



GUÍA PRÁCTICA PARA PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS SOBRE FIDEICOMISOS

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

POR

ALDUNATE, EMMANUEL

CARRIN, IVÁN

JURI, RAMÓN

RÍOS, MAURICIO

DIRECTOR

PROF. VASQUEZ SOAJE, ESTEBAN

MENDOZA – 2013

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I – TRATAMIENTO JURÍDICO	5
FIDEICOMISO, LEY 24441	5
1. CONCEPTO.....	5
2. CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO	6
3. PARTES O SUJETOS DEL FIDEICOMISO	7
4. EFECTOS DEL FIDEICOMISO	9
5. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO	10
CAPÍTULO II – CLASES DE FIDEICOMISOS	11
INTRODUCCIÓN.....	11
1. MERCADO DE CAPITALES	11
2. TITULIZACIÓN DE ACTIVOS.....	13
3. FIDEICOMISO FINANCIERO	17
3.1. REGULACIÓN LEGAL	18
3.2. CONTRATO DE FIDEICOMISO FINANCIERO	20
4. FIDEICOMISO DE GARANTÍA	20
4.1. CONCEPTO.....	22
4.2. HISTORIA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA	23
4.3. FIDEICOMISO PURO Y DE PAGO.....	23
4.4. ALCANCES DE LA AFECTACIÓN	23
4.5. EL CONTRATO	24
5. FIDEICOMISO INMOBILIARIO	26
5.1. CONCEPTO.....	26
5.2. VENTAJAS.....	28
5.3. ASPECTOS CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO.....	29
CAPÍTULO III - ASPECTOS TRIBUTARIOS	31
INTRODUCCIÓN.....	31
1. IMPUESTO A LAS GANANCIAS	31
1.1. INTRODUCCIÓN.....	31
1.2. SUJETO DEL TRIBUTO.....	33
1.3. FIDEICOMISOS SUJETOS PASIVOS	35
1.4. FIDEICOMISOS QUE SOLO DETERMINAN RESULTADO.....	36
1.5. DETERMINACION DEL RESULTADO.....	38
1.5.1. APORTE DE LOS BIENES AL FIDEICOMISO.....	38
1.5.2. ALTAS Y BAJAS DURANTE LA DURACIÓN DEL CONTRATO	39
1.5.3. AMORTIZACION DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL FIDEICOMISO	40
1.6. FIN DEL FIDEICOMISO	41
1.7. FIDEICOMISO FINANCIERO	44
1.7.1. DEDUCIBILIDAD DE LAS UTILIDADES	44
1.7.2. IMPUESTO DE IGUALACION.....	46

1.7.3.	DEDUCCION DE INTERESES	46
1.7.4.	CERTIFICADOS DE PARTICIPACION Y TITULOS DE DEUDA	48
2.	IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	50
2.1.	SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO.....	50
2.2.	APORTE DE LOS BIENES REALIZADOS POR LOS FIDUCIANTES.....	54
2.3.	TRANSFERENCIAS GRATUITAS.....	54
2.4.	TRANSFERENCIAS ONEROSAS	55
2.5.	LA FINALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO	57
2.6.	CASOS PARTICULARES.....	57
2.6.1.	FIDEICOMISO DE GARANTIA	57
2.6.2.	FIDEICOMISO INMOBILIARIO	59
2.6.3.	FIDEICOMISO FINANCIERO	62
3.	IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES.....	63
4.	IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA	67
5.	IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS.....	75
1.	ASPECTOS PARTICULARES DEL CODIGO FISCAL.....	77
CAPÍTULO IV – TRATAMIENTO CONTABLE		78
INTRODUCCIÓN.....		78
1.	ESTADOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO – NECESIDAD DE SU PRESENTACION.....	80
2.	ESTADOS CONTABLES BÁSICOS A PRESENTAR E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA	80
3.	OBJETIVO DE LOS ESTADOS CONTABLES	81
4.	TRATAMIENTO CONTABLE – INFORME NÚMERO 28 DE LA COMISION DE ESTUDIOS DE CONTABILIDAD DEL CPCECABA	81
5.	NORMAS GENERALES DE EXPOSICION CONTABLE.....	84
6.	NORMAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES PARA FIDEICOMISOS	86
7.	NORMAS DEL BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA PARA FIDEICOMISOS EN CUYOS ACTIVOS SE ENCUENTREN CRÉDITOS ORIGINADOS POR ENTIDADES FINANCIERAS	86
8.	EL FIDEICOMISO Y LA LEY SOBRE ENCUBRIMIENTO Y LAVADO DE ACTIVOS DE ORIGEN DELICTIVO.....	86
CONCLUSIÓN		89
BIBLIOGRAFÍA.....		90

INTRODUCCIÓN

La profesión de Contador Público tiene diversas y muy importantes incumbencias profesionales para la vida económica del país, además el rol actual del profesional es el de asesorar íntegramente sobre la conveniencia de ciertos negocios. Algunos de estos aspectos están muy poco explorados, no encontrándose tratados o compilaciones que resuman exhaustivamente estos campos.

En nuestra experiencia diaria como estudiantes, y las que recolectamos de los profesionales, encontramos aspectos muy regulados por los organismos que los nuclean, tales como las normas de contabilidad, auditoría, etc. En estos temas el contador tiene un criterio más restringido en su actuación, pero por otra parte hay ciertos temas, como el que nos despertó interés de investigación, que no cuentan con guías de acción específicas dejando mucha incertidumbre a la hora de actuar en ese campo de acción. Es por ello que hay muy pocos especialistas en fideicomisos. Sobre estos últimos creemos que es necesario investigar y dejar criterios de actuación que ayuden a los profesionales a la hora de encarar este tipo de tareas.

Por lo tanto, con este trabajo lo que buscamos es brindar a los profesionales en ciencias económicas una guía, que les sirva de herramienta para poder ofrecer soluciones, a la hora de tener que asesorar a sus clientes al momento de realizar esta clase de negocios.

Es por ello, que consideramos que este trabajo es muy útil, dado que en el mismo se resumen las principales figuras del fideicomiso como así también los aspectos jurídicos, contables e impositivos fundamentales que hacen al desarrollo de esta figura tan trascendental en el último tiempo en nuestro país.

Por último, creemos que nuestro trabajo será muy útil para todos aquellos contadores recién egresados en la carrera y que están comenzando su vida profesional, enfrentando este tiempo de situaciones.

CAPÍTULO I – TRATAMIENTO JURÍDICO

FIDEICOMISO, LEY 24441

Cuando hablamos de fideicomiso nos remitimos inmediatamente a la ley 24.441 ya que antes de la sanción de dicha ley no se encontraba regulado. Hasta ese momento solo se contaba con el artículo 2662 del Código Civil, que hacía referencia al dominio fiduciario.

Esta ley fue sancionada el día 22 de diciembre de 1994 por el Congreso de la Nación y promulgada el 9 de enero de 1995 y su finalidad es el “Financiamiento de la Vivienda y la Construcción”, pero su contenido es múltiple. La cual está compuesta de siete capítulos tratando del fideicomiso en su primer capítulo; del fiduciario en el segundo; los efectos del fideicomiso en el tercero; del fideicomiso financiero en el cuarto; de los certificados de participación y títulos de deuda en el quinto; de la insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero en el sexto; y en el último trata de la extinción del fideicomiso.

1. CONCEPTO

El artículo 1º de la ley 24.441 dice: “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

El esquema que resulta del fideicomiso puede visualizarse como un triángulo, donde en un extremo se encuentra el fiduciante, impulsor del acto jurídico, y en el otro extremo al beneficiario, hacia quien el fiduciante proyecta los efectos del contrato. Para llevarlo a cabo, elige una persona o institución de su confianza, el fiduciario, con la cual el fiduciante trata lo relativo a los bienes que aquél tendrá que administrar y custodiar, mientras cumple las instrucciones respecto del destino de dichos bienes, éste es el segundo lado del triángulo. Y por último el fiduciario se relaciona con el beneficiario, con la obligación de cumplir aquellas instrucciones y rendirle cuentas de su cometido con lealtad. O sea que comprende los derechos del beneficiario para exigir lo que el contrato le ha asignado. Se puede decir que no hay fideicomiso sin beneficiario.

Los elementos constitutivos de esta figura son: consentimiento (está relacionado con la presión sobre el fiduciante ejercida por el fiduciario o beneficiarios, se debe actuar con libertad y

discernimiento) ; objeto (determinable o razonablemente factible de determinar); causa lícita (invalida toda cuestión contraria a la ley y al orden público) y la forma (es normal que se haga por escrito y si en su caso se necesita constituirlo por un instrumento público es conveniente hacerlo ante algún escribano).

Este contrato además cuenta con ciertas características: es consensual (porque produce efecto desde que las partes manifiestan recíprocamente su consentimiento, se debe actuar con libertad y discernimiento); bilateral (porque genera obligaciones tanto para el fiduciante que debe entregar la cosa como para el fiduciario que debe administrar y gestionar las cosas de acuerdo con las disposiciones del contrato); oneroso (el fiduciario recibe una retribución a cambio de una prestación); no formal (aunque según la naturaleza de los bienes es lógico que sea escrito mediante una escritura pública o instrumento privado, por la importancia económica que en determinadas situaciones se presentan).

Las finalidades de un fideicomiso pueden ser muy diversas ya que dependen de la voluntad del fiduciante y su relación con los beneficiarios. Es por ello que se pueden crear diversas clases de fideicomiso ya que se constituirá según las necesidades particulares de cada negocio y de las partes que intervienen.

Las claves del éxito de un fideicomiso estarán en la redacción de las cláusulas del contrato ya que no hay un solo modelo sino varios, dependiendo de las circunstancias de cada negocio en particular.

Es importante el fideicomiso ya que éste inmuniza el patrimonio fideicomitado ante posibles contingencias que le puedan ocurrir a las partes intervinientes del negocio, y también evita que terceros ajenos al mismo lo agredan; ya que solo va a responder por las deudas originadas en la ejecución o con motivos expresamente previstos en el encargo.

2. CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO¹

A. TIPOS DE FIDEICOMISO: criterios para su clasificación:

a) Según su objeto o fin: pueden ser distinguidos en dos grupos: los FIDEICOMISOS DE GARANTÍA y los FIDEICOMISOS DE GESTIÓN. Dentro de estos últimos, los más comunes son los de ADMINISTRACIÓN Y LOS DE INVERSIÓN.

b) Según su forma de otorgamiento o constitución: pueden ser UNILATERALES, CONTRACTUALES y TESTAMENTARIOS.

c) Según la calidad del fiduciante: pueden ser FIDEICOMISOS PÚBLICOS OFIDEICOMISOS PRIVADOS.

¹MARTÍN, Julián A., EIDELSTEIN, Mauricio G., y ALCHOURON, Juan María. *Fideicomisos. Aspectos jurídicos, tributarios y contables*. (Buenos Aires, Errepar S.A., 2.006), pág. 40.

d) Según se emitan valores negociables que tengan como respaldo bienes fideicomitidos o no, los fideicomisos pueden clasificarse en FIDEICOMISOS FINANCIEROS O FIDEICOMISOS ORDINARIOS.

El artículo 4 nos dice: “El contrato también deberá contener:

a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;

b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;

c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;

d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;

e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

En primer término se nombra a los bienes ya que no hay fideicomiso sin bienes. Y mientras no se produzca ninguna modificación en cuanto a los beneficiarios, el fiduciante está habilitado para incrementar la cantidad de bienes del fideicomiso y el fiduciario no tendría por qué oponerse o rehusarse a recibir los bienes. Por el contrario si durante la duración del contrato empezarán a escasear los recursos afectando el normal desempeño o cumplimiento de la gestión, es el fiduciario quien debe tomar la iniciativa para conseguir refuerzos.²

3. PARTES O SUJETOS DEL FIDEICOMISO³

- Fiduciante o fideicomitente o constituyente o cedente: es quien transmite los bienes fideicomitidos y estipula las condiciones del contrato. Puede ser una o varias personas físicas o jurídicas.

- Fiduciario o fideicomitado: es la persona física o jurídica que administrará los bienes fideicomitidos, es decir los derechos o cosas físicas que el fiduciante transmite o cede en propiedad fiduciaria al fideicomiso.

La ley 24.441 trata la figura del fiduciario desde el artículo 5 al 10 inclusive. Nos dice que puede ser cualquier persona física o jurídica, aclarando que solo podrán ofrecerse al público para

²ZANNONI, Eduardo y Otros. *Código Civil y Leyes complementarias comentado, anotado y concordado de la república argentina, 1ª. reimpresión.* (Buenos Aires, Astrea, 2010), pág. 220, tomo 11.

³MOSQUEIRA, Miguel Ángel. *Fideicomiso financiero: una alternativa de financiamiento no tradicional, argentina 2001-2008.* (Mar del Plata, Tesis de Grado Universidad Nacional de Mar del Plata Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, 2009), pág. 15.

actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autorice la Comisión Nacional de Valores.

Este deberá actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios o deberá cumplir las obligaciones que la ley impone. Además en todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año. Los beneficiarios pueden pedir la rendición.

Salvo pacto en contrario, el fiduciario tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si esta no fuera fijada, la fijará el juez teniendo en cuenta la tarea encomendada y las obligaciones a cumplir.

Según el artículo 9 de la ley 24.441: El fiduciario cesará como tal por:

a) Remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones, a instancia del fiduciante; o a pedido del beneficiario con citación del fiduciante;

b) Por muerte o incapacidad judicialmente declarada si fuera una persona física;

c) Por disolución si fuere una persona jurídica;

d) Por quiebra o liquidación;

e) Por renuncia si en el contrato se hubiese autorizado expresamente esta causa. La renuncia tendrá efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto.

Cuando se produzca una causa de cesación, el fiduciario será reemplazado por el sustituto de acuerdo al contrato o se seguirán los procedimientos impuestos en él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará a una de las entidades autorizadas. Inmediatamente los bienes fideicomitados serán transferidos al nuevo fiduciario.

- Beneficiario: es quien recibe los beneficios de la administración fiduciaria. Podrá ser el fiduciante y/o terceras personas.

El artículo 2 de la ley 24.441 nos dice: “El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte.

Si ningún beneficiario aceptare, todos renunciaren o no llegaren a existir, se entenderá que el beneficiario es el fideicomisario. Si tampoco el fideicomisario llegara a existir, renunciare o no aceptare, el beneficiario será el fiduciante.

El derecho del beneficiario puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del fiduciante”.

Aunque en varias disposiciones se hace referencia al beneficiario en singular, se entiende que pueden ser varios.

- Fideicomisario: es la persona que recibe los bienes una vez cumplido el plazo o condición dispuesta en el contrato, es el destinatario final. En la mayoría de los casos fideicomisario y beneficiario suelen ser la misma persona.

4. EFECTOS DEL FIDEICOMISO

El artículo 11 de la ley 24.441 nos dice: “Sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas.

Además continua diciendo en los artículos siguientes que “el carácter fiduciario del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”, pero en dicho artículo no especifica las formalidades, las cuales se pueden referir a las condiciones particulares de cada bien según se trate de bienes registrables o no.

Además se establece que cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Seguidamente dice que si se pacta por contrato que el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismo, se deberá dejar constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros adecuados.

Una de las características más salientes se presenta en el artículo 14 de la ley que establece que los bienes fideicomitidos forman un patrimonio separado tanto del fiduciario, del fiduciante como inclusive de las partes que intervienen en el contrato como pueden ser el beneficiario o fideicomisario.

Otro aspecto importante es nombrado en el artículo 15 donde nos deja en claro que “Los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del beneficiario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”. Este es un artículo de suma importancia ya que protege al patrimonio fideicomitado de la eventual acción de los acreedores de las partes del contrato (tanto del fiduciario, fiduciante, beneficiario u otras partes) incluso en caso de concurso preventivo, quiebra o incapacidad de alguno de ellos. O sea que el patrimonio fideicomitado solo responderá por las deudas contraídas por el fiduciario dentro de sus facultades y por las cargas propias de dichos bienes.

Por último en lo que hace a los efectos del fideicomiso podemos decir que el fiduciario tiene derecho a gravar o disponer de los bienes fideicomitidos cuando se plantee la insuficiencia de bienes para atender las obligaciones contraídas durante la ejecución del fideicomiso, ya que en ningún momento los bienes del fiduciario responderán por dichas obligaciones. Si no se hubiere pactado lo contrario, el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos sin el consentimiento del fiduciante o beneficiario cuando lo estime conveniente. Como así también se encuentra legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, cuando éste no lo hiciese sin motivo suficiente, el juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario para ejercer dichas acciones.

5. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

El artículo 25 de la ley 24.441 nos dice que el fideicomiso se extinguirá por:

- a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal;
- 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.

En cuanto a esto podemos decir que la revocación no invalida ni afecta los actos que el fiduciario haya realizado conforme al contrato hasta el momento en que el fiduciante lo deja sin efecto. Otra causa que lo puede extinguir sería la liquidación anticipada del fideicomiso por insuficiencia de recursos para llevarlo adelante.

Y haciendo alusión al artículo 26, una vez producida la extinción, el fiduciario deberá entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.

Se trata de aquellos bienes que hayan subsistido durante el proceso después de haber cumplido con las mandas a favor de los beneficiarios, pagado las deudas e impuestos correspondientes, cobra su propia retribución y reserva el dinero que sea necesario para cubrir los gastos de transferencia del remanente al fideicomisario o sus sucesores.

CAPÍTULO II – CLASES DE FIDEICOMISOS

INTRODUCCIÓN

En este capítulo intentaremos dar un pantallazo de los aspectos generales, legales, usos, términos contractuales, etc. de los distintos tipos de fideicomisos que más se le pueden presentar en la práctica habitual a los contadores. Estos son, a nuestro entender, el fideicomiso financiero, el fideicomiso de garantía y el fideicomiso inmobiliario. Vale aclarar que estos no son los únicos que existen ya que hay otros menos usados como el fideicomiso de administración o de inversión, fideicomiso traslativo de la propiedad, fideicomiso testamentario, fideicomiso público y otros.

1. MERCADO DE CAPITALS

Para comenzar a hablar de la figura del fideicomiso financiero es menester entender primero como funciona el mercado de capitales porque es en éste donde operan este tipo de fideicomisos.

Como dice el doctor Osvaldo H Soler⁴ en su trabajo, el mercado de valores o capitales se define primero como un vehículo financiero que permite hacerse de capitales o medios de financiación a un plazo mediano o largo.

Para entender el rol del mercado de capitales nos remitimos a la guía para inversores y empresas que emitió la CNV⁵ en la cual resumidamente nos dice que el mercado de capitales permite generar un mecanismo directo de asignación del ahorro a la inversión, conectando al ahorrista que tenga excedente de capital con aquellos que necesitan financiarse para efectuar sus inversiones. De esta forma, aquel que invierta su dinero en la compra de un instrumento financiero como una acción o un bono, está financiando directamente a la empresa, cuando se trata de una negociación en el mercado primario.

Esta función básica del mercado de capitales permite que las empresas puedan financiarse a costos competitivos, y que los inversores puedan participar dentro de un mercado transparente, que les permita realizar inversiones contando con información disponible periódica.

⁴ SOLER, Osvaldo y otros. *Fideicomiso. Sus aspectos jurídicos y tributarios*, (rescatado de <http://www.soler.com.ar/especiales/fideicomiso.htm>, 2000).

⁵ COMISION NACIONAL DE VALORES. *Guía para inversores y empresas*, (rescatado de <http://www.cnv.gob.ar/guia2010/guiaInformativaInversoresYEmpresas2010.pdf>

De esta manera, en el mercado de capitales las empresas y los inversores pueden encontrar distintas alternativas de financiación y de inversión, pudiendo estructurarlas de acuerdo a sus necesidades.

Para que el mercado de capitales pueda articular el mecanismo directo de asignación del ahorro a la inversión, es necesario contar con determinadas instituciones que permitan instrumentarlo.

En el mercado de capitales, participan las siguientes entidades:

Entidades Autorreguladas (Bolsas de Comercio, Mercados de Valores, Mercados de Futuros y Opciones, y Mercado Extrabursátil), Caja de Valores y Cámaras de Compensación de Mercados de Futuros y Opciones.

El Mercado de Valores es el lugar donde se produce la concertación, registración y liquidación de operaciones realizadas con valores negociables que tengan oferta pública y que se negocien en las Bolsas de Comercio.

Debe constituirse bajo la forma de una sociedad anónima y solicitar autorización al Poder Ejecutivo por intermedio de la CNV. Posteriormente a su autorización, el mercado de valores queda sujeto a la fiscalización y control de la CNV.

Las Bolsas de Comercio son entidades que autorizan la cotización de los títulos que emiten las empresas (acciones, obligaciones negociables, etc.). No obstante, para poder cotizar primero deben contar con la autorización de Oferta Pública de la Comisión Nacional de Valores (CNV).

Existen Bolsas de Comercio con Mercados de Valores adheridos y Bolsas de Comercio sin mercado de Valores adheridos.

En el caso de las Bolsas de Comercio con Mercados de Valores cuyos estatutos prevén la cotización de títulos emitidos por las empresas, están facultadas para: autorizar, suspender y cancelar la cotización de los títulos que se negocien en los mercados de valores adheridas a ellas.

En el caso de las Bolsas de Comercio sin Mercado de Valores adheridos cuyos estatutos prevén la cotización de valores negociables, pueden: intervenir en la colocación de valores negociables, recibir órdenes de comitentes sobre valores negociables con oferta pública en el país, a los efectos de cursarlas -por los medios de comunicación pertinentes- a los agentes de bolsa registrados en los mercados de valores donde coticen los valores negociables o a los agentes inscriptos en otras entidades autorreguladas según corresponda.

En el marco de lo expuesto precedentemente, una Bolsa de Comercio sin Mercado de Valores adherido es asimilable a la figura de un intermediario.

La Comisión Nacional de Valores (CNV) es una entidad autárquica con jurisdicción en toda la República creada por la Ley N° 17.811 cuyo objeto principal es otorgar la autorización de la oferta pública de los valores que emiten las empresas. Se encarga de regular, fiscalizar y controlar a todos los participantes del mercado de capitales. En su accionar persigue la protección de los derechos del

inversor, vela por la transparencia de los mercados de valores y garantiza la correcta formación de precios en los mismos.

De esta manera, el accionar de la CNV se proyecta sobre las sociedades que emiten valores para ser colocados de forma pública, sobre los mercados donde se negocian y sobre los intermediarios que actúan en dichos mercados.

La acción de la CNV también se proyecta sobre la oferta pública de contratos a término, de futuros y opciones, sobre sus mercados y cámaras de compensación, y sobre sus intermediarios.

2. TITULIZACIÓN DE ACTIVOS⁶

La titulización de activos es el procedimiento por el cual determinados activos ilíquidos - reales o financieros- son transformados en activos financieros líquidos para su negociación en el mercado de capitales, bajo la forma de valores negociables. Es una nueva vía frente a las dos alternativas tradicionales para el financiamiento de la empresa:

- financiación de capital (acciones),
- emisión de obligaciones negociables.

Esta 3ª vía consiste, básicamente, en financiarse mediante la enajenación de derechos de cobro, incorporados en valores mobiliarios que se colocan en el mercado en forma pública o privada.

El procedimiento implica agrupar determinados activos o derechos de cobro, presentes o futuros, según ciertas condiciones de homogeneidad, que se transfieren a un patrimonio separado (el denominado vehículo), sobre el cual se adquieren fondos del mercado mediante la emisión de valores mobiliarios que dan un derecho de participación o de crédito sobre esos activos.

Desde el punto de vista económico, es una forma de acelerar el ciclo del flujo de distintos negocios, obteniéndose recursos líquidos a través del proceso descrito.

Las finalidades principales de la titulización son:

Obtener recursos mediante la venta de derechos de cobro -venta de cartera- Esquema más puro de titulización.

Obtener financiación mediante la emisión de deuda con garantía limitada a derechos de cobro que son separados del patrimonio del tomador; los valores de deuda que se emiten tienen como única fuente de pago los activos titulizados.

