

Jornada: “El Fideicomiso: su tratamiento tributario desde la óptica notarial”

Con fecha 22 de noviembre de 2006, el **Instituto de Derecho Tributario**, con el apoyo del Consejo Directivo de nuestro Colegio, celebró la Jornada del epígrafe, la que contó con la presencia de 209 colegas.

La Jornada intentó un análisis integral tributario de las obligaciones del notario frente a los siguientes tipos de fideicomisos: **a) fideicomiso en garantía, b) fideicomiso de administración, c) fideicomiso inmobiliario puro y d) fideicomiso en el que la fiduciaria comercializa con terceros.**

Actuaron como coordinadores los colegas **Ricardo Antonio Armando, Bernardo Mihura de Estrada y la que suscribe**, apoyados en la excelente coordinación general que ejerció la doctora **Liliana del Carmen Molas**, quien hizo la presentación de la problemática a considerar y cerró en apretada pero clara exposición cada uno de los módulos.

La breve presentación de los distintos tipos de fideicomiso estuvo a cargo de los notarios Marcelo de Hoz, Nelly Alicia Taiana de Brandi y Carolina Ormaechea.

Fueron expositores: **a)** por los impuestos nacionales, la doctora **Norma Silvia Mataitis**, **b)** por el impuesto de sellos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el doctor **Jorge Matinata** y **c)** por el impuesto de sellos en la provincia de Buenos Aires, el notario **Valentín Egusquiza**, quien concurrió en asocio con el contador **Raúl de la Mata**.

La preparación de la Jornada, la elección del temario, el ordenamiento de su tratamiento, la adjudicación de los tiempos contaron con la inestimable colaboración del doctor **Emir Pallavicini** y de la contadora **Marta S. Moussoli**, a quienes secundaron con total entrega generosa de sus conocimientos y tiempo

los restantes integrantes del Instituto, los colegas **Alberto Alejandro Rodríguez Piola, Isaac Raúl Molina, Javier Isaac Molina, Paula María Rodríguez Foster, María Nélica Sagua, Karina Andrea Gissara Díaz, María Florencia Capilla Viale** y el abogado **Luis García Bergstron**.

Deseo hacer saber a los colegas que la participación de todos los profesionales intervinientes no tuvo costo alguno para la institución y que éstos donaron su tiempo y sus respectivas filminas, aun con anterioridad y una vez concluida la Jornada. En este aspecto destaco la solvencia y excelente disposición de la doctora **Liliana del Carmen Molas**, quien ha encontrado el tiempo necesario para supervisar la sinopsis que ponemos a vuestra consideración con la intención y el deseo de que les resulte útil.

Hacemos presente a los destinatarios de este esfuerzo que la lectura del cuadro no debe entenderse como una “tablita”, al decir del doctor Pallavicini, así como tampoco comprensivo de todos los supuestos de este instituto tan rico en su posibilidades, en razón de su calidad “morfo genética”, al decir del doctor Elías Guastavino, que lo hace valioso para la solución de muy diversas necesidades de la persona y la sociedad.

Si bien no es disvalioso acudir a instituciones propias de otras legislaciones, lo es no adecuarlas a la comunidad a la que se traspolan.

En el legislador, el juez, el intérprete, el notario como primer usuario de tales instituciones deben primar el criterio suficiente y el oído atento hacia las necesidades humanas que tienen el deber de atender con eficiencia, convenientemente distantes de soluciones chauvinistas y de actitudes de prepotente autosuficiencia que los lleven a suponer que pueden ignorar o modificar la realidad.

A todos los que hicieron posible este encuentro, ¡muchas gracias!

Nelly A. Taiana de Brandi
Presidente

Notas al taller de fideicomiso

Por **Marcelo de Hoz**

Mi intervención en este taller se limitó a señalar la importancia, trascendencia e imperiosa necesidad de clarificar los aspectos impositivos y fiscales aplicables al fideicomiso inmobiliario.

En esta dirección no sólo se analizó el supuesto del aporte de un lote de terreno por parte del fiduciante al fideicomiso, en miras al desarrollo de un proyecto urbanístico, sino que también se consideró –y se admitió expresamente su plena validez– la variante del contrato de fideicomiso por el cual los fiduciantes se obligan a aportar dinero al fiduciario a los efectos de la compra de un lote de terreno y la realización del emprendimiento urbanístico proyectado en dicho inmueble. En este último caso se recomendó dejar constancia en la escritura de compra de la calificación de “fiduciaria” de la adquisición del lote, como un caso de subrogación real de bienes y su ulterior rogación de inscripción registral en tal sentido, todo ello de acuerdo con lo prescripto en el artículo 13 de la ley 24441.

