquirente es el receptor de ciertos bienes, los que se mantienen separados del patrimonio de los demás sujetos que participan en el negocio y del suyo propio. La propiedad que aquél

ostenta desde el punto de vista jurídico carece de contenido económico, pues éste le pertenece al beneficiario o bien al fideicomisario, que puede ser el propio transmitente (fiduciante).

La discusión acerca de su naturaleza unilateral o bilateral ha sido resuelta por la ley 24.441 al definir al fideicomiso celebrado entre vivos como un contrato (arts. 2 y 4) y al fideicomiso testamentario como un acto jurídico unilateral de última voluntad sin que la no aceptación de su nombramiento por parte del fiduciario afecte el nacimiento del fideicomiso (art. 3).

Para que el contrato tenga virtualidad jurídica, entonces, se requiere la presencia del fiduciante y del fiduciario. Ello no obsta a que, en caso de cesación de éste último, se apele al procedimiento de sustitución previsto en la misma ley (arts. 4, inc. e, y 10). La aceptación del beneficiario no es requisito necesario para que se configure el contrato de fideicomiso pero, en cambio, para que el acto tenga validez jurídica, sí se exige que el beneficiario exista y se encuentre individualizado o, en caso de no existir al momento de la celebración, que consten los datos que permitan su futura individualización.

El contrato de fideicomiso es consensual y, conforme a lo previsto por el art. 1140 del Cód. Civ., queda concluido para producir sus efectos desde que las partes manifiestan su consentimiento. No es un contrato real pues no depende su existencia de que se haga efectiva la transferencia de la propiedad. La sola manifestación de voluntad es lo que perfecciona el contrato. A lo sumo, quien resulte ser su beneficiario podría demandar al fiduciario la efectiva transmisión de la propiedad fiduciaria. La transmisión del bien produce el efecto jurídico de hacer nacer el patrimonio separado en cabeza del fiduciario transformándose, así, en un bien fideicomitado.

1. Las partes del contrato

Son dos las necesarias: el **Fiduciante** (o Fideicomitente o instituyente o constituyente), que es la persona que transmite los bienes y el **Fiduciario** (o Fideicomitado), que es quien recibe -adquiere- los bienes en propiedad fiduciaria. Ellos son las partes del contrato. Existen en la figura legal otras dos personas como terceros interesados: el **Beneficiario**, quien percibe los beneficios que produzca el ejercicio de la propiedad fiduciaria por el Fiduciario y el **Fideicomisario**, que es el destinatario final de los bienes fideicomitados. Estos últimos no son partes del contrato; sus respectivas posiciones jurídicas quedan amparadas por las estipulaciones a favor de terceros del art. 504 del Código Civil.

Los cuatro pueden ser personas físicas o jurídicas con la importante salvedad de que, si se trata del Fideicomiso Financiero (que analizaremos mas adelante), el Fiduciario puede ser solamente una entidad financiera (sujeta a la ley 21.526) o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como "fiduciario financiero" (art. 19, ley 24.441). En el Fideicomiso común u ordinario, el art. 5º de la ley dispone una importante restricción: "Sólo podrán ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores quien establecerá los requisitos que deban cumplir".

En el derecho comparado el Beneficiario y el Fideicomisario coinciden. Para nuestra ley pueden ser distintos; es facultad del Fiduciante, al constituir el Fideicomiso, disponer que las utilidades de los bienes a administrar por el Fiduciario (fideicomiso de administración/inversión) se entreguen a una o más personas, que designa como "beneficiarios" y, al extinguirse, los bienes transmitidos se entreguen a otra u otras personas (físicas o jurídicas) como "fideicomisarios". Pero pueden también coincidir. Además, por aplicación del art. 2º de la ley, el fiduciante puede llegar a ser el Beneficiario y también el Fideicomisario, en cuyo caso los protagonistas del instituto se limitan a dos (las partes), o sea el Fiduciante y el Fiduciario.

El Fiduciario, según el régimen creado, no puede ser beneficiario ni fideicomisario; surge del art. 7º que el contrato constitutivo no podrá dispensar al fiduciario "de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos". Esta prohibición es demasiado estricta y ha merecido críticas de la doctrina; la limitación puede ir en perjuicio de la posible amplitud práctica de aplicación del fideicomiso. Así, por ejemplo, un Fiduciante entrega a un Banco, como Fiduciario, un lote de terreno para que edifique una finca que se sujetará al régimen de la propiedad horizontal, corriendo con todos los gastos y trámites, adjudicándole al transmitente las unidades que se convenga. En tal caso, el Banco, como Fiduciario no podría adjudicarse, en dominio pleno, el resto de las Unidades o alguna de ellas dada aquella prohibición, debiendo disponerlas y, aun en ese caso, nace la duda si podría quedarse con el producido (algunos autores dan respuesta afirmativa, limitando la prohibición al texto legal, conforme reza el art. 7º : "adquirir para sí los bienes fideicomitidos").

2. Qué caracteriza al Fideicomiso

Constituye **una transmisión de bienes** que hace una parte (fiduciante) a la otra (fiduciario), bienes que deben estar individualizados en el contrato (o testamento)

o, de no ser ello posible, constará la descripción de sus requisitos y características (arts. 4º, inciso a- y 3º).

Lo adquirido por el fiduciario lo califica la ley como **Propiedad fiduciaria**, quedando entendido que ella será **Dominio fiduciario** si se trata de cosas (muebles o inmuebles), como lo llama el art. 2662 del Código Civil y **Propiedad fiduciaria**, propiamente dicha, si recae sobre objetos inmateriales o incorporales susceptibles de valor (créditos, derechos intelectuales, marcas de fábrica y "derechos" en general).

3. Qué significado tiene la calificación de "Propiedad fiduciaria" (o Dominio fiduciario)

Es importante la respuesta, pues en ello está la clave del Fideicomiso. El Fiduciario no es un adquirente equiparado al que asume comúnmente el dominio de la propiedad del bien que es objeto del acto transmisivo. En cuanto respecta al "dominio" (que es el "modelo" con que se expresa la ley), resulta útil recordar que el Código Civil distingue dos clases de dominio (arts. 2507 y 2661): el que llama **perfecto** o pleno y el dominio que denomina **imperfecto** o menos pleno.

El dominio perfecto tiene tres caracteres: es **exclusivo** (lo que supone que dos personas no pueden tener cada una "en el todo" el dominio de una cosa, ya que, si hay titularidad común de dos ó más personas, el derecho real no es ya "dominio" sino "condominio", que es otro derecho real); es **perpetuo** (en el sentido de que subsiste independientemente de su ejercicio salvo que otra persona lo adquiera por prescripción, en cuyo caso el anterior titular pierde el dominio en razón del carácter exclusivo antes mencionado); y es **absoluto** (en el sentido de que es el derecho real que confiere el máximo de facultades a su titular, quien podrá disponer, usar, poseer y gravar la cosa dentro de los límites que marca la ley).

Del carácter "exclusivo" participa el dominio imperfecto y, por lo tanto, el dominio fiduciario, que sólo contemplaremos en adelante. En cambio, los otros dos caracteres -elementos naturales y no esenciales para la existencia del dominio perfecto- no son propios del dominio fiduciario y es justamente aquí donde aparece la diferencia que distingue al dominio fiduciario como especie del dominio imperfecto o menos pleno.

Es **temporario** y no puede durar más de 30 años contados desde la fecha de su constitución. Así lo dice el art. 4º, inciso c) de la ley 24.441, donde dispone que el dominio fiduciario "*nunca podrá durar más de treinta (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*".

El dominio fiduciario carece igualmente del carácter de ser **absoluto**, propio del dominio perfecto, lo que se desprende de dos circunstancias fundamentales que tipifican el fideicomiso y la titularidad que surge de su constitución:

1) el dominio fiduciario se lo entrega el fiduciante **para que cumpla una finalidad**, a especificar en el contrato o testamento que crea el fideicomiso y que configura, por lo general, la condición cuyo cumplimiento produce su extinción (resolución) en los términos del art. 25.

2) Por la razón expuesta, la ley 24.441 establece que el fiduciario **no adquiere "para sí"** los bienes que se le transmiten, lo que le prohíbe expresamente el art. 7°. Esta norma prohibitiva es importante como lo son sus complementarias, y las reflexiones que el sistema motiva, conforme a lo que sigue:

Los bienes objeto del Fideicomiso **no ingresan al patrimonio personal del Fiduciario**, quien sólo tiene la titularidad formal, con el dominio de la cosa inmueble o mueble susceptible de registro, inscripto a su nombre, lo que le confiere la necesaria **legitimación** substancial para proceder a su disposición, ya sea para cumplir los fines del instituto (art. 17) o ya para transferirlos al Fideicomisario o a quien corresponda, al producirse su extinción (arts. 1 y 26 de la ley, y art. 2662 del Código Civil).

El art. 12 de la ley dispone que el carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo con la naturaleza de los bienes respectivos. Complétase esta disposición con la primera parte del art. 13 que ordena a los registros correspondientes a tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario, cuando se trate de bienes registrables.

El acto de transmisión del dominio o de la propiedad, **no es ni gratuito ni oneroso** para el Fiduciario, ya que su valor económico es "cero" para él y **neutro** como tal; recibe los bienes a título **de confianza**, para cumplir los fines instruidos por el Fiduciante, con los alcances indicados. No obstante -cabe no olvidarlo- para el régimen que adopta la ley 24.441, es el titular del dominio fiduciario o propiedad fiduciaria de esos bienes (arts. 11 a 16 de la ley). Ello muestra que el decreto 780/95 se aparta y no se ajusta al régimen citado cuando considera al Fiduciario, a los efectos del pago del impuesto a las ganancias y a los bienes personales, como administrador de "patrimonios ajenos".

Al no integrar los bienes transmitidos el patrimonio personal del fiduciario, la ley les da el carácter de **"patrimonio separado"**. El art. 14 lo dice: "Los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante". Los arts. 15 y 16 complementan el sistema, disponiendo que los bienes

fideicomitidos están fuera de la acción de los acreedores del fiduciario (singular o colectiva), del fiduciante y del beneficiario.

Como complemento de lo expuesto, el art. 16 de la ley dispone que los bienes del Fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso "las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos". Lo antes manifestado impone la salvedad de que, en el ejercicio de su función, el Fiduciario (o sus dependientes) hayan incurrido en culpa o dolo, respondiendo en ese caso, personalmente, de los daños y perjuicios causados. Si hay insuficiencia del patrimonio fideicomitado para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no dará lugar a la declaración de su quiebra, dispone el art. 16, agregando que en tal supuesto "y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación", a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

4. Extinción del Fideicomiso

El art. 25 de la ley 24.441 dispone que el fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o condición a que esté sometido, o el vencimiento del plazo máximo legal (30 años desde su constitución).
- b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo.
- c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.

5. Aplicaciones del Fideicomiso

Contemplemos brevemente algunas de las especies de fideicomisos cuya variedad tan generosa es el producto de la gran elasticidad de este instituto.

5.1. Fideicomiso de garantía

Puede reemplazar, con ventajas, a la hipoteca y a la prenda función de garantía de una deuda. Para ello el fiduciante transfiere un bien (por ejemplo, una cosa inmueble o mueble) en propiedad fiduciaria, garantizando una obligación que mantiene a favor de un tercero, con instrucciones de que, no pagada la misma a su vencimiento, el fiduciario procederá a disponer la cosa y con su producido neto desinterese al acreedor y el remanente líquido que restare, lo reintegre al fiduciante. En el respectivo

contrato de fideicomiso se adoptarán todas las previsiones necesarias, incluyendo sobre la forma de acreditar la mora del fiduciante deudor para con su acreedor, beneficiario de la garantía.

5.2. Fideicomiso de seguros

Las buenas intenciones del jefe de familia que contrata un seguro de vida para que el día que fallezca, su esposa e hijos reciban una suma importante que les permita una digna subsistencia, pueden malograrse si ocurrido el siniestro los beneficiarios de la indemnización que abone la Compañía aseguradora, administren mal lo recibido y en poco tiempo consuman el importe cobrado. Es una preocupación que nunca descarta quien contrata tal seguro, la que puede soslayarse por la vía de un fideicomiso debidamente constituido. El asegurado nombra como beneficiario a un banco u otra entidad financiera de su confianza, y contemporáneamente celebra con el mismo un contrato de fideicomiso, designándolo fiduciario del importe a percibir de la aseguradora, fijando su plazo y especificando todas las condiciones a las que debe ajustarse aquél en cumplimiento de los fines instruidos (inversiones a efectuar, beneficiarios de las rentas, destino final de los bienes, etc., etc.). Se trata de una variedad de fideicomiso que puede ser de suma utilidad, y con provecho para las entidades fiduciarias por las comisiones u otros ingresos que por su gestión convengan y perciban. Ha tenido gran desarrollo en México.

5.3. Fideicomisos inmobiliarios

Su amplitud puede ser, también, muy variada. Será muy útil utilizarlo en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de varias partes con intereses contrapuestos, cuya armonización y recíproca seguridad hace necesaria la presencia de una entidad que ofrezca una garantía suficiente a quienes participen de la operación. El banco u otra entidad como puede ser una inmobiliaria, en calidad de fiduciario, puede ser el punto de equilibrio entre las partes, que confiera la imprescindible confianza entre todas ellas.

Póngase como ejemplo la construcción de un edificio con unidades a distribuir entre quienes resulten adjudicatarios bajo el régimen de la propiedad horizontal. Confluyen en el negocio intereses diversos, en conexión recíproca, como entidades que concedan créditos, constructores y arquitectos que realicen los trabajos, ingenieros y calculistas, entidades municipales que deban conceder los permisos y autorizaciones que correspondan, entidades de control ambiental, el o los propietarios del terreno donde se hará la construcción, escribanos que proyecten y otorguen oportunamente los instrumentos legales pertinentes, y su inscripción en los registros de ley, etc. La presencia de todos estos interesados logra conciliarse con ventaja,

cuando una entidad especializada ejerce la titularidad del inmueble, como propiedad fiduciaria y ofrece plena seguridad de que el negocio se desarrollará con respeto de todos los intereses involucrados y según lo convenido. El objetivo de volcar ahorros en ladrillos sumado a la demostrada capacidad de los inmuebles de actuar como reserva de valor frente a los mercados financieros hicieron que la construcción, con la herramienta del fideicomiso, brindara a los participantes un adecuado equilibrio entre rentabilidad, liquidez y riesgo. Según Mario Gómez, director de Toribio Achával "El fideicomiso es un desarrollo inmobiliario que tiene la particularidad de que hay un administrador del negocio que trabaja con el dinero de terceros y en el que cada uno es desarrollista de su parte del edificio. Si a esto le sumamos un contexto sin crédito y mucha gente dispuesta a invertir, el fideicomiso es la herramienta clave. Básicamente, el inversor coloca entre 30.000 y 100.000 dólares en distintas etapas. El 40% en el momento en que se compra el terreno y después aporta durante dos años el 60 % restante en cuotas, si al finalizar la obra el dinero alcanza, allí termina el fideicomiso, de lo contrario, deberá colocar el faltante. La seguridad y transparencia son elementos claves del instrumento, en el contrato se dejan establecidas entre otras cosas, la individualización del inmueble por adquirir, las condiciones, las características del emprendimiento por desarrollar, los plazos, costos estimados, el destino que debe darse al fondo fiduciario, la sustitución de los inversores morosos y la retribución del fiduciario."¹⁹

5.4. Fideicomisos de Inversión

Es todo negocio (donde se transmite la propiedad fiduciaria) que tiene como finalidad específica o principal la inversión de recursos financieros, según las instrucciones, pautas o reglamentos establecidos por el o los contribuyentes (fideicomitentes) para su propio beneficio o para el beneficio de terceros (beneficiario o fideicomisario) para aplicarlo a fines predeterminados. ¿Cómo funciona?. Mediante su constitución y ejecución el fiduciario capta sumas de dinero u otros activos de los fideicomitentes y los destina por instrucciones precisas de estos últimos a inversiones económicamente provechosas para el fideicomisario o beneficiario que en la mayoría de los casos resulta ser el mismo fideicomitente.

Además de lo expuesto, dada la "inmunidad" que poseen los bienes fideicomitados respecto de los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiarios, se convierte el fideicomiso en un instrumento excelente para cumplir con otras finalidades como puede ser la planificación sucesoria, titularización/securitización de flujos de

¹⁹ Diario La Nación, 22 de abril de 2006.

cuentas a cobrar, protección legal en caso de menores de edad, administración de bienes para ser entregados a un sujeto determinado, cumplidas las condiciones del contrato tanto en el sector privado como publico etc.

d) Fideicomiso Financiero

1. La securitización

La *securitización* es una transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables. Consiste en reunir y reagrupar un conjunto de activos crediticios, con el objeto de que sirvan de respaldo a la emisión de títulos valores o participaciones para ser colocadas entre inversores. Los créditos de esos activos quedan incorporados a los títulos que, a su vez, están garantizados por los activos subyacentes. Estos títulos valores son, por definición, negociables en un mercado secundario.

"Securitizar" una obligación es representarla con un título.

Esta alternativa de financiamiento viene a modificar sustancialmente el sistema tradicional de financiación en el que las entidades financieras intermediaban en la oferta y demanda de dinero, profundizándose la tendencia actual a la desintermediación, ya que la securitización pone en contacto directo a los inversores con los tomadores de dinero.

2. El fideicomiso financiero en la ley 24.441

El art. 19 de la ley 24.441 lo define así: " Fideicomiso financiero es aquel contrato de fideicomiso sujeto a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos".

Otra definición mas precisa es la que surge de las RG 290/97 de la CNV que dice: "Habrá contrato de fideicomiso financiero cuando una o más personas (fiduciante) transmitan la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien deberá ejercerla en beneficio de titulares de los certificados de participación en la propiedad de los bienes transmitidos o de titulares de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (beneficiarios) y transmitirlo al fiduciante, a los beneficiarios o a terceros (fideicomisarios) al cumplimiento de los plazos o condiciones previstos en el contrato".

En el marco de la ley 24.441 el fideicomiso financiero es tratado como una especie del género fideicomiso, estableciendo que le son de aplicación las reglas generales previstas en la misma ley (“sujeto a las reglas precedentes”). El fideicomiso financiero, entonces, se encuentra sujeto a todas las reglas aplicables al fideicomiso general con las modificaciones específicas que se establecen a su respecto.

Una característica esencial del fideicomiso financiero es que el fiduciario debe, necesariamente, ser una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar en tal carácter.

La Comisión Nacional de Valores es la autoridad de aplicación respecto del fideicomiso financiero (art. 19, ley 24.441), estando a su cargo dictar las normas reglamentarias pertinentes.

La resolución general 290/97 también introduce limitaciones de importancia en cuanto a las vinculaciones societarias que puedan existir entre el fiduciario y el fiduciante. Así, el art. 8 establece que “el fiduciario y el fiduciante no podrán tener accionistas comunes que posean en conjunto el diez por ciento (10 %) o más de capital del fiduciario y del fiduciante, o de las entidades controlantes del fiduciario o del fiduciante. El fiduciario tampoco podrá ser sociedad vinculada al fiduciante o a accionistas que posean más del diez por ciento (10 %) del capital del fiduciante”.

Se procura con esta limitación mantener la independencia entre fiduciario y fiduciante a fin de no desdibujar la estructura básica de la figura superponiendo o confundiendo los roles que a cada uno le compete, y según la cual uno transfiere al otro la propiedad de los activos a título de confianza, en el marco de un contrato bilateral. Con esta limitación se sigue la orientación de la ley 24.441 que prohíbe la constitución unilateral de fideicomisos.

Los beneficiarios son los inversores o ahorristas que adquieren los títulos valores respaldados por los activos transmitidos en fideicomiso.

***EL FIDEICOMISO FRENTE
AL DERECHO
TRIBUTARIO***

CAPITULO III

3) Los fideicomisos frente al Derecho Tributario

Una razonable muestra de la madurez económica de un mercado determinado, resulta sin duda la existencia de una necesaria armonía entre las operaciones que se presentan en dicho mercado y el marco jurídico que lo regula. Al menos, podría aseverarse con cierta contundencia que la falta de un adecuado nexo entre el ámbito económico y el jurídico, habrá de obrar como una férrea conspiración contra el mejor nivel de aquella madurez.

En tal sentido, son varias las circunstancias a través de las cuales el ámbito jurídico suele adaptarse tanto como resultara necesario, a los efectos pretendidos de que dicho ámbito ofreciera la respuesta adecuada a formatos económicos ya existentes, acaso ya suficientemente desarrollados, con el objeto de que aquellos formatos pudieran potenciarse debidamente, a partir de la contención que otorgara al caso la conveniente garantía jurídica.

No obstante ello, también existen situaciones en las cuales el derecho se ha adelantado al devenir económico, y se genera a partir de entonces un marco regulador propicio para el desarrollo de nuevas formas de la economía, hasta entonces impensadas.

En cualquier caso, huelga resaltar que sea como fuera el proceso que se hubiera perfeccionado al efecto, cuanto finalmente importa es el adecuado correlato entre el campo económico y el jurídico, como pauta elocuente de la evolución alcanzada por el mercado específico.

Particularmente y sin embargo, aquellas circunstancias en las cuales ha sido el derecho el eslabón primario de la cadena que correlaciona el ámbito de la economía y el jurídico, aparecen como las más deseables al efecto.

Ello por cuanto pareciera ser ése el camino más natural en el contexto evolutivo mencionado. De esta manera, las operaciones económicas habrán de responder en todo momento a un orden jurídico preexistente que, al asumir la bondad del mismo, otorgaría a dichas operaciones un marco de seguridad jurídica conveniente para potenciarlas.

Es que resulta innegable que, más allá de que la economía responde muchas veces a un motor suficientemente autónomo, creativo por demás, acaso indiferente al ámbito jurídico que pudiera regularla, ese ámbito jurídico finalmente se impone, a modo de pauta ordenadora de las operaciones involucradas.

También resulta innegable que en no pocas ocasiones, las circunstancias en las que el ámbito jurídico siguió al ámbito económico, esta necesaria correlación se produjo bajo el reconocimiento pretérito de períodos durante los cuales el tratamiento jurídico de las operaciones específicas resultó controvertido, precisamente por la ausencia de aquella correlación, con el consecuente desgaste que esto puede suponer.

La regulación del dominio fiduciario, seguramente, responde en nuestro país a aquellas situaciones en las cuales el ámbito jurídico ha precedido al ámbito económico.

Con la vigencia de la ley 24441, sancionada el 22/12/1994, el dominio fiduciario adquirió en el ámbito del derecho que nos rige, una dimensión absolutamente distinta, lo que dio lugar al desarrollo de una figura que, a partir de entonces y cada vez más, se multiplicó de manera generosa en el contexto económico respectivo.²⁰

Al encuadre jurídico general le siguió la regulación tributaria en particular, mediante el explícito reconocimiento en el plano impositivo de la existencia de fondos fiduciarios, para los cuales se normó el respectivo tratamiento básicamente en el ámbito del impuesto a las ganancias, como asimismo en el ámbito del impuesto a la ganancia mínima presunta y del impuesto sobre los bienes personales. Una de las bondades que debiera tener todo sistema tributario es la certeza. La falta de ella genera consecuencias indeseadas tanto para el fisco (ante la duda el contribuyente prefiere no pagar y en el mejor de los casos el fisco cobra luego de largos litigios) como para el contribuyente que nunca puede estar seguro de que cumplió adecuadamente con sus obligaciones tributarias y de que el fisco no pueda reclamarle nada más²¹. En la actualidad el sistema tributario argentino, en lo concerniente a fideicomisos presenta cuestiones dudosas, no resueltas, que, si generan situaciones de incertidumbre pueden ocasionar contingencias posteriores cuyo impacto patrimonial puede ser considerable y decisivo²².

²⁰ El dominio fiduciario, su tratamiento tributario, Ruben Karschenboim, Septiembre 2006, Ed Errepar.

²¹ Aspectos controvertidos en fideicomisos, Liliana Molas, Marzo 2007, Ed. La Ley.

²² Fideicomisos, un análisis de su tratamiento fiscal, Israel Chalupowicz, Marzo 2006, Ed. Errepar.

El fiduciario como responsable tributario

De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza. En tal carácter, se aproxima al contribuyente que realiza los hechos imposables previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la "propiedad fiduciaria" de los bienes fideicomitidos, dispone de ellos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso". Tiene - aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciados de contenido económico, ya que él no goza del valor patrimonial o económico de los mismos. Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario, que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes los convertirá en propietarios plenos de los mismos y, en tal virtud, podrán disponer de ellos sin cortapisa alguna.

En razón de que el patrimonio fideicomitado no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

La reflexión precedente es lo que permitiría encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, en su carácter de administrador de los bienes fideicomitidos por los actos que realice en función del encargo, por consiguiente el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al Fisco con los recursos que administra (art. 6, inc, e) de la ley 11.683, t.o.1998).

Dentro de los impuestos nacionales que analizaremos a continuación, entre los que se destacan el Impuesto al Valor Agregado, Ganancia Mínima Presunta, Bienes Personales, y el Impuesto a las Ganancias, es en este último donde la doctrina pone mayor énfasis ya que aquí es donde la legislación ha tenido mayores oscilaciones y zonas grises que ampliaremos más adelante, es por ello que empezaremos analizando este tributo.

***IMPUESTO A LAS
GANANCIAS***

CAPITULO IV

4) Impuesto a las ganancias

1. Introducción

El primer antecedente referido al tratamiento del fideicomiso en nuestro impuesto a las ganancias se encuentra en el decreto 780/95, reglamentario de la ley 24.441, lo cual resultaba anómalo si consideramos que tal decreto contenía regulaciones que excedían las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo Nacional (por ejemplo: definición del fideicomiso como sujeto del impuesto) y requerían, por lo tanto, su inclusión en una ley emanada de nuestro Poder Legislativo Nacional.

Fue recién mediante el dictado de la ley 25.063, publicada en el Boletín Oficial el 30/12/1998, que la figura del fideicomiso resultó incluida en la ley del impuesto a las ganancias, regularizando de tal manera la poco clara situación legislativa imperante hasta ese momento.

En efecto, la citada norma determinó que todos los fondos fiduciarios constituidos en el país resultaban incluidos, a los fines del gravamen, dentro de la tercera categoría, siendo esta categoría comprensiva de las rentas provenientes de actividades empresariales.