Encarar un negocio de inversión colectiva bajo una forma jurídica distinta del contrato de sociedad.

Los activos utilizables para llevar a cabo este procedimiento pueden ser reales o financieros

Activos reales: inmuebles, recursos agrícolas y forestales, ganado, participaciones en proyectos de inversión, etc.

⁶ MONDOTTE, Norberto, *Titulización de Créditos*. (Cátedra de Contabilidad Avanzada. Universidad Nacional de Cuyo, Delegación San Rafael, Mendoza, 2011).

Activos financieros: derechos de cobro en general y valores negociables.

Los derechos de cobro comprenden:

- derechos creditorios (mutuos, diferimiento del pago del precio de mercaderías o servicios, alquileres, leasing, etc.).

- derechos de cobro que no consisten en créditos (peajes de obras públicas, entradas a espectáculos públicos, ventas al contado, etc.).

El punto central de la titulización es la afectación especial de los activos que respaldan el pago de los valores colocados entre los inversores, que deben ser separados tanto del patrimonio de la empresa que los genera como de la entidad que lleva a cabo la titulización. La titulización no puede tener lugar si no existe una herramienta legal que permita formar con los activos titulizados un patrimonio separado: “el vehículo”.

Existen tres tipos de vehículos para la titulización:

- . a) Sociedades de objeto específico
- . b) Fondos comunes cerrados de inversión (Ley N° 24.083)
- . c) Fideicomiso financiero (Ley N° 24.441)

La elección del vehículo debe efectuarse en función de un adecuado planeamiento impositivo, que involucre no sólo a aquél sino también al titulizante.

El procedimiento puede describirse básicamente en seis pasos:

1.- La empresa o entidad -pública o privada- que busca financiación (“titulizante” u “originador”) desmembrar de su patrimonio los activos a titular y los transfiere a un patrimonio separado (“vehículo”).

2.- El administrador o titular del vehículo (fiduciario, si es un fideicomiso) emite valores negociables que, en principio, tienen como única fuente de pago los activos titulizados, y los coloca entre inversores.

3.- Con el producido de la colocación de los valores negociables, se paga al titulizante el precio acordado por los activos.

4.- Para mejorar la calidad crediticia de los valores (reducir su riesgo) se suelen utilizar dos técnicas:

a) la emisión de clases diferentes con derechos específicos (subordinación), o

b) la emisión de valores por un valor nominal menor al valor de los activos titulizados (sobregarantía).

5.- Cuando se emiten distintas clases de valores con estructura subordinada, es usual que la clase subordinada total sea asignada al mismo titulizante o a sus accionistas, o a inversores sofisticados habituados a tomar riesgo.

6.- La entidad titulizante, generalmente, continúa con la administración de los activos titulizados, ya no a título de propietaria, sino como agente del fiduciario.

Los principales beneficios de la titulización de activos es la obtención de financiamiento en el mercado a costo más bajo que las alternativas tradicionales; Implica una fuente de financiamiento fuera de balance (no hay aumento de la relación deuda-patrimonio); Muestra un gran potencial para allegar recursos del mercado de capitales a bajo costo a empresas que, de otro modo, estarían imposibilitadas de acceder al mismo, sobre todo, pymes que tengan en su contabilidad cuentas a cobrar de calidad y puede ser aplicada con éxito aun en los casos de empresas en estado concursal.

Las ventajas pueden sintetizarse así:

* En la titulización de créditos o derechos de cobro:

- . Aumenta el grado de liquidez de los activos de la empresa
- . Amplía la capacidad prestable de las entidades financieras
- . Estimula el crédito de largo plazo
- . Mejora del balance (ratio deuda / capital propio)
- . Aumenta la rentabilidad (al incrementar la rotación de activos)
- . Permite emitir valores con mejor calificación que el originador
- . Reduce los costos de financiamiento

* En la titulización de otros activos:

. Permite negocios de inversión colectiva sin estructura societaria. Implica la utilización de vehículos que posibilitan canalizar inversiones de una pluralidad de sujetos bajo una forma jurídica distinta del contrato de sociedad, con una estructura más flexible y sin los problemas que puede acarrear el ejercicio del voto en las sociedades.

. Mayor libertad para hallar soluciones en caso de insuficiencia patrimonial o cesación de pagos (el patrimonio fiduciario no está sujeto a la legislación concursal).

. Ley N° 25.080 – Promoción de la forestación. Contempla la inversión en bosques naturales o implantados a través de fideicomisos financieros.

Si analizamos los riesgos, es de fundamental importancia identificar los riesgos envueltos en la transacción, por cuanto, en principio, no existe otra fuente de pago que los propios activos titulizados. Si bien los riesgos correspondientes a los activos constituyen el factor más relevante, también deben evaluarse los que se presentan respecto del administrador, del fiduciario y de otros partícipes del proceso.

El estudio de los riesgos es parte fundamental del proceso de calificación crediticia de los valores a emitir por parte de las entidades especializadas.

En la titulización de derechos de cobro nos podemos encontrar con distintos tipos de riesgo como:

Riesgo de evicción que sería la eventual existencia de vicios en la originación, instrumentación o transferencia de los créditos, que puedan determinar la inexistencia, nulidad o ineficacia de los derechos fideicomitados. Para cubrirnos de este tendremos que tomar las precauciones pertinentes al caso como pueden ser el estudio de los instrumentos y del proceso de originación y de la situación patrimonial y financiera del transmitente (duediligence), tomar seguros, refuerzos de la garantía del cedente y el sobredimensionamiento de la cartera.

Riesgo de mora, los derechos de cobro son evaluados en cuanto a su calidad y se establece cuál es el porcentaje de mora previsible sobre la base del historial de la cartera. Debe distinguirse la mora transitoria y la mora estructural, la primera generalmente puede ser renegociada surgiendo así un negocio paralelo, la segunda si implica ya posibles problemas para el cobro.

Los Factores que inciden en el nivel de mora son el Nivel socioeconómico de los deudores, las garantías de los créditos, el destino de los créditos y los factores macroeconómicos.

Para limitar este tipo de riesgo podemos realizar algunas acciones como pactar la obligación de sustitución, tomar seguros o fianzas, sobredimensionamiento de la cartera, el adelanto de fondos (mora transitoria) y la emisión de partes específicas, principales y subordinadas

Riesgo en la ejecución de créditos que implica demora y costos en la cobranza de créditos impagos cuando los mismos no pueden ser sustituidos.

Riesgo performance, este se da, sobre todo, en la titulización de créditos futuros o de derechos de cobro que no son créditos. Hay que tomar en cuenta la situación financiera, económica y patrimonial del titulizante, su desempeño histórico y perspectivas.

Riesgo de cancelación anticipada de los créditos: No siempre el fiduciario podrá recolocar los fondos obtenidos a una tasa de rendimiento igual a la que daba el crédito cancelado.

Riesgo del agente de cobro (servicer): Es usual que la gestión de cobro de los derechos titulizados sea conservada por los originantes o cedentes, porque pueden acreditar suficiente experiencia en la misma y evita tener que cambiar el lugar de pago de los deudores. Existe el riesgo que el agente de cobro no cumpla sus funciones o no lo haga correctamente (dolo o culpa, acción de sus acreedores, problemas falenciales). Es muy importante tener un administrador sustituto y fondos de garantía específicos.

En la titulización de activos reales cobra especial relevancia el riesgo performance, se trata de negocios de inversión cuyo buen funcionamiento depende de varios factores (legales, de gerenciamiento del negocio subyacente, técnicos, macro y microeconómicos); en suma, se trata básicamente del denominado riesgo de empresa. Se presentan mayormente los riesgos de evicción, mora, pre cancelación y Riesgo del administrador / operador.

3. FIDEICOMISO FINANCIERO

El fideicomiso financiero es una alternativa de financiamiento de la empresa y una opción de inversión en el mercado de capitales e integra el denominado “proceso de titulación de activos o securitización”.

Guastavino⁷ define a este comenzando por la securitización o como la hemos llamado en este trabajo titulación, él dice “La esencia de la securitización en el esquema de los fideicomisos financieros es la posibilidad de que algunas personas (fiduciantes) transmitan a otros (fiduciarios), el dominio o titularidad fiduciaria de determinados créditos, a fin de que los fiduciarios les den el destino estipulado en el contrato de fideicomiso en beneficio de los titulares de los certificados de participación (beneficiarios) emitidos por el fiduciario; dichos certificados pueden contener una participación en el fideicomiso o títulos de deuda garantizados con los bienes fideicomitados”

Los Fideicomisos Financieros se distinguen de un Fideicomiso común porque cotizan en Bolsa. Para esto debe reunir las características específicas de un Fideicomiso y se deben añadir dos notas distintivas⁸:

- Solo podrán ser fiduciario financiero una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la CNV para cumplir con dicha función.
- Los derechos de los beneficiarios están incorporados en títulos, que pueden ser Certificados de Participación y/o Valores Representativos de Deuda

La empresa que busca financiarse (el fiduciante) transfiere activos y bienes de su propiedad que pasan a integrar un patrimonio autónomo que queda bajo la propiedad fiduciaria del Fideicomiso. El Fiduciario es el encargado de administrar el Fideicomiso Financiero en beneficio de los que estén designados en el contrato (beneficiarios). En el marco del Fideicomiso Financiero podrán emitirse: Valores Representativos de Deuda y Certificados de Participación.

Estos títulos podrán ser adquiridos por los inversores que pasarán a ser los beneficiarios

La autorización para realizar oferta pública puede ser solicitada ante la Comisión Nacional de Valores (CNV) respecto de:

⁷ GUASTAVINO, Elías; FIDEICOMISOS, ‘Leasings’, *letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441*, (Editorial La Ley, 1995), pág. 1071.

⁸ COMISION NACIONAL DE VALORES, op.cit.pág. 11.

Una emisión de valores representativos de deuda o certificados de participación (Fideicomiso Financiero Individual). Un programa global para la emisión de valores representativos de deuda o certificados de participación hasta un monto máximo (Series).

En el supuesto de optarse por la creación de un programa global se deberá especificar si su monto total se irá agotando a medida que se coloquen las distintas series o si se trata de un monto máximo en circulación durante la vigencia de aquél.

Los términos y condiciones del fideicomiso financiero se instrumentan y difunden a través del prospecto, que constituye el documento básico a través del cual se realiza la oferta pública de valores fiduciarios.

En el caso de programas globales el prospecto deberá contener una descripción de las características generales de los bienes que podrán ser afectados al repago de cada serie; mientras que en el suplemento de prospecto correspondiente a cada serie se especificará una descripción particular de los bienes fideicomitados afectados al repago de dicha serie.

La denominación "Fideicomiso financiero" deberá ser utilizada en los fideicomisos que se constituyan conforme las NORMAS CNV, agregándose la designación que permita individualizarlos.

3.1. REGULACIÓN LEGAL

Para comenzar con la regulación legal podemos decir que el fideicomiso financiero está tratado por la ley 24.441 sancionada el 22 de diciembre de 1994 y promulgada el 9 de enero de 1995. Esta ley también trata otros temas como fideicomiso ,fiduciario, efectos del fideicomiso, certificados de participación y títulos de deuda, Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero, extinción del fideicomiso, contrato de leasing, letras hipotecarias, créditos hipotecarios para la vivienda, régimen especial de ejecución de hipotecas, reformas al Código Civil, modificaciones al régimen de corretaje, modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión, modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, modificaciones al Régimen Registral, modificaciones al Código Penal, modificaciones a las leyes impositivas y Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

La ley 24.441 en su artículo 19 define al fideicomiso financiero de la siguiente manera :
" 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".

Al expresar que está sujeto a las reglas precedentes nos indica que el fideicomiso financiero está englobado en lo que es la normativa del fideicomiso en general, solo que se tendrá que tener en

cuenta las características especiales que posee este como quien puede ser su fiduciario o la normativa especial dictada por la Comisión Nacional de Valores.

El fiduciario tiene que ser sí o sí una entidad financiera o una sociedad autorizada especialmente por la Comisión Nacional de Valores para dicho fin.

Nada dice en este artículo 19 sobre el fiduciante pero la Comisión Nacional de valores remedió esto mediante la Res. General 368/2001 donde agrega o da otra definición del fideicomiso financiero expresando : "Habrà 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"

Las Entidades financieras a las que se refiere del artículo 19 que pueden ser fiduciarios son aquellas que están reguladas por la ley 21.526 las que incluirían los bancos de inversión, las compañías financieras y los bancos comerciales.

Siguiendo con las resoluciones generales de la CNV la 538/2008 nos dice que "No podrán constituirse, en ninguna forma, fideicomisos por acto unilateral, entendiéndose por tales aquellos en los que coincidan las personas del fiduciante y del fiduciario, ni podrán reunirse en un único sujeto las condiciones de fiduciario y beneficiario y deberán encontrarse claramente diferenciadas las posiciones del fiduciario y del fiduciante como partes esenciales del contrato, de la que pueda corresponder a los beneficiarios". Esto no hace más que reafirmar la limitación de la 24.441.

Ahora no centraremos en los artículos 70, 71 y 72 de la 24.441 los cuales logran en definitiva que no se haga la notificación y la aceptación por acto público sino que se hace una cesión erga omnes oponible sin necesidad de notificación, lo cual se adecua al movimiento y funcionamiento del fideicomiso financiero.

El art 70 nos dice que se van a aplicar las normas de los artículos a los que nos estamos refiriendo cuando se cedan derechos como componentes de una cartera de créditos, para Garantizar la emisión de títulos valores mediante oferta pública; constituir el activo de una sociedad, con el objeto de que ésta emita títulos valores ofertables públicamente y cuyos servicios de amortización e intereses estén garantizados con dicho activo o constituir el patrimonio de un fondo común de créditos. Luego el art 71 establece que la cesión prevista en el artículo anterior podrá efectuarse por un único acto y los documentos probatorios del derecho cedido se entregarán al cesionario o fiduciario o, en su caso, a un depositario o al depositario del fondo común de créditos. Por último el art 72 es el que nos dice que en el caso de lo previsto en el artículo 70, no es necesaria la notificación al deudor cedido siempre que exista previsión contractual en el sentido, la cesión será válida desde su fecha, y sólo subsistirán contra el cesionario la excepción fundada en la invalidez de la relación crediticia o el pago documentado

anterior a la fecha de cesión. Además cuando se trate de una entidad financiera que emita títulos garantizados por una cartera de valores mobiliarios que permanezcan depositados en ella, la entidad será el propietario fiduciario de los activos. Sin embargo los créditos en ningún caso integrarán su patrimonio.

3.2. CONTRATO DE FIDEICOMISO FINANCIERO

El artículo 20 de la ley 24.441 nos dice que el contrato de fideicomiso financiero debe contener las previsiones del artículo 4 y las condiciones de emisión de los certificados de participación o títulos representativos de deuda. Cuando se refiere a las prescripciones del artículo 4 son las prescripciones aplicables a todo contrato de fideicomiso. En general éstas son:

- a) La individualización de los bienes objeto del contrato. En caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de la celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes;
- b) La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso;
- c) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;
- d) El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso;
- e) Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

Si son aplicables las prescripciones del artículo 4, entendemos que también son aplicables las del artículo 2, el cual nos dice que el contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura.

Según el doctor Osvaldo H. Soler⁹ y a nuestro entender también, se le suma a estos la individualización del o de los fiduciantes, fiduciarios y fideicomisarios, si los hubiere; La identificación del fideicomiso; El procedimiento de liquidación de los bienes, frente a la insuficiencia de los mismos para afrontar el cumplimiento de los fines del fideicomiso; La rendición de cuentas del fiduciario a los beneficiarios y la remuneración del fiduciario.

4. FIDEICOMISO DE GARANTÍA

⁹ SOLER, Osvaldo y otros, op.cit.pág. 11.

Para comenzar a hablar del fideicomiso de garantía es fundamental definir primero lo que es la garantía. Según el Diccionario de la Real Academia Española la garantía es la Seguridad que se ofrece de que una cosa va a realizarse o suceder. Si pasamos a un término jurídico podemos decir que la garantía es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda.

Esta garantía puede realizarse mediante diversas formas, una puede ser afectando el patrimonio del deudor y otra en relación a un tercero que puede garantizar la obligación con su patrimonio.

El fideicomiso nos permite no solo afectar¹⁰ determinados bienes al pago de una deuda sino también excluir dichos bienes del patrimonio del deudor logrando así la ventaja de que no puedan caer embargos de otros acreedores sobre estos.

La distinción básica que se realiza sobre la garantía es aquella que la divide en reales (prenda, hipoteca) y personales (fianza, aval). Ahora si nos preguntamos si el fideicomiso de garantía es una garantía real o personal, la respuesta se torna compleja. Tratándose de la afectación de bienes (art.11 ley 24.441), la primera idea que surge es la de encontrarnos frente a una garantía de carácter real, pero no se puede ignorar que la existencia y conservación de los mismos depende de la actuación del fiduciario, “propietario” de los mismos y quien deberá llevar a cabo los actos que sean necesarios para ejecutar la garantía en la forma que se hubiere previsto.

Así por ejemplo, planteado el supuesto en que el fiduciario designado, una vez producida la mora, no cumple con su manda de desinteresar al acreedor, la acción con que contará el tercero acreedor, será de naturaleza personal y no contra los bienes en forma directa. Tan sólo podría intimarlo a cumplir. Pero, a su vez, vemos que este acreedor cuenta con la posibilidad de sustituir la persona del fiduciario (previa citación del fiduciante), a través de una acción judicial de remoción (art. 9º ley 24.441). La que deberá ser acompañada de una medida precautoria de intervención que asegure su éxito (enmarcada en el Código de Procedimiento respectivo).¹¹

Es por estas características de la ley 24.441, que entiende gran parte de la doctrina, y nosotros también, que se determina que la garantía del fideicomiso de garantía es de naturaleza mixta, ya que tiene notas de garantía real y personal.

En aquellos casos en que el acreedor fuere fiduciario, no cabe duda de que estemos frente a una garantía con características de real, en tanto el derecho será ejercido directamente respecto de la cosa, aún con las limitaciones propias de la figura y las que surjan de lo convenido entre las partes. En definitiva, podría decirse que estamos frente a una figura de naturaleza mixta o compleja.

¹⁰ GIACOMELLO, Nicolás C. R. *Fideicomiso de garantía ¿una buena opción para garantizar obligaciones?*, (Rosario, Tesis de Grado Universidad Abierta Interamericana, Sede Regional Rosario, Facultad de Derecho, 2003).

¹¹ VILLAGORDO A LOZANO, citado por PEREZ HUELDE, Fernando, en “*Tratado teórico Practico de Fideicomiso*”, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 244.

4.1. CONCEPTO

Podemos comenzar diciendo que el fideicomiso en si o todo fideicomiso tienen una función de garantía dado el patrimonio separado especial de afectación que se constituye.

El fideicomiso de garantía ha sido definido como aquél por el cual se transfiere un bien, con el encargo de que en el supuesto de incumplimiento de la obligación del constituyente que se pretende garantizar, el fiduciario proceda a su venta y entregue el producto obtenido hasta la concurrencia del crédito al acreedor en cuyo favor se ha constituido, cancelando así total o parcialmente la deuda impaga¹².

Kiper y Lisoprawski describen al fideicomiso en garantía como el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario, con la finalidad de garantizar con ellos, o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria.¹³

Entonces podemos decir que el fiduciante transfiere un bien al fiduciario con el fin o encargo cumpla una determinada obligación con ese bien en caso de que el la incumpla. Si esto sucede el fiduciario podrá tomar dos caminos, los cuales están estipulados obviamente en el contrato, unos es pagar la deuda con el fruto de los bienes que tiene a su cargo y la otra es enajenar los bienes y pagar al acreedor con el producido de esta venta.

Una vez que el fiduciante cumpla con su obligación, ya no será necesaria tal garantía, entonces deberá restituir los bienes al fiduciario. También en el caso planteado en el párrafo anterior si con la venta hubiere un excedente éste tiene que ser reintegrado al fiduciante, al igual que los bienes otorgados una vez que se pagó la deuda con los frutos de ellos.

Queremos remarcar ya que es muy importante que el fideicomiso de garantía se realice para garantizar el cumplimiento de una deuda específica determinada y concreta expresada en el contrato.

Para hacerlo más didáctico daremos un ejemplo:

Juan Blasco (fiduciante) quiere comprar un inmueble ubicado en el departamento de San Rafael a Alameda S.A. La transacción será financiada por la vendedora por lo que se requiere de una garantía. Él quiere utilizar otra propiedad que posee en la localidad de Tunuyán la cual está plantada de álamos, de acuerdo a los estudios realizados se estima que el valor en madera de la finca de Tunuyán es suficiente para pagar la finca de San Rafael. Entonces deciden que una buena opción para garantizar la venta es realizar un fideicomiso de garantía. Como fiduciario proponen al señor Claudio González el cual les brinda confianza a ambos y entienden que va a poder llevar a cabo las tareas que requiere tal cargo.

¹² FREIRE, Bettina V. *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997).

¹³ KIPER, Claudio y LISOPRAWSKY, Silvio. *Tratado del fideicomiso. Seg. ed. actualizada*, (Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, Depalma, 2004), pág. 464.

El encargo es cuidar de la finca realizando todas las labores culturales necesarias para el mantenimiento y normal crecimiento de los álamos y en caso que se incumpla la deuda que se está garantizando se proceda a la corta de los árboles y venta de la madera para así con el fruto de estos pagar la obligación.

Más adelante analizaremos en detalle el ejemplo planteado con distintas variables que propondremos.

4.2. HISTORIA DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA¹⁴

La historia del fideicomiso de garantía no es breve, viene de larga data ya en el derecho romano se utilizaba la fiducia cum creditore que constituía una de las formas más antiguas de garantía real del ius civile. Consistía en la entrega en propiedad al acreedor, de una cosa que pertenecía al deudor, lo cual se lograba mediante la emancipatio o la in iure cesio, celebrándose simultáneamente un pacto que era denominado pactumfiduciae, pacto por el cual el acreedor, fiduciario, se obligaba restituir al fiduciante el bien dado en garantía cuando fuera cumplida la obligación principal. El fiduciante disponía de una acción meramente personal para lograr la devolución del bien una vez satisfecha la obligación con el fiduciario –era la llamada actio fiducia-, que en realidad no constituía un remedio jurídicamente idóneo para salvaguardar el derecho que tenía el fiduciante cumplidor, pero significaba una sólida garantía para el acreedor fiduciario.

En Alemania existía la *Satzung* que era como la fiducia cum creditore en el Derecho Romano pero con algunas diferencias, porque el acreedor tenía el derecho incluso a enajenar el bien a para cobrarse el crédito, siempre dejando a salvo la preferencia de la que gozaba el deudor para rescatar el bien dado en garantía. Por otro lado en el derecho griego también había una figura similar a la fiducia cum creditore: se trataba de una venta con pacto de retroventa que era utilizada en la práctica para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y que, tal como ocurría en Roma, también entró en desuso frente a la prenda y, finalmente, con la implementación de la hipoteca.

4.3. FIDEICOMISO PURO Y DE PAGO

Una parte importante de la doctrina entiende, y a nuestro humilde saber también, que el fideicomiso de garantía se puede subclasificar en dos tipos, uno es el fideicomiso de garantía puro y simple en el cual el fiduciario debe conservar los frutos para restituirlos la fiduciante, o para cancelar la obligación solo en el caso que el fiduciante incumpliera. La otra forma planteada es que el fideicomiso de garantía y pago en el cual el fiduciario pagar la deuda progresivamente con los frutos de los bienes recibidos del fiduciante.

4.4. ALCANCES DE LA AFECTACIÓN

14 GIACOMELLO, Nicolás C. R., op.cit.pág. 21.

Vamos a reparar fundamentalmente sobre dos temas: uno es la manda y el otro la necesidad de inscripción del contrato.

Podemos decir que la manda es la indicación de cómo deberá actuar el fiduciario, lo cual debe estar expresado cuidadosamente en el contrato, ya que esta manda es la que limita la capacidad del fiduciario en su administración o ejercicio de la propiedad sobre el patrimonio fideicomitado.