En relación con los aspectos impositivos del contrato de fideicomiso y de la transmisión fiduciaria de inmuebles, en aquellos casos en que actuamos como agentes de retención –impuesto de sellos, impuesto a la transferencia de inmuebles e impuesto a las ganancias–, las dudas son muchas y a su vez incrementadas por las distintas y, en algunos casos, contradictorias interpretaciones que las Direcciones de Rentas de algunas provincias de nuestro país y la Administración Federal de Ingresos Públicos han realizado.

En un primer momento, la transferencia fiduciaria de un inmueble se hallaba exenta de tributar impuesto de sellos en nuestra jurisdicción, al entenderse que se trataba de un acto fiduciario, no gratuito ni oneroso, por el que se transmitía un bien a título de confianza y en el cual el fiduciante no recibía contraprestación alguna por lo transferido.

Este criterio es el que prevalece en la mayoría de las jurisdicciones provinciales de nuestro país, en donde lo gravado como oneroso en materia contractual por dicho impuesto es el honorario a percibir por el fiduciario en relación con la tarea encomendada, sin confusión alguna sobre la transferencia fiduciaria inmobiliaria, exenta en dicho gravamen (72/95, 33/96, 103/96, 98/96, 99/00). Luego estaría gravada por dicho impuesto la adjudicación del fiduciario a los fiduciantes-beneficiarios de las unidades funcionales prometidas (217/99, 103/ 2005).

En la actualidad, la Dirección de Rentas de nuestra Ciudad grava con impuesto de sellos toda transferencia fiduciaria de carácter inmobiliario, independientemente de la finalidad contractual pactada (49/97, 94/99), dudando en ciertos casos, de acuerdo con las últimas interpretaciones y opiniones, acerca del monto imponible sobre el cual aplicar dicho gravamen, es decir, valuación fiscal del inmueble a transferir, valor de mercado de éste, valor de las prestaciones comprometidas para el desarrollo de la obra.

En relación con la retención por impuesto a la transferencia de bienes inmuebles y a las ganancias, de conformidad con interpretaciones concordantes, la AFIP manifestó en reiteradas oportunidades que la transferencia de un inmueble con carácter fiduciario se halla exenta de tributar ambos impuestos, ya sea por no encontrarse dicho acto comprendido entre los supuestos de retención previstos (art. 3° resolución 3026), ya sea por no hallarse dentro de los sujetos involucrados legalmente enumerados (art. 7° ley 23905), o por no ser un acto a título oneroso sino la transmisión de un dominio desmembrado con una manda específica a cumplir (8/2002, 103/ 2001, 23/2001).

Hoy nos encontramos frente a una interpretación de la AFIP (dictamen 55/05) por la que se modifica el criterio expuesto, hasta ahora pacíficamente aceptado, por el cual el escribano debería retener impuesto a la transferencia de inmuebles en aquellos casos en que al fiduciante se le prometen lotes o unidades a cambio como contraprestación de lo aportado.

Asimismo, la AFIP interpreta que cuando existe identidad de roles asumidos por un mismo sujeto en un mismo contrato de fideicomiso: fiduciante-beneficiario, llegada la adjudicación del inmueble prometido a favor de éste, o su venta a terceros, al percibir el fiduciante-beneficiario el importe de dicha unidad prometida, el escribano nada retendrá al fiduciario en concepto de impuesto a las ganancias, considerando que dicho impuesto recae en forma particular en todos y cada uno de los fiduciantes-beneficiarios del contrato, lo que deberá ser reflejado en la declaración patrimonial de éstos (56/04, 34/96).

Si bien estas situaciones no agotan la lista de dudas e interpretaciones que los aspectos impositivos y fiscales del fideicomiso crean, no debe existir duda alguna de que en supuestos tales como fideicomisos de beneficencia, fideicomisos de pura administración y garantía –donde el fiduciante no recibe contraprestación alguna, actual o prometida por lo aportado– fideicomisos testamentarios, fideicomisos a favor de incapaces, casos de transferencias por sustitución fiduciaria en los supuestos de muerte, renuncia, incapacidad, no se genera hecho imponible alguno por los actos de transferencia de dominio fiduciario del inmueble objeto de estos actos.

En virtud de lo expuesto y con la participación conjunta de nuestro Colegio, sus asesores impositivos, el Instituto de Derecho Tributario de nuestra institución, sus comisiones de enlace y, muy especialmente, con nuestra activa y comprometida colaboración, solicitamos con carácter urgente la creación de medidas o interpretaciones uniformes ante supuestos fácticos similares por parte de las autoridades de aplicación, AFIP y la Dirección de Rentas de nuestra Ciudad, así como de otras jurisdicciones, a fin de lograr un clima de certeza que facilitará la utilización del contrato en cualquier jurisdicción de que se trate, nos permitirá una competencia profesional justa, desterrando la división entre escribanos que retienen y los que no y, por último, hará más liviana nuestra carga como agentes de retención, que mantenemos, asumimos y ejercemos con total disciplina, control y responsabilidad.