Posteriormente, con fecha 22/03/1999, se publicó el decreto 254/99, el cual incorporó al decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias una serie de normas relativas a los fideicomisos, complementando de esta manera las previsiones legales de la ley 25.063.

Por lo tanto, el carácter de sujetos de la tercera categoría supone para los fideicomisos la aplicación de todas las normas que rigen la determinación del resultado impositivo para la misma (imputación por el método de lo devengado, criterios de valuación, deducciones, etc.). El periodo fiscal a considerar a fin de determinar el resultado impositivo del fondo fiduciario según el art 70.1 del decreto reglamentario, impone la utilización del año calendario, al remitir expresamente al primer párrafo del art. 18 de la ley del gravamen (la utilización del año calendario resulta de aplicación obligatoria cuando no exista contabilización de operaciones), pero en la medida en que el fideicomiso contabilice sus operaciones, no existirá impedimento alguno para que la

determinación del resultado impositivo se realizara contemplando, como fecha de cierre del ejercicio fiscal, aquella elegida por el fondo fiduciario a los fines de su contabilidad. Cabe aclarar que no existen normas contables generales que obliguen a los fideicomisos a llevar una contabilidad, si bien ello es mas que aconsejable.

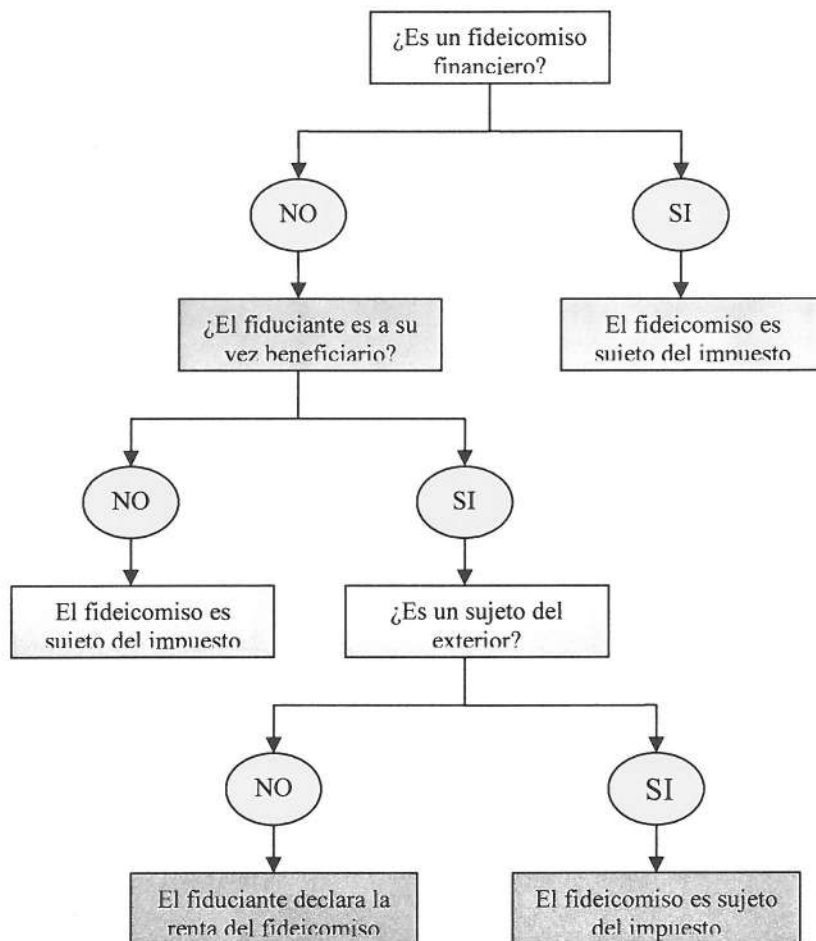
2. Definición del sujeto del tributo

A la hora de definir el aspecto subjetivo (vale decir quien declara y quien ingresa el tributo), nuestro ordenamiento tributario establece una diferenciación entre los distintos tipos de fondos fiduciarios, tomando como parámetro para ello determinadas pautas o características vinculadas con la constitución y funcionamiento de los mismos.

Para ser más precisos deberíamos realizar la siguiente distinción:

- Fideicomisos que revisten el rol de sujetos pasivos del impuesto y de la obligación tributaria, determinando el gravamen en su cabeza y debiendo el mismo ser ingresado por el fiduciario, quien actúa como responsable tributario por deuda ajena.
- Fideicomisos que se limitan a determinar la renta, atribuyendo la misma en cabeza de otro sujeto (el fiduciante/beneficiario, tal como se verá más adelante) encargado de liquidar e ingresar el tributo.

Como puede advertirse, la ley 25.063 se apartó en materia subjetiva de su antecesor, el decreto 780/95, pues este último otorgaba a todos los fideicomisos el carácter de sujeto pasivo del tributo y de la obligación tributaria siendo este tratamiento mucho más armónico o coherente con el concepto de un patrimonio escindido tanto del fiduciante como del fiduciario, que el actualmente previsto en el texto legal, sin embargo la decisión legislativa se inclino por un principio de realidad económica salvo en el caso de fiduciante-beneficiario sujeto del exterior.



2.A Fideicomisos sujetos pasivos del tributo y de la obligación tributaria

El art. 69, en su inc. a), punto 6.²³, nomina a los siguientes fideicomisos constituidos en el país como sujetos obligados a determinar e ingresar el gravamen:

- Fideicomisos Financieros.
- Fideicomisos en los cuales el Fiduciante es distinto al Beneficiario.
- Fideicomisos en los cuales el Fiduciante coincide con el Beneficiario, pero se trata de un sujeto del exterior.

La incorporación de estos fideicomisos dentro del art. 69, inc. a), significa que los mismos son asimilados tributariamente a entes tales como una Sociedad Anónima o a una Sociedad de Responsabilidad Limitada, siendo aplicables para la determinación del tributo todas las normas que rigen para ese tipo de sujetos.

²³ Incorporado por la ley 20.063, publicada el 30/12/1998.

Ello implica, entre otras cosas, que el concepto de utilidad gravada deviene de aplicar la denominada “teoría del incremento patrimonial” o “teoría del balance”, prevista en el apartado 2) del art. 2º de la ley del gravamen.

Conforme a la citada norma, quedan sujetas al impuesto todas las rentas obtenidas por el sujeto sin importar la habitualidad, habilitación o permanencia de la fuente productora de las mismas. Tal como lo expresa Diez²⁴, “(...) Esta definición considera renta todo enriquecimiento o todo incremento de valor, cualesquiera fuera su origen y su duración (...)”. Adicionalmente, y en relación con las utilidades que distribuya el fondo, debe considerarse que toda distribución de utilidad que realice el fideicomiso, por la que no se hubiera tributado el impuesto a las ganancias, se encuentra sujeta a una retención del 35% con carácter de pago único y definitivo (impuesto de igualación) y las utilidades recibidas por el beneficiario se consideran, en todos los casos, no computables a los fines del impuesto de dicho sujeto, precisamente porque tal renta se ha visto sometida a imposición ya sea como ganancia gravada por el fideicomiso, o bien por la retención que comentáramos en el punto a) precedente.

En cuanto a la responsabilidad del ingreso del gravamen, el art. 70.1 del decreto reglamentario de ganancias hace recaer la misma sobre el fiduciario.

2.B Fideicomisos que sólo determinan resultado

El art. 49, en su inciso agregado a continuación del d) por la ley 25.063, considera de tercera categoría a la ganancia obtenida por:

- Fideicomisos constituidos conforme a la ley 24.441, en los cuales el Fiduciante es un residente del país y coincide con el Beneficiario.
- Demás fideicomisos no enunciados en el punto precedente ni en el art.69, inc. a), punto 6., a los que hicieramos referencia en el apartado anterior.

²⁴ Diez, Gustavo E., “Impuesto a las Ganancias”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p.26.

Paralelamente, el decreto reglamentario²⁵ establece que la ganancia obtenida por estos fideicomisos será atribuida al fiduciante, quien en su propia declaración jurada imputará las rentas a la tercera categoría y determinará el tributo correspondiente.

Adviértase que en este esquema no se tiene en cuenta quien es el fideicomisario (destinatario de los bienes), pudiendo ser el mismo fiduciante beneficiario o bien una tercera persona, sin que ello influya en el análisis tributario de la figura.

En cuanto a la determinación del resultado y del tributo, se imponen las siguientes consideraciones:

- Quien determina el resultado del fideicomiso es el fiduciario, pues el hecho que el fiduciante deba incorporar el mismo y calcular el tributo, no obsta que quien ejerce la administración del fondo es invariablemente el fiduciario. Por ello, el decreto reglamentario²⁶ dispone con suma claridad que “(...) el fiduciario le atribuirá (...) los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal (...)”.
- La imputación del resultado al ejercicio fiscal por parte del fiduciante beneficiario se realiza aplicando lo dispuesto por el art. 50 de la ley del gravamen. En virtud de ello, el resultado del fideicomiso se considera íntegramente asignado al producirse el cierre del ejercicio fiscal del fondo fiduciario, sin importar si el mismo ha sido distribuido o no.

Por lo expuesto, y a manera de ejemplo, si el fiduciante-beneficiario fuera una persona física, imputará al año fiscal 2007 el resultado del fideicomiso correspondiente al mismo año (1 de enero al 31 de diciembre), mientras que si se tratara de un fiduciante persona jurídica, cuyo cierre de ejercicio comercial opera el 31 de marzo de cada año, imputará al cierre 31 de marzo de 2008 el resultado del fondo fiduciario correspondiente al año 2007.

- La magnitud del tributo en cabeza del fiduciante dependerá asimismo del carácter subjetivo que el mismo posea. Si se trata de una sociedad sujeto del

²⁵ Cuarto artículo sin número agregado a continuación del 70.

²⁶ Cuarto artículo sin número agregado a continuación del 70.

impuesto (por ejemplo: sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada), la ganancia proveniente del fideicomiso quedará gravada a la alícuota proporcional del 35%. En cambio, si estamos en presencia de un fiduciante persona física la cuantía del tributo dependerá de la aplicación de la tasa marginal progresiva contenida en el art. 90 de nuestra ley del impuesto a las ganancias.

- Si el resultado del fondo fiduciario fuera un quebranto, el mismo no posee ninguna limitación específica en cuanto a su posibilidad de absorción contra otras rentas o traslación del mismo, siendo de aplicación las normas generales que al respecto contempla la ley del tributo.

2.C Un caso no regulado: Fideicomisos “mixtos”

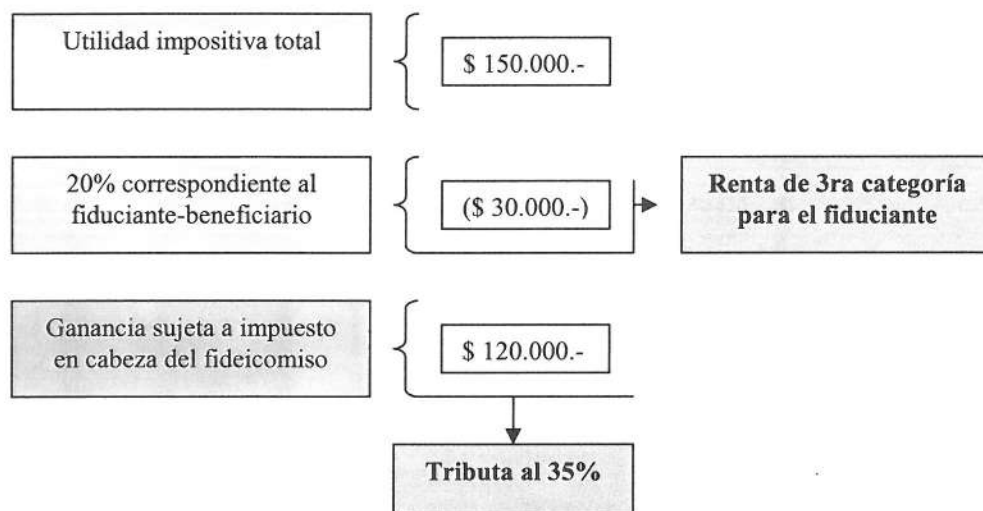
Una situación no prevista expresamente por nuestra legislación impositiva es la de aquellos fideicomisos que encuadran simultáneamente en las dos categorías subjetivas analizadas precedentemente (a los que denominaremos “mixtos”).

Tal sería el caso, por ejemplo de un fondo fiduciario donde existan múltiples beneficiarios (todos ellos residentes del país), siendo fiduciantes sólo algunos de ellos.

Como puede advertirse, tal fideicomiso no encuadra plenamente en alguna de las categorías subjetivas enunciadas en los puntos precedentes, razón por la cual consideramos que el tratamiento frente al impuesto debería desdoblarse, conforme al siguiente procedimiento:

- La porción del resultado correspondiente a fiduciantes-beneficiarios, se debe apropiar en cabezas de éstos, quienes lo incorporarán dentro de su declaración jurada, tal como se expusiera en el punto A.3.B.
- Por la utilidad restante (perteneciente al beneficiario no fiduciante), el fideicomiso quedará obligado a ingresar el impuesto pertinente, de conformidad a lo expresado en el punto A.3.A.

Recurrimos a un ejemplo para facilitar la comprensión de lo antedicho:



3. Un caso especial: el fideicomiso financiero

3.A. Aspectos particulares del fideicomiso financiero

Las particulares características de los fideicomisos financieros, a las cuales nos hemos referido en el Capítulo 1, se ven reflejadas no sólo en la propia ley 24.441 sino también en diversas normas impositivas, las que contienen en muchos casos regulaciones específicas para este tipo de fondos fiduciarios.

Al margen de lo hasta aquí comentado, de aplicación general en materia de impuesto a las ganancias, esbozaremos a continuación las disposiciones especiales vinculadas a los fideicomisos financieros, tanto desde el punto de vista del fondo propiamente dicho como de los tenedores de Certificados de Participación y Títulos de Deuda.

-Deducibilidad de las utilidades

Sin perjuicio de la aplicación de las normas para la determinación de la renta impositiva que hemos comentado en relación a los fideicomisos en general, el decreto reglamentario del impuesto a las ganancias contempla, para ciertos fideicomisos financieros, la posibilidad de deducir de su balance impositivo las utilidades distribuibles entre los beneficiarios del fondo.

Al respecto, explica Soler²⁷ que “(...) La determinación del resultado impositivo se practica de igual forma que en un fideicomiso común, excepto que en este caso sí se deducen los importes correspondientes a las utilidades obtenidas en el año fiscal y destinadas a ser distribuidas en el futuro durante el término del contrato del fideicomiso (...)”.

Para gozar del beneficio de la deducción de las utilidades, es menester que el fondo cumpla con la totalidad de los requisitos enunciados en el art. 70.2 del decreto reglamentario (33) del gravamen. Ellos son:

- Que el fideicomiso se constituya teniendo como única finalidad la titulación de los siguientes activos homogéneos:
 - Títulos valores públicos o privados, o
 - Derechos creditorios provenientes de operaciones de financiación.

- Que el plazo de duración del fideicomiso, sólo en el supuesto de instrumentos representativos de crédito, guarde relación con el de cancelación definitiva de los activos fideicomitados que lo componen.

- Que el beneficio bruto total del fideicomiso se integre únicamente con:
 - Las rentas generadas por los activos fideicomitados,
 - Las provenientes de la realización de tales activos, y
 - Las originadas en colocaciones financieras transitorias mencionadas más arriba.

No obstante, se admite mantener el beneficio fiscal de la deducción de utilidades cuando no más del 10% de los ingresos del fondo se origine en otras operaciones, realizadas con la finalidad de mantener el valor de los activos fideicomitados.

El efecto práctico de la citada detracción es reducir a cero la base imponible del impuesto, pues ésta es precisamente la consecuencia de considerar como un concepto deducible a la utilidad obtenida. De esta manera, la norma impositiva

²⁷ Soler, Osvaldo H., “Beneficios impositivos procedentes de fideicomisos financieros”, Impuestos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 2134.

contribuye a evidenciar el fuerte incentivo que nuestro sistema jurídico en su conjunto ha otorgado a la figura del fideicomiso financiero. Tampoco se aplica el impuesto de igualación ya que el último párrafo del artículo 69.1, al legislar sobre el citado impuesto, dispone que "(...) no será de aplicación a los fideicomisos financieros cuyos Certificados de Participación sean colocados por oferta pública, en los casos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación (...)". Esta resolución legislativa es coherente dado que la utilidad del fideicomiso cumpliendo con los requisitos no se encuentre sujeta a impuesto alguno, y el impuesto de igualación tiene como objetivo asegurar la tributación de la totalidad de la utilidad distribuida; por lo tanto, no tiene sentido su aplicación cuando el fideicomiso no posee renta gravada alguna por encuadrar dentro de las previsiones del art. 70.2 ya comentado.

El día 01/08/2008 se firmó el decreto 1207/08 mediante el cual puso fin a la exención del Impuesto a las Ganancias que beneficiaba a los fideicomisos financieros y a los fondos comunes de inversión. Queda fuera de esta eliminación los fideicomisos financieros vinculados con realización de obras de infraestructura. En los considerandos se afirma que la resolución se tomó "a fin de evitar distorsiones económicas y financieras que afecten los recursos necesarios para el financiamiento de las erogaciones públicas y lograr un mayor equilibrio fiscal en la redistribución de la carga tributaria".

En realidad, esta medida golpea fuertemente al consumo de la clase media esto es así, ya que los planes de ventas en cuotas de las grandes cadenas comerciales, mutuales y financieras se apoyan en la creación de fideicomisos financieros.

Como efecto colateral la medida también generará el pago del impuesto al cheque pues dicho gravamen no procede para los fideicomisos que se encuentren exceptuados de tributar el Impuesto a las Ganancias conforme a las disposiciones del artículo 70.2 del decreto reglamentario de la ley del gravamen.

Con la reforma el fideicomiso tendrá utilidades por la percepción de los intereses de los créditos fideicomitados y podrá continuar deduciendo los intereses que pague por los valores representativos de deuda, pero no podrá deducir las distribuciones de utilidades que efectúa a los titulares de los certificados de participación. En definitiva deberá tributar Ganancias a la tasa del 35% por las rentas netas que obtengan los fideicomisos financieros por el resultado previo a distribuir tales utilidades, que pasan a ser no deducibles, y el perceptor de las mismas las seguirá considerando como no gravadas habiendo ya tributado el impuesto a la renta.

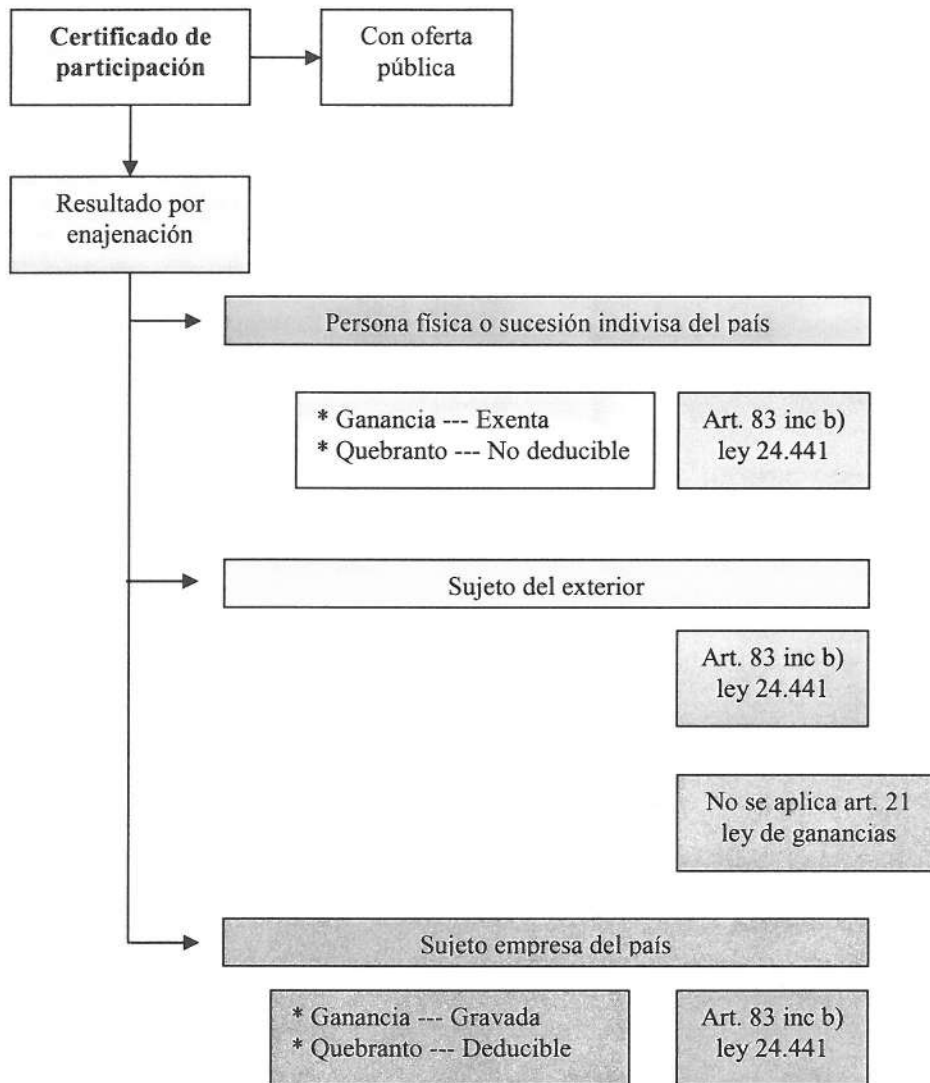
3.B. Tratamiento para los tenedores de Certificados de participación

Como hemos visto en la parte introductoria de este trabajo, la figura del fideicomiso financiero presenta como uno de sus elementos característicos, la emisión por parte del mismo, de Certificados de Participación. Los mismos reviste jurídicamente el carácter de títulos valores privados, por expresa disposición del segundo párrafo del art. 19 de la ley 24.441, pudiendo asimismo ser objeto de oferta pública.

Sin perjuicio de su carácter jurídico de título valor privado, el Certificado de Participación debe asimilarse a una acción de una sociedad anónima, exclusivamente a efectos del tratamiento de la renta distribuida por el fideicomiso financiero. Ello encuentra sustento en las previsiones del art. 69.1 de la ley del gravamen, cuando considera aplicable el impuesto de igualación ante la distribución de utilidades realizada por los fideicomisos.

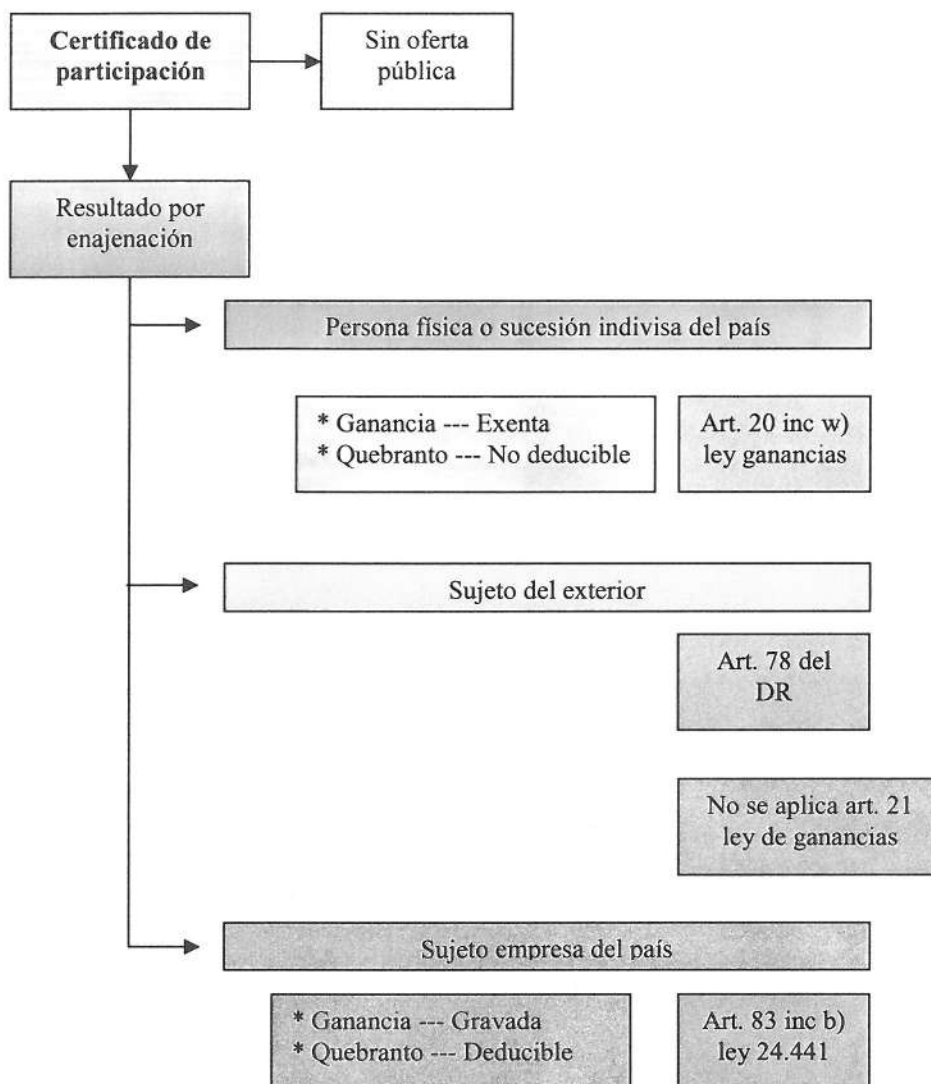
Ergo, la utilidad que obtenga el tenedor del Certificado, resulta en todos los casos renta no computable frente al gravamen, pues la ganancia con que se integra el mismo ha sido sometida a imposición, ya sea en cabeza del fideicomiso o bien por la retención practicada por éste en carácter de Impuesto de igualación.