El artículo 17 de la ley 24.441 expresa “El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.” De lo que podemos inferir que NO podrá gravar o disponer de los bienes cuando los fines del fideicomiso no lo requieran. En el fideicomiso de garantía encontramos que los bienes pueden tener que llegar a ser grabados o vendidos, pero el punto a tener muy en cuenta es el momento en que debe realizarse dichas acciones. No hay otra manera de atender a esto que detallarlo específica e inequívocamente en el contrato, detallando en la manda como debe actuar y ante qué situaciones el fiduciario. En los casos que se generen dudas consideramos al igual que gran parte de la doctrina que van a ser oponibles aquellos que no sean notoriamente extraños a los fines del fideicomiso.

Siguiendo con el tema de la oponibilidad creemos fundamental la publicidad de estos a terceros y coincidimos con lo que expresa Giacomello¹⁵ quien dice que “debería barajarse la posibilidad de inscribir¹⁶, en un futuro no muy lejano, todos los fideicomisos que se constituyan, con el fin de su oponibilidad frente a terceros, sin importar la naturaleza de los bienes sobre los que el mismo recae. Obviamente, esto no implicaría dejar de cumplir con lo ordenado por el art. 13 de la Ley 24.441 respecto de las inscripciones correspondientes a los bienes registrables.”

También creemos que la inscripción sería necesaria para que se puedan gozar de los beneficios que predica el artículo 16 de la ley 24.441 “Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitados. La insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará 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”

4.5. EL CONTRATO

Como primer concepto tenemos que decir que al contrato de fideicomiso de garantía le son aplicables las normas del fideicomiso en general dado que es una especie dentro del género fideicomiso y mantiene las características de todo fideicomiso con algunas diferencias por sus

¹⁵ GIACOMELLO, Nicolás C. R., op.cit.pág. 21.

¹⁶ PEREZ HUALDE, Fernando. *Tratado teórico práctico de fideicomiso*, 2º ed., (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000), pág. 221.

características especiales como puede ser que los integrantes ocupen más de una posición contractual. En esta sección retomaremos el ejemplo planteado anteriormente.

El fiduciante (Juan Blasco según el ejemplo) es el propietario de los bienes que se entregan al fideicomiso, es el promotor del negocio fiduciario que va a garantizar una deuda propia, en el ejemplo planteados es una deuda propia la que se garantiza, pero podríamos dar otro ejemplo en el cual el fiduciario está garantizando con el producido de la propiedad una deuda del hermano, en ese caso si es por deuda ajena y se acentúa más la característica mixta de garantía del fideicomiso dado que actúa como un garante pero con un bien determinado.

El fiduciario (Claudio González) es quien toma el dominio fiduciario de los bienes en garantía y deberá cumplir la manda establecida en el contrato.

En el caso que Juan Blasco cumpla con su obligación, Claudio debe restituirle los bienes fideicomitidos, también podría haberse nombrado un fideicomisario distinto del fiduciante. La doctrina¹⁷ está dividida respecto de la superposición del fiduciario con el acreedor, nosotros tomamos parte en la posición de que no se puede realizar esta superposición dado que va en contra del artículo 7 de la ley 24.441 “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.”

En el caso que Juan No cumpla con su obligación, Claudio deberá proceder a cortar madera hasta cumplir la obligación y luego sí devolverle la propiedad a Juan. En el contrato debe preverse todo lo referido a la forma, condiciones y modalidades de la ejecución.

Respecto de los bienes que se pueden incorporar al igual que en cualquier fideicomiso puede ser objeto del contrato cualquier bien, obviamente excluyendo aquellos que no pueden ser objeto de los contrato en general como bienes prohibidos o ilegales por ejemplo.

Los bienes tienen una apreciación pecuniaria como característica que los convierte en tales sean estos materiales o inmateriales. En el ejemplo el bien propuesto son los árboles plantados en una finca, se dice que los bienes tienen que ser existentes a la fecha del contrato para más seguridad del acreedor, pero no es requisito obligatorio ya que puede ser una cosecha futura por ejemplo.

Por último nos queda hablar de la ejecución de la garantía¹⁸ que no es un tema menor por el ser el último, sino que es tal vez el tema más relevante.

Respecto a este tema lo fundamental es que se estipule en el contrato cuáles serán las obligaciones del fiduciario lo cual supone como primera medida determinar cuándo o bajo qué condiciones se entiende incumplida la obligación del fiduciante y cómo se va a constatar esa situación. También deberá pautarse la actitud o conducta del fiduciario al momento de la ejecución para poder

¹⁷ CONCURSOS-QUIEBRAS.COM.AR. *Análisis económico del fideicomiso de garantía. Nuevas reflexiones sobre su ilicitud*, (rescatado de <http://www.quiebras-concursos.com.ar/?q=node/140>).|

¹⁸ GIACOMELLO, Nicolás C. R., op.cit.pág. 21.

evaluar la responsabilidad del mismo, es decir, se puede pactar que se vendan los bienes hasta cumplir la obligación o que sean entregados la totalidad de los bienes al acreedor en connivencia con el artículo 26 de la ley 24441, claro está que estas acciones se realizaran una vez producido el incumplimiento y acreditado esto por el fiduciario.

Esta opción de poder entregar los bienes es una de las características más sobresalientes de la figura, es lo que lo diferencia de una prenda o de una hipoteca ya que permite al acreedor poder obtener la transferencia del bien y así no tener que ir a rematarlo, situación en la cual por lo general se vende a precios inferiores a los de mercado no pudiendo llegar en ocasiones a cubrir el monto de la deuda. Además no sólo podrán garantizarse obligaciones sin determinar su monto, sino que también, y no obstante tener un monto determinado, podrá estipularse su cancelación a través de la entrega de un bien o conjunto de bienes determinados según se deduce del artículo 17 de la ley.

El accionar debe estar detallado rigurosamente en el contrato constitutivo. De aquí se desprende la autoliquidabilidad de la figura que cumple con el principal fin de la figura que estamos analizando que es evitar que el acreedor tenga que acudir a la justicia para ejecutar la garantía. Hay que dejar bien en claro que, el acreedor fiduciario, no resuelve controversia jurídica alguna, sino que se limita a comprobar una mera situación de hecho: la falta de pago del deudor fiduciante.

A fin de evitar que el fiduciario actúe abusivamente llevando adelante la ejecución pese al cumplimiento regular de la obligación garantizada, las partes deben pactar en el acto constitutivo todo lo que tiene que ver con la verificación del incumplimiento, la intervención del deudor, el procedimiento de ejecución, tasaciones a entidades específicas, etcétera¹⁹.

Cerrando con el tema contractual tenemos que hablar de la rendición de cuentas la cual también conviene sea pactada en el contrato y nos remitimos al artículo 7 de la ley 24441 que nos plantea: “El contrato no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos. En todos los casos los fiduciario deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un (1) año”

5. FIDEICOMISO INMOBILIARIO

5.1. CONCEPTO²⁰

Para comenzar a analizar esta figura podemos decir que fideicomiso inmobiliario es otra especie dentro del género fideicomiso por lo que también le son aplicables las reglas generales de la

¹⁹ FREIRE, Bettina V., op.cit.pág. 22, 154.

²⁰ VENNERI, Ariel H., *Fideicomiso inmobiliario. Una nueva alternativa de negocios en Argentina*, (Buenos Aires, Ed. Errepar, 2002), págs. 100-150.

ley 24.441. Es un contrato por el cual se transfiere un bien y recursos financieros a un ente que va a actuar como fiduciario, para que sea el administrador con el fin de desarrollar un proyecto inmobiliario, de acuerdo a las prescripciones que establece el contrato para que cuando la construcción sea terminada, los inmuebles resultantes sean transferidos a los beneficiarios.

Siempre se dice y nosotros estamos de acuerdo con esto, que la característica común a todos los fideicomisos inmobiliarios es la transferencia de un terreno con el fin de desarrollar sobre él un proyecto de construcción el cual puede tener fines diversos, los más comunes son departamentos para viviendas, instalaciones para uso comercial como un shopping, oficinas, etc.

Si el proyecto no está totalmente financiado desde su inicio o está sujeto a realizar determinadas ventas para continuar, se exige la determinación del punto de equilibrio del proyecto. Mediante la figura que estamos analizando se puede generar la transparencia necesaria y la independencia suficiente para ajustar las garantías necesarias para el desarrollo del proyecto como es reunir a un número mínimo de compradores (beneficiarios), que aseguren el dinero o flujo de caja necesario.

La amplitud del fideicomiso²¹ inmobiliario abarca una cantidad de opciones o usos muy grande. Es muy usado en la ejecución de proyectos inmobiliarios que requieren la presencia de diferentes partes con intereses contrapuestos las cuales necesitan una garantía como la que les puede dar una entidad con la figura planteada para poder lograr una armonización y una recíproca seguridad. Son generalmente los bancos o entidades financieras intervinientes los que logran este punto de equilibrio entre las partes actuando como fiduciarios logrando así la imprescindible confianza necesaria en todo fideicomiso entre las partes. Un ejemplo es 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 financiera 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 fideicomiso inmobiliario tuvo su origen antes de la ley 24441, se aplicaba el artículo 2662 del Código Civil “Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de una plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero” solo con este párrafo se lograron hacer

²¹ SOLER, Osvaldo y otros, op.cit.pág. 11.

fideicomisos inmobiliarios como es el caso de cuando una empresa constructora asume el compromiso de construir un edificio y pagar al dueño del terreno con algunos departamentos del edificio realizado.

Para clarificar el funcionamiento daremos un ejemplo: Un grupo de promotores planea realizar una torre de departamentos en un lote de terreno de propiedad de un tercero, el desarrollo del proyecto está supeditado a que se alcance un punto de equilibrio en un periodo de tiempo determinado por los promotores, que aseguren el flujo de caja que requiere el proyecto para su desarrollo exitoso. Para el efecto se transfiere al fideicomiso la propiedad del terreno, los diseños del proyecto y los promotores dan las siguientes instrucciones:

1. El fiduciario (Grupo Inversiones S.A.) recibirá los dineros provenientes de los compradores de los bienes inmuebles y los invertirá en un fondo de inversión hasta que se llegue al punto de equilibrio;

2. En el evento de que no se alcanzara el punto de equilibrio, el fiduciario devolverá el lote de terreno a su propietario y el dinero de los compradores de los bienes inmuebles será devuelto con su respectivo rendimiento;

3. En el evento de que se alcanzara el punto de equilibrio el fiduciario destinará los dineros en la construcción del proyecto inmobiliario.

5.2. VENTAJAS²²

Este tipo de convenios es más seguro que otros, resulta mucho más eficaz que la constitución de sociedades o compañías ya que éstos no protegen adecuadamente a las partes y los bienes involucrados.

Brinda una protección razonable a todas las partes que participan en el proyecto porque se pactan con anticipación todas las condiciones de su vinculación y la entidad fiduciaria es un especialista en hacer cumplir las disposiciones del contrato y velar por los bienes y recursos del patrimonio autónomo.

Mayor aceptación por parte de los clientes debido a que son los primeros beneficiados con la transparencia que brinda esta figura, además de la influencia de la imagen y trayectoria del grupo promotor.

Permite una diversidad de asociación muy grande es por esto que los proyectos más grandes se hacen con esta figura ya que se asocian propietarios de terrenos, inversionistas, promotores, entidades financieras, constructoras, etc.

Es aplicable a todo tipo de proyectos ya sean chicos, medianos o grandes.

La entidad fiduciaria administra todo el dinero para la construcción dándole transparencia e independencia entre promotores y beneficiarios.

²² FONDOS PICHINCHA. *Fideicomiso inmobiliario*, (rescatado de <http://www.fondospichincha.com/portal/web/fondos-pichincha/fideicomiso-inmobiliario>).

Al fideicomiso se transfiere la propiedad del o los inmuebles donde se desarrollará el proyecto inmobiliario, con el fin de precautelar los intereses de los promotores y beneficiarios.

La figura del fideicomiso inmobiliario integral permite levantar capital del mercado y facilita la consecución de créditos.

Los proyectos inmobiliarios administrados por fideicomisos se vuelven más atractivos para el sistema financiero, en virtud de que pueden colocar recursos de corto plazo en créditos al constructor, y porque la administración bajo esta figura constituye una garantía y minimiza los riesgos del proyecto.

La figura que estamos analizando permite que los promotores mitiguen los siguientes riesgos:

- Comercial: no puede iniciar el proyecto hasta que tenga certeza de su éxito comercial.
- Financiero: al efectuar preventas sabe con certeza que tendrá flujos de efectivo de ventas reales y no hipotéticas.

5.3. ASPECTOS CONTRACTUALES DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO²³

El fideicomiso debe instrumentarse en forma clara y precisa para poder resolver los conflictos o cuestiones que puedan llegar a surgir entre las partes. Creemos que lo más apropiado para su instrumentación es la escritura pública por la falta de registración y publicidad contractual que tiene este tipo de contratos.

En el caso que por el mismo contrato se aporte el bien inmueble en cual se va a construir, ahí si es obligatorio hacerlo por escritura pública, para los casos en general no existe una forma de instrumentación obligatoria.

Es muy interesante también anexar al contrato el proyecto urbanístico para demostrar y documentar la concreción del negocio inmobiliario propuesto. Respecto del plazo creemos que es muy importante determinar un plazo exacto y prudente de duración o vigencia teniendo en cuenta los retrasos que puedan surgir y evitando expresiones como “hasta que se termine la construcción”.

Es fundamental también establecer con precisión y detalle el alcance de los derechos y facultades del fiduciario a la hora de disponer de las unidades resultantes del emprendimiento y también prever en el contrato la forma que se van a poder llevar a cabo las posteriores adhesiones y cesiones.

La modalidad más utilizada es la aceptación total, definitiva y pacífica, que se constituye y perfecciona el contrato de fideicomiso, creando el consiguiente patrimonio de afectación ya sea en el caso de aportar fiduciariamente un lote para luego construir, como en el de aportar dinero para su compra fiduciaria y su posterior edificación. En este último caso, en la misma escritura de compra del

²³ DE HOZ, Marcelo. *Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario*, (Rescatado de www.cec.org.ar/doc/aspectos_contractuales_e_imositivos_del_fideicomiso_inmobiliario.pdf).

lote se estaría afectando fiduciariamente su destino, por subrogación real, debiendo dejar constancia de la actuación fiduciaria del adquirente; del plazo de vigencia del dominio fiduciario y de la manda fiduciaria a cumplir, especialmente referida a la necesidad o prescindencia de consentimiento del fiduciante o beneficiario para actos de disposición o gravamen sobre el inmueble; para luego rogar su inscripción registral.

CAPÍTULO III - ASPECTOS TRIBUTARIOS

INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos más importantes y complejos para el desarrollo de los negocios jurídicos, es la situación tributaria que le corresponda a cada uno de los emprendimientos que se quieran desarrollar. Tan significativo es el manejo de este aspecto que en muchos casos determina el éxito o fracaso de un negocio en el país.

En particular, los Fideicomisos al ser una figura jurídica relativamente nueva y en desarrollo en el país, presentan una dificultad adicional para el correcto encuadramiento tributario, porque a esta figura le son aplicables, impuestos nacionales por medio de la Administración Federal de Ingresos Públicos y provinciales a través de la Dirección General de Rentas.

En este trabajo, nos vamos a centrar, en el encuadramiento impositivo de tres tipos de fideicomisos, como son: el financiero, el de garantía y el inmobiliario.----

1. IMPUESTO A LAS GANANCIAS

1.1. INTRODUCCIÓN

Para el análisis impositivo de los fideicomisos en el Impuesto a las Ganancias, utilizaremos como base teórica la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y modif.) N° 20628 (LIG), el Decreto Reglamentario de la LIG N° 1344 (DRLIG) y los diferentes pronunciamientos de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), a través de Dictámenes, Resoluciones Generales y otras formas de expresarse.

Recordamos que el Impuesto a las Ganancias, es un tributo que grava la capacidad contributiva de los ciudadanos, es decir que cada uno debe aportar según su capacidad económica. En este caso, la forma de gravar la capacidad contributiva es a través de la renta o ganancia, quiere decir que, quien más gana, más paga.

Además, son características generales de este tributo:

Por su naturaleza: es personal, lo deseable sería que los impuestos que graven a la renta sean íntegramente personales, o sea, que sólo lo paguen las personas físicas y no las sociedades, pero si sus socios.

Por su estructura actual: para las personas físicas es personal, mientras que para las sociedades de capital del art. 69 de la LIG es real, en este caso no se contempla la situación socio-económica de los contribuyentes.

Es un tributo, que desde el punto de vista del pago, es global: quiere decir que las ganancias de distinta naturaleza se acumulan sobre la cabeza del contribuyente y se paga sobre el total. Desde el punto de vista de la liquidación es cédular (por categorías), esto es, cuando los distintos tipos de ganancia se clasifican según su naturaleza (cédulas), y en este caso cada cédula paga por separado.

Y es objeto de este impuesto, la ganancia o renta, en los términos que regula el primer párrafo del art. 1 de LIG:

*Artículo 1° - Todas las ganancias obtenidas por personas de existencia visible o ideal quedan sujetas al gravamen de emergencia que establece esta ley.*²⁴

Especificando la misma ley en el art. 2, qué se considera ganancia:

Art. 2° - A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas:

1) Los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación.

2) Los rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos que cumplan o no las condiciones del apartado anterior, obtenidos por los responsables incluidos en el artículo 69 y todos los que deriven de las demás sociedades o de empresas o explotaciones unipersonales, salvo que, no tratándose de los contribuyentes comprendidos en el artículo 69, se desarrollaran actividades indicadas en los incisos f) y g) del artículo 79 y las mismas no se complementaran con una explotación comercial, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

*3) Los resultados obtenidos por la enajenación de bienes muebles amortizables, acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, cualquiera fuera el sujeto que las obtenga. (Inciso sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.414 B.O. 30/3/2001.)*²⁵

De este artículo surgen dos teorías:

- La Teoría de la fuente: mencionada en el apartado 1 del artículo citado, en donde es necesario para ser considerado un resultado ganancia, el cumplimiento concurrente de tres condiciones:

- La permanencia: la fuente no se debe agotar, debe permanecer.
- La periodicidad: la generación de esa ganancia debe darse con cierta frecuencia. Puede ser real o potencial.

²⁴ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco. *Ganancias, bienes personales y ganancia mínima presunta, versión 1.4.* (Buenos Aires, Errepar, 2009), Pág. 51.

²⁵Ibídem.

- **Habilitación:** es la actividad productiva del hombre. Explotación de la fuente generadora de ganancias.

- **La Teoría del Balance:** está enunciada en el apartado 2 y es considerada más amplia porque abarca a todas las ganancias y la forma de determinación del resultado es estática (concepto contable).

La primera teoría abarca a las Personas Físicas y Sucesiones Indivisas, mientras que la segunda afecta a los Sujetos Empresas.

1.2. SUJETO DEL TRIBUTO

La calidad de sujetos del tributo viene dada por la relación que existe entre el Estado y el Contribuyente. En esta relación, el primero asume el rol de Sujeto Activo de la relación jurídico-tributaria, es decir, por medio del poder coercitivo, es quien cobra el tributo; mientras que el ciudadano-contribuyente, ocupa el rol de Sujeto Pasivo, y será quien efectúe los pagos que correspondan al tributo en cuestión.

En forma concreta, son sujetos del Impuesto a las Ganancias:

- Las Personas Físicas y las Sucesiones Indivisas, y
- Las Personas Jurídicas.

Ahora bien, para nuestro tema en cuestión la Ley de Impuesto a las Ganancias, hace una diferenciación entre los distintos tipos de fondos fiduciarios:

- 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) encargado de liquidar e ingresar el tributo.

En el primer caso, prácticamente tiene el mismo tratamiento que las sociedades de capital porque fueron incorporados en el punto 6 del inciso a) del artículo 69 de la ley:

Art. 69 - Las sociedades de capital, por sus ganancias netas imponibles, quedan sujetas a las siguientes tasas:

a) Al treinta y cinco por ciento (35%):

6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V.

Los sujetos mencionados en los apartados precedentes quedan comprendidos en este inciso desde la fecha del acta fundacional o de celebración del respectivo contrato, según corresponda.

A efectos de lo previsto en los apartados 6 y 7 de este inciso, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de los fondos comunes de inversión, respectivamente, quedan comprendidas en el inciso e), del artículo 16, de la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones.²⁶

Por lo tanto, más allá de la habitualidad y permanencia de la fuente que los origina, todas las rentas que perciba el fideicomiso están alcanzadas por el impuesto. Se aplica entonces, la "teoría del balance" o del "incremento patrimonial".

Y en relación al segundo caso, están mencionados a continuación del inciso d) del artículo 49 de la ley:

Art. 49 - Constituyen ganancias de la tercera categoría:

... Las derivadas de fideicomisos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario, excepto en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V. (Inciso incorporado a continuación del inciso d) por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso n). - Vigencia: A partir de su publicación en el Boletín Oficial y surtirá efecto para los ejercicios que cierren con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley o, en su caso, año fiscal en curso a dicha fecha.)²⁷

Y son aquellos en que los fiduciantes son residentes en el país y coinciden con el beneficiario.

El artículo 49 se refiere a rentas de la tercera categoría.

En estos casos el fideicomiso sólo determina el resultado y se lo adjudica al fiduciante.

Con respecto a la asignación de la renta, se aplica lo establecido en el apartado 1 del artículo 2 de la ley que se conoce como "teoría de la fuente" o del "rédito producto", Ello por cuanto este tipo de fideicomisos encuadran dentro del inciso agregado a continuación del d) del artículo 49 de la ley.

Por aplicación de la mencionada teoría sólo se encuentran alcanzadas por el impuesto las utilidades que se encuentren mencionadas expresamente en alguna de las categorías del impuesto (de la primera a la cuarta) o que cumplan concurrentemente con los requisitos de periodicidad, permanencia y habitualidad de la fuente productora.

Esta circunstancia según sea el fiduciante beneficiario una persona física o jurídica puede traer condiciones de inequidad con relación al ingresos del tributo.

²⁶Ibídem.

²⁷ Ibídem.

1.3. FIDEICOMISOS SUJETOS PASIVOS

Como mencionáramos antes, el art. 69, en su inc. a), punto 6, nomina a los fideicomisos que serán sujetos pasivos del tributo y de la obligación tributaria, en síntesis son:

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

Además, podemos mencionar que le resulta aplicable a esta clase de fideicomisos, lo regulado en el artículo sin número a continuación del 69, que hace referencia al impuesto de igualación, que dispone una retención con carácter de pago único y definitivo del 35% sobre el excedente de distribución de utilidades por sobre lo que se tributó el impuesto a las ganancias:

Art. ... - Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1,2,3,6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de deducir a la ganancia determinada en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, el impuesto pagado por el o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales.

Si se tratara de dividendos o utilidades en especie, el ingreso de la retención indicada será efectuado por el sujeto que realiza la distribución o el agente pagador, sin perjuicio de su derecho a exigir el reintegro por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen.

Las disposiciones de este artículo no serán 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.

(Artículo incorporado a continuación del art. 69 por Ley N° 25.063, Título III, art.4°, inciso p). - Vigencia: A partir de su publicación en el Boletín Oficial y surtirá efecto para los ejercicios que cierren con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley o, en su caso, año fiscal en curso a dicha fecha.)²⁸

²⁸Ibídem..

Y como vemos en el último párrafo, estas disposiciones no serán de aplicación a los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública.

A su vez, las utilidades que reciban los beneficiarios serán no computables atento a que el fideicomiso ya tributó por las mismas. Tiene un tratamiento similar a los dividendos.

