

FIDEICOMISO. IMPUESTO A LAS GANANCIAS*

Doctrina:

En la transferencia de dominio fiduciario, al ser imperfecta, no correspondería la retención por impuesto a las ganancias.

El escribano solicita se le informe sobre la obligación de retener el impuesto a las ganancias que establece la Res. Gral. N° 3026 de la Dirección General Impositiva en el supuesto planteado, a saber: una empresa adquiere el dominio de un inmueble para destinarlo a la construcción de viviendas. El grupo inversor elige como figura la del fideicomiso y, por lo tanto, deben realizar la transferencia de dominio fiduciario del inmueble a favor de un fiduciario que se obligará a ejercerlo en beneficio de un tercero y transmitirlo posteriormente a los compradores finales de las unidades.

El art. 1° de la Res. Gral. N° 3026 de la Dirección establece: “*Las operaciones que tengan por objeto la transmisión a título oneroso -venta, cambio, permuta, dación en pago, aportes sociales y cualquier otro acto que cumpla la misma finalidad- del dominio de bienes inmuebles... quedan sujetas al régimen de retención que, con relación a los impuestos... a las ganancias, se establece por la presente resolución general*”.

El restante articulado de la disposición administrativa, si bien trata situaciones especiales (operaciones de cambio o permuta, ventas judiciales, enajenación de bóvedas, etc.), no se refiere puntualmente al tema traído en consulta.

* Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 20/03/1998 sobre la base de un dictamen preparado por el Dr. Manuel Castiñeira Basalo.

Una de las razones del silencio de la disposición podría estar originada en el hecho de que la Res. Gral. N° 3026 es de junio de 1989, y si bien la operatoria del “fideicomiso” estaba legislada en el art. 2662 del Código Civil con el llamado “dominio fiduciario”, la figura adquiere relevancia con la sanción de la ley 24441 del mes de enero de 1995. De allí que intuimos que esta situación de hecho debe constituir una de las razones por las cuales la Res. Gral. N° 3026 no trata el tema en forma puntual.

La opinión que se emitirá responde al criterio de esta Asesoría, por lo cual no necesariamente podrá ser compartida por el Organismo Recaudador.

Basándonos en la doctrina existente, que analiza el problema desde la óptica tributaria, señalamos que según el art. 2507 del Código Civil, el dominio es considerado pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real como servidumbre, usufructo, etcétera.

Por otro lado, el actual art. 2662 del Código expresa: “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*”.

Podemos definir las características del dominio fiduciario en:

a) es absoluto y otorga a su titular todas las facultades posibles sobre una cosa, con algunas restricciones que no hacen al análisis que estamos efectuando;

b) aunque la premisa no es compartida generalmente, nos inclinamos por afirmar que el dominio fiduciario es exclusivo (ver art. 2508 del Código Civil cuando regula que el dominio es exclusivo y agrega: “*dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa.*”);

c) el dominio fiduciario es un derecho real temporario que no está sujeto a durar en forma indefinida, sino que su vigencia se subordina al cumplimiento de la condición resolutoria o al vencimiento del plazo convenido.

En función de lo expresado, entendemos que debemos definir si al constituirse el fideicomiso hubo una transferencia del dominio de inmuebles a título oneroso que haga operables las normas de la Res. Gral. N° 3026. En este aspecto, no debemos confundir la onerosidad del acto de constitución del fideicomiso, que generalmente no existe, con la contraprestación que se convenga con el fiduciario por la realización de las tareas que se le encomiendan, respecto de la cual la Res. Gral. N° 3026 no opera por el tipo de ganancias.

Según lo expresado, nos hallaríamos frente a la constitución de un dominio imperfecto y, desde el punto de vista tributario, frente a lo que podríamos denominar un patrimonio de afectación.

El art. 10 del Dto. 780/95 expresa: “... Quienes con arreglo a la ley 24441 suman la calidad de fiduciarios, quedan comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc. e) de la ley 11683..., por lo que en su carácter de administradores

de patrimonios ajenos deberán ingresar...”, o sea que asumen la obligación de cumplir con las obligaciones establecidas respecto del cumplimiento de deuda ajena.

En definitiva, para resolver la consulta debe definirse si hay o no transferencia del dominio de inmuebles en el caso de constitución de un fideicomiso.

Sobre el particular mencionamos que habría una transferencia de dominio imperfecta al estar, entre otras eventuales limitaciones, sujeta a plazo. Sobre el particular, si bien la Res. Gral. 3026 es anterior a la ley 24441, recordamos que la figura, aun deficientemente tratada, igualmente se encontraba legislada en el Código Civil, por lo tanto, es de inferir que el redactor de la norma administrativa debía conocer su existencia.

Sin embargo, puede afirmarse que la Res. Gral. 3026 también comprende otras transferencias de dominio imperfectas, como ocurre con la transmisión de bóvedas, donde sólo se posee lo que podríamos denominar un derecho administrativo de concesión de uso que también puede tener límites en el tiempo, dependiendo ello de la jurisdicción donde se halle la bóveda. Pero lo remarcable es que, en este caso, la disposición contiene una norma específica (art. 16), lo que no se verifica en el que analizamos.

Ello nos permitiría afirmar que, dadas las particularidades de la operatoria analizada, si el fisco hubiera decidido incluir este tipo de operatorias en el ámbito de la retención, debería mencionarlo expresamente, como lo hizo para el supuesto “bóvedas”.

Al no hacerlo y partiendo de la base de que la retención que se practica en virtud de la Res. Gral. N° 3026 constituye un pago a cuenta del impuesto que en definitiva se adeude y teniendo en cuenta que la falta de la retención no impide que el fisco perciba el impuesto al finalizar el ejercicio comercial en que el hecho se produjo, podríamos concluir que no corresponde practicar la retención.

Por supuesto que si el acto por el cual se constituye el fideicomiso es gratuito, la operación queda al margen del régimen retentivo creado por la resolución 3026, visto el requisito de onerosidad que establece su art. 1° y que las operaciones de carácter gratuito no pueden producir ganancias, por lo cual el fisco mal puede exigir un pago de cuenta en oportunidad de su concreción.

En nuestra opinión, no caben dudas de que la posterior transferencia a terceros efectuada por el fideicomiso está sujeta a la retención establecida en la Res. Gral. N° 3026, por tratarse de la transferencia de un dominio pleno y ser onerosa, todo ello en la medida en que no se verifiquen las situaciones de exclusión previstas en su texto (ej.: operaciones imputables a períodos fiscales anteriores que ya fueron declarados, etc.).

Dados los presuntos valores involucrados, nos permitimos señalar que se ha instaurado a través de la Res. Gral. N° 44 de la AFIP un régimen de consulta vinculante, que si bien resulta optativo, surtirá efectos respecto de la AFIP y de los contribuyentes. Si bien la norma ha sido criticada por la doctrina, entendemos que la misma resulta apta para resolver situaciones como la plan-

teada, al brindar certeza al tercero involucrado en su carácter de agente de retención y soslayar la responsabilidad que la legislación le adjudica, (art. 18, inc. c) de la Ley de Procedimientos), al haber omitido actuar como agente de retención.