Cabe preguntarse ahora cuál es la incidencia impositiva de las operaciones que involucren la disposición o venta de estos certificados. Sobre este particular, el art. 83, inc. b), de la ley 24,441 consagra un tratamiento diferencial según los certificados realicen oferta pública o no, disponiendo que:



- Certificado sin oferta pública

No existe para estos certificados tratamiento especial alguno, por lo que debemos regirnos por las normas generales del impuesto a las ganancias, tal como lo detallamos a continuación:



Vale la pena aclarar, que el paquete de medidas antiinflacionarios que el ex ministro de economía Martín Lousteau presento antes de su dimisión incluía entre sus puntos la “Eliminación de la exención impositiva a los certificados de participación de los fideicomisos” y la explicación era que en este ámbito se está produciendo un claro abuso de la normativa vigente que conduce a elusión. Quienes generan créditos, luego los securitizan y buscan financiamiento. Sin embargo, suelen quedarse con los certificados de participación que están exentos. De esta manera eluden el impuesto a las ganancias generadas por vender artículos en cuotas. Esto está haciendo que las casas de electrodomésticos se transformen cada vez más en negocios financieros que cobran tasas usurarias y tienen sus ganancias exentas. Con la promulgación del decreto 1207/2008 esta eliminación fue llevada a la practica, punto que desarrollaremos mas adelante.

4. Un tema particular: Naturaleza Jurídica de la transferencia de la propiedad fiduciaria

En virtud de dicho acto jurídico (contrato de fideicomiso), el fiduciario adquiere el dominio imperfecto del patrimonio afectado al cumplimiento del encargo de confianza. Imperfecto en cuanto debe resolverse al advenimiento de una condición o al fin de un determinado tiempo. Tales condicionantes deben surgir del propio contrato. "La imposición de un plazo o de una condición resolutoria no paraliza el señorío de propietario de quien, en tanto perdura su derecho, ejerce sobre las cosas sus facultades de uso, goce o disposición²⁸ en orden a la finalidad última del encargo fiduciario".

La pregunta que surge de inmediato es si ese acto de transmisión fiduciaria tendrá incidencia en los impuestos de Sellos, IVA, Ganancias, Impuesto sobre los ingresos brutos e Impuesto a la Transferencia de Dominio de Bienes Inmuebles en cuanto requieren para el nacimiento del hecho imponible: Onerosidad.

Es sabido que la doctrina mayoritaria entiende que la misma se realiza a título de fiducia, es decir, se funda en la confianza que le dispensa el fiduciante al fiduciario. Ello es lo que motiva a este último a efectuarle la transmisión del patrimonio para que cumpla sobre los mismos el fin de la fiducia. No pretende el fiduciante obtener compensación alguna en ese hecho ni efectuar una liberalidad en beneficio del fiduciario, no busca un fin de lucro directo de la transferencia sino que éste, de existir, es una consecuencia del negocio que subyace en el contrato. Si otra fuera la motivación, si se pactara una contraprestación que fuera consecuencia de ventajas recíprocas que se procuran las partes como consecuencia de la transmisión de bienes, estaríamos frente a cualquier otra figura jurídica, pero nunca un contrato de fideicomiso, la realidad económica nos mostrará que dicho contrato debe ser considerado como una compraventa o de cesión, según el caso, pero nunca frente a un contrato de fideicomiso. Más aún: ni la recepción de un certificado de participación por parte del fiduciante implica la percepción de un precio por la transferencia fiduciaria. Simplemente exterioriza el derecho personal del o de los fiduciantes en el patrimonio fideicomitado y los que posee en los resultados de la ejecución de la fiducia (en caso de fiduciante beneficiario).

En este punto es donde comienzan los problemas de interpretación de la relación jurídica existente entre fiduciante y fiduciario en cuanto el régimen tributario vigente en nuestro país.

²⁸ Daniela Amallo, Fideicomiso, Depalma, pág. 113

Esos problemas o los inconvenientes severos que tendrá el fiduciante para poder plasmar la transmisión del dominio imperfecto al fiduciario, se fundarán en el tradicional apego al criterio dual sobre la realidad económica de los actos de transferencias patrimoniales: son actos onerosos o son actos gratuitos²⁹. Y no existiría otra posibilidad. Los cinco tributos citados anteriormente sólo capturan dentro de sus respectivos hechos imponible aquellos actos celebrados a título oneroso, es decir, cuando existe una compensación económica en beneficio del vendedor, locador o prestador.

Nuestra opinión es que estamos frente a un caso respecto del cual no se verifican los presupuestos de hecho y de derecho para que la transferencia antes aludida pueda ser encuadrada dentro del objeto del impuesto ante la inexistencia de onerosidad en la transmisión fiduciaria. Sostenemos que estamos ante un caso de no-sujeción, es decir, que no se verifican a su respecto los elementos sustanciales para considerar a dicha transferencia dentro del objeto de los impuestos de referencia. Sin onerosidad no existe nacimiento del hecho imponible a la vida fiscal, para aquellos tributos en que la onerosidad es un hecho tipificante.

Ahora bien, si no estamos, en la transmisión de la propiedad fiduciaria, ante un acto que no pueda ser considerado tanto oneroso como tampoco gratuito, cómo debemos considerarlo entonces?.

La doctrina moderna plantea que frente a la clasificación dual de los contratos en onerosos y gratuitos puede concebirse la existencia de un tercer género (clasificación tripartita) en donde dichos contratos no serían ni lo uno ni lo otro. Es decir que, siguiendo a Cariota-Ferrara³⁰ y a Spota³¹, sostenemos que al lado de los contratos a título gratuito y a título oneroso existe un *tertium genus*, ello por considerar que determinados actos jurídicos expresados mediante la forma contractual en determinados casos no pueden ser clasificados como onerosos o gratuitos sino **neutros o incoloros o indiferentes**.

²⁹ vgr. Art. 1139 CC: Se dice también en este Código, que los contratos son a título oneroso, o a título gratuito: 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: son a título gratuito, cuando aseguran a una u otra de las partes alguna ventaja, independiente de toda prestación por su parte.

³⁰ **Cariota-Ferrara**, “El Negocio Jurídico”, p. 187, núm. 61 (Monografía de “Il foro Della Lombardia”, Studio di Diritto Civile, Commerciale e Possessuale Civile. Diretti Dai Porff. Francesco Messineo e Marco Tulio Zanzucchi – Luigi Cariota Ferrara Dottore in Giurisprudenza – I Negozi Fiduciari – Transferimento Cessione e Girata. A scopo de Mandato e di Garanzia. Processo Fiduciario. CEDAM Casa Editrice Dott. Antonio Milani – Padova 1933 – XI)

³¹ **Spota**, “Contratos, I”, págs. 152-154

De lo expuesto se concluye que la transferencia de la propiedad fiduciaria del fiduciante al fiduciario no puede ser considerada onerosa si afirmamos estar frente a una transmisión en propiedad en los términos del art. 1º de la ley 24.441; sostenemos estar, conforme la doctrina citada, ante un acto neutro³² lo que importa que la mencionada transmisión fiduciaria no estará alcanzada por ningún tributo que exija para el nacimiento del hecho imponible la existencia de onerosidad.

³² **Gómez de la Lastra, Manuel y Lisoprawski, Silvio:** “LOS TRUSTS SIN “EQUITY”, FIDEICOMISO Y OTRAS MISCELANEAS”, Revista Impuestos N° 19, 2006.

***IMPUESTO A LA
GANANCIA MINIMA
PRESUNTA***

CAPITULO V

5) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

1. Introducción

El impuesto a la ganancia mínima presunta fue incorporado a nuestro sistema tributario mediante la ley 25.063, publicada oficialmente el 30/12/1998, siendo su objeto de imposición la tenencia de activos empresarios a la fecha de cierre del ejercicio fiscal.

Es un gravamen complementario a la imposición a la renta pues, en términos generales, en la medida en que los sujetos del mismo posean un impuesto a las ganancias superior al impuesto a la ganancia mínima presunta, el monto a ingresar en concepto de este último quedará compensado por el impuesto a las ganancias.

En relación a los fideicomisos, su situación frente a este tributo aparece mucho más clara y definida que la correspondiente al impuesto a las ganancias. El art. 2º, inc. d), de la ley del gravamen otorga el carácter de sujeto del impuesto a todos los fideicomisos constituidos en el país, con excepción de los financieros, imponiendo en cabeza del fiduciario la obligación de determinar e ingresar el tributo correspondiente a los mismos, en carácter de responsable por deuda ajena.

Se advierte que la legislación de este tributo ha optado por una solución diferente a la prevista por el impuesto a las ganancias, obviando todo tipo de análisis respecto a la posible identidad entre fiduciante y beneficiario, residencia del mismo, etc. logrando de esta forma una mayor simplicidad en la mecánica liquidatoria.

La inclusión de los fondos fiduciarios no financieros como sujetos del tributo generan la correlativa exención de los bienes cedidos al fideicomiso por parte de los fiduciantes, tal como se plasma en el inc. f) del art. 3º de la ley del impuesto.

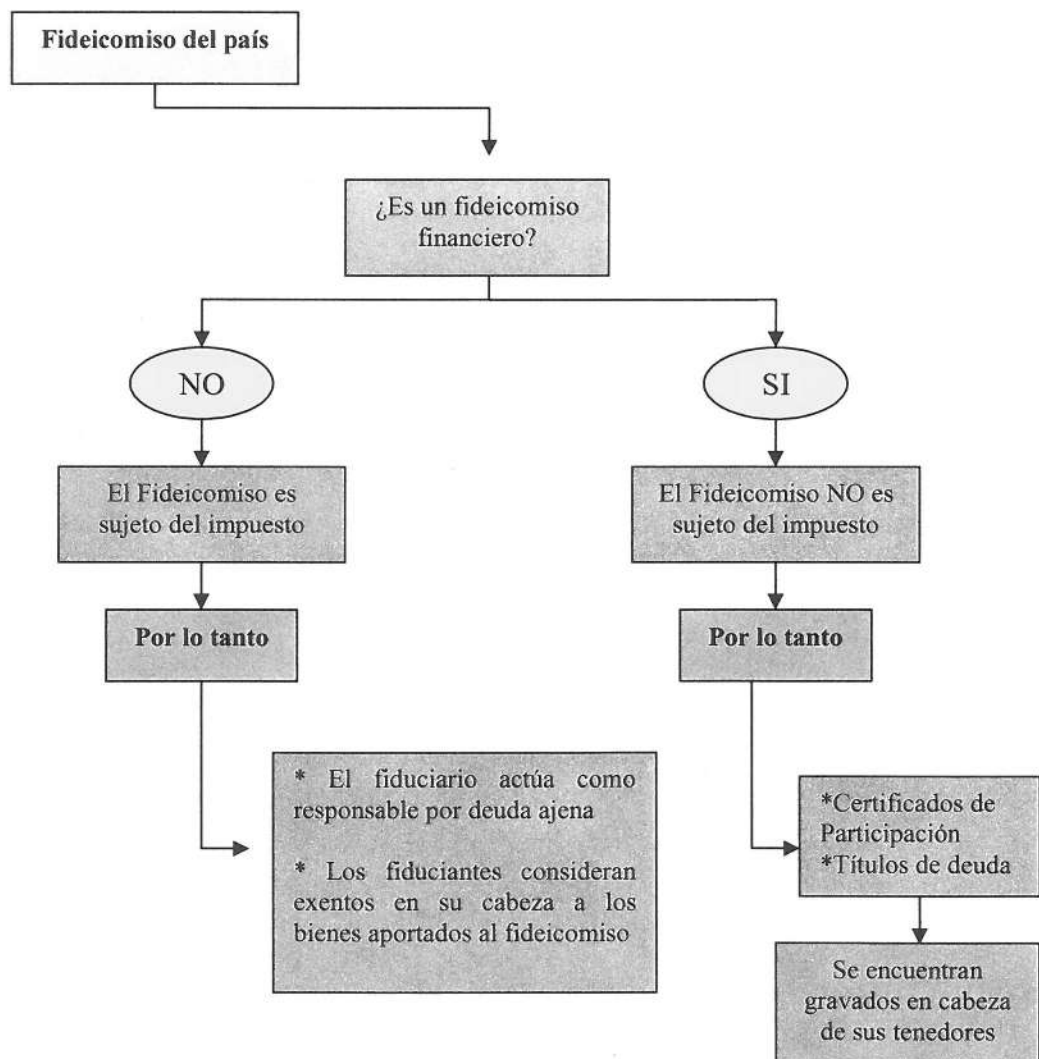
Expresado en otros términos, la norma ha pretendido lo siguiente:

> Por un lado, que el fondo fiduciario quede alcanzado como sujeto en forma autónoma, para lo cual valen los mismos comentarios vertidos al analizar el impuesto a las ganancias.

> Por el otro, que los bienes cuya propiedad fiduciaria es transmitida al fideicomiso por el fiduciante, se consideren exentos para este último, de manera tal de evitar una múltiple imposición de los mismos.

En cambio, el tratamiento es totalmente distinto para los fideicomisos financieros, pues si bien son dejados al margen del impuesto (no resultan sujetos pasivos), la imposición a la ganancia mínima presunta recae sobre los tenedores de los Certificados de Participación y Títulos de Deuda emitidos por dichos fondos fiduciarios o bien por terceros, cuando ello sea posible.

Esquemáticamente podríamos resumir lo antedicho de la siguiente manera:



2. Fideicomisos no financieros. Determinación del impuesto

2.A. Aspectos Generales

En el apartado anterior dijimos que la totalidad de los fideicomisos no financieros, constituidos en el país, revisten el carácter de sujetos obligados a determinar e ingresar (de corresponder) el impuesto.

En relación con la mecánica liquidatoria, estos fondos fiduciarios deberán contemplar las distintas disposiciones legales y reglamentarias del tributo, tal como lo haría cualquier otro sujeto del gravamen.

En cuanto a la relación con el impuesto a las ganancias, la mecánica de determinación y cómputo de pagos a cuenta que regula el art. 13 de la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta. Conforme a dicha norma:

> El impuesto a las ganancias determinado en un período fiscal es pago a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta correspondiente al mismo período. La aplicación del citado pago a cuenta resulta viable hasta el monto del impuesto a la ganancia mínima presunta determinado, sin posibilidad alguna de generar saldo a favor para el contribuyente.

> A su vez, si el cómputo del pago a cuenta mencionado no fuera suficiente para absorber el tributo a la ganancia mínima presunta, el importe ingresado en concepto del mismo se transforma en pago a cuenta del impuesto a las ganancias durante los diez ejercicios fiscales siguientes.

La falta de uniformidad entre el impuesto a las ganancias y el impuesto a la ganancia mínima presunta para el tratamiento de los fideicomisos determina que, en ciertos casos, existan fondos fiduciarios que resultan sujetos únicamente del impuesto a la ganancia mínima presunta, siendo el fiduciante beneficiario el obligado al ingreso del impuesto a las ganancias.

Tal sería el caso, por ejemplo, de un fideicomiso del país en el cual el fiduciante es un sujeto del país y coincide con el beneficiario. Ante esta hipótesis, y frente a la inexistencia de impuesto a las ganancias en cabeza del fondo fiduciario, se impone la aplicación del tercer párrafo del art. 13 de la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta, por el cual:

> Contra el impuesto a la ganancia mínima presunta del fideicomiso, podrá computarse a cuenta el importe que resulte de aplicar el 35% sobre la ganancia impositiva del mismo.

Obviamente, este 35% aparece como una ficción legal tendiente a evitar inequidades para aquellos sujetos pasivos del impuesto a la ganancia mínima presunta que no poseen el mismo carácter frente al impuesto a las ganancias; pues va de suyo que la real magnitud del gravamen sobre la renta va a depender de las características del sujeto al que la utilidad le es atribuida.

> Si el impuesto a la ganancia mínima presunta fuera mayor al 35% de la ganancia impositiva, el excedente ingresado podrá ser computado por 10 períodos fiscales, como pago a cuenta del impuesto a las ganancias del beneficiario, en razón de la inexistencia de dicho tributo en cabeza del fideicomiso.

En el caso de Fideicomisos contra el impuesto a la ganancia mínima presunta del fideicomiso se computará, como pago a cuenta, el importe que resulte de aplicar el 35% sobre la ganancia impositiva del mismo, siendo un % en cabeza del fiduciante-beneficiario y la porción restante en cabeza del fideicomiso, pues corresponde a la utilidad por la cual el fondo esta obligado a determinar en ingresar el impuesto a las ganancias.

2.B. La situación de los fiduciantes

En relación con el tratamiento que corresponde otorgar a los fiduciantes por los bienes transferidos al fideicomiso, el art. 3°, inc. f), de la ley del impuesto, consagra como exentos a "(...) los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios que revistan igual calidad frente al gravamen (...)".

A manera de ejemplo, supongamos un fideicomiso de administración en el que el fiduciante transfiere al fondo fiduciario, por el término de 5 años, una serie de bienes inmuebles para que el fiduciario los alquile, administre las rentas producto de la locación, distribuya los utilidades entre los beneficiarios indicados en el contrato y, a la finalización del mismo, devuelva al fiduciante los inmuebles objeto del contrato. En este caso, la aplicación del impuesto se realizará de la siguiente manera:

> Fideicomiso: por tratarse de un fideicomiso no financiero, el mismo resulta sujeto del impuesto en los términos del inc. f) del art. 2° de la ley del gravamen, considerando como activos gravados los inmuebles cedidos por el fiduciante.

> Fiduciante: los inmuebles cedidos al fondo no forman parte de su patrimonio, razón por la cual no corresponde gravados en el impuesto. Ahora bien, dado que al finalizar el fideicomiso, los bienes retornarán de manera unívoca al fiduciante, es posible que éste hubiera reflejado dentro de su activo el derecho a recibir los inmuebles en el futuro en una cuenta cuyo nombre podría ser "Inmuebles en fideicomiso".

Cabe entonces preguntarse cuál es el tratamiento que debe otorgarse al citado activo frente al gravamen. Si bien desde nuestro punto de vista, el derecho del fiduciante/fideicomisario resulta un derecho en expectativa, no alcanzado por el tributo (tal como se desarrollará en el acápite siguiente), es posible que la finalidad perseguida por la exención hubiera sido precisamente evitar todo tipo de duda respecto a una posible duplicación del tributo sobre un mismo bien.

Otro caso a tener en cuenta es cuando el fiduciante es un sujeto exento en ganancias, como por ejemplo una sociedad civil. Debemos recordar que el IGMP se ha diseñado como un complemento del Impuesto a las Ganancias. En función de ello, no solo es de aplicación supletoria la ley del segundo en el primero sino que principalmente, tiene previsto un régimen de pago a cuenta que nos permite afirmar que resulta trascendente la situación que los sujetos involucrados presenten en el gravamen principal. Desde esta perspectiva es que hacemos hincapié en el hecho de que el ente civil es exento en Ganancias y que, para un caso de fideicomiso inmobiliario por ejemplo, se le atribuirán los resultados que este obtenga, lo que implica que el resultado que produzca oportunamente no tributara impuesto. Por ende, debería ser la consecuencia lógica que el fideicomiso, en su carácter de mera herramienta para llevar a cabo el fin de la entidad civil, se encuentre exento del IGMP.

3. Fideicomisos financieros

3.A. Tenedores de Certificados de Participación

A diferencia del resto de los fideicomisos, los fideicomisos financieros no resultan sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta, por expresa disposición del art. 2º, inc. f). de la ley del gravamen.

La ley otorga a estos fondos un tratamiento diametralmente opuesto a los demás fideicomisos, pues correlativamente a su falta de calidad subjetiva para la atribución del hecho imponible, no se dispone exención alguna para los tenedores de Certificados de Participación.

Por lo tanto, tales fondos se encuentran exceptuados de determinar e ingresar este impuesto, recayendo tal obligación sobre los tenedores de los distintos títulos valores emitidos por los mismos.

Cabe entonces analizar la incidencia del tributo sobre los tenedores de los Certificados de Participación y Títulos de Deuda.

Como primer punto, debe aclararse que no cualquier sujeto que posea los títulos en cuestión deberá determinar el impuesto a la ganancia mínima presunta por los mismos, sino que es requisito indispensable que el tenedor fuera un sujeto del tributo, enunciado taxativamente en el art. 2º del texto legal.

Analicemos entonces algunas de las distintas situaciones fácticas que podrían presentarse, considerando que resultan tenedores de Títulos de Deuda o Certificados de Participación los siguientes sujetos:

> Una sociedad del país: deberá considerarlos a los efectos de la determinación de su impuesto, pues los entes societarios revisten el carácter de sujetos del impuesto, por hallarse comprendidos en el inc. a) del art. 2º de la ley del gravamen.

> Una persona física del país: tales bienes no resultarán alcanzados por el impuesto en cuestión, pues no se trata de sujetos del tributo. No obstante, tales títulos resultarán alcanzados en el marco del impuesto sobre los bienes personales, tal como lo veremos en el Capítulo IV.

> Una sociedad del exterior: los sujetos del exterior sólo resultan sujetos del impuesto a la ganancia mínima presunta en la medida en que posean un establecimiento estable en el país, en los términos del art. 2º, inc. h) de la ley del

gravamen. Por lo tanto, la mera tenencia de títulos del país no los hace pasibles de la calidad subjetiva mencionada, razón por la cuál no resultan alcanzados por el impuesto.

> Una persona física del exterior: tal como lo comentamos en el ejemplo precedente, se requiere la existencia de un establecimiento estable para que un sujeto extranjero sea considerado sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta. En virtud de ello, tampoco resulta de aplicación el gravamen en este caso. -

3.A.1. Valuación de los títulos

Hemos concluido en el apartado anterior que tanto los Títulos de Deuda como los Certificados de Participación se encuentran alcanzados por el impuesto, en la medida en que sus tenedores fueran sujetos del tributo.

Debemos ahora preguntarnos cuál será la valuación de los mismos a efectos de la determinación del impuesto, debiendo remitirnos para ello al art. 4° de la ley del gravamen. El citado artículo, en su inc. g), dispone lo siguiente:

> Certificados de Participación que posean cotización: se computarán a su valor de cotización o al último valor de mercado a la fecha de cierre de ejercicio.

> Títulos de Deuda y Certificados de Participación que no posean cotización: se valuarán partiendo de su valor de costo, al que se le adicionarán las utilidades del fondo que se encuentren devengadas y que no hubieran sido distribuidas a la fecha de cierre del ejercicio.

***IMPUESTO A LOS BIENES
PERSONALES***

CAPITULO VI

6) Impuesto sobre los bienes personales

1. Los fideicomisos como sujetos del tributo

El impuesto sobre los bienes personales es un gravamen que alcanza el patrimonio personal como manifestación de capacidad contributiva. Sin embargo, la concepción del patrimonio a efectos del tributo resulta parcial, pues sólo recae sobre los activos de los contribuyentes sin posibilidad de detracción de las deudas o pasivos.

En cuanto a su hecho imponible, el mismo resulta definirlo en el art. 16 del plexo legal como la tenencia de activos al 31 de diciembre de cada año, resultando sujetos pasivos del gravamen los contemplados en su art. 17, es decir:

- > Personas físicas y sucesiones indivisas del país, en relación con los bienes que posean tanto en Argentina como en el resto del mundo.

- > Personas físicas y sucesiones indivisas del exterior, únicamente por los bienes que posean en nuestro territorio.

Se advierte claramente que la definición del aspecto subjetivo no contempla de manera alguna a los fideicomisos, razón por la cual debe concluirse que los mismos se encuentran al margen de este tributo.

2. Fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios. Tratamiento

En forma previa al estudio de la situación de los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios, debe aclararse que en todos los casos presuponemos que se trata de sujetos del impuesto (es decir, personas físicas o sucesiones indivisas), pues de lo contrario se encontrarían al margen del presente gravamen.

Ahora bien, una vez determinada la no sujeción del fideicomiso al tributo sobre los bienes personales, deviene necesario analizar la situación de los distintos sujetos involucrados en esta modalidad contractual: fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios.

Para ello, dividiremos el estudio en fideicomisos financieros, por un lado, y el resto de los fondos fiduciarios, por el otro, atento a la existencia de diferencias en la consideración tributaria de cada uno de ellos.

2.A. Fideicomisos no financieros

Para estos fideicomisos, el tratamiento a otorgar será el siguiente:

> Fiduciante (del país o del exterior): la transferencia jurídica de los bienes al fondo fiduciario supone la desafectación de los mismos del patrimonio de los fiduciantes y su consecuente no gravabilidad en el impuesto sobre los bienes personales en cabeza de éstos.

Vale recordar que al ser afectados a un fideicomiso del país, el citado fondo reviste el rol de sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta, debiendo tributar por los activos de su propiedad.

> Beneficiarios y fideicomisarios (del país o del exterior): debemos plantearnos ahora qué sucede frente al impuesto con el eventual derecho que poseen estos sujetos, ya sea por las utilidades futuras del fondo (en el caso de los beneficiarios) o por el patrimonio del fideicomiso al momento de su finalización (para los fideicomisarios).

Incluimos dentro de este análisis a aquellos fiduciantes en relación con el derecho que podrían poseer sobre los bienes fideicomitados, si se hubiera previsto el retorno de los mismos a su patrimonio al finalizar el fideicomiso (es decir cuando el fiduciante coincidiera con el fideicomisario).

Entendemos que dicho derecho no reviste el carácter de un bien alcanzado por el gravamen, en función a los siguientes argumentos:

- Al enunciar a las personas físicas y sucesiones indivisas como sujetos pasivos del gravamen, la ley hace clara referencia a que únicamente revestirán tal carácter en relación con los bienes situados en el país y en el exterior.

- El alcance del concepto “bienes del país” y “bienes del exterior” se encuentra plasmado en los arts. 19 y 20 de la ley del impuesto, no hallándose dentro de los mismos referencia alguna a los derechos que poseen vinculados a fideicomisos.
- En virtud de la autonomía del derecho tributario, que emana del art. 10 de la ley de procedimiento fiscal, sólo debe recurrirse a las previsiones del derecho de fondo cuando se trata de conceptos que no puedan extraerse de la literalidad de la norma o de su espíritu.
- Por lo tanto, sólo resultan bienes alcanzados por el tributo los expresamente mencionados en los arts. 19 y 20 mencionados.

Desde nuestro punto de vista, la no sujeción al tributo de los derechos en cuestión, resulta coherente con las dificultades que tanto su valuación como su posibilidad de su concreción futura podrían significar.