Por último, quien tiene la obligación de efectuar la retención es el fiduciario, tal como resulta de la interpretación del art. 70.1 del DRLIG:

ARTICULO ... - De acuerdo con lo previsto en los Apartados 6 y 7 del inciso a) del artículo 69 de la ley, las personas físicas o jurídicas que asuman la calidad de fiduciarios y las sociedades gerentes de los fondos comunes de inversión, respectivamente, deberán ingresar en cada año fiscal el impuesto que se devengue sobre:

*a) las ganancias netas imponibles obtenidas por el ejercicio de la propiedad fiduciaria, respecto de los fideicomisos comprendidos en el apartado 6 indicado, o (...)*²⁹

1.4. FIDEICOMISOS QUE SOLO DETERMINAN RESULTADO

Entran dentro de esta categoría, los que forman parte de las ganancias de la tercera categoría, del art. 49 de la LIG, ellos son:

- Fideicomisos constituidos conforme a la ley 24441, 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 nos referimos en el punto B.1 precedente.

El decreto reglamentario en el cuarto artículo sin número agregado a continuación del 70 dispone que el fiduciario le atribuya a los fiduciantes-beneficiarios los resultados obtenidos en el período fiscal:

ARTICULO... - Cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario del fideicomiso, excepto en los casos de fideicomisos financieros o de fiduciantes-beneficiarios comprendidos en el Título V de la ley, el fiduciario le atribuirá, en la proporción que corresponda, los resultados obtenidos en el respectivo año fiscal con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria.

A los efectos previstos en el presente artículo resultará de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo 50 de la ley, considerándose a los fines de la determinación de la ganancia neta del fiduciante-beneficiario tales resultados como provenientes de la tercera categoría.

*(Cuarto artículo incorporado a continuación del artículo 70 por Decreto N° 254/99, art. 1°, inc. a).- vigencia: A partir del 22/3/99 y surtirá efectos a partir de la entrada en vigencia de las normas que reglamentan.*³⁰

²⁹Ibídem.

³⁰Ibídem.

Por su parte, lo que dispone el artículo 50 de la ley es que, el resultado del fideicomiso se considerará totalmente integrado en la declaración jurada del fiduciante-beneficiario al producirse el cierre del ejercicio fiscal del fideicomiso, sin importar si el mismo fue distribuido o no.

Con relación a la magnitud del gravamen dependerá de la situación que reviste el fiduciante-beneficiario. Si es una persona jurídica tributará a la tasa del 35%. En cambio, si es una persona física el impuesto alcanzará a la tasa marginal del gravamen que se detalla en el artículo 90 de la ley.

Obviamente, si el resultado es un quebranto es trasladable a ejercicios futuros.

En todo este análisis, coincidimos con Alberto Coto quien afirma que “(...) la decisión legislativa ha obedecido fundamentalmente a un principio de realidad económica, utilizando como línea argumental para ello que si el fiduciante es a su vez el beneficiario del fondo, parece mucho más ajustado a dicha realidad que quien determina el gravamen sea dicho sujeto”.³¹

Adviértase que en este esquema no se tiene en cuenta quien es el fideicomisario, pudiendo ser el mismo fiduciante-beneficiario o bien una tercera persona, sin que ello influya en el análisis tributario.

Para concluir, mencionamos que en parte de la doctrina se critica el uso de la teoría de la fuente como determinante de la renta para esta clase de fideicomisos en los cuales fiduciante y beneficiario son lo mismo y para aquellos que no tienen por objeto la realización de una actividad empresarial (por ejemplo, el fideicomiso de garantía); para ello tomamos un ejemplo que plantea Alberto Coto³², y que es el siguiente:

- Se constituye un fideicomiso inmobiliario, siendo los fiduciantes y beneficiarios: una sociedad anónima, que aportará el terreno, y una empresa constructora que aportará los fondos y llevará a cabo la ejecución de la obra.

- El objeto del fondo es el loteo del terreno (del cual se podrían obtener 35 lotes), y la posterior enajenación de los mismos a terceros, distribuyendo la utilidad obtenida entre los fiduciantes/beneficiarios.

Ante esta situación, tengamos en cuenta lo que dice el art. 89 del DRLIG:

Art. 89 - A efectos de lo dispuesto por el inciso d) del artículo 49 de la ley, constituyen loteos con fines de urbanización aquellos en los que se verifique cualquiera de las siguientes condiciones:

*a) que del fraccionamiento de una misma fracción o unidad de tierra resulte un número de lotes superior a CINCUENTA (50) (...)*³³

Con esto vemos que si los loteos no son mayores a cincuenta, no se considera que sea con fines de urbanización, por lo cual se concluye que queda fuera del tributo, por tratarse de una persona de la tercera categoría.

³¹COTO, Alberto. *Aspectos tributarios del fideicomiso*, (Buenos Aires, La Ley SAEeI, 2006), Pág. 26.

³²Ibíd.

³³ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32 , 117.

Esta situación no sucedería, si quien hace los loteos es una persona que tribute por la teoría del balance, como podría ser la sociedad que aporta el terreno, dado que en este caso no importaría el número de lotes.

Por lo expuesto y analizado, compartimos el pensamiento de Coto, en cuanto a que “(...) creemos que la teoría del balance debe ser aplicada a la totalidad de los fondos fiduciarios (...)”.

1.5. DETERMINACION DEL RESULTADO

1.5.1. APORTE DE LOS BIENES AL FIDEICOMISO

Recordemos que dice el art. 1 de la ley 24441:

ARTICULO 1º — Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) (...) ³⁴

Vemos que la ley de fideicomiso solo habla de que se deberán transmitir los bienes al fiduciario, pero no menciona la forma en que se los transmitirá, o sea, si será gratuita u onerosa. Esta situación, es la que da lugar a dudas, teniendo como medio de prueba lo que las partes pacten entre sí en el contrato.

Ahora bien ¿cuándo un contrato es gratuito u oneroso? Esa distinción la encontramos en el art. 1139 del Código Civil, que menciona que “(...) 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 de su parte (...)”.

Cabe aclarar que el hecho de que la transferencia sea gratuita u onerosa, no debe interpretarse como si el fideicomiso es gratuito u oneroso, este último carácter viene dado en función si el fiduciario recibe o no una contraprestación por su labor.

Entonces cuando se trate de una transferencia a título oneroso, la operación debe considerarse alcanzada por el tributo, determinándose la ganancia o el quebranto pertinente.

Esta transferencia se hará al valor impositivo equivalente al importe de la transferencia que surja del contrato, produciéndose la baja en el patrimonio del fiduciante y el alta en el del fiduciario.

Entre los fideicomisos que estamos analizando, se considera que habrá onerosidad en las transferencias en los casos de fideicomisos inmobiliarios y financieros:

- Fideicomisos inmobiliarios, en los cuáles quien transfiere la propiedad del terreno al fondo fiduciario, sobre el cuál se desarrollará un emprendimiento inmobiliario, obtiene como contraprestación de dicha transferencia el derecho a recibir una determinada cantidad de unidades funcionales, una vez que la obra se encuentre concluida.
- Fideicomisos financieros, donde la transferencia tiene por objeto generar un flujo de fondos para el fiduciante, mediante la securitización de los activos fideicomitados,

³⁴ZANNONI, Eduardo y Otros, op.cit.pág. 7.

manifestándose la onerosidad en la obtención de fondos por parte del fiduciante, a cambio de la transmisión fiduciaria de sus activos para su posterior titulización.

Mientras que si la transferencia es en forma gratuita, frente al impuesto hay que tener en cuenta, que la LIG no prevé ningún valor presunto para la misma.

Por lo tanto, para el fiduciante, el aporte de un bien de su patrimonio al fideicomiso en forma gratuita, no se encuentra gravado.

El fideicomiso de garantía es un claro ejemplo de esta situación, supongamos que el fiduciante aporta bienes al fondo fiduciario, con la intención de garantizar una deuda. Esta transmisión se hace en forma gratuita, porque el bien se prevé que retornará al patrimonio del fiduciante una vez que este cancele su deuda.

1.5.2. ALTAS Y BAJAS DURANTE LA DURACIÓN DEL CONTRATO

Sobre el particular, recordamos lo que dicen los arts. 13 y 17 de la ley 24441:

ARTÍCULO 13. — Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitados o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes.

ARTÍCULO 17. — El fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

Como vemos la ley le otorga al administrador del fideicomiso (el fiduciario) la posibilidad de disponer de los bienes, es decir que puede adquirir o vender los bienes entregados al fideicomiso.

Entonces, impositivamente, estos actos de compra y venta por parte del fideicomiso, serán tratados como lo serían en cabeza de cualquier otro empresario.

En particular, el art. 3 de la LIG, regula lo que se entenderá por enajenación y por la venta de inmuebles, mencionando:

Art. 3º - A los fines indicados en esta ley se entenderá por enajenación la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso.

Tratándose de inmuebles, se considerará configurada la enajenación de los mismos cuando mediare boleto de compraventa u otro compromiso similar, siempre que se diere la posesión o en su defecto en el momento en que este acto tenga lugar, aun cuando no se hubiere celebrado la escritura traslativa de dominio.³⁵

³⁵ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco. op.cit.pág. 51.

En cambio para el resto de los bienes se seguirá por lo que establece la normativa de fondo, prevista en el Código Civil.

1.5.3. AMORTIZACION DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL FIDEICOMISO

Recordamos el concepto que enuncia Coto³⁶, sobre a qué llamamos amortización: “como norma general, quien debe amortizar el bien es quien resulta propietario del mismo, pues la depreciación tiene por objeto exteriorizar la pérdida de valor o desgaste natural que sufre el activo, con motivo del paso del tiempo y de su utilización”.

Ahora bien, la Ley de Impuesto a la Ganancias, regula esta situación en su art. 82, inc. f):

Art. 82 - De las ganancias de las categorías primera, segunda, tercera y cuarta, y con las limitaciones de esta ley, también se podrán deducir:

*f) Las amortizaciones por desgaste y agotamiento y las pérdidas por desuso, de acuerdo con lo que establecen los artículos pertinentes, excepto las comprendidas en el inciso l) del artículo 88.*³⁷

Entonces en un fideicomiso, quien tiene la titularidad de los bienes es el fiduciario, siendo él quien deba practicar la correspondiente amortización de los bienes, siempre que resulte afectado a alguna actividad productora de ingresos, como lo establece el art. 80 de la LIG:

*Art. 80 - Los gastos cuya deducción admite esta ley, con las restricciones expresas contenidas en la misma, son los efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas por este impuesto y se restarán de las ganancias producidas por la fuente que las origina. Cuando los gastos se efectúen con el objeto de obtener, mantener y conservar ganancias gravadas y no gravadas, generadas por distintas fuentes productoras, la deducción se hará de las ganancias brutas que produce cada una de ellas en la parte o proporción respectiva.*³⁸

Pero además hay que tener en cuenta que pasa con aquellos bienes que no estén destinados a producir ganancias gravadas y hayan sido destinados al fideicomiso. Para ello, mencionamos este ejemplo que propone Alberto Coto³⁹: “pensemos, por ejemplo, en la situación de un fideicomiso de garantía donde el bien fideicomitado es el depósito o el inmueble en el que funciona la administración o la planta fabril del fiduciante”. Conforme lo hasta aquí dispuesto, el fiduciante dejaría de amortizar el bien por ceder la propiedad del mismo al fideicomiso, mientras que este último se vería privado de amortizarlo al no hallarse el inmueble afectado a la obtención, conservación o mantenimiento de renta alguna”.

Entonces al finalizar este tipo de fideicomisos hay dos opciones:

- El bien retorna al patrimonio del fiduciante, dado que este canceló su deuda, o

³⁶ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 43.

³⁷ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32,71.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 44.

- El bien es enajenado o entregado al acreedor como forma de pago por la deuda para con él.

En el primer caso, el bien retorna al fiduciante por el mismo valor por el que salió, y dado que el fideicomiso no amortizó el bien, y además, por tratarse de una transferencia a título gratuito, se generaría una distorsión en el valor del bien, porque el inmueble tendría el mismo valor que poseía al ser transferido al fideicomiso.

En el segundo caso, la amortización no computada será compensada con el mayor costo computable del bien al momento de la enajenación.

Coincidimos con Coto⁴⁰ en que la solución sería “considerar la realidad económica subyacente de la figura contractual, conforme a la cual el bien nunca ha salido del patrimonio del fiduciante, manteniendo éste la potestad de amortizarlo pues es él a quien el bien retornará”.

1.6. FIN DEL FIDEICOMISO

Tal como lo establece el art. 1, una vez cumplida la condición o plazo del fideicomiso, éste finaliza, debiendo procederse a la transmisión de los bienes del mismo, a quienes se haya individualizado en el contrato, pudiendo ser el fiduciante-beneficiario, el fideicomisario. Para nuestro caso en particular, lo que nos interesa conocer es el tratamiento impositivo a darle a dicha transferencia.

Ahora bien, la disposición legal sobre el plazo del fideicomiso, está enunciada en su art. 4, inc. c), que establece:

ARTICULO 4º — El contrato también deberá contener:

b) El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad;

Pero hay que tener en cuenta que el plazo citado resulta aplicable aun cuando el fideicomiso se constituya con un objetivo cuya concreción en el tiempo no fuera susceptible de ser determinado.

Para aclarar este punto, recurrimos a un ejemplo de Alberto Coto: “(...) pensemos en un fideicomiso inmobiliario, instrumentado con el objeto de construir un edificio de departamentos; es evidente que la duración del mismo no puede determinarse con precisión en virtud de los imponderables que cualquier obra de infraestructura acarrea. Sin embargo, por aplicación de la norma legal, no podrá extenderse más allá de los 30 años.”⁴¹

Impositivamente, no hay un artículo específico que regule como debe tratarse la transmisión de los bienes, por lo que consideramos que resulta aplicable el art. 71 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias:

⁴⁰COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 44.

⁴¹Ibídem.

*Art. 71 - Los bienes que las sociedades comprendidas en los incisos b), c) y en el último párrafo del artículo 49 de la ley y las sociedades de responsabilidad limitada y en comandita simple y por acciones, adjudiquen a sus socios en caso de disolución, retiro o reducción de capital, se considerarán realizados por la sociedad por un precio equivalente al valor de plaza de los bienes al momento de su adjudicación.*⁴²

Como mencionábamos, aunque no aparecen en forma expresa mencionados, es dable aplicar este artículo a nuestro caso particular.

Por otro lado, y como en el caso de una sociedad, se aplicará, de corresponder, el impuesto de igualación en esta etapa de la vida del fideicomiso. Tal conclusión, resulta de la interpretación del artículo incorporado a continuación del art. 102 del Decreto Reglamentario, que dispone:

ARTÍCULO ... - Lo previsto en el primer párrafo del artículo incorporado a continuación del 69 de la ley, será de aplicación a los dividendos que se paguen en dinero o en especie -excepto en acciones liberadas-, cualesquiera sean los fondos empresarios con que se efectúe su pago, como ser: reservas anteriores cualquiera sea la fecha de su constitución -excepto aquella proporción por la cual se demuestre que se ha pagado el impuesto-, ganancias exentas del impuesto, provenientes de primas de emisión, u otras.

Las disposiciones establecidas en el párrafo anterior también serán de aplicación, en lo pertinente, cuando se distribuyan utilidades, en dinero o en especie.

A los fines previstos en el primer y segundo párrafo precedente, deberán tenerse en cuenta las disposiciones establecidas en el artículo incorporado a continuación del artículo 118 de la ley.

Asimismo, resultará aplicable la norma mencionada en el primero y segundo párrafo de este artículo para aquellos supuestos en los que se produzca la liquidación social o, en su caso, el rescate de las acciones o cuotas de participación, respecto del excedente de utilidades contables acumuladas sobre las impositivas.

*(Primer artículo incorporado a continuación del artículo 102 por Decreto N° 254/99, art. 1°, inc. b).- vigencia: A partir del 22/3/99 y surtirá efectos a partir de la entrada en vigencia de las normas que reglamentan.)*⁴³

Igual la aplicación de todo lo mencionado, dependerá de cada fideicomiso en particular. Para ello hacemos una distinción entre:

- Fideicomisos creados con el único propósito de mantener en su poder determinados bienes para que, luego de un largo lapso de tiempo o de haberse cumplido determinada condición, los mismos sean devueltos al fiduciante o bien transferidos a terceros, sin que tal transferencia permita inferir un interés económico en cabeza del ente fiduciario.

⁴² PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32 , 114.

⁴³Ibídem.

- Fideicomisos constituidos para la realización de actividades netamente empresarias, apareciendo la creación del fondo fiduciario como un sucedáneo a la adopción de formas societarias.

En el primer caso, consideramos que sería correcto no alcanzar con el impuesto a las ganancias las transferencias producto del fin del fideicomiso.

Ejemplo de estos fideicomisos, son los de garantía, siempre que la deuda sea cancelada por el fiduciante, y el bien dado en garantía retorne al fiduciante.

Mientras que en el segundo caso, al llevar a cabo el fideicomiso actividad comercial, resulta coherente aplicar aquí los art. 71 y el agregado a continuación del 102.

Como ejemplo, en este caso, pensemos en un fideicomiso inmobiliario, constituido para realizar una obra y luego adjudicar la misma entre los fideicomisarios. Es evidente que, en este caso, la actividad de construcción es claramente empresaria para la cual se podría haber adoptado cualquiera de las formas societarias contenidas en la ley 19.550.

Por esta razón, el tratamiento a aplicar a las adjudicaciones debería ser el previsto en el art. 71 del decreto reglamentario del gravamen considerándolas, por lo tanto realizadas a su valor de plaza.

Queda por analizar, la situación de quienes serán los destinatarios de los bienes, los fideicomisarios.

Para ello, nos remitimos al art. 79, inc. f) de la LIG:

Art. 79 - Constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes:

f) Del ejercicio de profesiones liberales u oficios y de funciones de albacea, síndico, mandatario, gestor de negocios, director de sociedades anónimas y fideicomisario.

También se consideran ganancias de esta categoría las sumas asignadas, conforme lo previsto en el inciso.⁴⁴

Como vemos, las rentas del fideicomisario son gravadas por el impuesto, siempre y cuando el mismo sea una persona física o sucesión indivisa, caso contrario, el ser una persona jurídica, no será renta de esta categoría, sino de la tercera.

Mientras que el valor que debe asignar el fideicomisario a los bienes que reciba dependerá del fideicomiso de que se trate y de si los ha valuado o no. Por ejemplo, en el caso de un fideicomiso de garantía, en donde luego de cancelada la deuda, se devuelven los bienes al fiduciante-fideicomisario, el valor a asignar sería: al costo impositivo que los mismos poseían en el patrimonio del fondo fiduciario, o al valor de plaza al momento de la transferencia.

Otro caso sería el de un fideicomiso que realiza actividad empresarial, como sería el caso de uno inmobiliario. En este caso, los bienes quedan alcanzados al valor de plaza de los mismos y aplicando, si corresponde, el impuesto de igualación. Pero en este último caso, habrá que tener en cuenta lo siguiente:

⁴⁴Ibídem.

- Cuando se trate de fideicomisos sujetos del impuesto se otorgará a las transferencias en cuestión un tratamiento similar al de los dividendos, por lo que las mismas se considerarán como ganancia no computable en cabeza de los fideicomisarios.

- En cuanto a la incorporación dentro del patrimonio de los fideicomisarios, entendemos que la medición del costo a los fines del gravamen debe realizarse en términos del sacrificio económico incurrido para la obtención del bien en cuestión.

1.7. FIDEICOMISO FINANCIERO

Esta clase de fideicomiso, es la única que en la ley 24441 tiene una regulación específica. Más precisamente desde el art. 19 hasta el art. 24. Vemos aquí, que el legislador ha querido regular más precisamente esta figura del fideicomiso por su implicancia en la realidad de los negocios del país.

Pero esta minuciosidad en la normativa, no es sólo propia de la ley 24441, sino que también la ley de impuesto a las ganancias, hace referencia específica a los fideicomisos financieros.

Sobre el particular el tratamiento impositivo ya ha sido analizado, sólo nos queda por resaltar algunos puntos.

1.7.1. DEDUCIBILIDAD DE LAS UTILIDADES

En materia de impuesto a las ganancias, el decreto reglamentario permite que cierta clase de fideicomisos, puedan deducir de su balance impositivo las utilidades distribuibles entre los beneficiarios del fondo. Esto se encuentra regulado en el segundo artículo incorporado a continuación del 70, que establece lo siguiente:

ARTICULO...- No regirá la limitación establecida en el primer artículo incorporado a continuación del 70 del Decreto Reglamentario, para los fideicomisos financieros contemplados en los Artículos 19 y 20 de la Ley N° 24.441 que se encuentren vinculados con la realización de obras de infraestructura afectadas a la prestación de servicios públicos, cuando se reúnan la totalidad de los siguientes requisitos.

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

b) Los activos homogéneos originalmente fideicomitados, no sean sustituidos por otros tras su realización o cancelación, salvo colocaciones financieras transitorias efectuadas por el fiduciario con el producido de tal realización o cancelación con el fin de administrar los importes a distribuir o

aplicar al pago de las obligaciones del respectivo fideicomiso, o en los casos de reemplazo de un activo por otro por mora o incumplimiento.

c) 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 fideicomitidos.

d) Que el beneficio bruto total del fideicomiso se integre únicamente con las rentas generadas por los activos fideicomitidos o por aquellos que los constituyen y por las provenientes de su realización, y de las colocaciones financieras transitorias a que se refiere el punto b), admitiéndose que una proporción no superior al DIEZ POR CIENTO (10%) de ese ingreso total provenga de otras operaciones realizadas para mantener el valor de dichos activos.

No se considerará desvirtuado el requisito indicado en el punto a) por la inclusión en el patrimonio del fideicomiso entregado por el fideicomitente, u obtenidos de terceros para el cumplimiento de sus obligaciones.

En el año fiscal en el cual no se cumpla con alguno de los requisitos mencionados anteriormente y en los años siguientes de duración del fideicomiso se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior.

A efectos de establecer la ganancia neta de los fondos fiduciarios a que alude el artículo anterior, deberán considerarse las disposiciones que rigen la determinación de las ganancias de la tercera categoría, entre las que se encuentran comprendidas las ganancias obtenidas en el año fiscal y destinadas a ser distribuidas en el futuro durante el término de duración del contrato de fideicomiso, así como a las que en ese lapso se apliquen a la realización de gastos inherentes a la actividad específica del fideicomiso que resulten imputables a cualquier año fiscal posterior comprendido en el mismo.

(Segundo artículo sin número incorporado a continuación del Artículo 70, sustituido por art. 1° del Decreto N° 1207/2008 B.O. 1/8/2008. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial)⁴⁵

Como vemos, este artículo regula en forma muy amplia este beneficio, indicando una serie de condiciones a cumplir para gozar del mismo.

Sobre el particular, algunos autores como Soler⁴⁶, mencionan lo siguiente: “(...) 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 de contrato del fideicomiso (...)”.

⁴⁵Ibídem.

⁴⁶SOLER, Osvaldo H. y MORENO GURREA, J. *Beneficios impositivos procedentes de fideicomisos financieros*, (Buenos Aires, Impuestos, Ed. La Ley, 1998), Pág. 2134.

En síntesis, el efecto práctico de este mecanismo es que la base imponible del impuesto sea igual a cero, dado que esa es la consecuencia de considerar como deducible a la ganancia obtenida.

Coincidimos con Coto⁴⁷, en que “(...) la norma impositiva contribuye a evidenciar el fuerte incentivo que nuestro sistema jurídico en su conjunto ha otorgado a la figura del fideicomiso financiero”.

1.7.2. IMPUESTO DE IGUALACION

Para el caso de los fideicomisos financieros, debemos tener en cuenta que el último párrafo del artículo agregado a continuación del 69, fija que este instituto no será de aplicación para los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública. Ahora bien, para que proceda, deben entonces darse dos requisitos:

- Que exista oferta pública de los certificados de participación, y
- Que se cumplan las condiciones que fija la reglamentación

Sobre este punto nos parece esclarecedor lo que opina Coto⁴⁸ en cuanto a que “(...) la lógica de no aplicar el impuesto de igualación resulta coherente cuando la utilidad del fideicomiso no se encuentra sujeta a impuesto alguno, situación que sólo se produce en tanto el fondo cumpla con la totalidad de los requisitos enunciados en el art. 70.2 del DRLIG (...)”.

