

TRATAMIENTO IMPOSITIVO DEL FIDEICOMISO

IMPUESTO DE SELLOS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS. IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES DE PERSONAS FÍSICAS Y SUCESIONES INDIVISAS*

Por **Nelly A. Taiana de Brandi**

I.1.- Necesidad de contar con un “SISTEMA TRIBUTARIO”

*La atención de las funciones irrenunciables que justifican su existencia, legítima al Estado para obtener de la comunidad los recursos que constituyen la renta pública. A ese fin ejerce la potestad recaudadora que, si bien está dotada de *imperium* y fuerza ejecutiva, no puede ser ejercida en forma arbitraria, sino todo lo contrario, debe respetar principios básicos limitantes, tales como la razonabilidad, la previsibilidad, la certeza, la legalidad, la no confiscatoriedad y la correspondencia del tributo con la real existencia, manifestación y/o transferencia de riqueza.*

De los principios enunciados nos interesa destacar, en esta oportunidad, la **certeza**, o sea **el derecho que tiene todo integrante de una comunidad a conocer los efectos tributarios de sus actos, con anterioridad a su realización**. La observancia del principio indicado permite una convivencia pacífica y hace a la seguridad jurídica. En cuanto a la función notarial, ello nos permite impartir un correcto asesoramiento y un desempeño sin sobresaltos injustificados.

*Especial para *Revista del Notariado*.

I.2.- La autonomía del Derecho Tributario

En los países que poseen un Derecho Tributario sistematizado, se plantean diferencias entre éste y el Derecho Privado, pero ellas no deben ser entendidas como antinomias, sino como una consecuencia del carácter de Derecho Público del primero en el plano jurídico y, éticamente, a partir del bien que tutela. Lo expuesto lleva a un distinto justificado tratamiento de ciertos institutos que reciben una regulación acorde a las necesidades primordiales e irrenunciables que satisfacen.

Un ejemplo de lo dicho es la caracterización del “*sujeto pasivo*” que hace el Derecho Tributario, extendiendo el universo alcanzado, avanzando y ampliando, en mucho, el concepto que tiene de él el Derecho Civil. Ello se concreta en: a) su extensión, abarcando como tal no sólo al contribuyente directo responsable por deuda propia, sino también al tercero responsable del cumplimiento de deuda ajena y aun a terceros obligados en general, ajenos al negocio y a la actividad específica del contribuyente; y b) la adjudicación de personalidad a entes que no son personas para el Derecho Privado, pero que la constituyen para el derecho que nos ocupa por su capacidad contributiva. En este último supuesto se encuentra el “*fideicomiso*”.

II.- El fideicomiso

Antes de su tratamiento impositivo es menester decir algo respecto del instituto en sí.

Si bien como tal ha permanecido ajeno a nuestro derecho positivo adscrito al principio que consagra la existencia de un único patrimonio para cada persona, debemos reconocer que su principio básico: “*la fiducia*”, “*la confianza*”, tuvo honda raigambre en el Derecho Romano y es antecedente directo de numerosos contratos que tenemos legislados, vg. el mandato, la estipulación a favor de tercero, el depósito, la sociedad, etcétera.

Debemos superar el temor que nos produjo su adopción desde el derecho anglosajón, transcurridos ya ocho años de la sanción de la ley 24441, reivindicar su tradición latina y, respondiendo a la invitación del Dr. Fernando R. Mantilla, “[...] *diseñar fideicomisos adecuados a las necesidades actuales de nuestros países [...]*” para “[...] *arraigar el uso [...] en la práctica argentina [...]*” aprovechando esta “*diferente estructura de riesgos*” emergente del nacimiento del patrimonio de afectación que distingue a la propiedad fiduciaria¹.