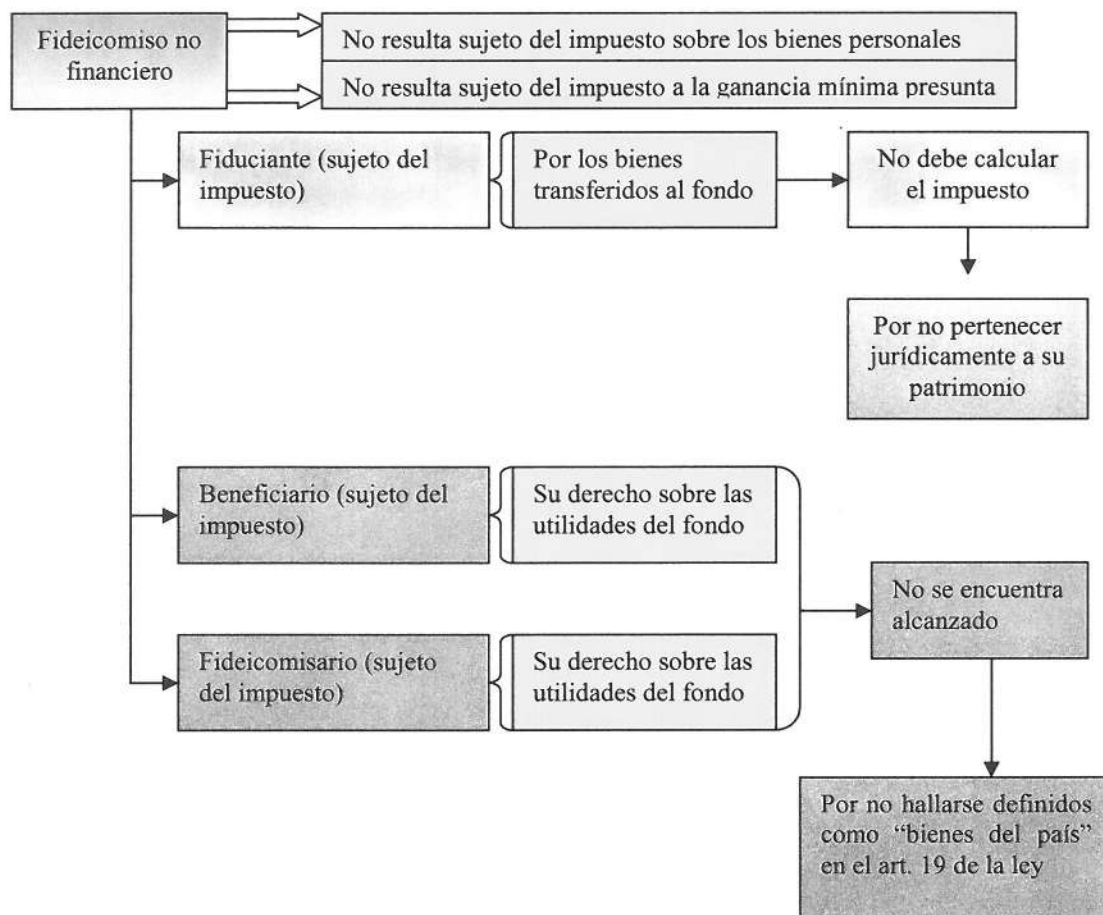
En cuanto a la posibilidad de que los beneficiarios o fideicomisarios cedan su derecho a terceros, ello no modifica la conclusión a la que hemos arribado, pues tanto para el cedente como para el cesionario, tales derechos no representan un bien del país o del exterior, sujetos a imposición.

En síntesis la constitución de un fideicomiso en el país significa:

- > Para el fiduciante: no tributar impuesto sobre los bienes personales por los activos transferidos al fideicomiso. Asimismo, si el fiduciante fuera al mismo tiempo fideicomisario, su derecho sobre los bienes existentes a la finalización del fideicomiso no se encuentra alcanzado por no hallarse enumerado dentro del art. 19 de la ley del tributo.
- > Para el fideicomiso: la obligación de tributar el impuesto a la ganancia mínima presunta, por revestir la condición subjetiva ante tal gravamen.
- > Para los beneficiarios y fideicomisarios: No considerar dentro de sus bienes alcanzados al derecho que posean en relación con el fondo fiduciario, pues tales derechos no se encuentran contemplados dentro de la enunciación de bienes del país a que se refiere el art. 19 de la ley del impuesto. Además, y en apoyo de esta postura, caben las mismas consideraciones efectuadas al analizar la situación de beneficiarios

y fideicomisarios en el impuesto a la ganancia mínima presunta, vinculadas a la eventualidad e imposibilidad de valuación de estos derechos.

Esquemáticamente, podríamos graficar lo hasta aquí expuesto de la siguiente forma:



No todos los autores están de acuerdo con lo expresado anteriormente. Según Néstor Cáceres, “en lo que respecta a los bienes transferidos por el fiduciante al fideicomiso y, en relación a su obligación ante el impuesto como persona física, el inciso i) del artículo 22 de la ley del impuesto sobre los bienes personales, establece que “los certificados de participación...que no coticen en bolsas o mercados se valuarán por su costo, incrementado, de corresponder, con los intereses que se hubieran devengado”. Atento a que el derecho del fiduciante beneficiario es

equivalente a un certificado de participación que no cotiza en bolsa, cabe interpretar que resulta alcanzado por este impuesto al valor de costo del bien transferido.”³³

2.B. Fideicomisos financieros

Los fideicomisos financieros poseen un tratamiento totalmente distinto al resto de los fondos fiduciarios. Para ellos, el impuesto sobre los bienes personales resulta de aplicación exclusivamente al nivel del tenedor de los Certificados de Participación y/o Títulos de Deuda, quienes en definitiva revisten el carácter de fideicomisarios y beneficiarios, en función a los derechos que les otorgan cada uno de estos títulos.

La aplicación del impuesto sobre los tenedores de Títulos de Deuda y Certificados de Participación encuentra su razón de ser en que dichos instrumentos se hallan comprendidos dentro de la enumeración de “bienes del país”, que realiza el art. 19 de la ley del tributo.

En efecto, el inc. j) del citado artículo contempla a “(...) Los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados (...)”, quedando los Títulos de Deuda y Certificados de Participación comprendidos dentro del concepto genérico de títulos” a que hace referencia el texto legal.

Por lo tanto, los poseedores de estos títulos deberán considerarlos a efectos del cálculo del impuesto, valuándolos al 31 de diciembre de cada año de conformidad con el inc. i) del art. 22 de la ley del gravamen, es decir:

- > Títulos de Deuda y Certificados de Participación que coticen en bolsas o mercados: se tomará el último valor de cotización, o el último valor de mercado al 31 de diciembre del año que se liquida.
- > Títulos de Deuda y Certificados de Participación que no coticen: se computarán a su valor de costo, al que se adicionarán:

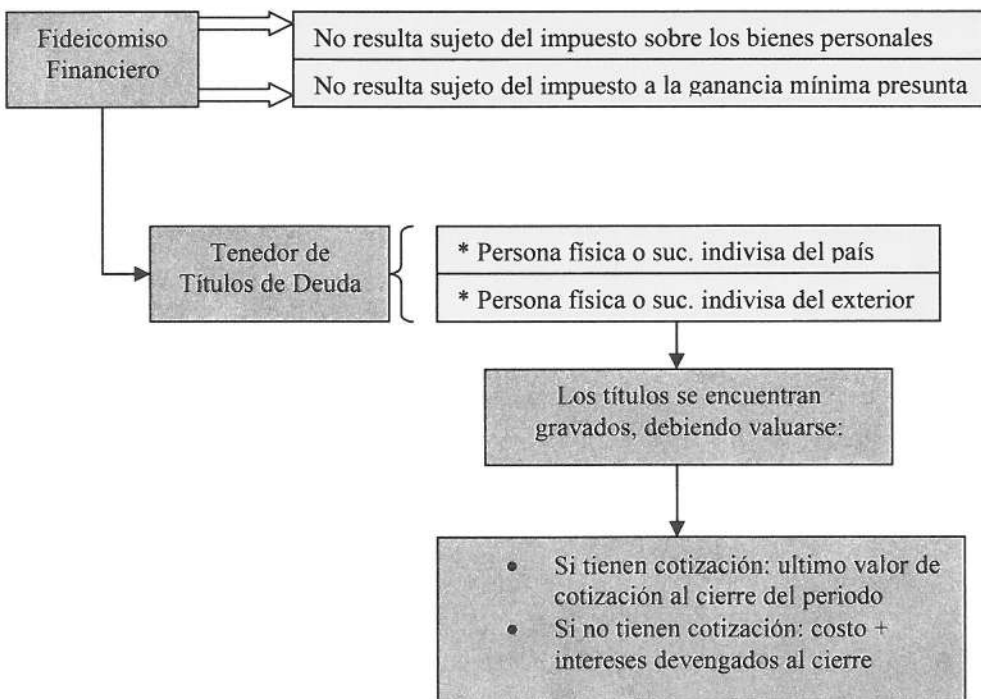
³³ Néstor Cáceres, “Encuadre tributario de los fideicomisos inmobiliarios”, Ed. Errepar “Doctrina Tributaria”, Agosto 2006.

- En el caso de Títulos de Deuda: los intereses devengados al 31 de diciembre del período liquidado.
- En el caso de Certificados de Participación: las utilidades del fondo fiduciario devengadas al 31 de diciembre.

La gravabilidad en cabeza de los tenedores de los títulos emitidos por el fideicomiso resulta coherente con la no sujeción de los fideicomisos financieros tanto en este impuesto como en el tributo sobre la ganancia mínima presunta.

Es decir, mientras que los fideicomisos no financieros resultan alcanzados por el impuesto a la ganancia mínima presunta, sin sujetarse a los beneficiarios o fideicomisarios al tributo sobre los bienes personales; en los fideicomisos financieros, nuestra legislación ha optado por una solución diferente: no resultan gravados en el impuesto a la renta mínima presunta siendo alcanzados, en cambio, los tenedores de Títulos de Deuda o Certificados de Participación, ya sea por este impuesto o por el gravamen sobre los bienes personales (según su condición subjetiva).

Recurrimos nuevamente a un esquema para graficar lo explicado:



3. Los Fideicomisos como responsables sustitutos

La ley 25.585 introdujo una modificación sustancial relacionada con la determinación e ingreso del impuesto sobre los bienes personales ya que dispuso que el impuesto correspondiente a las tenencias accionarias o participaciones sociales en entes regidos por la ley de sociedades comerciales, debía ser determinado e ingresado por las sociedades en cuestión, quienes actuarían en carácter de responsables sustitutos de los contribuyentes (las personas físicas que fueran sus accionistas o socios). Las sociedades solo se limitarían a ingresarlo para luego procurar su reintegro de manos de los titulares de las acciones.

Los fideicomisos no se encuentran obligados a actuar como responsables sustitutos de las participaciones que en los mismos posean las personas físicas ya que no se hayan regidos por la ley 19.550 y ello resulta coherente además, con la no gravabilidad en el impuesto sobre los bienes personales de los derechos que el beneficiario o fideicomisario posee sobre el fideicomiso

***IMPUESTO AL VALOR
AGREGADO***

CAPITULO VII

7) Impuesto al Valor Agregado

1. Aspectos comunes a todos los fideicomisos constituidos en el país

1.A. El carácter de sujetos pasivos del impuesto

1.A.1 Introducción. Marco general

Nuestra ley del impuesto al valor agregado enumera en su art. 1°, como presupuestos de hecho alcanzados por el mismo, a los siguientes:

- > Venta de cosas muebles, situadas o colocadas en el país, siempre que sea realizada por determinados sujetos, enunciados en el art. 4° del mismo ordenamiento.
- > Locaciones de bienes, obras o servicios, realizadas en el territorio del país.
- > Importación definitiva de cosas muebles.
- > Servicios prestados en el exterior pero utilizados económicamente en nuestro país (denominados genéricamente "importaciones de servicios"), siempre que el prestatario del mismo fuera un responsable inscripto en el gravamen, es decir, un sujeto del impuesto por otros hechos imponible.

En relación con los sujetos del tributo, el art. 4° de la ley contempla, en su primer párrafo a quienes:

- > Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles.
- > Realicen actos de comercio accidentales con cosas muebles.
- > Resulten herederos o legatarios de responsables inscriptos en el impuesto, y enajenen bienes que en cabeza del causante hubieran sido objeto del gravamen.
- > Realicen ventas o compras a nombre propio, pero por cuenta de terceros.

- > Importen definitivamente cosas muebles a su nombre, por su cuenta o por cuenta de terceros.
- > Sean empresas constructoras que realicen obras sobre inmueble propio.
- > Presten servicios gravados.
- > Sean locadores, en el caso de locaciones gravadas.
- > Sean prestatarios en los casos de las denominadas "importaciones de servicios".

Respecto al carácter de cada uno de los sujetos enunciados, se establece una definición omnicompreensiva, alcanzando a cualquier ente individual o colectivo, en la medida en que el mismo realice actividades sujetas a imposición.

Ello es puesto de manifiesto por el segundo párrafo del art. 4° del texto legal, que incluye como sujetos del gravamen a "(...) quienes, revistiendo la calidad de uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, consorcios, asociaciones sin existencia legal como personas jurídicas, agrupamientos no societarios o cualquier otro ente individual o colectivo(...)".

Se advierte entonces que nuestro impuesto ha privilegiado la actividad realizada por sobre el carácter del sujeto que la realice, siendo éste un aspecto distintivo del gravamen en comparación con otros impuestos nacionales que conforman nuestro sistema tributario (impuesto a las ganancias o a la ganancia mínima presunta), donde sí se requiere un determinado carácter subjetivo a efectos de calificar como sujeto pasivo.

A manera de ejemplo, pensemos que una Unión Transitoria de Empresas o una Agrupación de Colaboración Empresaria no revisten el carácter de sujetos pasivos frente al impuesto a las ganancias o ganancia mínima presunta, recayendo la obligación de determinar e ingresar tales tributos en cabeza de sus integrantes.

Sin embargo, si tal ente realizara alguna actividad alcanzada por el impuesto al valor agregado, se encontraría obligado a liquidar e ingresar el gravamen, pues resulta

un sujeto pasivo del mismo por imperio del segundo párrafo del art. 4° anteriormente citado.

1.A.2. La situación específica de los fideicomisos

Atento a lo esbozado en el apartado anterior, creemos que los fideicomisos constituidos en el país resultan sujetos del impuesto al valor agregado siempre que realicen actividades alcanzadas por el mismo, pues quedan comprendidos dentro del concepto “cualquier otro ente individual o colectivo” a que hace referencia el tercer párrafo del art. 4° de la ley del gravamen.

El propio Organismo Fiscal se había expedido sobre la condición subjetiva de los fondos fiduciarios, mucho antes de incluir expresamente a los mismos en la Resolución que regula la inscripción de los contribuyentes frente a los distintos gravámenes, tal como se desprende del Dictamen (DAL) 49/1997, de fecha 21/08/1997 cuando expresa que “(...) tratándose del Impuesto al Valor Agregado corresponderá atenerse al dato concreto de si el fondo fideicomitado protagoniza o no hechos impositivos, ya que potencialmente tiene aptitud subjetiva (...)”.

El carácter de sujetos pasivos determina, asimismo, la obligación de cumplimentar todas las normas del impuesto al valor agregado, tal como lo haría cualquier otro responsable.

En virtud de ello se encuentran obligados, entre otras cosas, a:

- > Confeccionar y presentar mensualmente la declaración jurada del gravamen, en los términos previstos en las normas dictadas por la AFIP a tal efecto.
- > Ingresar, de corresponder, el tributo resultante de las declaraciones juradas aludidas.
- > Practicar la retención o percepción del impuesto, cuando en virtud de las resoluciones dictadas por la Administración, asumieran el carácter de agentes de retención o percepción del gravamen.

2. El aporte de los bienes realizados por los fiduciantes

Habiendo determinado la condición de sujetos pasivos de los fideicomisos (en la medida en que desarrollen actividades gravadas), nos abocaremos a analizar la incidencia del impuesto al valor agregado en algunos aspectos vinculados a la creación, funcionamiento y extinción de los fondos fiduciarios.

El primer punto a determinar es el tratamiento tributario que debe otorgarse al traspaso de bienes que realizan los fiduciantes en oportunidad de la constitución del fideicomiso.

Si bien hemos dado nuestra opinión sobre el carácter de oneroso o gratuito de dicho traspaso al analizar el impuesto a las ganancias, cabe recordar aquí que la transferencia de los bienes al fideicomiso puede ser tanto onerosa como gratuita, conforme lo pacten las partes en el contrato constitutivo.

Por ello resulta imposible establecer conclusiones o pautas generales aplicables a todos los fondos fiduciarios, siendo necesaria la evaluación de cada situación en particular a la luz de las convenciones que las partes hubieran plasmado al constituir el fideicomiso.

2.A. Transferencias gratuitas

2.A.1. Situación general frente al Impuesto. Reintegro de crédito fiscal

Las transferencias de bienes a título gratuito no se encuentran alcanzadas por el impuesto al valor agregado, dado que su objeto de imposición alcanza fundamentalmente a las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio nacional, realizadas por determinados sujetos.

En relación con el alcance del concepto “venta”, resulta de aplicación la definición prevista en el art. 2° de la ley del gravamen, la que en esencia comprende a cualquier transferencia de dominio a título oneroso.

Ahora bien, el hecho que las transferencias carentes de onerosidad queden al margen del gravamen no significa que las mismas no posean consecuencia impositiva

alguna, pues es preciso determinar si quien las realiza debe reintegrar el crédito fiscal oportunamente computado por los bienes transferidos gratuitamente.

Ello es así, pues el art. 58 del decreto reglamentario de la ley del IVA contempla que "(...) Si un responsable inscripto destinara bienes, obras, locaciones y/o prestaciones de servicios gravados, para donaciones o entregas a título gratuito, cualquiera sea su concepto, deberá reintegrar en el período fiscal en que tal hecho ocurra, el crédito por el impuesto que hubiere computado (...)". La única excepción a esta regla se da cuando la entrega a título gratuito realizada por el contribuyente tiene por finalidad mejorar el desarrollo de sus actividades gravadas (por ejemplo muestras gratis).

2.A.2. La situación de los fideicomisos

Para discernir la obligatoriedad o no de reintegrar el crédito fiscal por los bienes que el fiduciante transfiere gratuitamente al fideicomiso, debe analizarse primordialmente si dicha transferencia reviste algún tipo de relación con la actividad gravada del fiduciante. Por esta razón, no resulta posible determinar reglas universales de aplicación para todos los fideicomisos, pues deviene necesario el estudio de cada caso en particular para arribar a una conclusión respecto de la necesidad de reintegrar el crédito fiscal por los bienes fideicomitados.

2.B. Transferencias onerosas

Cuando la transferencia del dominio fiduciario se realice a título oneroso, nos encontraremos ante un acto sujeto a imposición para el fiduciante en la medida en que se verifiquen los siguientes elementos constitutivos del hecho imponible, previstos en el inc. a) del art. 1º de la ley del gravamen:

- > Se trate de una cosa mueble.
- > La misma se encuentre situada o colocada en el territorio nacional.
- > El fiduciante se encuentre comprendido entre los sujetos mencionados en los incs. a), b), d), e) o f) del art. 4' del texto legal. Tales incisos comprenden a quienes:
 - Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, o bien realicen actos de comercio accidentales.

- Sean herederos o legatarios de responsables inscriptos, cuando los bienes fideicomitidos hubieran estado sujetos al gravamen en cabeza del causante.
 - Realicen ventas o compras en nombre propio pero por cuenta de terceros.
 - Revistan el carácter de empresas constructoras.
 - Presten servicios gravados.
- > Sean locadores, en el caso de locaciones gravadas.

Por lo expuesto, resulta claro que no toda transferencia a título oneroso del fiduciante hacia el fideicomiso resultará alcanzada por el tributo, sino que es preciso que manifiesten la totalidad de los elementos citados precedentemente.

A manera de ejemplo, podemos mencionar los siguientes casos:

- > Una sociedad anónima dedicada a los negocios inmobiliarios constituye un fideicomiso junto con otra empresa del rubro, aportando un terreno sobre el cual se construirá un edificio de departamentos, con el aporte de fondos de inversores.

A cambio del terreno se pacta expresamente que al finalizar la obra esta sociedad anónima recibirá un determinado número de departamentos, como contraprestación por el aporte realizado. En este supuesto, no obstante su onerosidad, la transferencia del terreno al fondo fiduciario se encuentra al margen del impuesto, pues no se trata de un bien mueble, sino de un inmueble.

- > Una persona física transfiere el dominio fiduciario de parte de sus bienes muebles personales, a cambio de una contraprestación. Dicha transferencia se encontrará al margen del impuesto por no cumplir con el elemento subjetivo del hecho imponible, pues no se trata de ninguno de los sujetos enunciados en los incs. a), b), d), e) o f) del art. 4° del plexo normativo legal.

Hemos definido hasta aquí en qué condiciones las transferencias onerosas de fiduciantes hacia el fondo fiduciario resultan alcanzadas por el tributo. Ahora bien,

suponiendo que la transferencia constitutiva del fideicomiso se encuentra alcanzada, aparecen dos interrogantes a cuyo estudio nos abocaremos seguidamente:

- > ¿A qué valor se considera realizada la transferencia del dominio fiduciario?
- > ¿Cómo se documenta el impuesto emergente de la operación?

2.B.1. Valuación del aporte a los fines del gravamen y documentación del débito fiscal

La determinación del valor al cual se realiza la transferencia onerosa de los bienes, con el objeto de constituir el fideicomiso, resulta necesaria a efectos del correcto cálculo del impuesto.

Como norma general para determinar el precio neto computable (sobre el cuál se aplicará la alícuota del gravamen), el art. 10 de la ley del impuesto establece en su primer párrafo que el mismo será "(...) el que resulte de la factura o documento equivalente extendido por los obligados al ingreso del impuesto, neto de descuentos y similares efectuados de acuerdo con las costumbres de plaza (...)", agregando más adelante que "(...) Cuando no exista factura o documento equivalente o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que este es el valor computable, salvo prueba en contrario (...)".

En materia de constitución de fideicomisos mediante transferencias onerosas, entendemos que es preciso diferenciar dos situaciones que podrían presentarse en la práctica:

1. Que en el contrato de fideicomiso se deje expresa constancia del valor otorgado a los bienes fideicomitados a efectos de la constitución del mismo.

En tal caso, la aplicación del art. 10 impone considerar el valor pactado contractualmente como base de cálculo del débito fiscal, en la medida en que el mismo no sea inferior al valor de plaza del bien en cuestión o, siendo inferior, pueda ser demostrado por el fiduciante. El fiduciante no está obligado a facturar la operación ya que el contrato es considerado documento equivalente según la RG 1415.

2. Que en el contrato de fideicomiso no se hubiera pactado el valor otorgado a los bienes fideicomitidos.

El débito fiscal deberá ser calculado sobre el valor de plaza de tales bienes.

En materia de emisión de comprobantes, al no preverse contractualmente el valor de los bienes transferidos al fideicomiso, se torna imperativa la emisión de una factura para respaldar tributariamente la operación.

2.C. Un caso especialmente regulado: constitución mediante cesiones de créditos

El único caso especialmente regulado en relación a la constitución de fideicomisos es el de aquellos fondos cuyos bienes fideicomitidos son créditos.

En tal sentido, el art. 84 de la ley 24.441 dispone que "(...) A los efectos del Impuesto al valor agregado, cuando los bienes fideicomitidos fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituirán prestaciones o colocaciones financieras gravadas (...) Cuando el crédito cedido incluya intereses de financiación, el sujeto pasivo del impuesto por la prestación correspondiente a estos últimos continuará siendo el fideicomitente, salvo que el pago deba efectuarse al cesionario o a quien éste indique, en cuyo caso será quien lo reciba el que asumirá la calidad de sujeto pasivo (...)"

El tratamiento fiscal previsto en la norma transcripta resulta de aplicación general para cualquier tipo de fideicomiso en el que el patrimonio fiduciario se constituya total o parcialmente con créditos cedidos por él o los fiduciantes.

Con esto queremos significar que aun cuando esta situación tenga mayor probabilidad de ocurrencia en fideicomisos financieros, el art. 84 no circunscribe su ámbito de aplicación a determinado tipo de fondo fiduciario, sino que lo relevante para su procedencia es el tipo de bien que conforma el fondo y no el fondo en si mismo.

Analizaremos a continuación el alcance de esta disposición.

2.C.1 Las cesiones de créditos frente al IVA. Aspectos generales

Nuestro impuesto al valor agregado no contempla dentro de su objeto a la transmisión de derechos o intangibles, disponiendo la gravabilidad de determinadas cesiones únicamente cuando las mismas se realicen de manera conjunta o conexas con la prestación de servicios gravados.

En efecto, el último párrafo del art. 3° de la ley del tributo reza que "(...) Cuando se trate de locaciones o prestaciones gravadas, quedan comprendidos los servicios conexos o relacionados con ellos y las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos de la propiedad intelectual, industrial o comercial, con exclusión de los derechos de autor de escritores y músicos (...)".

Contrario sensu, si la cesión de un derecho no tiene vinculación alguna con la prestación de un servicio o una locación gravada, la misma se encontrará fuera del ámbito de imposición.

Sin embargo, la pretendida gravabilidad de la cesión de créditos encuentra origen en el segundo párrafo del art. 8° del decreto reglamentario del impuesto. El mismo, luego de considerar a las prestaciones como todo ejercicio de actividad a cambio de una retribución, agrega que no se encuentran comprendidas dentro del término "prestaciones" "(...) las transferencias del uso o goce de derechos, excepto cuando las mismas impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación comercial o industrial (...)".

La interpretación fiscal del art. 8 considera a la cesión de créditos dentro del universo de las operaciones o servicios financieros, debiendo gravarse con el impuesto la diferencia entre el valor total del crédito cedido y el importe que el cesionario abone al cedente, tal como se desprende del art. 48 del decreto reglamentario.

Creemos que ello resulta claramente arbitrario y contrario a las disposiciones legales, pues no se advierte qué diferencia puede existir entre la cesión de un crédito y la de cualquier otro derecho, de forma tal de considerar alcanzada a la primera y fuera del objeto de imposición a la segunda.

No advertimos la validez de la relación que realiza el decreto reglamentario entre cesión de un derecho y servicio financiero, extendiendo de manera inapropiada e inconstitucional el objeto de imposición a las operaciones citadas.

Ello es así por cuanto no puede entenderse que toda cesión de un crédito implica una prestación de naturaleza financiera que deba someterse a imposición, máxime cuando la definición de prestación comprende exclusivamente a aquellos supuestos donde exista ejercicio de una actividad a cambio de una retribución, no verificándose en el caso de las cesiones de derechos actividad alguna.