1.7.3. DEDUCCION DE INTERESES

En la ley de Impuesto a las Ganancias, en el art. 81, inc. a), se establece:

Art. 81 - De la ganancia del año fiscal, cualquiera fuese la fuente de ganancia y con las limitaciones contenidas en esta ley, se podrá deducir:

a) Los intereses de deudas, sus respectivas actualizaciones y los gastos originados por la constitución, renovación y cancelación de las mismas.

En el caso de personas físicas y sucesiones indivisas la relación de causalidad que dispone el artículo 80 se establecerá de acuerdo con el principio de afectación patrimonial. En tal virtud sólo resultarán deducibles los conceptos a que se refiere el párrafo anterior, cuando pueda demostrarse que los mismos se originen en deudas contraídas por la adquisición de bienes o servicios que se afecten a la obtención, mantenimiento o conservación de ganancias gravadas. No procederá deducción alguna cuando se trate de ganancias gravadas que, conforme a las disposiciones de esta ley, tributen el impuesto por vía de retención con carácter de pago único y definitivo.

⁴⁷ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37 ,57.

⁴⁸ Ibídem.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los sujetos indicados en el mismo podrán deducir el importe de los intereses correspondientes a créditos hipotecarios que les hubieren sido otorgados por la compra o la construcción de inmuebles destinados a casa habitación del contribuyente, o del causante en el caso de sucesiones indivisas, hasta la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000) anuales. En el supuesto de inmuebles en condominio, el monto a deducir por cada condómino no podrá exceder al que resulte de aplicar el porcentaje de su participación sobre el límite establecido precedentemente.

En el caso de sujetos comprendidos en el artículo 49, excluidas las entidades regidas por la Ley 21.526 y sus modificaciones, los intereses de deudas —con excepción de los originados en los préstamos comprendidos en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93— contraídos con personas no residentes que los controlen, según los criterios previstos en el artículo incorporado a continuación del artículo 15 de la presente ley, no serán deducibles del balance impositivo al que corresponda su imputación en la proporción correspondiente al monto del pasivo que los origina, existente al cierre del ejercicio, que exceda a dos (2) veces el importe del patrimonio neto a la misma fecha, debiéndose considerar como tal lo que al respecto defina la reglamentación.

Los intereses que de conformidad a lo establecido en el párrafo anterior no resulten deducibles, tendrán el tratamiento previsto en la presente ley para los dividendos.

La reglamentación podrá determinar la inaplicabilidad de la limitación prevista en los dos párrafos anteriores cuando el tipo de actividad que desarrolle el sujeto lo justifique.

Cuando los sujetos a que se refiere el cuarto párrafo de este inciso, paguen intereses de deudas —incluidos los correspondientes a obligaciones negociables emitidas conforme a las disposiciones de la Ley 23.576 y sus modificaciones — cuyos beneficiarios sean también sujetos comprendidos en dicha norma, deberán practicar sobre los mismos, en la forma, plazo y condiciones que al respecto establezca la Administración Federal de Ingresos. Públicos una retención del treinta y cinco por ciento (35%), la que tendrá para los titulares de dicha renta el carácter de pago a cuenta del impuesto de la presente ley.

(Inciso a) sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.784, B.O. 22/10/2003. - Vigencia: A partir del día de su publicación en B.O.)⁴⁹

Este beneficio no resulta aplicable a la totalidad de los fideicomisos financieros. Para ello nos basamos en lo que establece el artículo incorporado a continuación del 121 del DRLIG, que fija lo siguiente:

ARTÍCULO ... - A los fideicomisos financieros constituidos conforme a las disposiciones de los artículos 19 y 20 de la Ley N° 24.441 no les serán de aplicación las limitaciones previstas en los párrafos 3° y 4° del inciso a) del artículo 81 de la ley, como así tampoco lo dispuesto en el último párrafo del mencionado inciso.

⁴⁹ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32, 69 – 71.

(Primer artículo incorporado a continuación del artículo 121 por Decreto N° 1.531/98, art. 1°, inc. a). Vigencia: A partir del 13/1/99 y surtirá efectos a partir de la entrada en vigencia de las normas que reglamentan.)⁵⁰

Además este artículo establece otra implicancia para los fideicomisos, como es la no obligación de retener por intereses de deuda pagados.

Es importante señalar que la exclusión es únicamente referida a la obligación de actuar como agente de retención por parte del fideicomiso, pero no en relación a su condición de sujeto de la misma.

1.7.4. CERTIFICADOS DE PARTICIPACION Y TITULOS DE DEUDA

Esta clase de títulos aparecen regulados en el art. 19 de la ley 24441:

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

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

La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, pudiendo dictar normas reglamentarias.⁵¹

Lo que nos queda ahora, es analizar cómo será su tratamiento impositivo. Para ello, clasificaremos los mismos en:

- Certificados de participación con y sin oferta pública.
- Títulos de deuda con y sin oferta pública.

En el caso de los certificados de participación, al efecto del análisis tributario, debemos asimilarlos al carácter que posee una acción de una sociedad anónima.

Por ello, la ganancia que obtenga el titular de los certificados, 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.

Además, el art. 83, inc. b) de la ley 24441, establece modificaciones específicas para los certificados:

⁵⁰Ibídem.

⁵¹ ZANNONI Eduardo y Otros, op.cit.pág. 7.

ARTICULO 83. — Los títulos valores representativos de deuda y los certificados de participación emitidos por fiduciarios respecto de fideicomisos que se constituyan para la titulización de activos, serán objeto del siguiente tratamiento impositivo:

b) Los resultados provenientes de su compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición, como así también sus intereses, actualizaciones y ajustes de capital, quedan exentos del impuesto a las ganancias, excepto para los sujetos comprendidos en el Título VI de la Ley de Impuesto a las Ganancias (texto ordenado 1986) y sus modificaciones. Cuando se trate de beneficiarios del exterior comprendidos en el título V de la citada norma legal, no regirá lo dispuesto en su artículo 21 y en el artículo 104 de la Ley 11.683 (texto ordenado 1978) y sus modificaciones.

El tratamiento impositivo establecido en este artículo será de aplicación cuando los referidos títulos sean colocados por oferta pública.⁵²

Entonces, podemos concluir lo siguiente:

- Certificados que hacen oferta pública:
 - Tenedor persona física o sucesión indivisa, residentes en el país o en el exterior: la renta producto de la venta se encuentra eximida de imposición. Si fuese quebranto, no sería deducible.
 - Tenedor sujeto empresa del país: la ganancia obtenida por la enajenación se encuentra alcanzada por el tributo. Y si da quebranto, el mismo será deducible.
- Certificados sin oferta pública: no hay tratamiento específico, por lo que se aplican las normas generales de la LIG:
 - Tenedor persona física o sucesión indivisa del país: la renta producto de la venta se encuentra exenta por aplicación del art. 20, inc. w).
 - Tenedor sujeto del exterior: la ganancia se encuentra exenta de conformidad con el art. 78 del decreto 2284/91.
 - Tenedor sujeto empresa: la utilidad se encuentra gravada.

Mientras que para los títulos de deuda, será de aplicación el mismo art. 83 de la ley 24441. Por lo que, recurriendo a la misma clasificación que fijamos para los certificados de participación, el tratamiento impositivo será el siguiente:

- Títulos con oferta pública emitidos por el fiduciario:
 - Tenedor persona física o sucesión indivisa del país: los intereses se encuentran exentos por aplicación del art. 83 citado; mientras que la renta producto de la venta también resulta eximida, al igual que no será deducible si resulta quebranto.

⁵²ZANNONI Eduardo y Otros, op.cit.pág. 7.

- Tenedor del exterior: será igual el tratamiento al de un sujeto del país.
 - Tenedor sujeto empresa: los intereses y la ganancia producto de la venta se consideran gravados. Mientras que en caso de quebranto, este será deducible.
- Demás títulos de deuda:
- Tenedor persona física o sucesión indivisa del país: los intereses se encuentran gravados, porque no resultan alcanzados por la exención fijada en el art. 20, inc. k) y además porque son rentas expresamente enunciadas en el art. 45, inc. a). En cuanto a la disposición de los mismos, se encuentran exentos por el inc. w) del art. 20 de la ley.
 - Tenedor del exterior: los intereses están gravados, debiendo procederse a la retención del tributo por parte del sujeto pagador. La venta, en este caso se halla exenta.
 - Tenedor sujeto empresa: tanto los intereses como la venta resultan alcanzados por el impuesto.

2. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

2.1. SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO

El IVA es un impuesto de carácter nacional, legislado por medio de la Ley 23349 en el año 1986. Además se encuentra complementado por el Decreto reglamentario número 692 del año 1998, por medio del cual el Poder Ejecutivo reglamentó este tributo.

Este gravamen, se caracteriza por ser indirecto, es decir, que grava el consumo que efectúan los contribuyentes y que el mismo es trasladable. Estos impuestos indirectos, también se caracterizan por ser generales (gravan la totalidad de los productos con un fin fiscal), plurifásicos (grava todas las etapas productivas), no acumulativo (es decir que lo pagado hasta la etapa inmediata anterior, no forma parte del costo, porque se permite deducir el IVA pagado).

También este impuesto se determina sobre base financiera, o sea, que se toman los pesos no los bienes y con eso se determina el valor agregado en esa etapa. Cuando se trabaja sobre esta base, se puede determinar por adición o por sustracción, en el caso del IVA es por lo segundo y en este caso se trabaja impuesto contra impuesto, es decir:

- Las ventas se separan por alícuotas y se determina: IVA Débito Fiscal, y en

- Las compras se toma el impuesto pagado y se determina: IVA Crédito Fiscal
- De la diferencia entre ambos surge el impuesto a ingresar o saldo a favor del contribuyente.

Ahora resta definir cuál es el objeto de este tributo, para lo cual nos remitimos al art. 1 de la Ley de IVA (L. IVA):

ARTICULO 1º — Establécese en todo el territorio de la Nación un impuesto que se aplicará sobre:

a) Las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el territorio del país efectuadas por los sujetos indicados en los incisos a), b), d), e) y f) del artículo 4º, con las previsiones señaladas en el tercer párrafo de dicho artículo;

b) Las obras, locaciones y prestaciones de servicios incluidas en el artículo 3º, realizadas en el territorio de la Nación. En el caso de las telecomunicaciones internacionales se las entenderá realizadas en el país en la medida en que su retribución sea atribuible a la empresa ubicada en él.

En los casos previstos en el inciso e) del artículo 3º, no se consideran realizadas en el territorio de la Nación aquellas prestaciones efectuadas en el país cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior;

c) Las importaciones definitivas de cosas muebles;

d) Las prestaciones comprendidas en el inciso e) del artículo 3º, realizadas en el exterior cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imposables y revistan la calidad de responsables inscriptos.

(Artículo sustituido por inc. a), art. 1º, Título I de la Ley N° 25.063 B.O. 30/12/1998. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial (31/12/1998). Surtirá efecto para el presente caso desde el 01/01/1999.)⁵³

Mientras que serán sujetos del impuesto, en la medida que resulten incluidos en el art. 4 de la ley:

ARTICULO 4º — Son sujetos pasivos del impuesto quienes:

a) Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, realicen actos de comercio accidentales con las mismas o sean herederos o legatarios de responsables inscriptos; en este último caso cuando enajenen bienes que en cabeza del causante hubieran sido objeto del gravamen.

b) Realicen en nombre propio, pero por cuenta de terceros, ventas o compras.

c) Importen definitivamente cosas muebles a su nombre, por su cuenta o por cuenta de terceros.

d) Sean empresas constructoras que realicen las obras a que se refiere el inciso b) del artículo 3º, cualquiera sea la forma jurídica que hayan adoptado para organizarse, incluidas las empresas

⁵³ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco. *Impuesto al valor agregado, versión 3.4.* (Buenos Aires, Errepar, 2009). Págs. 29 -30.

unipersonales. A los fines de este inciso, se entenderá que revisten el carácter de empresas constructoras las 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.

e) Presten servicios gravados.

f) Sean locadores, en el caso de locaciones gravadas.

g) Sean prestatarios en los casos previstos en el inciso d) del artículo 1º. (Inciso incorporado por inc. c), art. 1º, Título I de la Ley N° 25.063 B.O. 30/12/1998. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial (31/12/1998). Surtirá efecto para el presente caso desde el 01/01/1999.)

Quedan incluidos en las disposiciones de este artículo 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 encuentren comprendidos en alguna de las situaciones previstas en el párrafo anterior. El PODER EJECUTIVO reglamentará la no inclusión en esta disposición de los trabajos profesionales realizados ocasionalmente en común y situaciones similares que existan en materia de prestaciones de servicios.

Adquirido el carácter de sujeto pasivo del impuesto en los casos de los incisos a), b), d), e) y f), serán objeto del gravamen todas las ventas de cosas muebles relacionadas con la actividad determinante de su condición de tal, con prescindencia del carácter que revisten las mismas para la actividad y de la proporción de su afectación a las operaciones gravadas cuando éstas se realicen simultáneamente con otras exentas o no gravadas, incluidas las instalaciones que siendo susceptibles de tener individualidad propia se hayan transformado en inmuebles por accesión al momento de su enajenación.

Mantendrán la condición de sujetos pasivos quienes hayan sido declarados en quiebra o concurso civil, en virtud de reputarse cumplidos los requisitos de los incisos precedentes, con relación a las ventas y subastas judiciales y a los demás hechos imponible que se efectúen o se generen en ocasión o con motivo de los procesos respectivos. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 16 e inciso b) del artículo 18 de la Ley N° 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones.

(Último párrafo derogado por art. 1º, inciso a), punto 1 de la Ley N° 25.865 B.O. 19/1/2004. Vigencia: a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial. Las disposiciones contenidas en el Título I de la norma de referencia surtirán efectos a partir de la fecha que disponga el Poder Ejecutivo nacional, la que no podrá superar los ciento ochenta (180) días contados desde la fecha de publicación oficial.)⁵⁴

⁵⁴Ibídem..

En síntesis, podemos considerar a los fideicomisos, sujetos del impuesto, principalmente no por su carácter subjetivo, sino en base a las actividades que realicen. Para arribar a esta conclusión, compartimos lo que dice Coto⁵⁵ al respecto en que “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, donde sí se requiere un determinado carácter subjetivo a efectos de calificar como sujetos pasivos.”

Reafirma esta conclusión, el Dictamen (DAL) 49/1997 cuando expresa que “(...) tratándose del IVA corresponderá atenerse al dato concreto de si el fondo fideicomitado protagoniza o no hechos impositivos, ya que potencialmente tiene aptitud subjetiva (...)”

Cuando menciona que tiene aptitud subjetiva, es por la referencia que hace el tercer párrafo del art. 4, cuando habla de “cualquier otro ente individual o colectivo”.

Mientras tanto nos parece importante mencionar, que considera la ley como hechos impositivos del gravamen:

- en el caso de ventas —inclusive de bienes registrables—, en el momento de la entrega del bien, emisión de la factura respectiva, o acto equivalente, el que fuere anterior.
- En el caso de prestaciones de servicios y de locaciones de obras y servicios, en el momento en que se termina la ejecución o prestación o en el de la percepción total o parcial del precio, el que fuera anterior.
- En el caso de trabajos sobre inmuebles de terceros, en el momento de la aceptación del certificado de obra, parcial o total, o en el de la percepción total o parcial del precio o en el de la facturación, el que fuera anterior.
- En los casos de locación de cosas y arriendos de circuitos o sistemas de telecomunicaciones, en el momento de devengarse el pago o en el de su percepción, el que fuera anterior. Igual criterio resulta aplicable respecto de las locaciones, servicios y prestaciones comprendidos en el apartado 21 del inciso e) del artículo 3° que originen contraprestaciones que deban calcularse en función a montos o unidades de ventas, producción, explotación o índices similares, cuando originen pagos periódicos que correspondan a los lapsos en que se fraccione la duración total del uso o goce de la cosa mueble.
- En el caso de obras realizadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio, en el momento de la transferencia a título oneroso del inmueble, entendiéndose que ésta tiene lugar al extenderse la escritura traslativa de dominio o al entregarse la posesión, si este acto fuera anterior. Cuando se trate de ventas judiciales por

⁵⁵ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 144.

subasta pública, la transferencia se considerará efectuada en el momento en que quede firme el auto de aprobación del remate.

- En el caso de importaciones, en el momento en que ésta sea definitiva.
- En el caso de locación de cosas muebles con opción a compra, en el momento de la entrega del bien o acto equivalente.
- En el caso de las prestaciones a que se refiere el inciso d), del artículo 1º, en el momento en el que se termina la prestación o en el del pago total o parcial del precio, el que fuere anterior, excepto que se trate de colocaciones o prestaciones financieras, en cuyo caso el hecho imponible se perfeccionará de acuerdo a lo dispuesto en el punto 7, del inciso b), de este artículo.

Por último, en general no existen situaciones difíciles de encuadrar dentro de la operatoria del fideicomiso, al menos no más que la dificultad que esa misma operación ofrece al ser realizada por cualquier otro sujeto. En nuestro caso en particular, los problemas se plantean con las transferencias de bienes realizadas entre las partes del contrato, tanto las que transmiten el dominio fiduciario entre el fiduciante y el fiduciario como las que transmiten el dominio pleno del fiduciario al beneficiario o al fideicomisario.

2.2. APORTE DE LOS BIENES REALIZADOS POR LOS FIDUCIANTES

Empezamos mencionando que el impuesto alcanza sólo a las transferencias de dominio a título oneroso, y para nuestro caso, resulta que muchos fideicomisos no instrumentan ni siquiera en su realidad económica, transmisiones de dominio con tal título.

Por supuesto que si no acudimos a la realidad económica y nos quedamos sólo con la forma jurídica, tendremos que nunca hay transferencia onerosa, ya que el fiduciario no le entrega ninguna contraprestación al fiduciante a cambio de dicha transferencia y lo propio ocurre con las que el fiduciario realiza en cumplimiento de su mandato: ni el beneficiario ni el fideicomisario deben darle ningún tipo de contraprestación para tener derecho a recibir los bienes.

Todo esto hay que verlo además a la luz de la necesaria traslación del impuesto que garantiza la neutralidad, procurando la traslación de los créditos entre las distintas etapas.

Pero para simplificar el análisis, consideraremos la posibilidad de que las partes convengan transferencias a título oneroso y gratuito, conforme lo pacten en el contrato.

2.3. TRANSFERENCIAS GRATUITAS

Recordemos que las transferencias a título gratuito no resultan alcanzadas por el gravamen, situación que resulta de la lectura de los artículos de la ley.

Ahora bien, esta situación no quiere decir que finaliza el análisis tributario en materia de IVA, sino que es necesario considerar otras situaciones específicas, dado que es necesario determinar si

quien realiza la transferencia debe reintegrar o no el crédito fiscal oportunamente computado por los bienes transferidos gratuitamente.

Esta situación aparece regulada en el art. 58 del Decreto Reglamentario, que estipula:

Art. 58 - 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 impuesto que hubiere computado -según las normas de la ley y este reglamento- por bienes y/o servicios y/o locaciones, empleados en la obtención de los bienes, obras y/o locaciones y/o prestaciones de servicios en cuestión, actualizado de acuerdo a las variaciones del índice mencionado en el artículo 47 de la ley, entre el mes en que se efectuó su cómputo y aquél al que corresponda dicho reintegro, con las limitaciones establecidas en el segundo párrafo de la citada norma legal.⁵⁶

Pero hay que tener en cuenta que no toda transferencia a título gratuito dará lugar al reintegro del crédito fiscal. Entre los casos en que no da lugar, podemos mencionar:

- Locaciones y/o prestaciones de servicios.
- Entrega de bienes cuando exista vinculación directa o indirecta con la actividad gravada.

Mientras que en el caso particular de los fideicomisos, tenemos que tener en cuenta si la transferencia tiene algún tipo de relación con la actividad gravada del fiduciante. Y para determinar esa relación, es necesario analizar las pautas o convenciones estipuladas por las partes al firmar el contrato como así también la realidad económica del fondo.

Compartimos con Coto⁵⁷ lo siguiente: “si los bienes fideicomitidos hubieran estado vinculados a actividades exentas o no gravadas en cabeza del fiduciante, su transferencia al fondo fiduciario no ocasionará restitución alguna de crédito, ya que el mismo no pudo ser computado por el fiduciante (...)”.

2.4. TRANSFERENCIAS ONEROSAS

Esta clase de transferencias sí resultan gravadas por el tributo por expresa enunciación del art. 1 de la ley, y el fiduciante será sujeto pasivo en la medida que revista el rol de alguno de los sujetos mencionados en el art. 4 del mismo cuerpo legal. En síntesis, se encuentra gravada:

- Se trate de una cosa mueble.
- La misma se encuentre situada o colocada en el territorio nacional.
- El fiduciante se encuentre comprendido entre los siguientes sujetos:
 - Hagan habitualidad en la venta de cosas muebles, o bien realicen actos de comercio accidentales.

⁵⁶ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 51, 83.

⁵⁷ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 151.

- 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.

Concluimos que será onerosa en la medida que se cumplan los requisitos arriba mencionados, si no, la transferencia no podrá considerarse onerosa.

Un tema importante para un correcto tratamiento tributario, es el de determinar a qué importe se deben valorar los bienes que serán remitidos al fideicomiso. Entonces para ello, tendremos en cuenta qué considera la ley como precio computable; para ello el primer párrafo del art. 10, establece:

*ARTICULO 10. — El precio neto de la venta, de la locación o de la prestación de servicios, 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. En caso de efectuarse descuentos posteriores, éstos serán considerados según lo dispuesto en el artículo 12. Cuando no exista factura o documento equivalente, o ellos no expresen el valor corriente en plaza, se presumirá que éste es el valor computable, salvo prueba en contrario.*⁵⁸

En tanto que, en el caso de los fideicomisos que se constituyan por transferencias onerosas, hay que decir lo siguiente:

- Que en el contrato de fideicomiso se deje expresa constancia del valor otorgado a los bienes fideicomitidos a efectos de la constitución del mismo. En tal caso, debe considerarse el valor pactado contractualmente como base del cálculo del débito fiscal, en la medida en que el mismo no sea inferior al valor de plaza de los bienes o, siendo inferior, que pueda ser demostrado por el fiduciante. También en este caso, no será necesaria la emisión de factura y el fideicomiso se podrá tomar el crédito fiscal.

- Que en el contrato de fideicomiso no se hubiera pactado el valor otorgado a los bienes fideicomitidos. Aquí, el débito fiscal deberá ser calculado sobre el valor de plaza de tales bienes. Y será necesarios la emisión de factura.

⁵⁸ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 37 – 38, 51

2.5. LA FINALIZACIÓN DEL FIDEICOMISO

Hasta ahora vimos el tratamiento a dar a los bienes cuando son entregados al fideicomiso, es momento de analizar la situación inversa, cuando se finaliza el fideicomiso y los bienes son remitidos a los fideicomisarios o beneficiarios.

Para ello debemos tener en cuenta lo siguiente:

- 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 mano de los fideicomisarios consiste, por ejemplo, en dinero en efectivo o en bienes inmuebles, por hallarse los mismos ajenos al objeto del gravamen.
- Analizar la existencia de onerosidad o gratuidad en la transferencia, quedando la misma al margen del tributo cuando sea realizada a título gratuito.

No debemos perder de vista, que habrá que tener en cuenta las previsiones del contrato para definir si es onerosa o gratuita la transferencia, además de ver si hay existencia de actividad empresarial en cabeza del fideicomiso.

Para aclarar la situación, presentamos el caso de un fideicomiso de garantía, donde el fiduciante trasfiere 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 situación de un fideicomiso inmobiliario, constituido para realizar una actividad netamente empresarial como es la construcción de una obra para su posterior adjudicación a los fideicomisarios.