No está de más recordar que hay “*fideicomiso*” cuando una persona, “*fiduciante*”, transmite a otra, “*fiduciario*”, bienes determinados que ingresan y que permanecen separados de ambos patrimonios respectivos, y que originan una “*propiedad fiduciaria*” en los términos del artículo 2662 del Código Civil, nueva redacción, o sea, exclusiva, absoluta, pero temporaria. A su vez, el fiduciario o propietario fiduciario administra ese patrimonio, respetando las limita-

(1) Mantilla, Fernando R., “Una introducción al fideicomiso”, *La Ley*, año LIX, N° 57, 21/3/1995.

ciones y/o restricciones previstas y/o reservadas por el fiduciante, en beneficio del “beneficiario”, con cargo de transmitir el dominio pleno al “fiduciante”, al “beneficiario” o a un cuarto sujeto, el “fideicomisario”.

La propiedad fiduciaria puede recaer sobre toda clase de bienes y cosas, según la división de los primeros en nuestro derecho positivo, y constituirse sobre inmuebles, derechos, sumas de dinero, activos financieros, acciones, cuotas o participaciones sociales.

Asimismo, el fideicomiso puede perseguir muy diversas finalidades, pero, fundamentalmente, podemos distinguir fideicomisos de custodia, de administración y de garantía².

III.- Su encuadre fiscal

En la Ley de Ganancias vigente, el artículo 69 consagra al fideicomiso como **sujeto imponible con clave única de identificación tributaria (Cuit)**.

Asimismo, el artículo 49 mantiene la imposición en cabeza del fiduciante al establecer: “[...] *constituyen ganancias de la tercera categoría [...] d) 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 [...]*”, o sea, **un residente del exterior**³.

El artículo 69 dispone: “[...] *Las sociedades de capital por sus ganancias netas imponibles quedan sujetas a las siguientes tasas: a) al 35% [...] 6) los fideicomisos constituidos en el país conforme las disposiciones de la Ley 24441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en este artículo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el Título V [...]*”

También le adjudica personería el Impuesto al Valor Agregado que hace responsable del tributo al fiduciario o al fiduciante según el tipo de fideicomiso de que se trate.

IV.- Obligación de retener del notario

Partamos del siguiente aserto: **El hecho de que exista impuesto no se traduce de suyo en la consecuente obligación de retener por parte del notario.**

IV.1.- Respecto del impuesto de sellos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Para el Código Fiscal de la Ciudad, ley 745, t. o. decreto 240, de fecha 4 de marzo de 2002, son contribuyentes responsables por deuda propia a tenor del artículo 13, inciso 6, “[...] *los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a lo establecido en la Ley Nacional 24.441, excepto los constituidos con fines de garantía [...]*”

Al enumerar a los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, el ar-

(2) Artículo citado, cuya lectura recomendamos por la creativa gama de posibilidades de uso que prevé para el contrato que comenta.

(3) La letra en negrita es de nuestra autoría.

título 14, en su inciso 7, incluye a los “[...] *fiduciarios en las operaciones de fideicomiso previstas en la Ley Nacional 24.441 cuando el fideicomiso sea sujeto del impuesto según lo dispuesto en el punto 6 del artículo precedente [...]*”

A su vez, la ley 874, de fecha 29 de agosto de 2002, que legisla sobre el impuesto de sellos, en su artículo 10 sujeta al mismo “[...] *la formalización de escrituras públicas por las que se transfiera el dominio de inmuebles situados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de cualquier contrato a título oneroso [...]*” y fija la escala que grava la instrumentación.

El decreto 1856 del 30 de diciembre de 2002 reglamenta la ley 874 y dispone: a) en el artículo primero designa “agentes de retención” del impuesto a “[...] *los escribanos matriculados que realicen escrituras públicas de transferencia de inmuebles situados en la ciudad [...]*”; y b) en el artículo segundo, inciso K, enumera al fideicomiso como operación alcanzada por el impuesto, exceptuando los contratos involucrados en el decreto 2021/GCBA/01, o sea, los contratos que se suscriban con la Corporación Buenos Aires Sur, Sociedad del Estado. Nada dice la norma reglamentaria sobre la disposición de la ley fiscal que deja fuera del ámbito de la tributación a los fideicomisos “constituidos con fines de garantía”.

Aunque no es el tema que nos ocupa en esta oportunidad, no podemos dejar de señalar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires incurre en la incorrecta designación del escribano como agente de retención al hacerlo vía decreto reglamentario, haciendo caso omiso del principio de legalidad antes enumerado, en virtud del cual tanto la determinación del hecho generador de obligaciones tributarias y el *quantum*, así como la determinación del sujeto pasivo requieren una ley formal.