En todo caso debería analizarse cada situación en particular para discernir si la cesión del derecho creditorio podría implicar una prestación financiera o no, con todas las complejidades prácticas que ello podría acarrear.

Al respecto, deben evaluarse aspectos tales como la condición de los sujetos, la actividad habitual de cada uno, las pautas tomadas en cuenta para determinar el valor abonado por el cesionario (es decir si responde a una tasa de descuento o a otra razón no financiera, como podría ser la litigiosidad de los créditos adquiridos), etc.

Por todo ello entendemos que la ley 24.441 ha tenido por objeto brindar certeza a los contribuyentes consagrando expresamente la no gravabilidad de la cesión de los créditos desde el fiduciante al fideicomiso, evitando de esta manera las posibles discusiones que se pudieran suscitar en torno a la existencia o no de prestaciones financieras alcanzadas.

3. La distribución de utilidades

Uno de los aspectos inherentes al funcionamiento del fideicomiso es la existencia de utilidades en cabeza del mismo y su distribución a los beneficiarios, de conformidad con lo pautado en el contrato constitutivo del fondo.

Debemos aclarar que nos referimos pura y exclusivamente a la distribución de rentas o utilidades y no a la distribución del patrimonio fiduciario con motivo de la finalización del mismo, tema que será abordado en el punto siguiente. Dicha distribución de utilidades puede ser realizada tanto en efectivo como en especie, y significa la extinción del derecho que, sobre las mismas, posee el beneficiario. En

relación con el impacto tributario, va de suyo que cuando se distribuyan beneficios o utilidades en efectivo, ello no tiene consecuencias frente al impuesto al valor agregado, pues el dinero no se considera un bien mueble a los fines del gravamen.

Resta analizar entonces la distribución de utilidades en especie, las que se encontrarán sometidas a imposición en la medida en que supongan la existencia de transferencia de dominio y onerosidad. Como sustento a nuestra hipótesis podemos agregar que la definición de venta del art. 2° de la ley del IVA incluye dentro de tal concepto a las adjudicaciones por disolución de sociedades, estando conformado el patrimonio societario objeto de la liquidación, entre otras cosas, por utilidades obtenidas por la sociedad y no distribuidas hasta ese momento.

4. La finalización del fideicomiso

La finalización o extinción del fideicomiso conlleva la necesidad de analizar si las transferencias de los bienes que integran el patrimonio fiduciario, realizadas a favor ya sea a los beneficiarios o a los fideicomisarios, presenta alguna incidencia en relación con el impuesto al valor agregado.

Para ello, debe tenerse en cuenta el siguiente esquema o procedimiento:

1. Determinar si se trata de un bien cuya transferencia se encuentra sujeta a imposición, pues no existe acto alcanzado si el patrimonio fiduciario que pasa a manos de los fideicomisarios consiste, por ejemplo, en dinero en efectivo o en bienes intangibles (derechos), por hallarse lo mismos ajenos al objeto del gravamen.
2. Analizarla existencia de onerosidad o gratuidad en la transferencia, quedando la misma al margen del tributo cuando sea realizada a título gratuito.

Respecto a este último punto, y debido a que el concepto de onerosidad no se encuentra definido por norma tributaria alguna, debemos considerar al mismo con el alcance que le otorga nuestro derecho de fondo.

En el sentido y tal como lo hemos manifestado al estudiar el impuesto a las ganancias, el carácter oneroso o gratuito de la transferencia surgirá exclusivamente del análisis de las previsiones estipuladas en cada contrato de fideicomiso.

No obstante, en términos generales podemos mencionar como elementos importantes para determinar del carácter de esa transferencia, los siguientes:

- > La existencia de actividad empresarial en cabeza del fideicomiso.
- > La identidad de los bienes existentes al finalizar el fideicomiso con aquellos que fueron aportados al constituirse el fondo.

A manera de ejemplo, es evidente que la transferencia que realiza un fideicomiso testamentario a cada uno de los herederos del fiduciante no se encuentra alcanzada por el impuesto, pues se trata de los mismos bienes que el fiduciante aportó al fideicomiso, los cuáles fueron mantenidos por el fiduciario sin realizar actividad alguna, hasta tanto se produjo la causa determinante de su distribución (el fallecimiento del fiduciante).

En este ejemplo, aun cuando se pueda considerar la existencia de onerosidad, dada por la extinción del derecho de los herederos al recibir los bienes, es evidente que al no existir actividad gravada alguna en cabeza del fondo fiduciario, no puede dicha transferencia reputarse como alcanzada por el gravamen.

Algo similar ocurriría con un fideicomiso de garantía, donde el fiduciante transfiere bienes de su propiedad al fideicomiso en garantía de una determinada deuda. Si tal deuda es cancelada por el fiduciante el retorno de los bienes fideicomitados a su patrimonio no puede reputarse como onerosa.

En cambio, distinta sería la solución en un fideicomiso inmobiliario, constituido para realizar una actividad netamente empresarial como es la construcción de una obra para su posterior adjudicación a los fideicomisarios.

Sin perjuicio del análisis que haremos más adelante de este tipo de fideicomisos, no caben dudas que la transferencia presenta claros rasgos de onerosidad, dada por la recepción por parte de los fideicomisarios de bienes que poseen un valor agregado, producto de la actividad realizada por el fondo.

5. Fideicomisos financieros

La situación de los fideicomisos financieros frente al impuesto debe analizarse en virtud de las especiales características que presenta este tipo de fondos fiduciarios, dadas fundamentalmente por la posibilidad de emitir títulos valores con respaldo en el patrimonio fiduciario.

La emisión puede comprender Certificados de Participación (que únicamente pueden ser emitidos por el fiduciario), Títulos de Deuda (susceptibles de ser emitidos tanto por el fiduciario como por el fiduciante) o bien ambos.

No obstante la posibilidad de emitir los títulos citados, el funcionamiento del fideicomiso en sí mismo no difiere, en lo elemental, de los demás fondos fiduciarios que hemos analizado en apartados precedentes.

Es decir, para analizar el tratamiento impositivo del aporte de los bienes para la constitución del fideicomiso, debe meritarse si en el traspaso del dominio fiduciario se manifiestan los elementos constitutivos del hecho imponible “venta de cosa mueble”, sin importar si se trata de un fideicomiso financiero o no.

Por lo tanto, en la medida en que el aporte involucre un bien mueble situado en el país, se realice a título oneroso, y el fiduciante sea un sujeto enunciado en los incs. a), b), d), e) o f) de la ley del IVA, estaremos frente a un acto alcanzado, independientemente del tipo de fideicomiso del que se trate.

El mismo razonamiento cabe a efectos de analizar impositivamente tanto la actividad realizada por el fideicomiso financiero como la finalización del mismo mediante la adjudicación del patrimonio fiduciario a cada uno de los fideicomisarios.

5.A. Certificados de Participación y Títulos de Deuda

El art. 83 de la ley 24.441 dispone el tratamiento impositivo aplicable tanto a los Certificados de Participación como a los Títulos de Deuda. Al respecto, establece que “(...) Los títulos valores representativos de deuda y los Certificados de Participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulación de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

a) Quedan exentas del impuesto al valor agregado las operaciones financieras y prestaciones relativas a su emisión, suscripción, colocación, transferencia,

amortización, intereses y cancelación, como así también las correspondientes a sus garantías;

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública (...).

Es decir, todas las operaciones que involucren tanto Certificados de Participación como Títulos de Deuda se encuentran eximidas de imposición.

6. Fideicomiso de administración

Consideramos fideicomiso de administración “puro” al constituido con la finalidad de administrar un grupo de activos, para que luego de cierto tiempo o de producidas determinadas circunstancias, los bienes retornen al patrimonio del fiduciante.

Un elemento de vital importancia para determinar el tratamiento frente al impuesto al valor agregado es la necesidad que los bienes que retornan al fiduciante una vez finalizado el fideicomiso, sean los mismos que fueron aportados por éste en oportunidad de su constitución, pues de este elemento dependerá la existencia o no de onerosidad en las transferencias.

Son ejemplos de este tipo de fideicomisos:

- > El constituido mediante el traspaso de la cartera de créditos del fiduciante para que el fiduciario se encargue de su cobranza y rinda periódicamente los importes percibidos al fiduciante (que posee el carácter de beneficiario y fideicomisario).

- > Aquellos en los cuáles el fiduciante transfiere bienes inmuebles para que el fiduciario los administre, alquilándolos y rindiendo periódicamente el producido del alquiler al beneficiario (que puede ser el propio fiduciante o un tercero), retornando los inmuebles al patrimonio del fiduciante al finalizar el fideicomiso.

En este caso, independientemente de la generación de una renta, el fiduciante recibe al finalizar el fideicomiso los mismos bienes que aportó en oportunidad de su constitución.

Pues bien, creemos que en estos supuestos el tratamiento frente al impuesto al valor agregado es el siguiente:

> La transferencia de los bienes desde el fiduciante hacia el fideicomiso se realiza, a nuestro entender, a título gratuito, dado que el fiduciante no recibe contraprestación alguna por la citada transferencia.

Por otra parte, va de suyo que el análisis de la onerosidad o gratuidad deviene innecesario cuando los bienes fideicomitidos no resultan alcanzados por el impuesto, tal como sería el caso de la cesión de un derecho o de un inmueble.³⁴

Es importante destacar que la generación de rentas por parte del fondo al administrar los bienes, no modifica el carácter gratuito del aporte de los mismos, pues entendemos que la ganancia generada es la consecuencia de la tarea desplegada por el fiduciario (quien podrá percibir por ella una retribución en los términos del art. 8 de la ley 24.441). Ello se ve reforzado por la restitución de los mismos bienes al fiduciante, al finalizar el fideicomiso, sin incremento alguno en el valor de los mismos.

> En relación con el reintegro del crédito fiscal que el fiduciante pudiera haber computado por los bienes fideicomitidos, es preciso preguntarse si la transferencia realizada al fideicomiso guarda algún tipo de relación o conexión con su actividad alcanzada por el tributo. De ser afirmativa la respuesta, no existirá reintegro de crédito fiscal alguno. Caso contrario, el crédito oportunamente computado deberá ser reintegrado en el período fiscal en que tenga lugar el traspaso de la propiedad fiduciaria.

> Finalmente, en oportunidad de concluir el fideicomiso y retornar los bienes al patrimonio del fiduciante, tampoco existirá acto gravado pues al igual que en la transferencia constitutiva del fondo, no se manifiesta la onerosidad necesaria para generar el hecho imponible previsto en el art. 1º de la ley del gravamen.

Lo antedicho no enerva el tratamiento que pudiera corresponder a la actividad de administración desplegada por el fideicomiso.

Siguiendo con uno de los ejemplos citados, si el fideicomiso se dedicara a alquilar determinados inmuebles para rendir el producido a los beneficiarios, y tales

³⁴ Asumiendo que el fiduciante no es una empresa constructora en relación con el inmueble aportado.

alquileres se encontraran sujetos a imposición, el fondo fiduciario deberá inscribirse en el impuesto, generar del débito fiscal por las locaciones y computar contra el mismo los créditos fiscales que pudiera poseer por todos aquellos gastos vinculados a las locaciones gravadas; pero ello de ninguna manera modifica el tratamiento que hemos explicado para las transferencias derivadas de la constitución y extinción del fondo.

Por ultimo es importante destacar que no obstante haber fijado nuestra posición respecto al carácter gratuito de la transferencia de los bienes al fondo fiduciario, reiteramos que cada caso debe analizarse de manera singular, pues distinta podría ser la conclusión si dentro de las facultades que contractualmente se confieren al fiduciario se incluye no sólo administrar sino disponer de los bienes, reinvertiendo el producido de la disposición con el objeto de maximizar las utilidades, lo que significaría que el fiduciante (coincidente con el beneficiario y el fideicomisario) podría recibir al finalizar el fideicomiso, bienes distintos (con valor económico diferente) a los oportunamente transferidos, situación que podrían transformar el carácter gratuito del aporte originalmente realizado.

7. Fideicomiso inmobiliario

Uno de los rubros en los que el fideicomiso ha sido utilizado con mayor asiduidad es la actividad de la construcción, pues aparece como una herramienta útil para llevar a buen término los más diversos negocios inmobiliarios, fundamentalmente debido a su condición de patrimonio de afectación diferenciado tanto del fiduciante como del fiduciario.

Si bien el esquema que puede adoptar el fideicomiso inmobiliario es sumamente flexible, dependiendo en gran parte de las convenciones que las partes realicen, es posible delinear los rasgos comunes a la mayor parte de estos fondos.

En general, los fiduciantes se encargan de aportar el terreno y los recursos para la realización de la obra, la que puede ser llevada a cabo directamente por el fiduciario (si fuera una empresa constructora), o bien por un tercero contratado por éste.

En cuanto al objeto final del fondo, podríamos enunciarlo de la siguiente manera:

- > Enajenar las unidades obtenidas, distribuyendo el producido de las mismas entre los beneficiarios/fideicomisarios, o
- > Entregar las unidades construidas directamente a los beneficiarios fideicomisarios.

Es de destacar que en la práctica, los beneficiarios suelen coincidir con los fiduciantes.

Una variante al esquema mencionado es la existencia de inversores que a cambio del aporte de fondos para llevar adelante la obra, reciben parte de las unidades resultantes de la misma. Expresado en otros términos, en esta modalidad los fiduciantes aportarían el terreno mientras que los recursos necesarios para realizar el emprendimiento serían aportados por tercero, denominados "inversores".

Estos inversores pueden asumir la condición de beneficiarios o fideicomisarios en la medida en que el contrato así lo prevea, pactándose su beneficio como un determinado número de unidades al finalizar el fideicomiso, o bien pueden mantenerse en su condición de simples terceros que reciben bienes (unidades) como contraprestación del aporte de dinero para la realización de la obra.

En relación con el aspecto impositivo, y más precisamente con el impuesto al valor agregado, existen algunos aspectos que consideramos necesario analizar:

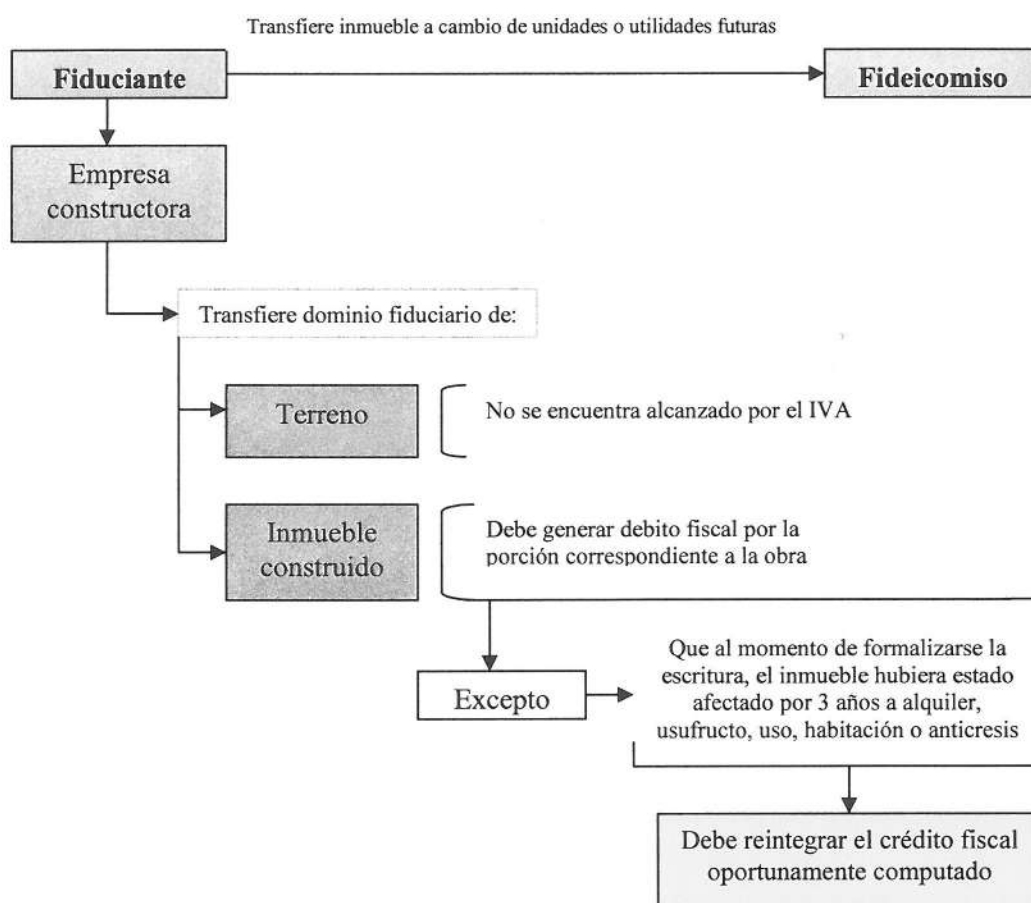
7.4. Aporte del terreno por parte de los fiduciantes

Como premisa para el análisis suponemos que los fiduciantes revisten el carácter de beneficiarios y/o fideicomisarios. Ello nos permite considerar el carácter oneroso de la traslación del dominio fiduciario, dado por la contraprestación que bajo la forma de unidades (o producido de su venta), recibirá el fiduciante (en su carácter de beneficiario/fideicomisario) al concluir el fideicomiso.

Asimismo no cabe duda que, en la medida en que la transferencia importe únicamente un terreno, la misma se encuentra al margen del impuesto.

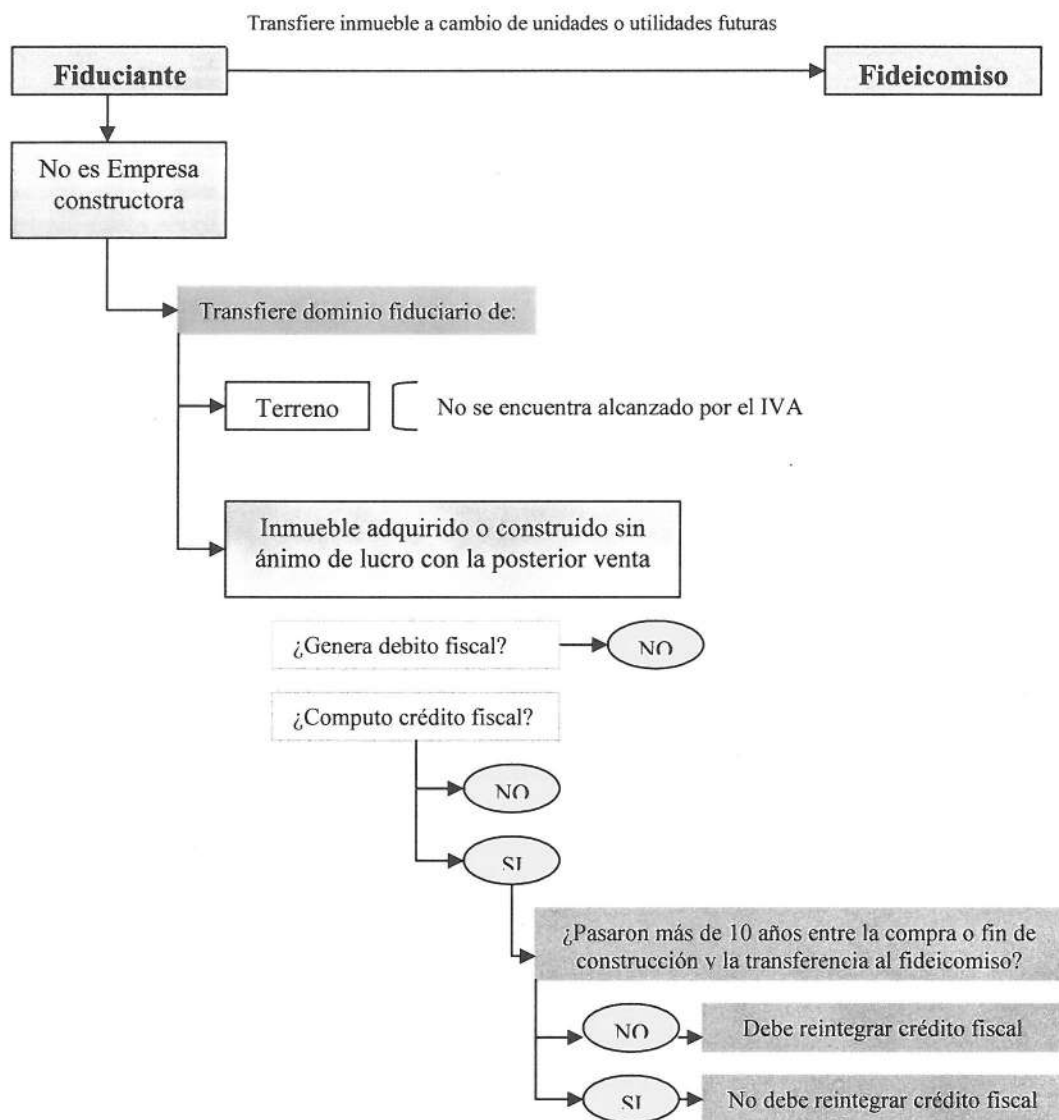
En cambio, si el bien fideicomitado no fuera únicamente un terreno, sino un inmueble sobre el cual se han realizado construcciones, deberían adicionalmente meritarse las siguientes posibilidades:

> Si la construcción la llevó a cabo el fiduciante, siendo éste una empresa constructora en los términos del art. 40, inc. d), de la ley del IVA, deberá determinarse el débito fiscal sobre la porción de la obra realizada; excepto que se trate de algunos de los supuestos previstos en el art. 5 del decreto reglamentario de la ley del IVA³⁵, en cuyo caso, la transferencia no se encuentra alcanzada por el impuesto, debiendo el fiduciante restituir el crédito fiscal oportunamente computado.



> Si el inmueble fideicomitado hubiera sido adquirido por el fiduciante a un tercero, las consecuencias de la transferencia al fideicomiso dependerán en gran medida del carácter subjetivo de quien hubiera vendido el bien al fiduciante.

³⁵ El citado art. Excluye del ámbito de imposición a las obras realizadas por empresas constructoras cuando "(...) en un lapso continuo o discontinuo de 3 años –cumplido a la fecha en que se extiende la escritura traslativa de dominio o se otorgue la posesión, si este acto fuera anterior-, las mismas hubieran permanecido sujetas a arrendamiento, o derechos reales de usufructo, uso, habitación o anticresis (...)".



7.B. Realización de la obra

El hecho imponible “obra sobre inmueble propio”, contemplado en art. 3º, inc. b) de la ley del impuesto, requiere para su configuración la concurrencia de los siguientes elementos:

> Existencia de obra: la definición de obra a los efectos del impuesto se encuentra en el art. 4º del decreto reglamentario de la ley del tributo, el que otorga tal carácter a “(...) aquellas mejoras (construcciones, ampliaciones, instalaciones) que, de acuerdo con los códigos de edificación o disposiciones semejantes, se encuentren sujetas a denuncia, autorización o aprobación por autoridad competente (...)”.

- > Realización de la misma sobre inmueble propio: se considera que existe inmueble propio ya sea que la obra la realice directamente el contribuyente o bien subcontrate a un tercero para la ejecución de la misma.

- > Que la obra se encuentre situada en el territorio argentino.

- > Que el titular del inmueble revista el carácter de empresa constructora: al respecto, el art. 4° de la ley del impuesto al valor agregado, en su inc. d), califica como empresa constructora, sin importar la forma jurídica que hubieran adoptado, a aquellas que "(...) directamente o a través de terceros, efectúen las referidas obras con el propósito de obtener un lucro con su ejecución o con la posterior venta, total o parcial, del inmueble (...)".

En materia de fideicomisos, vale aclarar que el carácter imperfecto del dominio fiduciario no impide considerar al fideicomiso como propietario del inmueble sobre el cuál se lleva adelante el emprendimiento.

Vemos entonces que el eje central en torno a la actividad de construcción llevada a cabo por el fideicomiso (ya sea de manera directa o a través de la contratación de un tercero) gira en torno a determinar si el fondo fiduciario debe ser considerado una "empresa constructora" en los términos del gravamen, pues de ello dependerá el tratamiento tributario de la posterior adjudicación de las unidades.

Debido a que el encuadre como empresa constructora depende de la existencia de venta de las unidades (transferencia de dominio a título oneroso) y del ánimo de lucro en dicha enajenación por parte del fideicomiso, deben considerarse ambos aspectos a fin de concluir si nos hallamos frente a un acto sometido a imposición.

Para ello, podemos distinguir las siguientes situaciones:

Fideicomisos que realizan la obra con el fin de enajenarla a terceros y distribuir el producido entre sus beneficiarios/fideicomisarios

Es evidente que en este supuesto el fideicomiso opera como un vehículo para la realización de un negocio inmobiliario, de la misma manera que lo haría una sociedad comercial. Es decir, más allá de las diferencias jurídicas que pueden existir

entre un fondo fiduciario y un ente societario, la realización de una obra para su posterior venta resulta perfectamente compatible con ambos esquemas jurídicos.

Por lo tanto, si la finalidad del fondo es la construcción y posterior venta a terceros de la obra, para luego cesar su existencia distribuyendo el producido entre los fideicomisarios, no caben dudas que nos hallamos frente a una actividad alcanzada por el tributo puesto que:

- La transferencia de la obra se realiza a título oneroso, y
- La realización de la misma por parte del fideicomiso ha perseguido indubitablemente un fin de lucro.

Fideicomisos realizan la obra para luego adjudicar las unidades resultantes a los fideicomisarios, siendo estos últimos los fiduciantes y los terceros que aportaron los recursos para llevar a cabo el emprendimiento.

Se trata de aquellos fondos en los cuales el fiduciante aporta el terreno, y otros sujetos (que pueden asumir el carácter de fiduciantes o actuar como terceros inversores), aportan los fondos necesarios para llevar adelante la construcción. Una vez finalizada la obra, las unidades son adjudicadas a los fideicomisarios, que coinciden con los sujetos antes mencionados

Para determinar el tratamiento tributario, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- Carácter de la adjudicación de las unidades: entendemos que dicha adjudicación es onerosa, pues resulta la contraprestación por los aportes oportunamente realizados, tanto por el fiduciante como por los terceros inversores.