2.6. CASOS PARTICULARES

2.6.1. FIDEICOMISO DE GARANTIA

La transmisión del dominio fiduciario para la constitución de un fideicomiso de garantía no se realiza a título oneroso, pues el fiduciante no recibe a cambio contraprestación alguna derivada de la transferencia del bien, sino que la creación del fondo responde a la necesidad de garantizar una deuda contraída por él, en beneficio de su acreedor. Por esa razón, no se produce hecho imponible alguno con motivo de dicha transferencia.

Debe tenerse en cuenta la posibilidad por parte del fiduciante de reintegrar el crédito fiscal que se hubiera computado oportunamente. Es decir, si la garantía fuera un inmueble que no hubiera generado crédito fiscal en oportunidad de ser adquirido por el fiduciante, su traspaso al fideicomiso no generará repercusión alguna frente al IVA.

Suponiendo entonces que se trata de un bien que hubiera permitido el cómputo del crédito fiscal para el fiduciante, a efectos de establecer si la transferencia del mismo al fondo fiduciario implica la obligación de reintegrar el crédito fiscal, deberá determinarse:

- Si la deuda garantizada se encuentra vinculada a la actividad gravada alcanzada por el gravamen, en cuyo caso entendemos no debe producirse reintegro de crédito fiscal alguno.

- Si el pasivo garantizado no tuviera relación alguna con la actividad alcanzada por el gravamen, la restitución del crédito fiscal computado se torna imperativa en el período fiscal en que se produzca la transferencia fiduciaria de los bienes.

Mientras, que el fin de los mismos se puede producir por alguna de las siguientes causas:

- El fiduciante cancela el pasivo garantizado con el fondo fiduciario, en cuyo caso los bienes integrantes del patrimonio fideicomitado retornan a su titular original, o

- El fiduciante no cumple su obligación, utilizándose los bienes que integran el fideicomiso para cancelar la deuda garantizada.

En el primer caso, resulta evidente que la transferencia de dominio desde el fideicomiso hacia el fiduciante no se encuentra alcanzada por el impuesto, atento a la falta de onerosidad en la misma.

En cambio, en el segundo caso, es distinta la solución, atento a que el fiduciante puede cancelar la deuda de dos formas:

- Enajenando los bienes que integran el fondo fiduciario y con el producido de los mismos cancelar la deuda.

En este caso debemos merituar el tratamiento de los bienes en el IVA, concluyendo que en este tipo de casos no puede hablarse de habitualidad en la operación, sino que el fideicomiso se limita a efectuar una sola operación de venta para cumplir con el objeto por el que fue creado. Asimismo, la venta que se produjo no puede ser considerada como un acto accidental de comercio, pues carece de sus elementos distintivos.

Con todo lo expuesto compartimos la opinión de Alberto Coto⁵⁹, en cuanto a que “(...) el fideicomiso de garantía no adquiere el carácter de sujeto del impuesto, quedando la enajenación que el mismo realiza para cumplir su objeto, al margen del IVA”.

- Los bienes fideicomitados son transferidos directamente al acreedor del fiduciante, en cancelación de la deuda garantizada.

Las consecuencias impositivas son similares a la otra forma de cancelación previamente mencionada. Pero debemos aclarar que si bien el fondo fiduciario no obtiene nada a cambio, de la transferencia realizada, la operación no pierde su carácter de onerosa.

⁵⁹ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37,165.

2.6.2. FIDEICOMISO INMOBILIARIO

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

En la práctica, los fiduciantes generalmente aportan el terreno y los recursos para la realización de la obra, la que puede ser llevada directamente por el fiduciario, o bien por un tercero contratado por este.

Mientras que el objetivo final del fondo puede ser:

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

Este sería el esquema de esta clase de fondos, a grandes rasgos, por lo tanto nos concierne ahora analizar algunos puntos en particular.

Uno de los primeros puntos a analizar es el caso del aporte del terreno por parte de los fiduciantes. Para poder analizar este punto, supondremos que el fiduciante coincide con los beneficiarios-fideicomisarios.

Ahora bien, en la medida que lo único que se transfiere sea un terreno, el mismo va a estar fuera del alcance del tributo. En cambio, si aporta no solo un terreno, sino un inmueble sobre el cual se han realizado construcciones, deberá efectuarse otro análisis:

- Si el fiduciante, asume el carácter de empresa constructora y transfiere el dominio fiduciario de un inmueble construido, deberá generar débito fiscal por la porción correspondiente a la obra; excepto, que al momento de formalizarse la escritura, el inmueble hubiera estado afectado por tres años (de manera continua o discontinua) a usufructo, arrendamiento, uso, habitación o anticresis, en cuyo caso, deberá reintegrar el crédito fiscal oportunamente computado.
- En cambio, si no reviste el carácter de empresa constructora, la transferencia del dominio fiduciario de un inmueble adquirido o construido sin ánimo de lucro con la posterior venta no genera débito fiscal alguno; mientras que si computó crédito fiscal y no pasaron más de diez años entre la compra o fin de construcción y la transferencia al fideicomiso, deberá reintegrar el crédito fiscal.

Otro punto importante es la posibilidad por parte del fideicomiso de la realización de la obra, para ello nos basamos en lo establecido en el inc. b) del art. 3 de la ley:

ARTICULO 3º — Se encuentran alcanzadas por el impuesto de esta ley las obras, las locaciones y las prestaciones de servicios que se indican a continuación:

b) Las obras efectuadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio.⁶⁰

Entonces para que haya obra sobre inmueble propio es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

- Existencia de obra: son aquellas mejoras que, de acuerdo con los códigos de edificación o disposiciones semejantes, se encuentran sujetas a denuncia, autorización o aprobación por autoridad competente.
- Realización 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: aquellas que directamente o 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.

Aclaremos que el carácter imperfecto del dominio fiduciario, no impide considerar al fideicomiso como propietario del inmueble sobre el cual se efectuará la obra.

Ahora bien, en el caso de los fideicomisos se pueden dar las siguientes situaciones:

- Fideicomisos que realizan la obra con el fin de enajenarla a terceros y distribuir el producido entre sus beneficiarios-fideicomisarios. En este caso nos hallamos ante una actividad alcanzada por el tributo, dado que la transferencia de la obra se realiza a título oneroso, y la realización de la misma por parte del fideicomiso ha perseguido un fin de lucro.
- Fideicomisos que 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. Aquí, consideramos que la contraprestación es onerosa, dado que es la contraprestación por los aportes oportunamente realizados, y que la existencia de fin de lucro dependerá de cada caso en particular. Para analizar citamos el siguiente ejemplo:

- Tenemos una sociedad anónima que asume el carácter de fiduciante, aporta un terreno y le serán adjudicadas unidades al finalizar la obra, que destina a la venta.
- Una empresa constructora que realiza la obra y se cobra con la entrega de unidades que destinará como oficinas comerciales.
- Inversores que destinan los fondos para la obra y reciben unidades como forma de pago.

⁶⁰ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs 29,51.

- En el caso de la SA, consideramos que quien debería tributar es el fondo fiduciario, dado que la obra sobre inmueble propio se realiza sobre el bien que está a su nombre. Por lo tanto, cuando se adjudiquen las unidades a la SA, el fideicomiso deberá determinar e ingresar el débito fiscal sobre el valor correspondiente a la obra. Luego la venta que realice la SA no se considerará gravada, ya que se trata de una reventa de inmueble, excepto que las unidades tengan el carácter de bienes de cambio, en cuyo caso resultan gravadas.

- Para la empresa constructora, no debe considerarse el fin de lucro en relación a dichas unidades, hallándose por tanto la transferencia al margen del gravamen.

- Por último, para los inversores deberá analizarse el destino que los mismos le den a las unidades que reciban. Si la destinan a la venta, resultarán alcanzadas; si la destinan a vivienda, no.

Hasta acá vimos en qué casos corresponde la gravabilidad de la adjudicación de las unidades realizadas por el fideicomiso, ahora nos queda analizar en qué momento se produce el nacimiento del hecho imponible y de qué manera debe calcularse el débito fiscal al producirse adjudicaciones gravadas.

Tomaremos en cuenta dos casos:

- Transferencias a terceros:

- El hecho imponible surge con la escritura traslativa de dominio o la entrega de la posesión, no presentando el boleto de compraventa consecuencia alguna.

- El precio de venta será el que acuerden las partes, el que no podrá ser inferior a: el porcentaje de la obra que surja del avalúo fiscal, o al porcentaje que surja de valorar el inmueble según la ley de impuesto a las ganancias.

- Adjudicaciones a fideicomisarios:

- Se debe tener en cuenta la realidad económica de la operación, y en primer lugar, debe determinarse si la adjudicación se encuentra alcanzada o no, para luego fijar el importe gravado. Dado que si bien el fideicomiso es el sujeto pasivo del tributo, quien materializará el lucro no será el fondo en sí mismo, sino el fideicomisario cuando realice el bien adjudicado.

2.6.3. FIDEICOMISO FINANCIERO

En esta clase de fideicomisos, lo que va a importar analizar es la situación frente al gravamen de los certificados de participación y los títulos de deuda, dado que el funcionamiento del fideicomiso en sí no difiere, de los demás fondos analizados.

Entonces, 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”.

Por lo tanto, de tratarse de un bien mueble que cumpla con las características para ser gravado, estaremos frente a un acto alcanzado, independientemente del tipo de fideicomiso.

Ahora bien, veremos qué pasa con los títulos que emite el fondo:

- Certificados de participación y títulos de deuda:

Citamos lo que dice el art. 83 de la ley 24441:

ARTÍCULO 83. — 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.⁶¹

Esta eximición será posible en la medida que el fideicomiso cumpla en forma concurrente los siguientes requisitos:

- Que el fideicomiso se constituya para titular activos.
- Que los títulos de deuda y certificados de participación sean emitidos por el fiduciario.
- Que ambos títulos sean colocados por oferta pública.

Complementando este análisis, citamos el Dictamen 11/1997 de la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP, que estipula que “(...) no todo fideicomiso financiero otorga a los inversores los beneficios tributarios, sino que deben constatarse las condiciones del referido art. 83, es decir que los fideicomisos deben constituirse para titular activos, lo cual también significa necesariamente que los Títulos de Deuda y de participación deben ser emitidos por el fiduciario (...)”.

Si no resultan eximidos, se deberá seguir por las leyes generales del impuesto al valor agregado, es decir:

⁶¹ ZANNONI Eduardo y Otros, op.cit.pág. 7.

- Si el certificado o título generara un interés para su tenedor, el mismo se encontrará alcanzado por el gravamen, pues no resulta aplicable la exención prevista en el art. 7, inc. h), punto 16 de la ley de IVA.
- La transferencia de los títulos se encuentra exenta, aquí sí por aplicación de las exenciones previstas en el art. 7.
- Y si la amortización de los certificados supusiera entregar bienes al tenedor, pensamos como Coto⁶², quien afirma que se encontrarían alcanzados. Mientras que para los títulos de deuda, la amortización no se encontrará alcanzada en la medida en que su importe sea abonado en dinero; mientras que si se entregaran bienes, estaría alcanzados dicha entrega, bajo la figura de dación en pago.

3. IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES

Como en cada uno de los impuestos que estamos analizando, nos parece útil explicar y reafirmar de qué trata cada tributo.

En el caso del impuesto sobre los bienes personales, nos encontramos frente a un tributo que tiene por objeto gravar el patrimonio personal como manifestación de capacidad contributiva. Pero esta definición no es completa, dado que este impuesto considera en su base imponible, solo los activos de los contribuyentes y no así sus deudas a excepción de las que se correspondan con créditos que hubiesen sido otorgados para la compra o construcción de inmuebles destinados a casa-habitación del contribuyente o del causante en caso de sucesiones indivisas. Siendo el hecho imponible el que resulta normado en el art. 16 de la ley, que dice:

*ARTICULO 16 — Establécese con carácter de emergencia por el término de NUEVE (9) períodos fiscales a partir del 31 de diciembre de 1991, inclusive, un impuesto que se aplicará en todo el territorio de la Nación y que recaerá sobre los bienes existentes al 31 de diciembre de cada año, situados en el país y en el exterior.*⁶³

Como vemos, se trata de un impuesto anual y que va a considerar a los bienes que posean los contribuyentes tanto en el país, como en el exterior, entonces nos convendría definir quiénes son sujetos del impuesto, y si los fideicomisos pueden o no ser sujetos pasivos. Para ello, tomamos la definición de sujetos pasivos del art. 17 del gravamen, que regula lo siguiente:

ARTÍCULO 17 — Son sujetos pasivos del impuesto:

a) Las personas físicas domiciliadas en el país y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país y en el exterior.

⁶² COTO, Alberto, op.cit.pág. 37.

⁶³ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32, 279.

b) Las personas físicas domiciliadas en el exterior y las sucesiones indivisas radicadas en el mismo, por los bienes situados en el país.

Las sucesiones indivisas son contribuyentes de este gravamen por los bienes que posean al 31 de diciembre de cada año en tanto dicha fecha quede comprendida en el lapso transcurrido entre el fallecimiento del causante y la declaratoria de herederos o aquella en que se haya declarado válido el testamento que cumpla la misma finalidad.

A los fines de este artículo se considerará que están domiciliados en el país los agentes diplomáticos y consulares, el personal técnico y administrativo de las respectivas misiones y demás funcionarios públicos de la Nación y los que integran comisiones de la provincias y municipalidades que, en ejercicio de sus funciones, se encontraren en el exterior, así como sus familiares que los acompañaren.⁶⁴

De la lectura de este artículo, vemos que la situación es clara y no contempla como sujetos del impuesto a los fideicomisos tanto financieros como no financieros. Esta conclusión se ve respaldada en el Dictamen 17/2004 de la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP, que concluye: “(...) en cuanto a la situación del fideicomiso frente al impuesto a los bienes personales, cabe resaltar que dicha figura no resulta sujeto pasivo del tributo (...)”.

Esta exclusión de los fideicomisos, como sujetos de este gravamen, es aplicable tanto a si se trata de fideicomisos constituidos en el país como a aquellos creados en el exterior.

Pero con la incorporación del artículo sin numeración a continuación del art. 25, por medio de la ley 26.452 del año 2008, ciertos fideicomisos no financieros quedaron alcanzados, como lo menciona a partir del tercer párrafo:

Tratándose de fideicomisos no mencionados en el inciso i) del artículo 22 de esta ley excepto cuando, el fiduciante sea el Estado nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o aquéllos se encuentren destinados al desarrollo de obras de infraestructura que constituyan un objetivo prioritario y de interés del Estado nacional, el gravamen será liquidado e ingresado por quienes asuman la calidad de fiduciarios, aplicando la alícuota indicada en el primer párrafo sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año, determinado de acuerdo con lo establecido en el inciso k) del artículo 22 de la presente ley. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo. En caso que el Estado nacional, provincial, municipal o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires compartan la calidad de fiduciante con otros sujetos, el gravamen se determinará sobre la participación de estos últimos, excepto en los fideicomisos que desarrollen las obras de infraestructura a que se refiere el presente párrafo.

⁶⁴Ibídem.,.

*En los casos mencionados en el párrafo anterior, se presume sin admitir prueba en contrario, que los bienes que integran el fideicomiso pertenecen de manera directa o indirecta a sujetos pasivos del gravamen.*⁶⁵

Como vemos los fideicomisos no financieros por esta modificación quedarán incluidos en este impuesto como sujetos pasivos.

Mientras que el art. 22 en su inc. k) nos aclara su valuación:

k) Los bienes integrantes de fideicomisos no comprendidos en el inciso i) de este artículo se valorarán de acuerdo a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

Los bienes entregados a estos fideicomisos no integrarán la base que los fiduciantes, personas físicas o sucesiones indivisas, deben considerar a efectos de la determinación del impuesto. Si el fiduciante no fuese una persona física o sucesión indivisa, dichos bienes no integrarán su capital a fines de determinar la valuación que deben computar a los mismos efectos.

*Lo dispuesto en el párrafo anterior sólo será aplicable si se hubiera ingresado, a su vencimiento, el impuesto a que se refiere el cuarto párrafo del artículo sin número incorporado a continuación del artículo 25 de la presente ley. (Inciso k) incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.452 B.O. 16/12/2008)*⁶⁶

Definido que los fideicomisos no son sujetos del impuesto, debemos ver qué pasa con los participantes del contrato, es decir:

- Fiduciantes
- Beneficiarios
- Fideicomisarios
- Fiduciarios, y
- Tenedores de títulos de deuda y certificados de participación.

En todos los casos debemos primero definir el carácter de los mismos, recordando que este tributo se aplica a personas físicas y sucesiones indivisas.

Entonces, en el primer caso, para un fiduciante, persona física o sucesión indivisa, 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, tal como menciona Alberto Coto⁶⁷. Esta situación es tanto para los fiduciantes de fideicomisos del país como del exterior.

Mientras que en el caso de los beneficiarios y los fideicomisarios, según Coto⁶⁸, “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

⁶⁵Ibídem,

⁶⁶Ibídem.

⁶⁷ COTO, Alberto, op.cit.pág. 37.

⁶⁸Ibídem.

fideicomiso al momento de su finalización (para los fideicomisarios)”, para luego compartir su conclusión al respecto que dice “entendemos que dicho derecho no reviste el carácter de un bien alcanzado por el gravamen”, entre otros motivos porque “el alcance del concepto “bienes del país” y “bienes del exterior” se encuentre plasmado en los art. 19 y 20 de la ley del impuesto, no hallándose dentro de los mismos referencia alguna a los derechos que poseen vinculados a los fideicomisos”.

En el caso de los fiduciarios, con la incorporación de los fideicomisos no financieros en el año 2.008, ellos quedaron sujetos al régimen de responsables por deuda ajena en bienes personales y participaciones societario. Entonces, tratándose de fideicomisos no financieros, el gravamen será liquidado e ingresado por quienes asuman la calidad de fiduciarios, aplicando la alícuota del 0.50% sobre el valor de los bienes que integren el fideicomiso al 31 de diciembre de cada año. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo. El fiduciante deberá adicionar a su propia declaración jurada tales bienes, sólo en el caso en que el fiduciario no asumiera su obligación.

Para clarificar el rol del fiduciario, nos parece esclarecedor mencionar lo que surge de una consulta a la AFIP, que menciona “El fiduciario deberá solicitar, de corresponder, su inscripción ante este Organismo conforme lo dispuesto por la Resolución General N° 10, sus modificatorias y complementarias.

Asimismo, deberá efectuar el alta en el gravamen ingresando con "Clave Fiscal" - a través del sitio "web" institucional - al servicio "Sistema Registral", y dentro del menú "Registro Tributario", seleccionará la opción "F 420/T Alta de Impuestos y/o Regímenes", impuesto "Resp Deuda Ajena BP - Acc o Part".”

Y para el caso de los tenedores de certificados de participación y títulos de deuda, el inc. i) del art. 22 de la ley, menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 22 — Los bienes situados en el país se valuarán conforme a:

i) Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en el caso de fideicomisos financieros, que se coticen en bolsas o mercados: al último valor de cotización o al último valor de mercado al 31 de diciembre de cada año.

Los que no se coticen en bolsas o mercados se valuarán por su costo, incrementado, de corresponder, con los intereses que se hubieran devengado a la fecha indicada o, en su caso, en el importe de las utilidades del fondo fiduciario que se hubieran devengado a favor de sus titulares y que no les hubieran sido distribuidas al 31 de diciembre del año por el que se determina el impuesto.

*(Inciso sustituido por inc. g) del art. 7° de la Ley N° 25.063 B.O 30/12/1998)*⁶⁹

Coincidimos con Coto⁷⁰ en que “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”.

⁶⁹ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José, CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32 ,282.

4. IMPUESTO A LA GANANCIA MÍNIMA PRESUNTA

Consideramos que resulta necesario, previo a cualquier análisis, precisar cuál es el objeto de este gravamen. Es por ello que recurrimos a lo que la Ley N° 25.063 del año 1.998, enuncia en el primer párrafo de su art. 1:

*Artículo 1° - Establécese un impuesto a la ganancia mínima presunta aplicable en todo el territorio de la Nación, que se determinará sobre la base de los activos, valuados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley (...)*⁷¹

En otras palabras, este impuesto grava los activos empresarios existentes al cierre de cada ejercicio.

Hecha esta aclaración, nos podemos centrar en el tema en cuestión. Y es aquí donde recurrimos al art. 2 de la ley, que en su extensa redacción nos enumera en forma taxativa quienes son considerados sujetos del tributo. Siendo el inc. f) quien hace referencia a los fideicomisos:

Art. 2° - Son sujetos pasivos del impuesto:

*(...) f) Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto los fideicomisos financieros previstos en los artículos 19 y 20 de dicha ley (...)*⁷²

Como vemos este artículo, nos determina una diferenciación, dado que por un lado vamos a tener a quienes resultan sujetos pasivos de determinación e ingreso del tributo, los fideicomisos no financieros, y por otro lado, a quienes no gozan de esa calidad como son los fideicomisos financieros.

Ahora bien, cuando se trate de fideicomisos no financieros el último párrafo del art. 2, impone en cabeza del fiduciario la obligación de determinar e ingresar el tributo correspondiente a los mismos, en carácter de responsable por deuda ajena en los términos del art. 6, inc. e) de la Ley 11.683.

¿Y qué pasa con los sujetos del exterior? ¿Pueden ser alcanzados por él tributo? En este punto la ley es muy clara, porque en el mismo art. 2 en el inc. h) menciona como sujeto del impuesto:

(...) h) Los establecimientos estables domiciliados o, en su caso, ubicados en el país, para él o en virtud del desarrollo de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, forestales, mineras o cualesquiera otras, con fines de especulación o lucro, de producción de bienes o de prestación de servicios, que pertenezcan a personas de existencia visible o ideal domiciliadas en el exterior, o a patrimonios de afectación, explotaciones o empresas unipersonales ubicados en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas.

Son establecimientos estables a los fines de esta ley, los lugares fijos de negocios en los cuales una persona de existencia visible o ideal, una sucesión indivisa, un patrimonio de afectación o una

⁷⁰ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37y,129.

⁷¹ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José, CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32 , 247.

⁷² *Ibidem*.

explotación o empresa unipersonal desarrolle, total o parcialmente, su actividad y los inmuebles urbanos afectados a la obtención de renta.

Están incluidos en este inciso, entre otros:

- Una sucursal.*
- Una empresa o explotación unipersonal.*
- Una base fija para la prestación de servicios técnicos, científicos o profesionales por parte de personas de existencia visible.*
- Una agencia o una representación permanente.*
- Una sede de dirección o de administración.*
- Una oficina.*
- Una fábrica.*
- Un taller.*
- Un inmueble rural, aun cuando no se explote.*
- Una mina, cantera u otro lugar de extracción de recursos naturales.*
- Una ejecución de obra civil, trabajos de construcción o de montaje.*
- El uso de instalaciones con fines de almacenaje, exhibición o entrega de mercaderías por la persona, patrimonio de afectación, empresa o explotación unipersonal o sucesión indivisa, a quienes éstas pertenecen y el mantenimiento de existencias de dichas mercaderías con tales fines.*
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios para adquirir mercaderías o reunir informaciones para la persona, patrimonio de afectación, empresa o explotación unipersonal o sucesión indivisa, así como también con fines de publicidad, suministro de información, investigaciones técnicas o científicas o actividades similares, que tengan carácter preparatorio o auxiliar para la persona, patrimonio de afectación, empresa o explotación unipersonal o sucesión indivisa.*

No se considerará establecimiento estable la realización de negocios en el país por medio de corredores, comisionistas o cualquier otro intermediario que gocen de una situación independiente, siempre que éstos actúen en el curso habitual de sus propios negocios.

Tampoco se considerarán establecimientos estables los sujetos pasivos que estuvieran comprendidos en los incisos a) o b) del presente artículo.