También dispone el decreto reglamentario en su artículo tercero que “*los montos imposables [...] corresponderán al que resulte mayor entre el precio de la operación o la valuación fiscal*”.

Para que proceda el impuesto de sellos deben concurrir dos requisitos conjuntamente:

- la escritura pública de transferencia de dominio de inmuebles;
- la onerosidad del contrato.

Si la transferencia no es por escritura pública o no hay precio, no corresponde retención de sellos. No se nos escapa la injusticia de la primera exigencia que libera otras instrumentaciones, por ejemplo: testimonios judiciales, pero esa consideración es harina de otro costal.

En el fideicomiso hay **traslación de dominio de inmueble**. Se trata de la transferencia del derecho real de dominio imperfecto que prevé el artículo 2662 de nuestro Código Civil: exclusivo, absoluto, pero temporario.

Pero, a su vez, en el fideicomiso **no hay precio**. No es tal el importe que recibe el fiduciario por su gestión. En nuestro parecer, insistimos en que no es un contrato a título gratuito. La doctrina llama a estos negocios “neutros”, son aquellos que no tienen significación económica.

De lo expuesto resulta que de ambos requisitos necesarios para que proce-

da el pago del impuesto de sellos, sólo concurre el primero de ellos y está ausente el segundo, **situación que excluye del gravamen al instituto.**

¿Cuál debe ser nuestra conducta fiscal frente a la incongruencia de la ley? Primordialmente bregar en pos de que la autoridad fiscal de la Ciudad dicte urgentemente normas mínimas que orienten nuestra tarea dentro de un marco de certeza y de garantía para los participantes del fideicomiso, sobre todo el fiduciario, enumerado como lo señalamos, responsable por deuda ajena a tenor de la ley del impuesto.

Mientras tal actuación se produce, **aconsejamos pagar el impuesto por el único monto disponible, la valuación fiscal**, a la que se refiere el artículo tercero de la reglamentación.

Por supuesto que, en cuanto al pago, deberá estarse al destino del inmueble escriturado ya que **corresponde la exención del impuesto si aquél tiene destino vivienda.** Aquí se trata de una exención del impuesto respecto de la materia gravada, no de una exclusión del impuesto.

Un comentario aparte merece el fideicomiso sobre inmueble en garantía. Respecto de este fideicomiso y para quienes ven en él la constitución de una garantía semejante a la hipoteca, la operación estará fuera del ámbito de aplicación del impuesto que grava exclusivamente las escrituras de transferencias de inmuebles. Además, aquí correspondería la exclusión que prevé la ley fiscal local en su artículo 13, inciso 6º, la que, por los principios de jerarquía normativa y de legalidad que deben presidir al Derecho Tributario, sería de aplicación prioritaria a la materia.

Quienes rechazamos esa asimilación creemos que de ninguna manera estamos frente a un derecho real accesorio. Para nosotros, **el contrato fiduciario origina un derecho real de propiedad imperfecta por su temporalidad** y por la eventual limitación de facultades del fiduciario, el que, además, en este caso, **cumple una función accesorio o de garantía.** También en este supuesto creemos que **como no hay precio, no hay materia gravable**, tampoco la hay en la retransmisión del inmueble al fiduciante una vez vencido el plazo del fideicomiso. Pero para el supuesto de que en una futura consulta el Organismo fiscal insistiera en la letra del decreto reglamentario, la retención deberá recaer sobre el monto del avalúo fiscal. Es el único monto al que podemos recurrir porque es el que corresponde a la transferencia del bien que constituye el acto gravado. En ningún caso el cálculo puede tomar como base el monto garantizado, ajeno a la transferencia, único hecho generador de obligación tributaria.

Esta última apreciación no es la asumida por las provincias de Buenos Aires y de Mendoza, que calculan el impuesto por el monto de la obligación y por la alícuota aplicable a la hipoteca.