Realizando un paralelismo con lo que sucede en un ente societario, podemos asimilar la adjudicación de las unidades realizadas por el fideicomiso con la distribución que realiza una sociedad en oportunidad de su liquidación. Dicha distribución no sólo es reconocida como onerosa doctrinariamente sino que, además, es considerada venta tanto para el impuesto al valor agregado (art. 2°) como para el impuesto a las ganancias (art. 3°). Volviendo al fideicomiso, podemos afirmar que la

onerosidad existente en la adjudicación es la contracara de la onerosidad existente el aporte realizado.

La obligación del fiduciante o el tercero de realizar los aportes tiene como contraprestación u obligación recíproca la entrega futura de unidades por parte del fideicomiso (al constituirse tales sujetos en fideicomisarios). En idéntico sentido, la entrega de las unidades por parte del fideicomiso significa la extinción del derecho que poseían los citados fideicomisarios.

- Existencia de fin de lucro: se trata de un aspecto mucho más complejo de discernir, pues se encuentra supeditado al análisis particular de cada fideicomiso y de la realidad económica de la operación.

Creemos que una de las claves para determinar la existencia o no de fin de lucro, consiste en analizar al fideicomiso y a sus beneficiarios como una unidad económica.

Veamos un ejemplo para intentar aclarar nuestra posición:

Supongamos la constitución de un fideicomiso con el objeto de construir un edificio de departamentos, conforme al siguiente esquema:

- Una sociedad anónima, en carácter de fiduciante, aporta el terreno sobre el cual se llevará adelante la obra. Al finalizar la misma, le serán adjudicadas una cantidad de unidades que destinará a la venta.
- La empresa constructora realiza la obra, siendo retribuida con una cantidad determinada de unidades, que destinará a oficinas comerciales.
- Los fondos para la adquisición de los insumos y materiales de construcción serán aportados por inversores, quienes recibirán un número de unidades proporcionales a la magnitud de sus aportes.

Debido a que el objeto del fondo es funcionar como un pozo común donde distintos sujetos (fiduciante, empresa constructora e inversores) realizan aportes de diversa índole para obtener una parte de la obra, es posible que no exista utilidad

alguna en cabeza del fideicomiso, sino que la adjudicación de las unidades se realice al costo.

¿Debemos entonces concluir que no existe fin de lucro? La respuesta no debe darse analizando únicamente al fideicomiso, pues es evidente que la intención perseguida con la realización de una obra no puede determinarse considerando exclusivamente el resultado económico obtenido por el ente que la realiza, sobre todo en casos donde quienes resultan titulares de la obra son, finalmente, aquellos que realizaron la inversión para su construcción.

Por ello, nos parece apropiado que la determinación de la existencia de fin de lucro se realice evaluando la situación posterior de cada uno de los fideicomisarios en particular. Siguiendo con el ejemplo planteado:

- Unidades que recibe la sociedad anónima y destina a la venta: entendemos que tales unidades deben considerarse construidas con la intención de lucrar con la posterior venta, siendo el fideicomiso simplemente un vehículo para que el fideicomisario ejecute la construcción, teniendo en cuenta los beneficios que dicha figura reporta, fundamentalmente en materia de aislamiento patrimonial.

Se plantea entonces quién es el sujeto pasivo del impuesto, o sea, quién debe tributar sobre el valor de la obra correspondiente a dichas unidades. Al respecto, y debido a que la definición del hecho imponible es "obra sobre inmueble propio", consideramos que quien debería tributar sobre la misma es el fondo fiduciario, pues sin perjuicio de poseer el dominio fiduciario, ello no impide sostener que su carácter de "inmueble propio" a los fines tributarios. Ergo, al producirse la adjudicación de las unidades a la sociedad anónima (en su rol de fideicomisaria), el fideicomiso deberá determinar e ingresar el débito fiscal sobre el valor correspondiente a la obra, conforme se analizará en el apartado siguiente. Luego, la venta realizada por el fideicomisario (Sociedad Anónima) no se encontrará alcanzada por el impuesto, ya que se trata de una reventa de inmueble, excluida del ámbito de imposición, lo cual otorga el carácter de costo al impuesto determinado por fondo fiduciario.

- Unidades adjudicadas a la empresa constructora, las que serán utilizadas como oficinas comerciales: siguiendo el razonamiento anterior, no debe considerarse el fin de lucro en relación a dichas unidades, hallándose por tanto su transferencia desde el fideicomiso al fideicomisario, al margen del gravamen.

La no gravabilidad de la transferencia supone la imposibilidad para el fondo fiduciario de computar crédito fiscal alguno por las mismas.

- Unidades adjudicadas a los inversores: el tratamiento a otorgar a estas adjudicaciones dependerá del destino que cada inversor otorgue a la unidad recibida. Si fueran destinadas a la venta, podría concluirse el fin de lucro en la construcción y adjudicación, determinando la gravabilidad de la operación. En cambio, si fueran destinadas a vivienda, no existirá acto alcanzado en la adjudicación de las mismas.

***IMPUESTO A LOS DEBITOS
Y CREDITOS BANCARIOS***

CAPITULO VIII

8) Impuesto a los debitos y créditos bancarios

El impuesto sobre los debitos y créditos bancarios fue establecido en nuestro país por la ley 25416 reglamentada mediante el decreto 380/01. Como norma general puede establecerse que los fondos fiduciarios no poseen tratamiento especial alguno frente al tributo. Ello implica que las cuentas pertenecientes a estos entes se encuentran sujetas a imposición de manera similar a las cuentas de cualquier otro sujeto, quedando alcanzadas a la alícuota general del 0.6% tanto los debitos como los créditos ocurridos en las mismas. Se establece una alícuota diferencial del 0.075% para las cuentas corrientes pertenecientes a fideicomisos de garantía en los cuales el fiduciario fuera una entidad financiera.³⁷

Sin embargo, a través del art. 10º, inc. C) del decreto 380/01 se establece una exención para las cuentas utilizadas por los fideicomisos financieros. La procedencia del beneficio exentivo no es automática para todos los fondos, sino que es necesario que:

1. Las cuentas sean utilizadas de manera exclusiva para el desarrollo de la actividad para la cual fueron constituidos, y
2. El fondo cumpla con la totalidad de los requisitos enunciados en el art. 70.2 del DR del impuesto a las ganancias (por ejemplo, que tenga como única finalidad la titulización de activos homogéneos como títulos valores o derechos creditorios, que esos activos no sean sustituidos por otros tras su realización, entre otros)

El decreto 1207/2008 que dio por terminado el beneficio de los fideicomisos financieros en Ganancias, dio origen a una controversia que había surgido entre los especialistas acerca de si esa quita también tenía efecto sobre la exención al impuesto al cheque. Para dar por terminada la controversia, la respuesta fue doble. En primer lugar, la Dirección Nacional de Impuestos emitió el memorando 853/2008 que luego fue reafirmado por el dictamen 2044 de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía. Ambos documentos concluyen que el decreto limitó el beneficio en Ganancias solo a los fideicomisos financieros destinados a la realización de obras de infraestructura para la prestación de servicios públicos. Pero advierte que la nueva normativa no modificó los requisitos que deben cumplir la totalidad de los fideicomisos financieros para acceder al alivio en el impuesto al cheque, por consiguiente, esta exención no se ve afectada.

³⁷ Art 7º, apartado A, punto V del decreto 380/01.

Recientes dictámenes de la AFIP

Los dictámenes fiscales 16/2006 y 18/2006 sobre el tratamiento fiscal de fideicomisos de construcción al costo asimilan los fideicomisos a contratos asociativos³⁸, y las transferencias de unidades por el fiduciario a los fiduciantes-beneficiarios a compraventas de cosas futuras³⁹, concluyendo que se trata de contratos onerosos que resultan gravados por el IVA y el impuesto a las ganancias.

Es decir, si se lograra apartar al fideicomiso de esa asimilación a la que hacen referencia las resoluciones citadas, el fideicomiso no sería sujeto de tales impuestos. Veamos el caso en que un grupo de personas aportara a un fideicomiso los fondos necesarios para la compra de un terreno y la construcción de un edificio en propiedad horizontal para luego adjudicarse las unidades construidas. Los fiduciantes, que a su vez serían beneficiarios, instruirían al fiduciario para que contrate una empresa constructora y, de esa forma, realice la obra. Una vez terminada la obra, el fiduciario, en cumplimiento de mandato fiduciario, adjudicaría las unidades a cada uno de los fiduciantes-beneficiarios de acuerdo con la distribución previamente establecida en el contrato de fideicomiso.

En tal caso, podría entenderse que el fideicomiso funciona únicamente como garantía, de manera que no sería asimilable a un contrato asociativo porque los fiduciantes-beneficiarios no realizan un *"esfuerzo, trabajo o tarea vinculada a la gestión de un patrimonio común"*; tampoco *"se obligan a efectuar prestaciones y colaborar para la obtención de un fin común"*⁴⁰. Simplemente, buscan canalizar la construcción por medio de una figura que les ofrezca las garantías adecuadas. En el mismo sentido, si el fiduciario contratara en carácter de locador de obra, la entrega de las unidades configuraría el cumplimiento del contrato de locación y no podría ser

³⁸ Son aquellos por los que dos o más personas se unen en un esfuerzo, trabajo o tarea vinculada a la gestión de un patrimonio común y por los que las partes se obligan a efectuar prestaciones y colaborar para la obtención de un fin común. Son ejemplo de contratos asociativos los de sociedades, UTE, consorcios y solo en ciertos casos fideicomisos. Si el fideicomiso no fuera utilizado para enmarcar "negocios asociativos" sino con meros fines de garantía, el fideicomiso no sería asimilable a un contrato asociativo.

³⁹ Doctrina y jurisprudencia debaten la naturaleza del contrato por el cual se compromete la entrega de un departamento a construirse o en construcción, distinguiendo entre la compraventa de una cosa futura y la locación de obra. Vélez Sarsfield se inclina por esta última opción y Borda sostiene que en nuestra legislación el principio es la locación de obra y la excepción la compraventa, debiendo meritarse la relación entre el trabajo y el valor de la cosa, resolviendo a favor de la compraventa cuando la importancia del trabajo es ínfima. Optar por una u otra figura determina diferentes consecuencias jurídicas, por ejemplo, la entrega de la cosa, al concluir la locación de obra, no configurara una venta, sino el cumplimiento del contrato de locación.

⁴⁰ Gabriel Gotlib, Walter Keiniger, Carlos Kaplan, "Fideicomisos Inmobiliarios al Costo, ¿su muerte por razones fiscales?", Ed. Errepar, Dic. 2007.

asimilada a una enajenación.

Este supuesto se distinguiría de los analizados en los dictámenes 16/2006 y 18/2006 al quedar la relación instrumentada como una locación de obra, y el fideicomiso definido y establecido únicamente con fines de garantía. El tratamiento fiscal debería ser similar al interpretado con relación a un consorcio de construcción en forma de sociedad civil⁴¹ y no se encontraría sujeto al IVA ni al impuesto a las ganancias por *"no guardar las características de una unidad económica susceptible de producir hechos imposables"*⁴².

Estos mecanismos permitirían desarrollar la obra con la seguridad jurídica que otorga el fideicomiso sin incrementar los costos impositivos del emprendimiento, aunque en todos los casos, dependerá de la estructuración del negocio y la redacción de los contratos relevantes.

⁴¹ El Dictamen 88/2001 interpreto que un consorcio organizado mediante la forma de sociedad civil que adjudicaba al costo a sus miembros las unidades terminadas no era sujeto del impuesto a las ganancias.

⁴² Dict. (DAT) 19/2003.

CONCLUSION

CAPITULO IX

9) Conclusión

El fideicomiso ha tenido en el mundo de los negocios un éxito pocas veces igualado por otras leyes innovadoras. Es que la adopción del fideicomiso como forma contractual ha tenido la capacidad de impactar de lleno en tan variados aspectos de la actividad social y económica que resulta difícil imaginar límites para su aplicación, ya que sus fronteras se extienden hasta los confines de la legalidad intrínseca de los negocios subyacentes y de la imaginación. Tal vez haya sido la maleabilidad del fideicomiso, su capacidad de adaptarse a los más diversos negocios jurídicos, su aptitud para proteger los bienes afectados a tales negocios contribuyendo a su buen fin, así como también sus tasas de interés por encima de la media que el mercado ofrece en sus formas clásicas a los inversionistas o sino la situación de las empresas frente a la escasa y dificultosa respuesta que encuentra la demanda de financiamiento en el mercado tradicional bancario; por todas estas razones los procedimientos de financiación en el mercado de capitales, basados en la titulización de activos a través de la figura del fideicomiso, van cobrando cada vez mayor importancia relativa. Año tras año, los montos de los fideicomisos se incrementan, batiendo récords en emisión y a su vez convirtiéndose en un vocablo de uso común entre la gente de negocios. Hay que tener en cuenta que el Fideicomiso es solo un contrato, no garantiza el éxito de la propuesta pero sí la seguridad patrimonial de la inversión realizada.

Los profesionales en Ciencias Económicas debemos incluir en el menú de opciones de los negocios la herramienta del fideicomiso evaluando los beneficios jurídicos que brinda. No tenemos que considerarlo dentro de la planificación tributaria como factor de disminución de impuestos, pues la figura del ente intermedio no es neutral.

El gran déficit que nos abarca es la falta de regulaciones existente en el derecho tributario. Los impuestos al consumo gravan el título oneroso, pero ha quedado a cargo de los organismos de recaudación y de la Justicia la interpretación de la onerosidad del dominio fiduciario, con el efecto retroactivo y la inestabilidad que significan los cambios de opinión, llevando en la actualidad a que las opiniones de las autoridades son tomadas como referentes.

Debe incorporarse en las leyes tributarias nacionales y provinciales el concepto de título fiduciario o de confianza definiendo su tratamiento. Estas carencias se hacen más visibles en los fideicomisos no financieros.

Las distintas Federaciones y Consejos de profesionales en Ciencias Económicas, tomando en cuenta las distintas recomendaciones de simposios, profesionales, convenciones etc., ha comenzado a transitar este camino de propuestas básicas que permitan certeza y defiendan la neutralidad de los impuestos. Debemos crear las condiciones para la utilización de la figura del fideicomiso, pues es una herramienta superadora que mejora ostensiblemente la estabilidad jurídica de los negocios permitiendo el cumplimiento de sus objetivos, más allá de los avatares personales y económicos de sus partícipes.

Bibliografía

- Soler, Carrica, Nieto Blanc, Moreno Gurrea; "Fideicomiso", Estudio Soler y Asociados; Buenos Aires; 2000.
- Nicolas Malumian, Adrian Diplotti, Pablo Gutierrez, "Fideicomiso y Securitización", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.
- Luis Lanteri; "Ahorro y Crecimiento: alguna evidencia para la economía Argentina, 1970-2004"; Buenos Aires; 2004.
- Ferrari, Cesar; "Crecimiento, inversión, ocupación y divisas en América del Sur"; Pontificia Universidad Javeriana; Colombia; 2005.
- Martin, Julián; "Fideicomisos: aspectos jurídicos, tributarios y contables"; Ed. Errepar; Buenos Aires; 2006.
- Spisso, Rodolfo R. "150 ° Aniversario de la Constitución Nacional, Directivas Constitucionales para el ejercicio de la potestad tributaria con justicia", Ed. La Ley, Buenos Aires, Abril de 2003, pág. 98-106.
- Coto, Alberto; "Aspectos tributarios del Fideicomiso"; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2006.
- Kenny, Mario Oscar; "Titulización y Fideicomiso Financiero"; Ed. Errepar; Buenos Aires; 2002, CAPITULO 3 y 4.
- Cáceres, Néstor; "Encuadre tributario de los fideicomisos inmobiliarios"; Doctrina Tributaria, Ed. Errepar; Buenos Aires, Agosto 2006.
- Karschenboim, Rubén; "El dominio fiduciario. Su tratamiento tributario"; Doctrina Tributaria, Ed. Errepar, Buenos Aires, Septiembre 2006.
- Ramognino, Rafael; "Fideicomisos no financieros ante los impuestos"; Doctrina Tributaria, Ed. Errepar, Buenos Aires, Junio 2006.
- Chalupowicz, Israel; "Fideicomisos, un análisis de su tratamiento fiscal"; Doctrina Tributaria, Ed. Errepar, Buenos Aires, Marzo 2006.
- Departamento de Capacitación y desarrollo de Mercados de la Bolsa de Comercio de Rosario; "Herramientas alternativas de financiación: Fideicomiso"; Rosario; Junio 2002.
- BCRA; "Dinero y Bancos"; Informes Económicos Trimestrales.
- Gainvest; "Informe Mensual Fideicomisos Financieros"; año 2006.
- Contrato de Fideicomiso "Los Grobo – Bolsa de Comercio de Mar del Plata".
- Informe Comisión de Valores; "Aspectos de los últimos 10 años"; Buenos Aires; 2006.

- “El Fideicomiso, los impuestos y un criterio desalentador del crecimiento de la economía real del país”, Periódico Económico Tributario, miércoles 10 de enero de 2007.
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia (310-195,1715; t. 312, pág. 1614) tomo XVIII, Vol. I, pág. 1238
- Ley 24.441, “Vivienda y Construcción, Financiamiento y Leasing”.
 - Código Civil / Código Penal
 - Ley 11683, “Procedimiento Fiscal”
 - Ley 23349 texto ordenado decreto 280/97, “IVA”.
 - Ley 20628 “Impuesto a las ganancias”.
 - Ley 25063 “Impuesto a la ganancia mínima presunta”
 - Ley 23966 “Impuesto a los Bienes Personales”
 - Decreto 780/1995; “Reglamentación”.
 - Decreto 370/1996; “Constitución Fondo Fiduciario”.
 - Decreto 1207/2008; “exención Fideicomisos Financieros”
 - Dictamen 20/1996, 34/1996, 49/1997, 97/1997, 59/1999, 103/2001, 8/2002, 19/2003, 49/2003, 8/2004, 17/2004, 55/2005; AFIP.
 - Resolución 287/1997, CNV, “Fideicomisos Financieros”
 - Comunicación BCRA A 2664/1998; “Fideicomisos Financieros, normas reglamentarias”.
- Portfolio Personal; “Ventajas de Invertir en Fideicomisos Financieros”; www.portfoliopersonal.com
- Diario “La Nación”, 22 de abril 2006, Buenos Aires.
- Diario “La Nación”; 26 de febrero de 2006; Buenos Aires.
- Diario “Ámbito Financiero”; 24 de julio de 2007, Buenos Aires.

Anexo I

Caso Práctico

A continuación, mostraremos la influencia de los impuestos vistos anteriormente en un caso práctico. Hemos elegido un fideicomiso financiero inmobiliario, dado que es la forma más compleja del fideicomiso. Veremos como cada tributo impacta en cada uno de los actores de este fideicomiso.

El actual boom del sector inmobiliario en la Argentina ha tenido lugar en el marco de una economía con escaso o nulo crédito hipotecario que, por un conjunto de razones, prácticamente desapareció luego de la crisis iniciada hacia fines de 2001 y que en los últimos semestres ha mostrado algunos signos de recuperación. La estructura fiduciaria es un vehiculo, una plataforma contractual que tiene la gran virtud de separar riesgos y explicitar responsabilidades, pero que de ninguna manera asegura por si sola ni la calidad del producto que se desarrolla ni el éxito de la gestión técnico-comercial requerida. Para lograr un buen desarrollo inmobiliario será necesario hacer una buena definición de producto a través de estudios de mercado adecuados, contar con buenos constructores y proyectistas, llevar adelante un adecuado gerenciamiento técnico y económico-financiero y manejarse con solvencia en la gestión comercial. Para lograr todo eso, el liderazgo habitualmente puesto en manos de un desarrollador con experiencia es insustituible y la estructura fiduciaria debe ser puesta a su servicio, como herramienta especialmente apta para ese fin.

Además es un vehiculo interesante para los inversores en general, por ejemplo las AFJP's, las compañías de seguro de vida y las ART's. Todos estos importantes actores, tienen requisitos respecto a la estructuración jurídica de sus inversiones, que el fideicomiso puede cumplir perfectamente y otras formas jurídicas no. En el caso particular de los inversores institucionales locales, solo el fideicomiso financiero con oferta publica y los fondos comunes de inversión son una alternativa valida para ellos.

Los fideicomisos inmobiliarios son conocidos como de "Inversión Directa". En esta categoría se incluye aquellos que no tienen por objeto la securitización de activos financieros, sino el desarrollo de un proyecto de inversión sobre activos físicos. Esta especie de fideicomisos financieros es utilizada para llevar adelante actividades económicas, pero con la particularidad que el patrimonio afectado a dicha finalidad (llevar adelante actividades de construcción, forestales, agropecuarias, mineras, etc.)

por la naturaleza del contrato de fideicomiso, no se confunde con el patrimonio del fiduciante.

En la industria de la construcción, resulta habitual que los recursos esenciales para el desarrollo del proyecto son propiedad de diferentes sujetos. Ante esta problemática, el fideicomiso sería la forma ideal para aglutinar los diferentes intereses y de posibilitar la realización del negocio inmobiliario con seguridad para todos los participantes.

Así quien posea la propiedad de un terreno que no quisiera o no pudiera aportar los fondos y el expertise necesario para construir en este, podría transmitir la propiedad fiduciaria del mismo a un fiduciario constituyendo un fideicomiso, adquiriendo la calidad de beneficiario, con derecho a participación sobre utilidades del fideicomiso.

De este modo, el fiduciario sería el encargado de llevar adelante la obra por sí o por terceros (por ej. Empresa constructora contratada), de endeudar al fideicomiso en el caso de que el proyecto lo requiera y de vender las unidades construidas por sí o por terceros. Cabe mencionar que el fiduciario podría desarrollar el total de funciones comentadas o limitarse a ser el tenedor formal de la propiedad delegando en un tercero (desarrollista) la tarea de organizar y llevar adelante el emprendimiento.

El esquema se completa con el necesario financiamiento suministrado por el mercado de capitales a través de la emisión de títulos valores. A través de este mecanismo, los suscriptores de los títulos fiduciarios aportan el capital necesario para posibilitar el desarrollo del emprendimiento, con el incentivo del rendimiento emergente de la venta o explotación de las obras construidas.

La dinámica de la operación

Al momento de la transferencia de los activos al fideicomiso, el fiduciante da la instrucción (mandato fiduciario) al fiduciario financiero de emitir títulos de deuda fiduciaria y/o certificados de participación que serían colocados en el mercado de capitales. Con el producido de la colocación de los títulos se retribuirá a la empresa la transmisión de los derechos cedidos al fiduciario.

Desde la perspectiva del fiduciante, vemos que nos encontramos frente a una transmisión fiduciaria retribuida a partir de los fondos obtenidos en la colocación de títulos. Por su parte, desde la perspectiva del beneficiario nos encontramos que ha pagado una suma de dinero por el título valor que representa su derecho como tal.

De esta forma, el fiduciante se haría del valor presente de los derechos transferidos y los tenedores de los títulos participaran en su rol de acreedores, en el caso de los tenedores de títulos de deuda, o en su rol de participantes del negocio, en el caso de certificados de participación, en los resultados emergentes de los créditos cedidos.

Las partes intervinientes

- **Fiduciante:** Es el propietario del bien que se transmite en fideicomiso y es quien instruye al fiduciario acerca del encargo que deberá cumplir. Puede ser a la vez el beneficiario o el fideicomisario. Se puede reservar el derecho de dirigir el fideicomiso en materia de inversiones en todos sus aspectos y el de vigilar los actos que lo requieran.

Puede ser una persona física o jurídica. El fiduciante puede exigir rendiciones de cuentas al fiduciario y accionar ante su incumplimiento, puede también exigir la transmisión de los bienes y designar fideicomisarios sustitutos.

- **Fiduciario:** Es quien asume la propiedad fiduciaria y la obligación de darle el destino previsto en el contrato. En caso de incumplimiento de sus deberes, puede ser removido. Está obligado a actuar de buena fe. En caso de que el fideicomiso sea un fideicomiso financiero, el fiduciario deberá ser una entidad financiera o una sociedad autorizada por la CNV para actuar como fiduciario de un fideicomiso financiero. Puede ser una persona física o jurídica. El fiduciario debe rendir cuentas a los beneficiarios y al fiduciante por lo menos una vez al año. Tiene derecho al reembolso de los gastos y retribución, a la separación del patrimonio y a la disposición de los bienes fideicomitados según lo acordado en el contrato.

- **Beneficiario:** Es aquel en cuyo beneficio se administran los bienes fideicomitados. Puede ser una persona física o jurídica. Puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato. En el caso de que no exista, se deben detallar los datos que permitan identificarlo en el futuro. Se puede designar más de un beneficiario. El derecho del beneficiario es transmisible. Tiene derecho a pedir al fiduciario rendición de cuentas, puede accionar contra el fiduciario por mal desempeño.

- **Fideicomisario:** Es quien se queda con la propiedad de los bienes fideicomitados al vencimiento del fideicomiso. En la mayoría de los casos los fideicomisarios son los beneficiarios del fideicomiso. Tiene derechos y obligaciones semejantes a las del beneficiario.

- **Operador:** Administra la cartera, operando como agente de cobro del producido de los activos. Provee al fiduciario, al fiduciante y al beneficiario de informes mensuales y

anuales del estado de los activos y rendición periódica de cuentas acerca de los flujos percibidos y transferidos. Si durante la ejecución del fideicomiso, nadie acepta el papel de beneficiario, ya que renuncian o se niegan a ocupar ese lugar, el beneficiario pasa a ser el fideicomisario. Si no existe éste último, el beneficiario será el fiduciante.

Fideicomiso Financiero

En el caso del fideicomiso financiero el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la CNV para actuar como fiduciario financiero. Beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Los títulos de deuda y los certificados de participación podrán ser objeto de oferta pública. La solicitud de oferta pública es presentada por el emisor. Se podrá optar por solicitar la autorización de oferta pública de una emisión de títulos representativos de deuda o certificados de participación o de un programa global para la emisión de títulos representativos de deuda o certificados de participación, hasta un monto máximo, con o sin la posibilidad de reemisiones. En caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, que impida la continuidad del fideicomiso, la ley establece un régimen que otorga a la asamblea de tenedores de títulos de deuda la solución al problema de la insuficiencia del patrimonio fideicomitado. El fiduciario citará a asamblea de tenedores de títulos de deuda para que la misma determine las normas de administración y liquidación del patrimonio. No se declarará la quiebra del patrimonio autónomo o separado ni del fiduciario.