En su caso, las personas de existencia visible o ideal domiciliadas en el país, las empresas o explotaciones unipersonales ubicadas en el país o las sucesiones allí radicadas que tengan el condominio, posesión, uso, goce, disposición, depósito, tenencia, custodia, administración o guarda de bienes que constituyan establecimientos estables de acuerdo con las disposiciones de este inciso, deberán actuar como responsables sustitutos del gravamen, según las normas que al respecto establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

*En el caso de uniones transitorias de empresas comprendidas en este inciso el responsable sustituto será el representante a que alude el artículo 379 de la Ley de Sociedades Comerciales (...)*⁷³

Vemos que la enunciación de quienes pueden ser sujeto del tributo es extensa, y a diferencia de otras leyes, no deja prácticamente margen para la duda. Entonces, teniendo en cuenta que la norma enumera, dentro de los posibles titulares de establecimientos estables, a los patrimonios de afectación del exterior, es evidente que ello comprende a los fideicomisos en el extranjero.

¿Y si no tiene establecimiento estable en el país? No existe ningún inconveniente en la interpretación de la norma, porque para los fondos fiduciarios del exterior que posean bienes situados en el país pero sin establecimiento estable en el mismo, el tributo no los alcanza, porque no son sujetos pasivos del gravamen.

Además en este tipo de fideicomiso no financiero, los fiduciantes consideran exentos en su cabeza a los bienes que decidan aportar al fideicomiso que estén constituyendo, esto resulta por aplicación de la exención prevista en el inc. f) del art. 3:

Art. 3º - Están exentos del impuesto:

*(...) f) Los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad frente al gravamen de acuerdo con lo establecido por el inciso f) del artículo 2º y, en el caso de fideicomisos financieros, los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en la proporción atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fondo fiduciario (...)*⁷⁴

En este punto coincidimos con Alberto Coto⁷⁵, quien considera que “el espíritu de la norma exentiva se relaciona con aquellos fondos fiduciarios en los que la figura del fiduciante coincide con la del fideicomisario y, por ello, la transferencia de los bienes al fideicomiso supone reflejar contablemente, como contrapartida, un derecho sobre los activos fideicomitados”, para luego agregar que “si bien, el derecho del fiduciante/fideicomisario resulta un derecho en expectativa, no alcanzado en ningún caso por el tributo, es factible que la exención, de manera redundante e innecesaria, hubiera tenido por objeto despejar todo tipo de dudas, buscando que independientemente de la realidad económica, la imposición recaiga únicamente sobre el titular jurídico de los bienes (el fideicomiso), no estando sujeto a imposición el activo del fiduciante/fideicomisario que simplemente refleje la afectación de parte de su patrimonio a un fondo fiduciario”.

Como vemos hasta aquí, este tributo en su redacción resulta mucho más claro para su aplicación a nuestra figura en concreto. Pero, el tema se complica un poco cuando, en el caso de los fideicomisos financieros que no son sujetos de este impuesto, los certificados y títulos de participación

⁷³Ibídem.

⁷⁴Ibídem.

⁷⁵ COTO, Alberto, op.cit.pág.37, 109 – 110.

que estos emitan se encuentran alcanzados por el tributo, como consecuencia de lo que enuncia el art. 4, inc. g), que menciona:

Art. 4º - Los bienes gravados del activo en el país deberán valuarse de acuerdo con las siguientes normas:

(...) g) Los certificados de participación y los títulos representativos de deuda, en el caso de fideicomisos financieros, que se coticen en bolsas o mercados: al último valor de cotización o al último valor de mercado a la fecha de cierre del ejercicio.

Los que no se coticen en bolsas o mercados se valuarán por su costo, incrementado, de corresponder, con los intereses que se hubieran devengado a la fecha indicada o, en su caso, en el importe de las utilidades del fondo fiduciario que se hubieran devengado a favor de sus titulares y que no les hubieran sido distribuidas a la fecha de cierre del ejercicio por el que se determina el impuesto (...)⁷⁶

Aunque cabe aclarar lo siguiente, y es que no todos los titulares de certificados de participación y títulos de deuda, podrán ser considerados sujetos del tributo, para que queden alcanzados es primordial que el tenedor de los títulos sea sujeto del tributo. Coto en un pequeño análisis nos aclara esta situación⁷⁷:

- Una sociedad del país: deberá considerarlos a los efectos de la determinación del impuesto.
- Una persona física del país: tales bienes no resultarán alcanzados por el impuesto en cuestión, pues no se trata de sujetos del tributo.
- 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.
- Una persona física del exterior: se requiere la existencia de un establecimiento estable para que un sujeto extranjero sea considerado sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta.

En síntesis, cuando se trate de Fideicomisos Financieros, el impuesto a la Ganancia mínima Presunta resulta de aplicación exclusivamente al nivel del tenedor de los Certificados de Participación y/o Títulos de Deuda en la proporción no atribuible al valor de las acciones u otras participaciones en el capital de entidades sujetas al impuesto que integren el activo del fideicomiso.

¿Y el pago a cuenta cómo funciona? Siempre y cuando, los fideicomisos financieros determinen el impuesto a las ganancias, dado que no son sujetos pasivos de mínima presunta, se pueden dar las siguientes situaciones:

⁷⁶ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José, CAÑADA, Francisco op.cit.págs. 32, 250.

⁷⁷ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 100.

- Fideicomiso: no se podrá tomar el IGMP como pago a cuenta de ganancias, pues el gravamen no recae en su cabeza.

- Tenedores de certificados de participación: señalamos lo que dice Martín⁷⁸, “(...) evidentemente, esta situación no deseada tiene como única solución interpretar lo que la norma no dice y ello significa atribuir a cada inversor, como crédito de impuesto, la proporción de su haber patrimonial sobre el impuesto a las ganancias abonado por el fideicomiso (...)”.

- Tenedores de títulos de deuda: cuando los títulos de deuda fueran emitidos por el fiduciario y colocados por oferta pública, se produciría el mismo efecto que el citado para los certificados de participación, atento a que los intereses del mismo se hallan eximidos del impuesto a las ganancias.

Compartimos con Coto⁷⁹, que “(...) todo esto hubiera sido evitado si la norma otorgara a los fideicomisos financieros el carácter de sujeto del impuesto a la ganancia mínima presunta, al igual que lo hace para el resto de los fideicomisos”.

Luego de lo mencionado, nos parece conveniente mostrar cómo es la mecánica liquidatoria del tributo para el caso de un fideicomiso no financiero. Entonces, para que resulte más claro, nos vamos a basar en el esquema que Coto⁸⁰, menciona en su libro, dado que nos parece muy simple y práctico de entender, por lo que, el fideicomiso:

- Deberá determinar su activo gravado, detrayendo del mismo aquellos bienes para los cuales la ley prevea algún tratamiento especial, como ser:

- Bienes exentos.
- Bienes no considerados como activos.
- Bienes no computables.

- El activo sujeto a imposición, tanto del país como del exterior, se valorará tomando en cuenta las normas que contempla la ley del tributo para cada tipo de bien.

- Si el total del activo del país, valuado de conformidad con la ley, no superara los \$ 200.000, el mismo quedará exento por aplicación del art. 3, inc. j), del texto legal. De existir activos en el exterior, la suma indicada se elevará en la proporción que represente el activo gravado del exterior sobre el activo gravado total.

- Los \$ 200.000 funcionan como un mínimo exento, es decir que si el activo del país supera este valor, queda gravada la totalidad del mismo.

- No existe mínimo alguno para los bienes del exterior, pues el inc. j) citado se refiere a los bienes del país.

⁷⁸MARTIN, Julián. *Fideicomisos. Estado actual*, (Buenos Aires, Errepar, Doctrina Tributaria, t. XX, 1999), pág. 224.

⁷⁹COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 120.

⁸⁰Ibídem

- Al activo finalmente alcanzado, se le aplicará la tasa de imposición, prevista actualmente en el 1%, a efectos de determinar el monto del tributo.

- Contra el impuesto determinado se computará, de corresponder, el pago a cuenta del impuesto a las ganancias, regulado por el art. 13 de la ley del gravamen.

En este impuesto, se ha establecido un mecanismo particular relacionado con el impuesto a las ganancias como lo es el pago a cuenta establecido a partir del segundo párrafo, del art. 13 de la ley, que fija lo siguiente:

(...)El impuesto a las ganancias determinado para el ejercicio fiscal por el cual se liquida el presente gravamen, podrá computarse como pago a cuenta del impuesto de esta ley, una vez deducido de éste el que sea atribuible a los bienes a que se refiere el artículo incorporado a continuación del artículo 12. (Párrafo sustituido por Ley N° 25.239, Título VII, art. 7°, inciso c). Vigencia: A partir del 31/12/99 y surtirá efecto para los ejercicios que cierren con posterioridad a dicha fecha.)

En el caso de sujetos pasivos de este gravamen que no lo fueren del impuesto a las ganancias, el cómputo como pago a cuenta previsto en este artículo, resultará de aplicar la alícuota establecida en el inciso a) del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, vigente a la fecha del cierre del ejercicio que se liquida, sobre la utilidad impositiva a atribuir a los partícipes.

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 de esta ley, se admitirá, siempre que se verifique en cualesquiera de los DIEZ (10) ejercicios siguientes un excedente del impuesto a las ganancias no absorbido, computar como pago a cuenta de este último gravamen, en el ejercicio en que tal hecho ocurra, el impuesto a la ganancia mínima presunta efectivamente ingresado y hasta su concurrencia con el importe a que ascienda dicho excedente.

Respecto de aquellos períodos en los que de acuerdo con la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, estuvieran prescriptas las acciones y poderes del fisco para determinar y exigir el ingreso del impuesto, la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, queda facultada para verificar el monto del pago a cuenta a que se refiere el párrafo anterior y, en su caso, modificarlo aplicando las normas del artículo 14 de la citada ley (...)⁸¹

Entonces, ¿Cómo consideramos a este tributo? ¿Un impuesto a la renta o un impuesto complementario? Coincidimos con una parte de la doctrina, que lo considera un impuesto

⁸¹ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José, CAÑADA, Francisco, op.cit.pág. 32, 252.

complementario, y para ello tomamos las palabras de Coto⁸², quien afirma que “de esta manera se constituye en un gravamen complementario a la imposición de 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”, y luego agrega que “(...) se trata de un tributo complementario al impuesto a las ganancias, castigando de esta manera a quienes posean activos ociosos o no generadores de renta”.

La redacción del texto legal, puede dar lugar a varias dudas, es por eso que optamos por hacer un desarrollo de este punto en forma más precisa, presentando las distintas variantes que pueden surgir. Para ello, basándonos en Alberto Coto⁸³, presentamos tres opciones, propuestas por el autor, que son usuales ver en la práctica, no solo con los fideicomisos, sino con cualquier otro sujeto pasivo de este impuesto, como son:

- Fideicomisos sujetos del impuesto a las ganancias y ganancia mínima presunta
- Fideicomisos sujetos únicamente del impuesto a la ganancia mínima presunta
- Fideicomisos mixtos.

La complejidad de uno u otro, se basa en los cálculos que uno como profesional en ciencias económicas, debe ir conservando, como papeles de trabajo, de ejercicio en ejercicio.

Además en el primer caso en que resulta sujeto de ambos impuestos, la complejidad es menor, porque el impuesto a las ganancias, sea mayor o menor al de mínima presunta, no genera inconveniente alguno para la aplicación de los pagos a cuenta previstos en la ley de este último gravamen.

Entonces:

- $IG > IGMP$, el excedente no genera saldo a favor del fideicomiso, generándose su pérdida, porque no podrá ser usado a futuro.
- $IG < IGMP$, la diferencia deberá ingresarse como el monto correspondiente a la ganancia mínima presunta del ejercicio. Pero en esta situación, utilizaremos lo normado en el párrafo quinto, que hace referencia a la posibilidad de computarse como pago a cuenta por los diez años siguientes el monto ingresado como mínima presunta, siempre que en tales años el impuesto a la ganancia exceda al IGMP, procediendo el cómputo a cuenta únicamente hasta dicho excedente.

Pero si solo es sujeto pasivo de mínima presunta, como sería el caso de un fideicomiso del país en el cual el fiduciante es un sujeto del país y coincide con el beneficiario, la solución viene dada por el tercer párrafo del art. 13 antes mencionado, por lo que:

⁸² COTO, Alberto, op.cit.pág. 37, 97.

⁸³ Ibídem.

- Contra el IGMP del fideicomiso, podrá computarse a cuenta el importe que resulte de aplicar el 35% sobre la ganancia impositiva del mismo.

- Y si el IGMP fuere mayor al 35% de la ganancia impositiva, el excedente podrá computarse como pago a cuenta del impuesto a las ganancias del beneficiario por diez períodos fiscales. Y aquí consideramos lo que menciona el último párrafo del art. 18 del Decreto Reglamentario de la ley:

(...) Cuando se trate de sujetos pasivos de ese impuesto que no lo fueren en el impuesto a las ganancias el pago a cuenta, determinado de acuerdo con lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 13 de la ley, se atribuirá al único dueño en el caso de empresas unipersonales, al titular de inmuebles rurales o al socio -en la misma participación de las utilidades- y computándose contra el impuesto a las ganancias de la respectiva persona física, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia proveniente de la participación en la sociedad, de la empresa o explotación unipersonal o de los inmuebles rurales que dieron lugar al mencionado pago a cuenta (...)⁸⁴

- Por último, tomamos en cuenta lo que expresa Coto⁸⁵, sobre el tema que es que “a su vez, en cada uno de los diez ejercicios fiscales siguientes, el beneficiario deberá evaluar cuál es el incremento de su impuesto a las ganancias por la incorporación de la renta del fondo fiduciario, procediendo, hasta dicho incremento, el cómputo a cuenta del impuesto a la ganancia mínima presunta ingresado por el fideicomiso”.

Y para el caso de los fideicomisos mixtos, primero recordamos que son aquellos en que, en el caso de un fideicomiso del país, tenemos por un lado fiduciante-beneficiario y además otros beneficiarios que no revisten el rol de fiduciantes. En cuyo caso, siguiendo a Coto⁸⁶ decimos que:

- Contra el IGMP del fideicomiso se computará, como pago a cuenta, el importe que resulte de aplicar el 35% sobre la ganancia impositiva del mismo.

- Si el IGMP resultará superior al 35% de la ganancia impositiva, el importe ingresado por el tributo podrá ser computado a cuenta del IG por diez ejercicios fiscales, conforme al siguiente detalle:

- Deberá atribuirse al fiduciante-beneficiario un porcentaje del IGMP ingresado equivalente a su participación en las utilidades del fondo. Ello obedece a que la renta del fideicomiso perteneciente al fiduciante-beneficiario es declarada por éste y no por el fideicomiso.
- El resto del IGMP ingresado, quedará como pago a cuenta contra el IG del fideicomiso.

⁸⁴ PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José, CAÑADA, Francisco, op.cit.págs. 32255.

⁸⁵ COTO, Alberto, op.cit.págs. 37, 106.

⁸⁶ *Ibidem*.

5. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

El impuesto sobre los ingresos brutos (IIBB), se trata de un impuesto de carácter local (provincial), que en nuestro territorio se encuentra regulado por el Código Fiscal emitido por la Legislatura Provincial; siendo la Administración Tributaria Mendoza, que depende del Ministerio de Hacienda y Finanzas del Gobierno de la Provincia de Mendoza, la encargada de la fiscalización y recaudación del respectivo tributo.

El objeto de imposición, se encuentra regulado en el art. 159 del cuerpo legal, considerando lo siguiente:

Artículo 159° - El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la Provincia de Mendoza del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso _ lucrativa o no _ cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos , terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza), estará alcanzado con un impuesto sobre los ingresos brutos en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes.

La habitualidad deberá determinarse teniendo en cuenta especialmente la índole de las actividades, el objeto de la empresa, profesión o locación y los usos costumbres de la vida económica.

Se entenderá como ejercicio habitual de la actividad gravada, el desarrollo en el ejercicio fiscal, de hechos, actos u operaciones de la naturaleza de las gravadas por el impuesto, con prescindencia de su cantidad o monto, cuando los mismos sean efectuados por quienes hagan profesión de tales actividades.

La habitualidad no se pierde por el hecho de que, después de adquirida, las actividades se ejerzan en forma periódica o discontinua.

Asimismo se considera actividad gravada, la adquisición de bienes o de servicios efectuada por consumidores finales a través de medios de comunicación que permitan la realización de las transacciones, cuando el domicilio del adquirente se ubique en la provincia. Se considerara que el domicilio del comprador es el de entrega de la cosa, entendiendo por tal aquel donde puede disponer jurídicamente de un bien material como propietario, o el de la prestación del servicio.⁸⁷

Vemos que la enunciación que realiza el Código es muy amplia y clara en cuanto a qué vamos a considerar como objeto de imposición.

⁸⁷CODIGO FISCAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA AÑO 2.012, rescatado de <http://www.rentas.mendoza.gov.ar>.

A su vez, vemos que en el mismo artículo se menciona que estarán alcanzados por el gravamen todos los sujetos cuando afirma “cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste”, esta enunciación nos hace que en forma general consideremos a los fideicomisos como sujetos del impuesto cualquiera sea la clase que adopte.

Pero, para aclarar el tema de sujetos pasivos, es conveniente ver qué menciona el artículo 163 al respecto:

Artículo 163° - Son contribuyentes del impuesto las personas físicas, sociedades con o sin personería jurídica, uniones transitorias de empresas, y demás entes que realicen las actividades gravadas.

Quando lo establezca la Dirección General de Rentas, deberán actuar como agentes de retención, percepción o información las personas físicas, sociedades con o sin personería jurídica y toda entidad que intervenga en operaciones o actos de los que deriven o puedan derivar ingresos alcanzados por el impuesto.⁸⁸

Vemos aquí también, que se hace una enunciación en forma general de los posibles sujetos pasivos del tributo, en este caso cuando afirma que estarán alcanzados “los demás entes que realicen las actividades gravadas”.

Pero el análisis no se acaba acá, deberemos analizar si en el cuerpo legal existe alguna otra disposición, generalmente de carácter exentivo que los alcance.

Para concluir esta introducción nos parece acorde mencionar qué considera el Código como base imponible, para ello nos remitimos al art. 168 del texto legal:

Artículo 168° - Salvo expresa disposición en contrario, el gravamen se liquidará sobre la base de los ingresos brutos devengados más los anticipos y/o pagos a cuenta del precio total de las operaciones realizadas durante el período fiscal, correspondientes al ejercicio de la actividad gravada.

Se considera ingreso bruto el valor o monto total - en valores monetarios, en especies o en servicios - devengado en concepto de ventas de bienes, de remuneraciones totales obtenidas por los servicios, la retribución por la actividad ejercida, los intereses obtenidos por préstamos de dinero o plazos de financiación o, en general, el de las operaciones realizadas.

En las operaciones de venta de inmuebles en cuotas por plazos superiores a doce (12) meses, se considerará ingreso bruto devengado, a la suma total de las cuotas o pagos que vencieran en cada período.

En las operaciones realizadas por las entidades financieras comprendidas en el régimen de la Ley 21526, se considerará ingreso bruto a los importes devengados, en función del tiempo, en cada período.⁸⁹

⁸⁸Ibídem.

⁸⁹Ibídem.

Lo que esta clase de tributos considera como base imponible son los ingresos que obtenga el sujeto pasivo por el desarrollo de su actividad, por lo que a la luz de nuestro análisis deberemos considerar qué serán considerados ingresos en cada tipo de fideicomiso.

1. ASPECTOS PARTICULARES DEL CODIGO FISCAL

Para hacer este análisis nos remitimos a buscar e investigar los puntos en que el Código Fiscal hace referencia a los fondos fiduciarios.

El primer artículo que hace referencia es el art. 22, inc. c), que menciona:

Artículo 22° - Son responsables y sujetos a los mismos deberes que los contribuyentes:

c) Los que dirigen, representen, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos sin personería jurídica y los fiduciarios, excepto en los fideicomisos financieros.

Los deberes que deberán cumplir los fiduciarios, serán entre otros los de la determinación, liquidación e ingreso del tributo, así como también cualquier otro deber que en el caso particular establezca la reglamentación.⁹⁰

No es mucho más lo que regula el Código Fiscal, mientras tanto en la Ley Impositiva dictada cada año tampoco hay regulación específica.

Queda por agregar como conclusión final lo siguiente:

- De la definición del objeto del impuesto, se advierte claramente que en tanto los fondos fiduciarios realicen actividades gravadas, asumirán el rol de sujetos pasivos del impuesto, debiendo determinar e ingresar el mismo conforme a las normas que rijan en la jurisdicción.

- La base imponible sobre la cual se determinará el tributo dependerá del tipo de actividad que desarrolle el fideicomiso, tal como lo haría cualquier otro contribuyente del gravamen.

⁹⁰Ibídem.

CAPÍTULO IV – TRATAMIENTO CONTABLE

INTRODUCCIÓN

Corresponde establecer si es necesario que el fideicomiso lleve una contabilidad por separado y emita estados contables y, en este caso, cuáles son las características que estos deben tener.

La pregunta que nos surge entonces es: ¿el fideicomiso es un ente contable? Para preparar información contable, es fundamental y condición necesaria que el ente exista. A la contabilidad le interesan entes que perciban fines económicos y sean identificables.

Es necesario el análisis de los siguientes tres elementos:

- Fin económico particular.
- Conjunto de bienes.
- Centro de decisiones.

Con estos elementos podemos establecer las siguientes relaciones, a través del análisis del objeto, partes intervinientes, contenido y particularidades que puede revestir el contrato de fideicomiso:

- ¿Existe fin económico particular? Sí, existe el encargo del fiduciante al fiduciario (por ejemplo: administrar un bien, ponerlo en garantía o invertir)
- ¿Existe un conjunto de bienes? Sí, existe el patrimonio fiduciario.
- ¿Existe un centro de decisiones? Sí, es el mismo fiduciario, ya que es el que administra el patrimonio fiduciario y debe adoptar todas las decisiones que hacen a un buen hombre de negocios como nos dice la ley 24441 en sus arts. 6 y 7.

Afirmativamente, y respondiendo a la anterior pregunta del segundo párrafo de esta introducción, el contrato de fideicomiso, celebrado de acuerdo a la legislación vigente, da origen a un “ente contable”.

Seguidamente, nos viene la inquietud de quienes serían los usuarios principales de la información contable. Al menos existen tres usuarios principales:

- Fiduciante: porque a través de esa información contable va a poder controlar si el fiduciario está o no haciendo el encargo.

- Beneficiario: ya que se va a llevar los frutos, le va a interesar ver si las cosas se hacen bien.
- Fideicomisario: ya que se va a llevar los bienes cuando el contrato concluya, por lo que va a estar interesado en el seguimiento y control del fideicomiso.

También existirán otros usuarios como el fisco, ya que la información contable va a ser la base sobre la que se van a calcular los tributos, además le va a interesar a la Comisión Nacional de Valores como ente fiscalizador y a los mismos inversores para el caso de los fideicomisos financieros.

Para poder escoger el tratamiento más adecuado, se requiere que los participantes del contrato de fideicomiso informen en sus estados contables acerca de los derechos y obligaciones emergentes de dicho contrato.

Las alternativas de tratamiento contable de los contratos de fideicomiso en los libros del fiduciante son variadas, las que dependen de las distintas clases de fideicomiso existentes y de las cláusulas particulares de cada contrato, en especial las relativas al destino final de los bienes fideicomitidos y a la contraprestación relacionada con la transmisión fiduciaria, en el caso de que ésta exista.

Las Resoluciones Técnicas no han tratado el tema, éste fue analizado solamente por la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que emitió el informe 28 en agosto de 1997, que establece las pautas mínimas de valuación y exposición de los fideicomisos para que pueda determinarse a partir de ellas el tratamiento contable más adecuado a las características del contrato de fideicomiso.

Nos guiaremos por el autor Mauricio G. Eidelstein quien es integrante de la Comisión Directiva de la Cámara Argentina de Fideicomisos y Fondos de Inversión Directa en Actividades Productivas (CAFIDAP). Él opina que la registración, valuación y exposición del fideicomiso dependerá de las cláusulas establecidas en cada contrato de fideicomiso, la realidad económica y el criterio profesional del Contador Público. Asimismo, el informe mencionado no reviste el carácter de una norma técnica, sino que se trata solamente de la emisión de un estudio profesional que puede ser considerado como un antecedente bibliográfico, pero no constituye una norma obligatoria.