IV.2.- Respecto del Impuesto a las Ganancias y a la transferencia de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas

El artículo 3º de la resolución 3026/89 indica los sujetos pasivos del Im-

puesto a las Ganancias⁴, respecto de los cuales corresponde la retención notarial, del adquirente o el cesionario. En el inciso 3 enumera como tales a los sujetos comprendidos en el artículo 49 de la Ley del Impuesto a las Ganancias en sus incisos a) y b), el primero de los cuales remite al artículo 69 de la misma normativa, que señala a “[...] las sociedades de capital y otros sujetos comprendidos [...]”, entre los que se incluyen a los fideicomisos, salvo –según la transcripción anterior– a aquellos en los que el fiduciante sea beneficiario. En el inciso b) se refiere a otras formas asociativas y a empresas unipersonales.

Quiere decir, en consecuencia, que la transmisión fiduciaria constituida en miras a garantizar una deuda del fiduciante no está sujeta a retención, no sólo en su constitución, sino tampoco en la restitución del inmueble al fiduciante o la transferencia a terceros, en este último momento porque el resultado que se genere se reflejará en el patrimonio del fiduciante que verá reducida la deuda que contrajo con el fiduciario. No hay atribución de hechos imponibles. Así lo ratifican los dictámenes 34/1996 y 23/2001, emitidos por Administración Federal de Ingresos Públicos, por la Dirección de Asesoría Técnica, el último conformado por el Subdirector General de Legal y Técnica Impositiva.

Respecto de los restantes fideicomisos, la ausencia de la obligación de retener en el acto de transferencia de fiduciante a fiduciario procede también respecto de los Impuestos a las Ganancias y a la Transferencia de Inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas, pero en estos supuestos el instituto queda fuera del ámbito de aplicación del impuesto por la ausencia de onerosidad, en razón de tratarse, no como dice el dictamen 8/2002 de AFIP⁵ de un acto a título gratuito, que a nuestro entender no lo es, sino porque estamos frente a una transferencia neutra, sin significación económica; no hay actividad económica gravable.

Si para que proceda la retención deben concurrir conjuntamente la transferencia de dominio –no es óbice el que se trate de dominio imperfecto– y su onerosidad, la ausencia de esta última deja al acto fuera del ámbito de aplicación de la resolución general 3026/89 y de la ley 23905.

En los comentarios que anteceden hemos excluido referirnos al fideicomiso financiero así como al supuesto en que el contribuyente sea un residente del exterior. Son situaciones que la ley excluye en los artículos transcritos en el título anterior, regula por separado y en forma distinta, y que meritan otras consideraciones ajenas a la finalidad de este trabajo.

V.- Conclusión

A modo de colofón dejamos expresada nuestra opinión respecto a:

• las transferencias de inmuebles en fideicomiso no resultan sujetas a la retención prevista en la resolución 3026, por lo que no corresponde que el notario actúe en su carácter de agente de retención en tales operaciones;

(4) Recordar que el decreto 3026/89 fue derogado en cuanto al Impuesto a los Beneficios Eventuales por la ley 23760, a partir del día 1º/1/90.

(5) Ver mi comentario a fallo en *Revista del Notariado* N° 869, pág. 243.

- **no procede el impuesto de sellos, cualquiera sea la finalidad del fideicomiso.**

Ante la letra de la ley impositiva local distinguimos entre fideicomiso de garantía y otros fideicomisos. Para estos últimos, **mientras no se expida el órgano tributario, aconsejamos la retención del impuesto calculado sobre el avalúo fiscal del inmueble.** Respecto de los primeros, los llamados de garantía, o sea, las transferencias de propiedad fiduciaria que cumplen una función accesoria de garantía, creemos que la ley los excluye del impuesto, no obstante la letra del decreto reglamentario, pero mientras adolezcamos de la falta de las directivas y dictámenes del órgano fiscal, aconsejamos el pago del impuesto, tomando también como base de cálculo la valuación fiscal del inmueble.

Siempre en el ámbito del impuesto de sellos, tomada debida cuenta de la diferencia entre exclusión del hecho imponible y la exención del impuesto, **en ningún caso corresponderá el pago del impuesto si el inmueble tiene destino “vivienda”.**