Títulos de deuda

Los títulos de deuda garantizados por los bienes fideicomitados pueden ser emitidos por el fiduciante, el fiduciario o un tercero. Cuando los títulos de deuda fueren emitidos por el fiduciario los bienes de éste no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. En un fideicomiso financiero se pueden emitir una o varias clases de títulos de deuda. Por lo general, cada clase tiene distinto grado de subordinación, por ende distintos grados de riesgo y de rendimiento. Estos títulos pueden ser a tasa fija o a tasa variable de acuerdo con la decisión del inversor. La subordinación de clases permite llegar a distintos tipos de inversores y les permite a los mismos armar carteras con distintos tipos de riesgo y rendimiento. La clase *senior*

es la que cobra primero y tiene menor rendimiento ya que el riesgo es acotado. El pago del capital y el interés de las clases subordinadas dependen del cobro de la clase anterior. Las clases subordinadas tienen un mayor rendimiento a medida que aumenta el grado de subordinación, que compensa el riesgo.

Certificados de participación

Los tenedores de certificados de participación fiduciarios tienen derecho a los rendimientos, a una cuota de propiedad y a los rendimientos o a una cuota del importe de la venta. Estos certificados no atribuyen un derecho de condominio sobre los bienes y rentas del fideicomiso, sino derechos personales o creditorios para exigir una cuota de condominio o su valor. Los certificados de participación deben ser emitidos por el fiduciario. Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso. Estas obligaciones serán exclusivamente satisfechas con los bienes fideicomitidos. El inversor de los certificados de participación toma los riesgos del proyecto y obtiene un beneficio de sus rendimientos. Por lo general, estos certificados pagan amortización de capital y luego un porcentaje de las utilidades del proyecto.

Mejora de la calidad de crédito de la cartera de activos

En un proceso de securitización, introducir garantías adicionales o mejorar las existentes permite disminuir el riesgo de la emisión y por lo tanto su costo financiero. La mejora de la calidad de la cartera de activos permite cubrir la posible insuficiencia de ingreso de fondos de los activos securitizados y por ende un incumplimiento de pagos. El incremento en las garantías se puede dar internamente por parte del emisor o a través de participantes externos.

1. Mejoras internas

- Sobrecolateralización: el monto de garantías es mayor al valor de los títulos emitidos.
- Subordinación de la emisión: se emiten distinta clase de títulos con distinto nivel de riesgo y rendimiento. Los títulos *senior* son los que primero cobran y reciben menor rendimiento. Los títulos subordinados cobran después, de acuerdo con el grado de subordinación, y reciben un rendimiento mayor en compensación del riesgo que corren.

- Exceso de flujo de caja: el flujo de fondos estimado de los activos securitizados es superior al interés que pagan los títulos, el excedente constituye un fondo de garantía.

2. Mejoras externas de la calidad del crédito

Este tipo de operaciones se da a través de cartas de crédito, pólizas de seguro o avales de terceros como sociedades de garantía recíproca. Un fideicomiso también se puede garantizar con un fideicomiso de garantía que se constituya dentro del primero.

Caso de aplicación de un Fideicomiso Financiero Inmobiliario

Finalmente consideraremos un caso de aplicación de esta figura, donde existe la problemática de una empresa (Originante S.A.) que decide llevar adelante un negocio de inversión totalmente distinto a la actividad que actualmente realiza.

Para desarrollar este negocio, que consistía en una inversión a nivel inmobiliario, necesitaba por ende una fuerte suma de dinero. Como era de saber, esta empresa, aunque fuerte en el mercado, no contaba con los medios adecuados para lograr sus objetivos, y requería indefectiblemente recurrir a una fuente de financiamiento externa.

Luego de un exhaustivo análisis de posibilidades de financiación, ventajas y desventajas, probabilidades de éxito, riesgos asumidos, y posibles consecuencias de las diferentes alternativas de financiación, esta empresa terminó optando por obtener fondos mediante la celebración de un contrato de fideicomiso inmobiliario con una entidad financiera.

Específicamente, en el contrato podemos obtener el siguiente desarrollo del caso:

La originante (fiduciante) desea desarrollar su edificio de manera tal de poder extender su estructura, creando nuevas oficinas, alquilarlas para luego venderlas después de un plazo determinado.

El fiduciante cedió su inmueble en fideicomiso a un renombrado Banco (Banco Fiduciario S.A.), que se constituyó en calidad de fiduciario. Junto con el inmueble, se transfirieron los siguientes bienes fideicomitidos:

- Obra a construir.
- Alquileres por 4 años desde la finalización de la obra.

- Ingresos por ventas y demás ingresos.

Se contrató una constructora para que realice la obra, donde el fiduciario se encargaba de realizarle los pagos.

El fiduciario, previa autorización para realizar la respectiva oferta pública, generó la emisión de títulos de deuda y de certificados de participación, los cuales atraían inversores de renta e inversores de capital, quienes realizaban aportes de capital que eran administrados por el fiduciario, para realizar los pagos correspondientes, y llevar adelante la obra y los demás requerimientos impuestos por el fiduciante.

Fiduciario

Banco Fiduciario S.A. será quien actuara en carácter de Fiduciario financiero del Fideicomiso en los términos de la Ley N 24.441 y sus modificaciones.

Fiduciantes / Beneficiarios

Originante S.A..

Período de Vigencia

El Fideicomiso tiene un plazo de vigencia que se inicia con suscripción de los Valores Fiduciarios y vence en oportunidad de la distribución de la totalidad de los fondos correspondientes a los Bienes Fideicomitados, a favor de los Beneficiarios conforme los términos y condiciones del presente Contrato, que se estima se producirá en agosto de 2011.

Objeto

El presente Contrato se realiza de acuerdo con las disposiciones del Capítulo IV de la ley 24.441, con el objeto de constituir un Fideicomiso Financiero como Fondo de Inversión Directa, y establecer las normas contractuales por las que se regirán la constitución del Fideicomiso, la construcción de la Obra de acuerdo con el Proyecto y el Plan de Obra, el desarrollo del Plan de Comercialización, la extinción del Fideicomiso Financiero y los derechos de los Tenedores.

El Fideicomiso Financiero como Fondo de Inversión Directa se denominará "Fideicomiso Financiero Edificio Originante S.A."

Los recursos provenientes de la emisión serán utilizados para desarrollar la construcción de un edificio de oficinas de alta categoría sobre el edificio existente de la

empresa Originante S.A., ubicado en la intersección de la calle San Martín y Corrientes. Actualmente, es uno de los edificios de oficinas más relevantes de la Ciudad de Mar del Plata. La obra consistirá en la construcción de un edificio de oficinas de alta categoría sobre el actual inmueble de la sociedad. El edificio cuenta con 7 plantas y una superficie aproximada de 20.000 m² construidos. La obra incluirá el reciclaje del edificio existente y de la construcción de una torre nueva sobre la construcción anterior.

El repago de los Títulos emitidos se efectuara con los fondos provenientes de la venta individual o en bloque del inmueble.

Descripción de los Valores

El Fiduciario emitirá Valores Fiduciarios por hasta un V/N de Dólares diez millones (US\$ 10.000.000) conforme el siguiente detalle (los "Valores Fiduciarios"): (i) Valores de Deuda Fiduciaria Clase A por hasta un V/N de Dólares seis millones US\$ 6.000.000) ("VDFA"); (ii) Valores de Deuda Fiduciaria Clase B por hasta un V IN de Dólares tres millones (US\$ 3.000.000) ("VDFB") y (iii) Certificados de Participación por hasta un VN de Dólares un millón (US\$ 1.000.000) ("CP"); sujeto a los plazos y demás condiciones que se determinan en el presente. Los Valores Fiduciarios tendrán un (US\$ 100) cada uno. El producido total de la emisión de los Valores Fiduciarios previstos en el presente Fideicomiso será invertido totalmente en el "Fideicomiso Financiero Edificio Originante S.A."

Valores de Deuda Fiduciaria Clase A (VDFA):

Darán derecho a: (i) el reembolso de la totalidad del capital integrado, en la cuarta Fecha de Pago de Servicios y en concepto de interés, un interés básico que se determinara al finalizar el periodo de colocación (no podrá exceder el 4%).

Valores de Deuda Fiduciaria Clase B (VDFB):

Darán derecho a: (i) el reembolso de la totalidad del capital integrado, en la cuarta Fecha de Pago de Servicios y en concepto de interés, un interés básico fijo del 9 % nominal anual que se devengará sobre el capital residual desde su fecha de integración.

Certificados de Participación (CP):

Darán derecho una vez cancelados íntegramente los VDF a: (i) el reembolso de la totalidad del capital integrado y en concepto de utilidad, el excedente neto que resulte

de la liquidación final del fideicomiso. El pago de Servicios se subordina a la cancelación total de los VDF. No serán ofrecidos en forma pública.

Valor nominal y unidad mínima de negociación

V/N USS 100.- (Dólares cien).

Fechas de Pago de Servicios

La primera Fecha de Pago de Servicios es el último Día Hábil de febrero de 2009, la segunda el último Día Hábil de julio de 2010, la tercera el último Día Hábil de febrero de 2011 y la cuarta el último Día Hábil de agosto de 2011.

Co - Colocador

Banco Fiduciario S.A.

Co - Colocador

Bursátil S.A.

Organizador

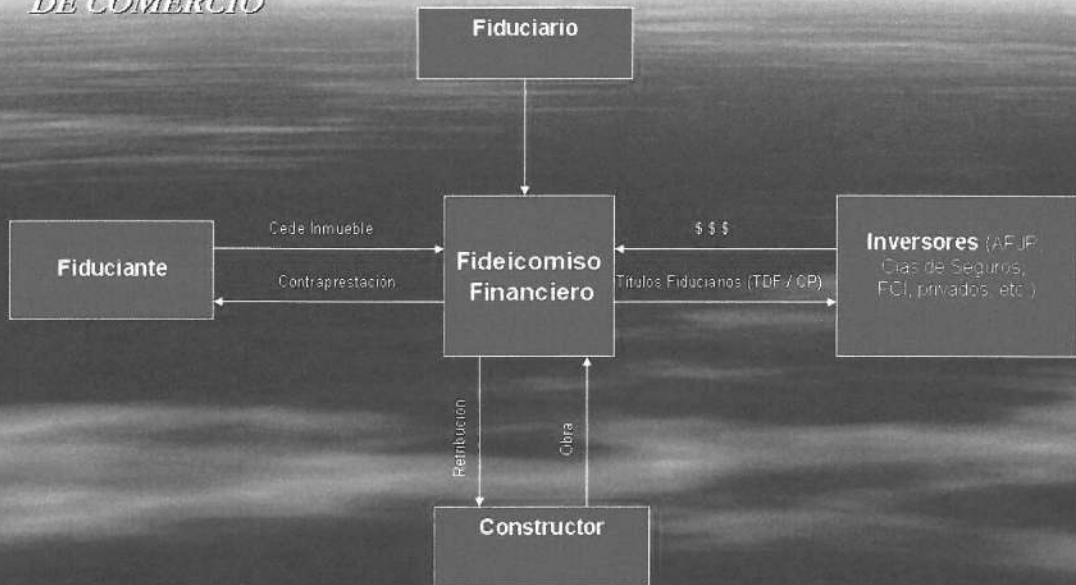
Empresa XXX S.A.

Operador

CIL (Conocida inmobiliario local)

FIDEICOMISO INMOBILIARIO Y OFERTA PUBLICA

*EDIFICIO BOLSA
DE COMERCIO*



Tratamiento Impositivo

En esta sección se efectúa un resumen, de las consecuencias fiscales que en general resultan aplicables a la adquisición, tenencia, y disposición de los Valores Fiduciarios por el inversor.

a) Impuestos aplicables a los Fideicomisos Financieros

1) Impuesto a las Ganancias

a.1.a) Generalidades:

El artículo 69 inciso a) punto 6 de la Ley del Impuesto a las Ganancias establece que los fideicomisos financieros encuentran sujetos a la alícuota del 35% quedando comprendidos en esta norma desde la celebración del respectivo contrato.

Asimismo, el último párrafo del inciso a) del citado artículo establece que las personas que asuman la calidad de fiduciarios quedan comprendidos en el inciso e),

del artículo 16, de la Ley 11.683 de Procedimiento Fiscal (t.o. en 1998 y sus modificaciones), por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos deberán ingresar el impuesto que se devengue en cabeza del fideicomiso.

El Decreto Reglamentario de la Ley del Impuesto a las Ganancias establece en el primer artículo incorporado a continuación de su artículo 70 que las personas que asuman la calidad de fiduciarios deberán ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue sobre las ganancias netas imponibles obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria. A tales fines, se considerará como año fiscal el establecido en el primer párrafo del artículo 18 de la Ley, vale decir, el año calendario.

En lo que respecta a la determinación de la ganancia neta del Fideicomiso, el Decreto Reglamentario de la Ley del Impuesto a las Ganancias establece en el último párrafo del segundo artículo incorporado a continuación del artículo 70 que a los efectos de establecer la ganancia neta de los fondos fiduciarios deberán considerarse las disposiciones generales que rigen la determinación de las ganancias de la tercera categoría.

a.1.b) Dedución de intereses y rendimientos de Valores de Deuda Fiduciaria

Si bien las reglas que limitan la deducibilidad de los intereses pagados por sujetos del artículo 49 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, que no sean entidades financieras, incluye a los fideicomisos financieros, corresponde mencionar que el Decreto establece en el primer artículo incorporado a continuación del artículo 121 que dichas limitaciones no serán aplicables a los fideicomisos financieros constituidos conforme a las disposiciones de los artículo 19 y 20 de la ley 24.441.

En consecuencia, la totalidad de los intereses abonados a los inversores de los Valores de Deuda Fiduciaria (VDF) serán deducibles sin limitación a los efectos de la determinación del impuesto a las Ganancias del Fideicomiso.

De acuerdo a lo previsto en las cláusulas del contrato de Fideicomiso, los VDF devengan una tasa de interés fija (Intereses Fijos) y un rendimiento variable determinado en función del remanente que surja una vez cancelada la totalidad del capital correspondiente a los VDF junto a los Intereses Fijos.

En nuestro entendimiento, la retribución de los VDF es deducible de conformidad con las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias, artículo 81, inciso a) tanto respecto a los que devengan intereses fijos como variables, criterio éste que es conteste con la interpretación emergente de los Dictámenes emitidos por AFJP (DAL) N° 81/2002 y (DAT) N° 98/2001, los que si bien versan sobre cuestiones de hecho diferentes al negocio analizado, conforman antecedentes válidos en cuanto a los criterios técnicos que dieron sustento técnico-jurídico a las opiniones plasmadas por el Organismo Fiscal.

a.2) Impuesto al Valor Agregado

Los agrupamientos no societarios y otros entes individuales o colectivos se encuentran incluidos dentro de la definición de sujeto pasivo del segundo párrafo del artículo 4° de la Ley del impuesto al Valor Agregado que emerge de la citada disposición legal en la medida que realicen operaciones gravadas. Debido al alcance amplio de la descripción de sujetos pasivos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, los fideicomisos quedan encuadrados en dicha normativa. En consecuencia, en la medida en que el fideicomiso realice algún hecho imponible, deberá tributar el Impuesto al Valor Agregado sobre tales operaciones, salvo que proceda la aplicación de una exención.

Actualmente la alícuota general del gravamen es del 21%. Asimismo, la ley del Impuesto al Valor Agregado en su artículo 28°, prevé una alícuota reducida del 10,5% para, entre otras, las siguientes actividades:

- Los trabajos realizados directamente o a través de terceros sobre inmueble ajeno destinados a vivienda.

Por otra parte, la adquisición de bienes, locación o prestación de servicios que contrate el Fideicomiso (o el Fiduciario como administrador) estarán sujetas al gravamen a las alícuotas indicadas precedentemente, sumas que serán facturadas y trasladadas a través de la factura o documento equivalente que emita el vendedor, locador o prestador al Fideicomiso, correspondiendo el cómputo por parte de este último del crédito fiscal respectivo.

a.3) Impuesto sobre los créditos y Débitos en Cuentas Bancarias (Ley N° 25.413)

La ley 25.413 y su modificatoria estableció el Impuesto sobre los Débitos y Créditos en cuentas bancarias y otras operaciones, cuya alícuota vigente es del 0,6%. Se encuentran dentro del objeto del impuesto los débitos y créditos, de cualquier naturaleza, efectuados en cuentas abiertas en las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, con excepción de los expresamente excluidos por la ley y la reglamentación.

Por su parte, el Decreto (PEN) 534/2004 dispuso el cómputo de los importes ingresados por cuenta propia o, en su caso, liquidados o percibidos por el respectivo agente de percepción del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operaciones, originados por los créditos y hasta un 34% del monto abonado como crédito de impuesto computables contra los importes determinados como impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta, y o sus respectivos anticipos.

Dicho cómputo podrá efectuarse, en el caso del presente Fideicomiso como pago a cuenta de los anticipos y saldos de declaración jurada del impuesto a las ganancias, únicamente, dado que el fideicomiso no es sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta.

a.4) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

Los fideicomisos financieros no son sujetos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta en virtud de lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 2° de la ley del gravamen

a.5) Impuesto sobre los Bienes Personales

En virtud de que los fideicomisos financieros no son sujetos del Impuesto sobre los Bienes Personales, el fiduciario no será responsable por el ingreso del gravamen correspondiente a los activos fideicomitidos.

b) Impuestos aplicables a los inversores

b.1) Impuesto a las Ganancias

b.1.a) Intereses de VDF

De acuerdo a lo previsto por el artículo 83, inciso b) de la Ley N° 24.441, los intereses de los títulos de deuda emitidos por el fiduciario respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos están exentos del impuesto a las ganancias siempre y cuando los mismos sean colocados por oferta pública (el “Requisito de la Oferta Pública”).

Sin perjuicio de lo expuesto la exención no alcanza a los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y sus modificaciones) quienes están sujetos a la regla del ajuste por inflación impositivo (“Empresas Argentinas”).

Estos sujetos son, entre otros, las sociedades anónimas; las sociedades en comandita por acciones en la parte que corresponde a los Socios comanditarios; las sociedades de responsabilidad limitada; las sociedades en comandita simple y la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones; las asociaciones civiles y fundaciones; las entidades y organismos a que se refiere el artículo de la Ley 22.016; los fideicomisos constituidos conforme a las disposiciones de la Ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepción que no es aplicable en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea beneficiario del exterior; los fondos comunes de inversión no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1 de la ley 24.083; toda otra clase de sociedades o empresas unipersonales constituidas en el país; los comisionistas, rematadores, consignatarios y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría del Impuesto.

Con lo cual, se concluye que la exención alcanzaría a personas físicas, a sujetos beneficiarios del exterior y a otros entes exentos del impuesto a las ganancias. En tal sentido, en el caso de los Valores de Deuda Fiduciaria (VDF) adquiridos por Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) para el patrimonio del fondo de jubilaciones y pensiones, la renta proveniente de dichos Títulos no generaría consecuencias en el Impuesto a las Ganancias para el citado fondo en virtud de lo dispuesto por los artículos 82 y 114 de la Ley N° 24.241. Lo mismo cabe decir de los

VDF que adquieran fondos comunes de inversión cuyo haber esté compuesto por activos financieros (Ley 24.983, artículo 1º, Primer Párrafo).

b.1.b) Utilidades de Certificados de Participación

De acuerdo a lo establecido por los artículos 46 y 64 de la Ley del Impuesto a las Ganancias las utilidades provenientes de los certificados de participación no serán computables por sus beneficiarios para la determinación de su ganancia neta.

Sin embargo, las utilidades distribuidas por los fideicomisos financieros a través de sus certificados de participación se encuentran sujetas a una retención del 35% ("Impuesto de igualación") sobre el excedente de la utilidad impositiva del fideicomiso acumulada a la fecha de distribución de utilidades (y ajustada en más en el importe del impuesto a las ganancias determinado en los citados períodos por el fideicomiso).

b.1.c) Venta o disposición

Los resultados provenientes de la compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición de los Títulos, así como de la actualización y/o ajuste de capital, están exentos del impuesto a las Ganancias, excepto respecto de Empresas Argentinas, siempre y cuando los títulos valores sean colocados por oferta pública. Cuando se tratara de beneficiarios del exterior comprendidos en el Título V de la Ley del Impuesto a las Ganancias, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 ni en el artículo 106 de la Ley N° 11.683 (t.o. 1998 y sus modificatorias) en cuanto subordinan los efectos de exenciones o desgravaciones totales o parciales del impuesto a las Ganancias en la medida en que ello pudiera resultar una transferencia de ingresos a fiscos extranjeros.

De conformidad con lo establecido por el artículo 78 del Decreto (PEN) 2.284/91, ratificado por Ley N° 24.307, no se aplicará el Impuesto a las Ganancias a los resultados provenientes de la disposición de los títulos valores, aún cuando los títulos valores no sean colocados por oferta pública, si los inversores revisten la condición de beneficiarios del exterior (en general, se trata de los no residentes).

Las ganancias resultantes de la venta u otra disposición de los Títulos de Deuda y Certificados de Participación por parte de personas físicas o sucesiones indivisas residentes en el país se encuentran excluidas de objeto del impuesto a las

Ganancias en la República Argentina (cfr. Artículo 2°, apartado 1 de la Ley del impuesto a las Ganancias).

b.2) Impuesto al Valor Agregado

Conforme lo prescripto por el artículo 83 inc. a) de la Ley N° 24.441 las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación de los Títulos como así también las correspondientes a sus garantías, están exentas del impuesto al Valor Agregado siempre y cuando los títulos cumplan con el Requisito de la Oferta Pública.

Asimismo, la venta u otra forma de disposición de los Títulos de Deuda y Certificados de Participación se encuentra exenta del Impuesto al Valor Agregado (cfr. Artículo 7°, inciso b) LIVA).

b.3) Impuesto sobre los Bienes Personales

De conformidad con el impuesto sobre los Bienes Personales las personas físicas y las sucesiones indivisas domiciliadas o radicadas en la Argentina, cuyos bienes personales excedan en total la suma de \$ 305.000 se encuentran sujetas al Impuesto sobre los Bienes Personales argentino. El impuesto sobre los Bienes Personales grava la tenencia de Títulos a una tasa del 0,5% sobre el valor excedente de \$ 305.300.

El artículo 13 del Decreto (PEN) 780/95 establece para el caso de fideicomisos financieros que las personas físicas y sucesiones indivisas titulares de los Títulos deberán computar los mismos para la determinación del Impuesto sobre los Bienes Personales.

En cuanto a los Títulos cuya titularidad corresponda a personas físicas o sucesiones indivisas domiciliadas o, en su caso radicadas en el exterior, será de aplicación el Régimen de Responsables Sustitutos previsto en el artículo 26 de la Ley de Bienes Personales, según el cual toda persona de existencia visible o ideal que tenga el dominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda de los citados títulos deberá ingresar con carácter de pago único y definitivo el 0,75% del valor de los mismos al 31 de diciembre de cada año, sin

computar el mínimo exento. Sin embargo, no corresponderá el ingreso del gravamen si el monto a ingresar resultare menor a \$ 255.75.

Las sociedades, empresas, establecimientos, etc., radicadas o ubicadas en la Argentina o el exterior posean o no un establecimiento permanente en la Argentina, no estarán sujetas al Impuesto sobre los Bienes Personales respecto de sus tenencias por cualquier título de los Títulos.

b.4) Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta

Las sociedades domiciliadas en el país, las asociaciones civiles y fundaciones domiciliadas en el país, las empresas o explotaciones unipersonales ubicadas en el país pertenecientes a personas domiciliadas en el mismo, las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1° de la Ley 22.016, las personas físicas y sucesiones indivisas titulares de inmuebles rurales en relación a dichos inmuebles, los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley 24.441 excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley, los fondos comunes de inversión constituidos en el país no comprendidos en el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 24.083 y sus modificaciones, y los establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país para el desarrollo de actividades en el país pertenecientes a sujetos del exterior, son sujetos del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, debiendo tributar el 1% de sus activos valuados de acuerdo con las estipulaciones de la ley de creación del tributo.

Se encuentran exentos, entre otros activos. (i) los certificados de participación y los títulos representativos de deuda de fideicomisos financieros, en la proporción atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario, y (ii) los bienes del activo gravados en el país cuyo valor en conjunto, determinado de acuerdo con las normas de la ley del gravamen, sea igual o inferior a \$ 200.000. Cuando existan activos gravados en el exterior dicha suma se incrementará en el importe que resulte de aplicarle a la misma el porcentaje que represente el activo gravado en el exterior, respecto del activo gravado total. Cuando el valor de los bienes supere la mencionada suma o la que se calcule de acuerdo con lo dispuesto precedentemente, según corresponda, quedará sujeto al gravamen la totalidad del activo gravado del sujeto pasivo del tributo.

El impuesto a las ganancias determinado para el mismo ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen, podrá computarse como pago a cuenta del impuesto de esta ley.

Si del cómputo previsto en los párrafos anteriores surgiere un excedente no absorbido, el mismo no generará saldo a favor del contribuyente en este impuesto, 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 impuesto a la ganancia mínima presunta, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los diez ejercicios inmediatos siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta la concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente.

b.5) Impuesto sobre los Débitos y Créditos en cuentas bancarias y otras operaciones

La Ley 25.413 (B.O 26/03/2001) denominada Ley de Competitividad estableció el Impuesto sobre los Débitos y Créditos en cuentas bancarias y otras operaciones. Se encuentran dentro del objeto del impuesto los débitos y créditos, de cualquier naturaleza, efectuados en cuentas abiertas en las entidades comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, con excepción de los expresamente excluidos por la ley y la reglamentación.

Los pagos de intereses y rendimientos de los Valores Fiduciarios así como la compra, transferencia u otros movimientos efectuados a través de cuentas corrientes estarían alcanzados por el impuesto a la alícuota general 0,6 % por cada débito y crédito.

Sin embargo, el Decreto (PEN) 534/2004 dispuso el cómputo de los importes ingresados por cuenta propia o, en su caso, liquidados o percibidos por el respectivo agente de percepción del impuesto sobre los créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operaciones, originados en créditos bancarios y en un 34% del monto abonado, como crédito de los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta y/o sus respectivos anticipos.