Cabe recordar que el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CPCECABA), en virtud de la ley 20.488, tiene la potestad de emitir normas profesionales de aplicación obligatoria para los profesionales de su jurisdicción. Adicionalmente, a partir del año 2000, no pertenece a la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

Las situaciones mencionadas traen como consecuencia, la carencia de lineamientos profesionales fuera del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

1. ESTADOS CONTABLES DEL FIDEICOMISO – NECESIDAD DE SU PRESENTACION⁹¹

Los artículos 6 y 7 de la ley 24.441 disponen que:

- El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

- El contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, la que podrá ser solicitada por el beneficiario conforme las previsiones contractuales, ni de la culpa o dolo en que pudieren incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos.

- En todos los casos, los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor de un año.

Los fideicomisos no se encuentran contenidos en la ley 19.550, ya que no poseen personería jurídica.

Los registros contables del fideicomiso permiten a las personas vinculadas al mismo recibir información actualizada, por lo tanto, las operaciones del fideicomiso deben ser registradas en un sistema contable adecuado. Las cuentas del fideicomiso deben mostrar autenticidad e imparcialidad sobre la situación patrimonial y financiera del fideicomiso, el resultado de sus operaciones, la evolución del patrimonio neto y el flujo de efectivo de un período o ejercicio de acuerdo con normas contables profesionales.

2. ESTADOS CONTABLES BÁSICOS A PRESENTAR E INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA⁹²

De acuerdo con lo establecido por el informe 28 de la Comisión de estudios sobre contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los estados contables básicos que deberán presentar los fiduciarios por los fideicomisos son: el estado de situación patrimonial fiduciario, y los estados de resultados fiduciarios, de evolución del patrimonio neto

⁹¹MARTÍN, Julián A., EIDELSTEIN, Mauricio G., y ALCHOURON, Juan María, op.cit.pág. 6, parte III.

⁹²Ibídem.

fiduciario, y de origen y aplicación de fondos fiduciarios (actualmente, este último, de acuerdo con la resolución técnica 19 de la F.A.C.P.C.E., de flujo de efectivo) y deberán seguir los lineamientos de las normas contables profesionales vigentes, en cuanto a contenido y exposición de la información de los estados contables.

Dadas las características de los fideicomisos, se considera recomendable que el estado de flujo de efectivo se presenta bajo la alternativa de exposición de la causa de variación de los fondos, considerando como fondos las disponibilidades e inversiones líquidas transitorias adoptando el criterio directo de exposición de los fondos generados o aplicados a las operaciones.

3. OBJETIVO DE LOS ESTADOS CONTABLES

La Resolución Técnica 16 de la F.A.C.P.C.E. estableció el “Marco conceptual de las normas contables profesionales” que constituye la base de las resoluciones técnicas sobre normas contables profesionales que se dicten a partir de dicha resolución.

Según esta resolución, el objetivo de los estados contables es proveer información sobre el patrimonio del ente emisor a una fecha y su evolución económica y financiera en el período que abarcan para facilitar la toma de decisiones económicas.

4. TRATAMIENTO CONTABLE – INFORME NÚMERO 28 DE LA COMISION DE ESTUDIOS DE CONTABILIDAD DEL CPCECABA⁹³

El informe 28 distingue entre transmisiones fiduciarias con contraprestación y las que se realizan sin contraprestación.

a) Transmisión fiduciaria con contraprestación asimilable a una operación de venta:

Según el informe 28, la transmisión fiduciaria por la que el fiduciante recibe una contraprestación (por ejemplo, dinero, obligaciones negociables o certificados de participación) se registrará como una operación de venta en los libros del fiduciante, cuando este, al transferir la propiedad fiduciaria, transfiera efectivamente el control de los bienes fideicomitidos.

De no darse esta circunstancia, los mencionados bienes permanecerán en el activo del fiduciante con una adecuada explicación de la situación contractual que los afecta o los pueda afectar.

Para que la transmisión fiduciaria se contabilice como una operación de venta en la contabilidad del fiduciante deben darse los siguientes requisitos:

⁹³CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONOMICAS DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES. *Informe n° 28 de la comisión de estudios sobre contabilidad*, (Buenos Aires, 1997).

- El fiduciante transfiere al fideicomiso los futuros beneficios económicos que producirán los bienes fideicomitidos. Este requisito no se cumple si el fiduciante retiene la opción de readquirir los bienes fideicomitidos.

No se considera que dicha opción exista cuando el contrato prevea la posibilidad de igualar la oferta de un tercero para readquirir los bienes fideicomitidos.

- En caso de que la transmisión fiduciaria se efectúe con la obligación por parte del fiduciante de hacerse cargo de pérdidas relacionadas con los bienes fideicomitidos, pagando el monto de la pérdida o reemplazando los bienes fideicomitidos, el fiduciante deberá hacer una estimación razonable de las pérdidas futuras y gastos conexos relacionados con dichos bienes. Se considera que no existe venta cuando el fiduciante no puede efectuar dicha estimación.

- El contrato de fideicomiso no puede obligar a readquirir los bienes fideicomitidos o sólo lo podría hacer en una proporción poco significativa.

- La transmisión fiduciaria del activo en fideicomiso no se realiza en garantía de obligaciones del fiduciante o de terceros.

El fiduciante deberá registrar en su contabilidad la transmisión fiduciaria de los activos involucrados en el contrato de fideicomiso, dándolo de baja y registrando como contrapartida el o los activos recibidos como contraprestación (por ejemplo, dinero en efectivo, obligaciones negociables o certificados de participación).

Cuando la transacción se efectúe por un valor diferente al valor de libros de los activos involucrados deberá registrarse dicha diferencia como resultado, conjuntamente con las pérdidas futuras y gastos conexos estimados cuando el fiduciante estuviera obligado a la cobertura de pérdidas en el fideicomiso o la sustitución de los bienes fideicomitidos.

Los bienes fideicomitidos se incorporarán en la contabilidad del fideicomiso a los valores previstos en el contrato o en su defecto según los criterios previstos en las normas contables profesionales vigentes. La contrapartida de dicha registración será la que refleje más adecuadamente los derechos de los acreedores, beneficiarios y fideicomisarios.

Conforme a las disposiciones de la ley 24.441, la financiación de los activos fideicomitidos se efectuará a través de títulos de deuda y/o certificados de participación. Los títulos de deuda deberán registrarse como pasivos fiduciarios. Por su parte, los certificados de participación integran el patrimonio neto fiduciario.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso, como resultado de la gestión del fiduciario (por ejemplo, cobranzas de cuotas de hipotecas o prendas o alquileres, pago de intereses, impuestos y gastos) deberán registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

b) Transmisión fiduciaria con contraprestación no asimilable a una venta:

Según el informe 28, en la contabilidad del fiduciante, los bienes fideicomitados deberán ser reclasificados en una cuenta que refleje su afectación al fideicomiso reflejándose, además, como activos y pasivos, las prestaciones y contraprestaciones vinculadas o relacionadas con la operación en cuestión.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de vida del fideicomiso serán registradas en los libros del fiduciante sobre la base de la información recibida del fiduciario. Como por ejemplo, los ingresos correspondientes a los bienes fideicomitados netos de los gastos conexos, los pagos del pasivo fiduciario o los certificados de participación.

Dado que tanto los bienes fideicomitados como las contraprestaciones son contabilizados con los libros del fiduciante, en dicho momento el fideicomiso no deberá hacer ninguna registración.

Las transacciones posteriores que se realicen durante el ciclo de duración del fideicomiso como resultado de la gestión del fiduciario (tales como cobranzas de cuotas de hipoteca o prendas o alquileres, pagos de intereses, impuestos y gastos), deberán registrarse en la contabilidad del fideicomiso.

c) Transmisión fiduciaria sin contraprestación.

Según el informe 28, cuando el fiduciante no recibe ninguna contraprestación por la transmisión fiduciaria y además existe una probabilidad remota de que el fiduciante readquiera los bienes fideicomitados, dichos bienes deberán ser dados de baja del activo del fiduciante y deberá reconocerse la pérdida correspondiente.

La contabilización en los libros del fideicomiso es similar a la descrita en a).

d) Tratamiento en la contabilidad del fiduciario.

El patrimonio fiduciario, cuya titularidad corresponde al fiduciario, se encuentra separado del patrimonio general de este. La responsabilidad como administrador fiduciario da lugar a un reconocimiento contable particular.

El fiduciario registrará en sus libros los resultados devengados por su gestión, tales como comisiones y honorarios, pudiendo reflejar en cuentas de orden o en notas a sus estados contables, su responsabilidad como fiduciario sobre los bienes fideicomitidos.

e) Tratamiento contable de los certificados de participación.

El titular de los certificados de participación, según su actividad, los integrará o expondrá en el rubro pertinente y los clasificará (en corrientes y no corrientes) según el plazo que estima su conversión en efectivo o su aplicación en la cancelación de pasivos.

Su valuación deberá resultar del hecho de aplicar la proporción de la respectiva tenencia de certificados de participación al patrimonio neto fiduciario. En ningún caso dicha valuación deberá exceder su valor recuperable.

A la fecha, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas no ha adoptado el informe número 28 de la comisión de estudios de contabilidad del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así tampoco posee normas sobre el tratamiento contable del fideicomiso.

5. NORMAS GENERALES DE EXPOSICION CONTABLE⁹⁴

Los estados contables de los fideicomisos se presentan de acuerdo con los criterios de exposición establecidos por las resoluciones técnicas 8, 9, y 19 de la F.A.C.P.C.E.

Para que se considere que los estados contables están de conformidad con normas contables vigentes deben presentarse de acuerdo con las normas incluidas en dichas resoluciones técnicas.

a) Aspectos generales.

Los estados contables deben expresarse en moneda homogénea: en un contexto de inflación o deflación deben expresarse en moneda de poder adquisitivo a la fecha a la cual corresponden. En un contexto de estabilidad monetaria se utilizará como moneda homogénea la moneda nominal.

En todos los casos, los estados contables indicarán la moneda en la que están expresados.

b) Estados contables básicos.

Los estados contables a presentar son el estado de situación patrimonial, el estado de resultados, el estado de evolución del patrimonio neto y el estado de flujo de efectivo.

⁹⁴FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS. *Resoluciones técnicas vigentes, versión 3.0* (Buenos Aires, Errepar S.A.).

Los importes de los estados contables básicos se presentarán a dos columnas. En la primera se expondrán los datos del período actual y en la segunda, la siguiente información comparativa:

- Cuando se trate de ejercicios completos, la correspondiente al ejercicio precedente.
- Cuando se trate de períodos intermedios:

La información comparativa del estado de situación patrimonial será la comparativa del estado de situación patrimonial será la correspondiente al mismo estado, a la fecha de cierre de ejercicio completo.

Las informaciones comparativas correspondientes a los estados de resultados, de evolución del patrimonio neto y del flujo de efectivo neto serán las correspondientes al período equivalente del ejercicio precedente.

Los mismos criterios se emplearán para preparar la información complementaria que desagregue datos de los estados contables básicos.

Las partidas integrantes del activo y el pasivo se clasifican en corrientes y no corrientes, sobre la base del plazo de un año, computado desde la fecha de cierre del período al que se refieren los estados contables.

c) Información complementaria.

La información complementaria que forma parte integrante de los estados contables básicos, debe contener todos los datos que son necesarios para la adecuada comprensión de la situación patrimonial y de los resultados del ente que no se encuentren expuestos en el cuerpo de dichos estados.

La información complementaria se expone en el encabezamiento de los estados contables, en notas o en cuadros anexos.

En el encabezamiento deben identificarse los estados contables que se exponen e incluirse una síntesis de los datos relativos al ente al que ellos se refieren. El resto de la información complementaria se expone en notas o cuadros anexos.

En relación con la identificación de los estados contables es necesario identificar la fecha de cierre y el período comprendido por los estados contables que se exponen.

6. NORMAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES PARA FIDEICOMISOS⁹⁵

La Comisión Nacional de Valores ha dictado la resolución 368 de año 2001 que, en su capítulo XV, incluye las disposiciones en materia de fideicomisos.

El alcance de la obligación de presentación de información de los fiduciarios por los fideicomisos es compatible con lo dispuesto por el Informe 28 de la comisión de estudios de contabilidad del CPCECABA con algunas diferencias.

7. NORMAS DEL BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA PARA FIDEICOMISOS EN CUYOS ACTIVOS SE ENCUENTREN CRÉDITOS ORIGINADOS POR ENTIDADES FINANCIERAS

El Banco Central de la República Argentina estableció en la comunicación “A” 3145 del año 2000 que los fideicomisos financieros en cuyos activos se encuentren créditos originados por entidades financieras quedan alcanzados por la Ley de Entidades Financieras y sujetos a las normas que establezca el Banco Central de la República Argentina aplicable a los mismos.

Los fideicomisos constituidos de acuerdo con la ley 24.441 no requieren autorización previa en los casos en que cumplan en todos sus términos y sin variación alguna los modelos de apropiación de provisiones aprobados por la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias. Cuando se proyecte la utilización de modelos diferentes de apropiación de provisiones a los expresamente aprobados y difundidos por dicha Superintendencia, deberá contarse con su previa autorización.

8. EL FIDEICOMISO Y LA LEY SOBRE ENCUBRIMIENTO Y LAVADO DE ACTIVOS DE ORIGEN DELICTIVO⁹⁶

Legislación y autoridad de aplicación.

El Congreso sancionó la ley 25.246 sobre encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo la que fue publicada en el Boletín Oficial el 5 de mayo de 2000. Esta ley crea la Unidad de Información Financiera (UIF) que funciona con autarquía funcional en jurisdicción del Ministerio de Justicia. Este organismo está encargado del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a fin de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de ilícitos.

Sujetos obligados.

⁹⁵COMISION NACIONAL DE VALORES, rescatado de <http://www.cnv.gob.ar>.

⁹⁶ MARTÍN, Julián A., EIDELSTEIN, Mauricio G., y ALCHOURON, Juan María, op.cit.pág. 6.

La UIF sancionó, entre otras, la resolución 3/2004 que reglamenta a la norma legal y establece una serie de obligaciones relacionadas con la identificación del cliente, el deber de informar sobre hechos u operaciones sospechosas y la exigencia de no revelar al cliente o terceros las actuaciones realizadas. Estos deberes deben ser cumplidos por los profesionales en ciencias económicas en el ejercicio de sus funciones como auditores externos y síndicos societarios, cuando estos servicios se brinden a las personas físicas o jurídicas:

- Enunciadas en el artículo 20 de la ley (sujetos obligados) o,
- Que, no estando incluidos en dicho artículo, según los estados contables auditados: tengan un activo superior a \$3.000.000, o hayan duplicado su activo o sus ventas en el término de un año.

En consecuencia, esta resolución no alcanza a los servicios profesionales consistentes en revisiones limitadas, certificaciones e investigaciones especiales, así como tampoco a los servicios de asesoramiento impositivo, preparación de declaraciones juradas de impuestos, ni ninguno de los otros servicios profesionales regulados en la ley 20.488. La norma reglamentaria no prevé la actualización monetaria del límite mencionado, ni excepciones al mismo.

Conocimiento del cliente.

El conocimiento del cliente constituye uno de los principales en la prevención del lavado de activos de origen delictivo. La UIF define como clientes a todas aquellas personas físicas o jurídicas con las que se establece, de manera ocasional o permanente, una relación contractual de carácter financiero, económico o comercial. En este sentido, es cliente el que desarrolla una vez, ocasionalmente o de manera habitual, negocios con los sujetos obligados.

El principio básico en que se sustenta la Resolución 3/2004 es la política internacionalmente conocida como “conozca a su cliente”.

Los recaudos a adoptar que enuncia esta norma son:

- Identificación real y completa del cliente.
- Existencia de una relación justificada y/o usual entre la actividad económica que declara el cliente y los movimientos de fondos y/o inversiones realizadas.

Operaciones sospechosas.

La ley considera como operaciones sospechosas las transacciones aisladas o reiteradas que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad desarrollada, así como por la experiencia de la

persona obligada a informar resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada. Tanto el decreto reglamentario como la resolución 3/2004 en su Anexo II detalla en forma meramente enunciativa o ejemplificativa los supuestos de operaciones sospechosas.

Adicionalmente, la ley impone al auditor o síndico el deber de no informar al cliente o terceros las actuaciones que esté efectuando con motivo del cumplimiento de la ley, dispensándolos de las sanciones que le podrían corresponder por revelar información que obtiene en el ejercicio de su actividad (penado por el Código de Ética).

Sanciones.

El lavado de dinero está penado con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación.

Asimismo, la ley prevé un régimen penal administrativo ante situaciones de incumplimiento por parte del profesional del deber de informar. Las sanciones son multa de una a diez veces el valor total de los bienes u operaciones a las que se refiera la infracción. Si no puede determinarse el valor real de los bienes la multa será de diez mil pesos a cien mil pesos. Las sanciones en el caso de auditores externos se extienden a la firma a la que pertenezca el profesional.

CONCLUSIÓN

Una vez finalizado el trabajo sobre esta compleja figura, que resulta muy versátil para el desarrollo de los negocios a nivel mundial y brinda una gama de soluciones a problemas de diferentes características que se presentan en la vida económica de los Estados y los mercados privados, arribamos a la conclusión de que queda un largo camino por recorrer en cuanto a la regulación específica de los diferentes usos y figuras que abarca el fideicomiso.

Lo mencionado tiene su razón en distintas situaciones que hemos ido viendo en la medida que desarrollábamos el trabajo, como por ejemplo la falta de definición del fideicomiso de garantía y por lo tanto la ausencia de regulación específica en materia legal, impositiva y contable. Así también las otras figuras que hemos analizado como el fideicomiso financiero e inmobiliario que a pesar de contar con una mayor regulación por parte de los organismos de contralor, dejan vacíos legales que dan lugar a diferentes interpretaciones que en algunos casos no resultan aceptadas por las entidades que ejercen la vigilancia sobre los negocios.

Por lo tanto, en nuestro trabajo hemos ido especificando cada una de las principales figuras que se usan en la actualidad, como los son las tres que hemos analizado en el mismo. También consideramos que hemos brindado los aspectos más importantes que regula la normativa legal vigente en materia de fideicomisos, reuniendo en un solo cuerpo las normas más importantes a las que podrán recurrir las personas y profesionales interesados en dichas temáticas, ya que las mismas se encuentran dispersas en diferentes normas emitidas por un gran número de organismos reguladores.

También quienes recurran a este trabajo, encontrarán los principales aspectos impositivos de la actualidad que le son de aplicación a estas figuras, pudiendo los profesionales ubicar con mayor facilidad la situación tributaria a la que se expondrán los diferentes negocios en los que quieran incurrir sus clientes

Por último, en cuanto a los aspectos contables que son de aplicación en este caso, el profesional podrá acudir al mismo dado que se ha brindado una amplia gama de soluciones al momento de tener que registrar como así también exponer la materia contable que afecta a los fideicomisos.

BIBLIOGRAFÍA.

CODIGO FISCAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA AÑO 2.012, rescatado de <http://www.rentas.mendoza.gov.ar>.

CONCURSOS-QUIEBRAS.COM.AR. *Análisis económico del fideicomiso de garantía. nuevas reflexiones sobre su ilicitud*, (rescatado de <http://www.quiebras-concursos.com.ar/?q=node/140>, 2001).

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONOMICAS DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES. *Informe n° 28 de la comisión de estudios sobre contabilidad*, (Buenos Aires, 1997).

COMISION NACIONAL DE VALORES, (rescatado de <http://www.cnv.gov.ar>, 2013).

COMISION NACIONAL DE VALORES. *Guía para inversores y empresas*, (rescatado de <http://www.cnv.gov.ar/guia2010/guiaInformativaInversoresYEmpresas2010.pdf>, 2010).

COTO, Alberto. *Aspectos tributarios del fideicomiso*, (Buenos Aires, La Ley SAEeI, 2006).

DE HOZ, Marcelo. *Aspectos contractuales e impositivos del fideicomiso inmobiliario*, (Rescatado de www.cec.org.ar/doc/aspectos_contractuales_e_imositivos_del_fideicomiso_inmobiliario.pdf, 2009).

FEDERACIÓN ARGENTINA DE CONSEJOS PROFESIONALES DE CIENCIAS ECONÓMICAS. *Resoluciones técnicas vigentes, versión 3.0* (Buenos Aires, Errepar S.A.).

FREIRE, Bettina V. *El fideicomiso. Sus proyecciones en los negocios inmobiliarios*, (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997).

FONDOS PICHINCHA. *Fideicomiso inmobiliario*, (rescatado de <http://www.fondospichincha.com/portal/web/fondos-pichincha/fideicomiso-inmobiliario>, 2011).

GIACOMELLO, Nicolás C. R. *Fideicomiso de garantía ¿una buena opción para garantizar obligaciones?*, (Rosario, Tesis de Grado Universidad Abierta Interamericana, Sede Regional Rosario, Facultad de Derecho, 2003)

GUASTAVINO, Elías. *Fideicomisos, 'leasings', letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441*, (Editorial La Ley, 1995).

KIPER, Claudio y LISOPRAWISKY, Silvio. *Tratado del fideicomiso. Seg. ed. actualizada*, (Buenos Aires, Ed. LexisNexis, Depalma, 2004).

MARTÍN, Julián. *Fideicomisos. Estado actual*, (Buenos Aires, Errepar, Doctrina Tributaria, t. XX, 1999).

MARTÍN, Julián A., EIDELSTEIN, Mauricio G., y ALCHOURON, Juan María. *Fideicomisos. Aspectos jurídicos, tributarios y contables*. (Buenos Aires, Errepar S.A., 2.006).

MONDOTTE, Norberto, *Titulización de Créditos*. (Cátedra de Contabilidad Avanzada. Universidad Nacional de Cuyo, Delegación San Rafael, Mendoza, 2011).

MOSQUEIRA, Miguel Ángel. *Fideicomiso financiero: una alternativa de financiamiento no tradicional, Argentina 2001-2008*. (Mar del Plata, Tesis de Grado Universidad Nacional de Mar del Plata Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, 2009).

PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco. *Ganancias, bienes personales y ganancia mínima presunta, versión 1.4*. (Buenos Aires, Errepar, 2009).

PARADA, Ricardo, ERRECABORDE, José y CAÑADA, Francisco. *Impuesto al valor agregado, versión 3.4*. (Buenos Aires, Errepar, 2009).

PEREZ HUALDE, Fernando. *Tratado teórico práctico de fideicomiso, 2º ed.*, (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000).

SOLER, Osvaldo y otros. *Fideicomiso. Sus aspectos jurídicos y tributarios*, (rescatado de <http://www.soler.com.ar/especiales/fideicomiso.htm>, 2000).

SOLER, Osvaldo H. y MORENO GURREA, J., *Beneficios impositivos procedentes de fideicomisos financieros*, (Buenos Aires, Impuestos, Ed. La Ley, 1998).

VENNERI, Ariel H. *Fideicomiso inmobiliario. Una nueva alternativa de negocios en Argentina*, (Buenos Aires, Ed. Errepar, 2002).

VILLAGORDOA LOZANO, citado por PEREZ HUALDE, Fernando, en *Tratado teórico práctico de fideicomiso, 2ª ed.*, (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2000).

ZANNONI, Eduardo y Otros. *Código Civil y Leyes complementarias comentado, anotado y concordado de la República Argentina, 1ª. REIMPRESIÓN*. (Buenos Aires, Astrea, 2010).

Declaración Jurada resolución N° 212/99 – CD

Los autores de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no hayamos dado a conocer en las referencias; que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros.-

Mendoza, 2013



ALDUNATE, Emmanuel Antonino

Registro N°: 25.072



CARRION, Iván Andrés

Registro N°: 25.079



JURI, Ramón Ignacio

Registro N°: 25.970



RIOS, Mauricio Antonio

Registro N°: 25.559