El crédito de impuesto -acumulado hasta el último día del mes inmediato anterior al del vencimiento para la presentación de la declaración jurada correspondiente-, no imputado contra los anticipos de los impuestos a las ganancias y/o a la ganancia mínima presunta, podrá computarse en la respectiva declaración jurada anual y, en su caso, el remanente sólo podrá trasladarse hasta su agotamiento a otros ejercicios fiscales posteriores de los mencionados impuestos.

Anexo II

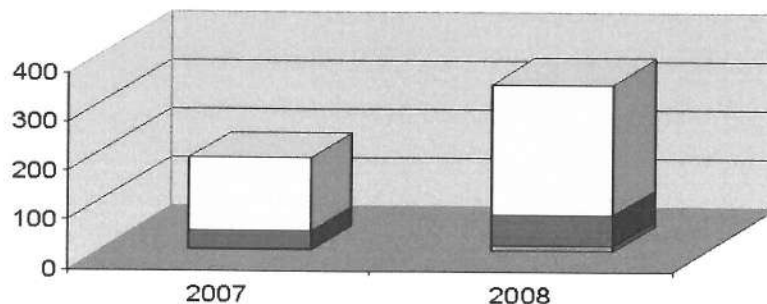
PowerPoint de presentación para la defensa del trabajo



Fideicomisos – Números preliminares

- El monto colocado de FF's para el periodo Ene-Jul 08 arroja un valor de U\$S 1.777 MM, una variación positiva del 33% con respecto al año pasado. Comparando Julio 08 contra Julio 07, la variación es del 81%
- En el 2007 se efectuaron un total de 244 emisiones de Fideicomisos Financieros por un total de U\$S 2.751 MM (+15%; +U\$S 353 M respecto el 2006 donde se registraron 201 emisiones).
- Los FFs. vinculados principalmente al financiamiento de la actividad agropecuaria han registrado en el 2007 un incremento del 64% (+ U\$S 62 MM) respecto de 2006

Montos colocados FF - Act subyacente (U\$S MM)



■ Vinc. A la actividad agropecuaria ■ Tarjetas de credito
□ Cred. Personales y de consumo

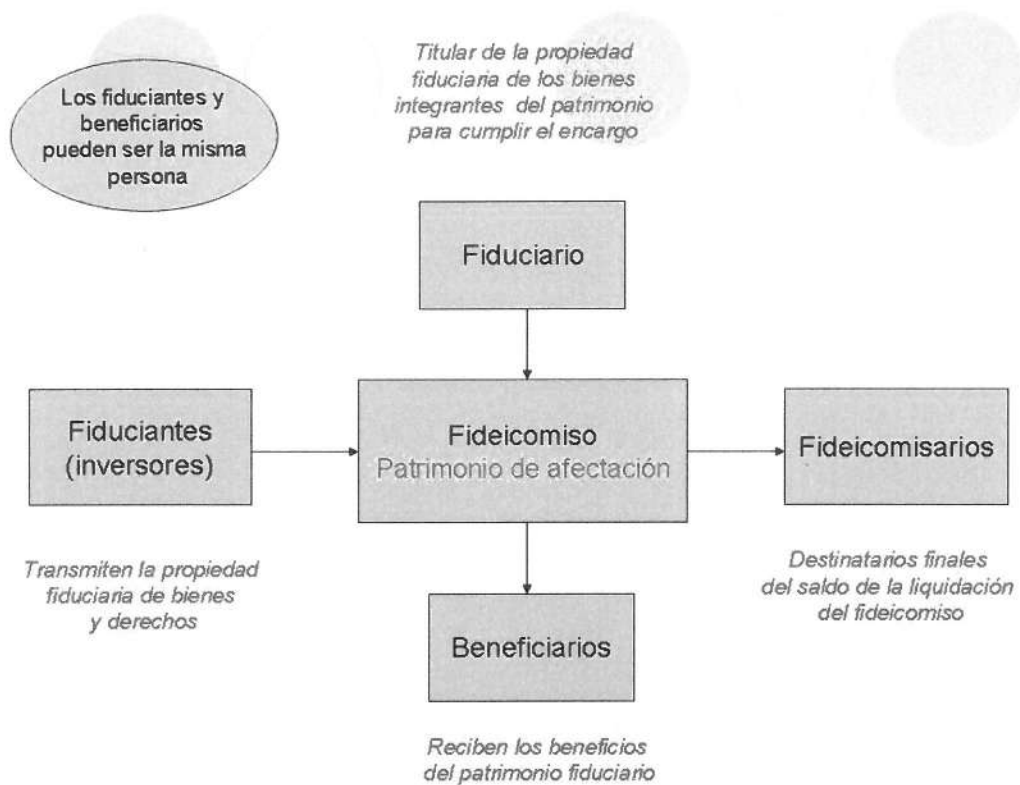
Noción de Fideicomiso

El contrato de Fideicomiso es aquel por el cual:

- Una o varias personas (fiduciantes)
- Transmiten la propiedad (fiduciaria) de bienes determinados a otra (fiduciario)
- Para que se cumpla con tales bienes SOLO la finalidad que le definen y SOLO en beneficio de quienes le designan (beneficiarios)
- A la finalización del contrato se transmite en propiedad plena los bienes existentes en ese momento a esas mismas personas y/o a terceros (fideicomisarios)

13 años de Fideicomiso

- El fideicomiso tal como hoy en día se conoce fue creado en la Argentina por la ley nacional 24.441 (publicada en el Boletín Oficial Nacional el 16/01/95)
- Con anterioridad sólo existía el art. 2662 Código Civil que no creaba un patrimonio separado (modificado por Ley 24.441)
- A nivel latinoamericano se puede apreciar que el fideicomiso se va difundiendo de norte a sur: el primer país en tener una ley de fideicomiso utilizada en la práctica y que marcó el modelo para Latinoamérica fue México y el último en sumarse fue Uruguay a fines de 2003
- A pesar de su “corta” vida, el fideicomiso ha sido muy utilizado por el sector privado y por el sector público, de 1995 a 2001 tuvo un uso muy acotado y de 2001 a la actualidad su uso se generalizó (F. de construcción, agrícolas de campaña y multicampaña, ganaderos, de arándanos, de inversión, etc.)
- Durante la crisis del 2001 la mayoría de los fideicomisos fue reestructurado en condiciones aceptables para todas las partes porque:
 - el aislamiento de los bienes facilitó la solución
 - El fiduciario resulta un adecuado mediador en la búsqueda de una solución equitativa
 - El fiduciario actúa a favor de los beneficiarios cualquiera sea su derecho (por ej. El director de una SA actúa en nombre de los accionistas y no los tenedores de deuda)



Tipos legales

- La ley define a la figura en general y solo en su art. 19 distingue a un tipo que denomina Fideicomisos Financieros
- Se acepta en la doctrina y la práctica reconocer dos tipos legales:
 - Fideicomisos Financieros
 - Fideicomisos no Financieros (denominados Fideicomisos Ordinarios)
- El FF se distingue en la ley de los que no lo son porque:
 - Beneficiarios: tenedores de Títulos Valores (con o sin oferta pública) que otorgan derecho al reintegro del valor nominal del título y el pago de un interés o sino de Certificados de Participación que otorgan derecho a participar de forma total o parcial del patrimonio fideicomitado
 - Fiduciario: no es cualquier persona física o jurídica sino una sociedad especialmente autorizada por la CNV

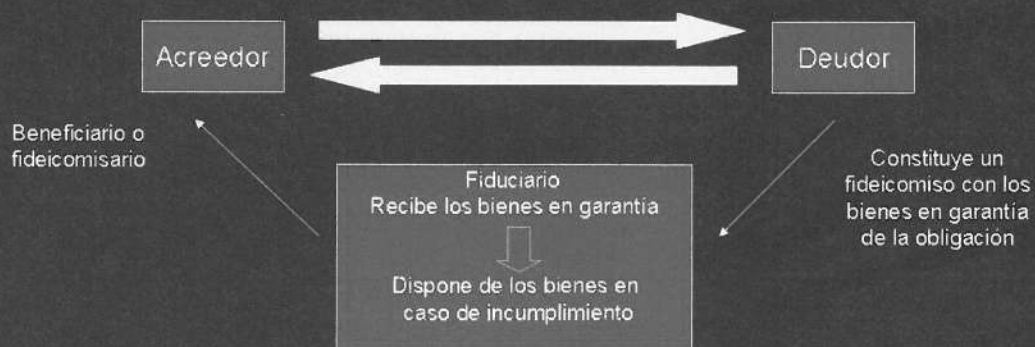
Tipos y clasificación por finalidad y objeto

■ FIDEICOMISOS

1. De garantía
2. De administración de inversiones
 1. En derechos creditorios y activos financieros en general
 2. En activos reales
 1. Solo para su administración
 2. Para el desarrollo de actividades productivas (también denominados Fondos de Inversión Directa –FIDs–)
 - Fideicomisos Inmobiliarios
 - Fideicomisos agrícolas, ganaderos, forestales, mineros, etc.

Fideicomiso de Garantía

- Con este tipo de fideicomiso lo que se hace es transferir al fiduciario bienes por medio de los cuales (o a través de su producido) se garantizará el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del fiduciante o de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero. En caso de incumplimiento se pagará a estos últimos, una vez realizados los bienes objeto del fideicomiso, el valor de la obligación contraída con el saldo insoluto de ella conforme lo previsto en el contrato. La diferencia del sistema tradicional de garantías reales es que la venta fiduciaria no es una ejecución forzada sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.



Potencialidad de la figura

- Los roles de los participantes se adjudican de acuerdo con las características del negocio fideicomitido
- Duración sujeta a la voluntad de las partes
- Capacidad para receptor relaciones financieras y económicas de distinto grado de complejidad
- Posibilidad de incluir negocios inmobiliarios de la naturaleza mas diversa
- Grados de formalidad a convenir entre las partes
- Adaptabilidad a distintos negocios y extrema flexibilidad
- Seguridad jurídica y separación absoluta de los patrimonios particulares y del aportado
- Reduce /neutraliza los riesgos económicos, jurídicos y comerciales del desarrollista.
- Permite acceder a inversores alejados del entorno del desarrollista, el cual a su vez se puede crear un nombre en el mercado con mínimos fondos propios

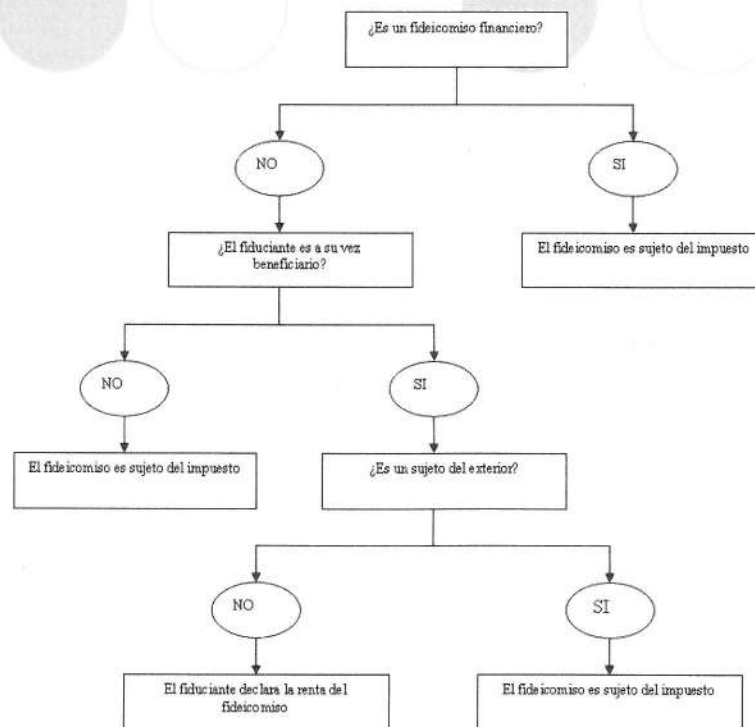
Aspectos impositivos del Fideicomiso

- Impuesto a las ganancias
- Impuesto a la ganancia mínima presunta
- Impuesto a los bienes personales
- Impuesto al valor agregado

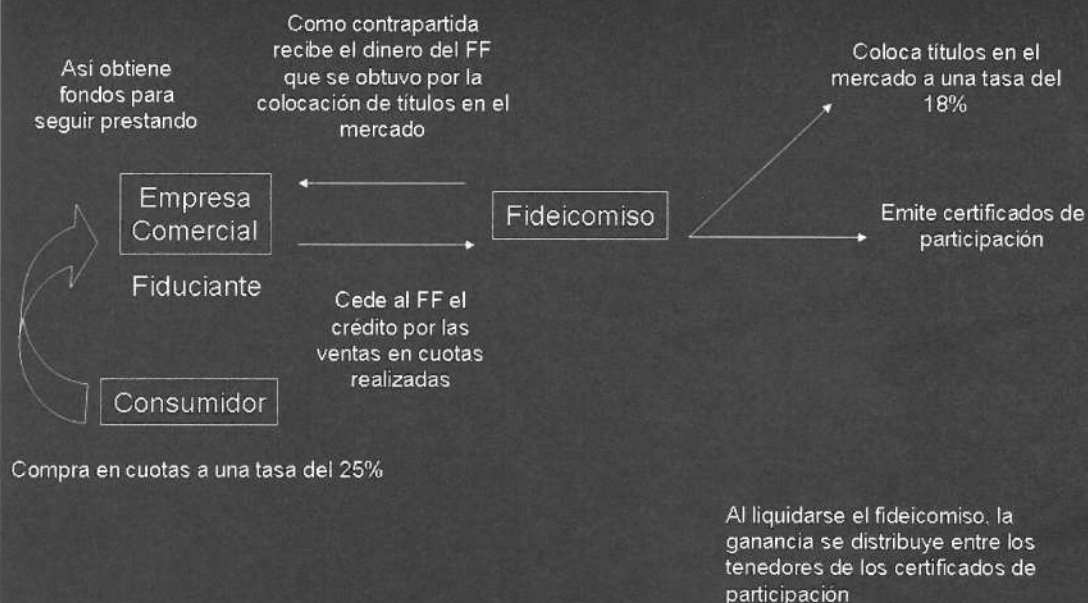
Impuesto a las ganancias

- Regla general: el fideicomiso tributa como una empresa local (gncias gravadas al 35%)
- Excepción: si el fiduciante es también beneficiario, el fideicomiso es "transparente" = Tributa el fiduciante – beneficiario (o compensa con quebrantos propios)
- En los FF pueden deducirse las utilidades de los certificados de Participación (CP) si se cumplen los requisitos previstos por el Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias (a partir del decreto 1207/2003 este beneficio solo se aplica a los FF públicos):
 - titulización de activos homogéneos (títulos valores o derechos crediticios)
 - constitución del Fideicomiso y oferta pública de valores fiduciarios (Ley 17811, Resolución CNV-AFIP 470-1738)
 - no sustitución de activos fideicomitados
 - plazo de duración debe guardar relación con el de cancelación definitiva de activos fideicomitados
 - beneficio bruto total integrado por rentas generadas por activos fideicomitados
- Los FF no tienen limitación a la deducción de los intereses

¿Fideicomisos transparentes?



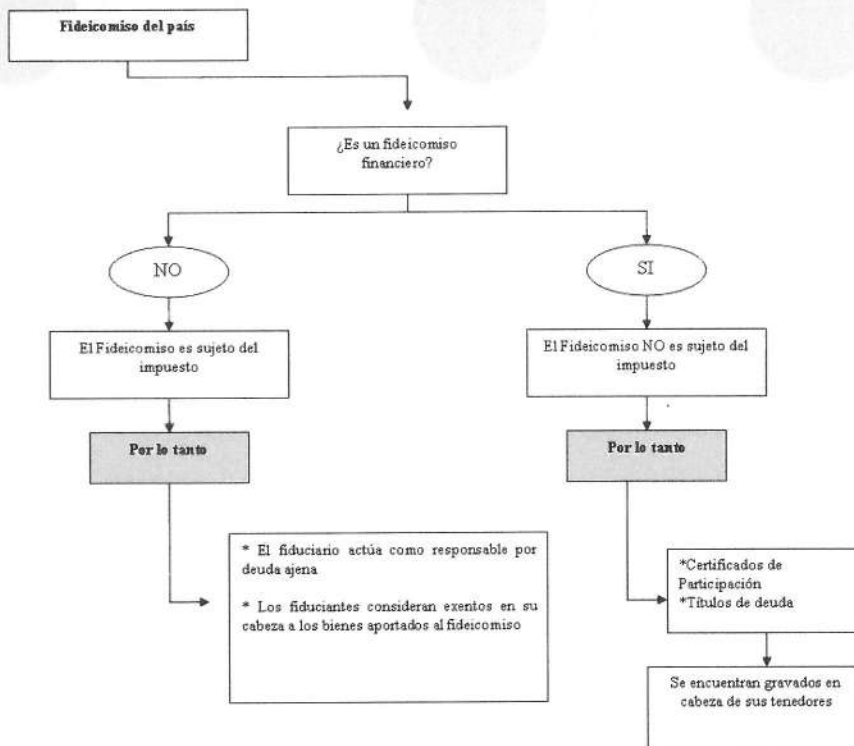
IG – FF DE CREDITO



Impuesto a la ganancia mínima presunta

- Activos del Fideicomiso gravados al 1% (es pago a cuenta de IG)
- Los FF no son sujetos del gravamen
- Según los dictámenes 17/04 y 60/05, los fideicomisos no financieros son sujetos del impuesto aun cuando no generen ingresos (ej. Fideicomisos de garantía), en estos casos el impuesto puede constituir un costo significativo.
- En los casos de fideicomiso con fiduciante-beneficiario, este podría computar el IGMP pagado por el fideicomiso (Dict. 13/06)

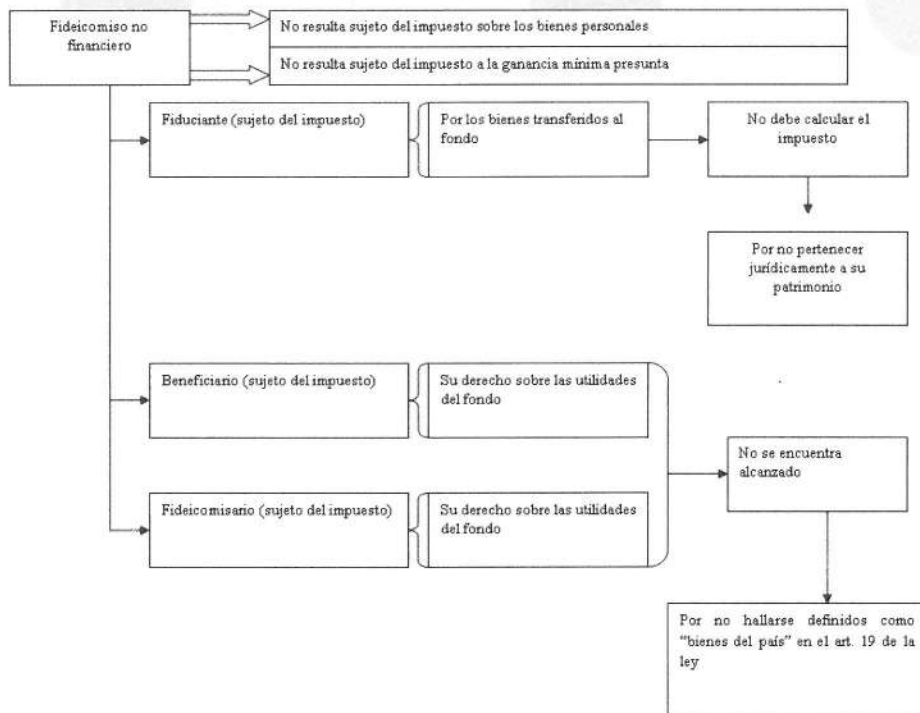
IGMP – Fideicomisos del país



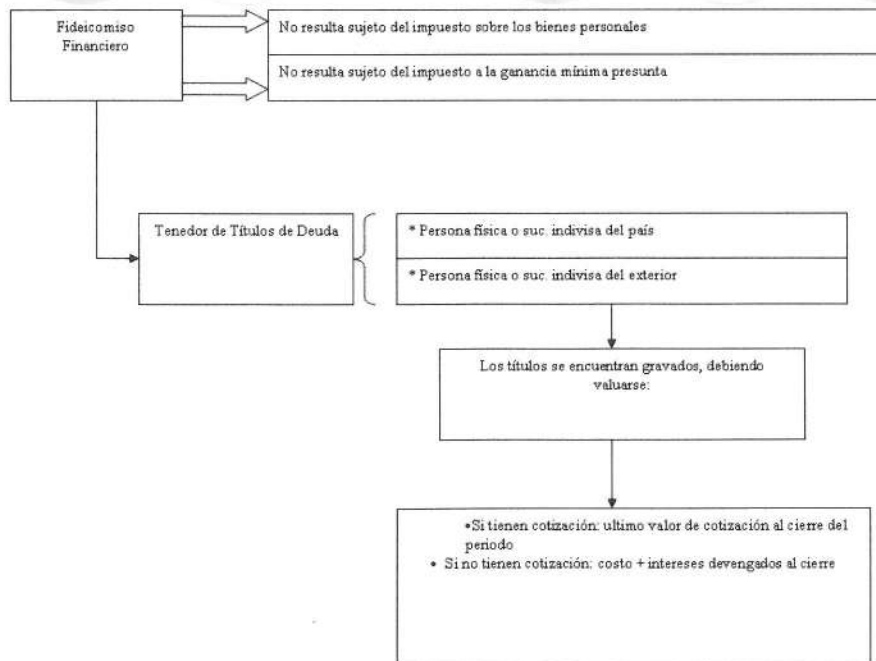
Impuesto a los bienes personales

- Al ser un impuesto que alcanza a las personas físicas y sucesiones indivisas, los fideicomisos no son sujetos del impuesto
- El fiduciante no tributa BP por los activos transferidos al fideicomiso (doctrinas encontradas)
- Los beneficiarios y fideicomisarios no deben considerar dentro de sus bienes al derecho que posean en relación con el fondo fiduciario (doctrinas encontradas)
- Los tenedores de CP o TD deben considerarlos a efectos del cálculo del impuesto al valor del mercado o al costo + intereses devengados si no tiene cotización
- El fiduciario no es responsable sustituto (Ley 25.063) por lo que la responsabilidad del ingreso sería del beneficiario.

BP – Fideicomisos ordinarios



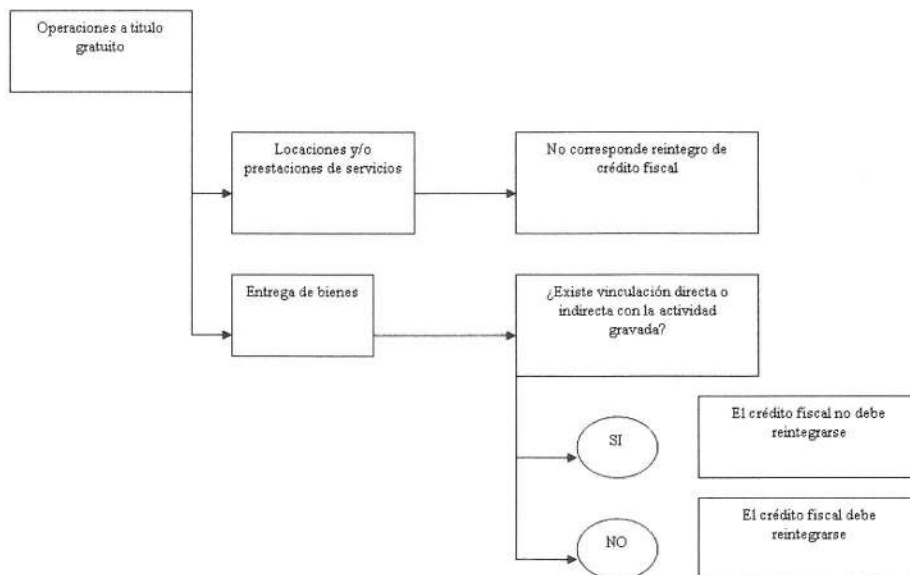
BP – Fideicomiso Financiero



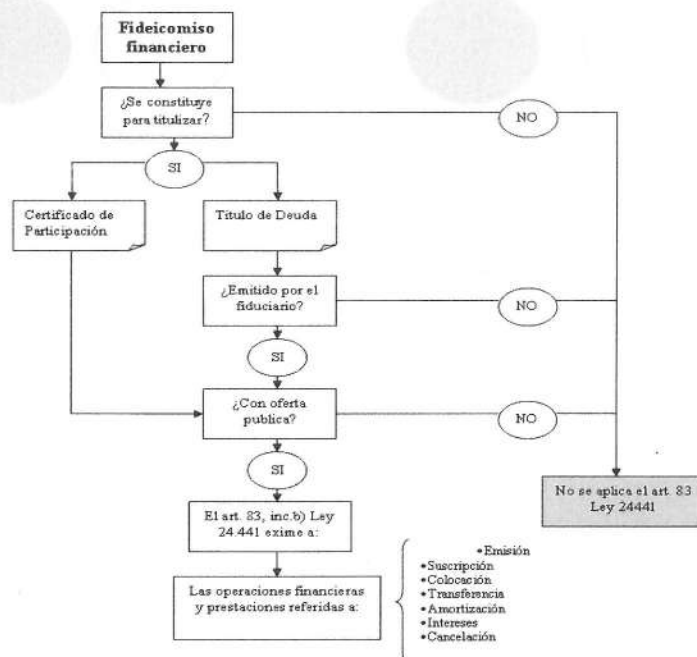
IVA

- Construcción esta gravada al 10.5% (vivienda)
- Los Fideicomisos resultan sujetos del IVA siempre que realicen actividades alcanzadas por el mismo
- El traspaso de los bienes por parte de los fiduciantes al fideicomiso estará gravado o no dependiendo de su onerosidad.
- La gravabilidad en el IVA de la transferencia de los bienes del fideicomiso a los beneficiarios dependerá de si los bs son sujetos del impuesto y de si la misma es gratuita o no (por ej. transferencia de inmuebles esta gravada, los F de garantía y los testamentarios no)
- En los FF cuando los bienes fideicomitados fuesen créditos, las transmisiones a favor del fideicomiso no constituyen operaciones gravadas
- Todo lo concerniente a la suscripción, emisión, colocación y transferencia de los títulos y certificados esta exento (siempre que haya titulización de activos, en los FID x ej no la hay y que haya oferta pública)

IVA – Devolución CF



IVA – Exención FF



Anexo III

CD con el trabajo y la presentación en PowerPoint