La intención es que el presente taller contribuya en tal sentido.

El fideicomiso de administración con fines de protección

Por **Nelly Alicia Taiana de Brandi**

De frente a las nuevas necesidades reales, importantes y trascendentes de la sociedad actual aparece el fideicomiso de administración como la herramienta apta para darles una respuesta adecuada de amor y caridad.

Lo que, a primera vista, luce como un contrasentido, no lo es.

Paradójicamente, un instituto nacido a partir de exigencias y conveniencias de índole económica resulta beneficioso para enriquecer la convivencia armónica, posibilitar la realización personal, fortalecer los lazos familiares y asistir a los menores y a las personas con alguna discapacidad física o psíquica, las llamadas "personas vulnerables" por el derecho español del siglo XXI.

Es un instituto que, a su vez, puede ser útil para la persona que en pleno uso de sus facultades desea prever y proyectar su vida para el supuesto de que una futura deficiencia psíquica o física le impida decidir, gobernarse o comunicar su voluntad.

Por lo expuesto es que nos parece conveniente ubicar, dentro de los fideicomisos de administración, el fideicomiso de protección como un capítulo importante por su significación en el plano humano.

Para atender las propias necesidades, las de un familiar o las de un tercero, puede constituirse un fideicomiso y separar uno o más bienes para que sus rentas, su realización o la construcción y venta por el régimen de propiedad horizontal o por el régimen de propiedad común atiendan las necesidades del beneficiario, con la manda de que una vez cesada la encomienda, cumplido el plazo o condición, aquellos vuelvan al fideicomitente o a sus herederos legítimos o testamentarios.

La constitución puede ser actual o una disposición con efectos suspensivos sujeta a la iniciación de un proceso de protección judicial, a la declaración de incapacidad o inhabilitación, a la verificación de su estado mental por uno o más facultativos médicos o a la muerte; en este último supuesto estaríamos frente a un fideicomiso testamentario.

En nuestro derecho causalista, la disposición o estipulación del constituyente será la causa fuente de la transferencia fiduciaria.

Hablamos de disposición y estipulación en razón de que el fideicomiso se puede constituir o convenir.

En la creación de este "patrimonio separado" deben tenerse en cuenta algunas limitaciones tendientes a que el instituto no sirva de burla a otros que para nuestro derecho, más allá de opiniones personales, son de carácter indisponible, entre ellos la legítima, la prohibición de la sustitución fideicomisaria o incapacidades específicas de derecho.

No hay en la transferencia fiduciaria que proponemos onerosidad alguna, por lo que no tenemos duda de que está fuera del ámbito de aplicación de todo impuesto local y nacional.

Opinar lo contrario sería confundir al fideicomiso como instrumentación, como “herramienta morfogenética” al decir de Elías Guastavino, con el negocio subyacente, que efectivamente puede tener significación económica.

Evidenciar ese doble andarivel es tarea del notario, quien debe hacerlo merced a una redacción correcta, cuidadosa, respetuosa de los propósitos perseguidos por el disponente. También es importante que actúe con idoneidad y asesore al requirente sobre la conveniencia de prever sustituto/s, la previsión de la forma de revocación, los efectos por incumplimiento del propietario fiduciario y, por supuesto, las causales de su extinción.

Por la trascendencia del acto, cuyos efectos se producirán una vez que el beneficiario no esté en condiciones de explicarse, los notarios creemos que si bien cualquier instrumento es hábil al efecto, la escritura pública como forma, como continente, es la que mejor se adecua para explicar convenientemente las causas que motivan la transferencia fiduciaria o la constitución del fideicomiso presente o futura.

La audiencia notarial con la asistencia de el/los profesional/es de confianza del disponente es el ámbito donde la voluntad del otorgante tiene mayores garantías de ser bien interpretada, expuesta y recogida en un documento que, además de la ventaja anotada, ofrece otras que nacen de la intermediación, la fecha cierta, el juicio de habilidad que debe prestar el autorizante, la seguridad de su custodia y conservación y la registración, que permite que el instituto funcione en forma oportuna.

Es en el ejercicio de estas incumbencias, que hacen a la dignidad de la persona, que el notario legitima su razón de ser y su irremplazabilidad.

Fideicomiso de garantía

Por **Nelly Alicia Taiana de Brandi**

Reemplaza con ventajas muchos supuestos en que la garantía hipotecaria no resulta suficiente o conveniente.

Dada la encomienda que recibe el propietario fiduciario en virtud de la que queda autorizado a la realización del bien ante el incumplimiento del deudor, que permite la recuperación inmediata del crédito por el acreedor, es posible colegir que los préstamos se facilitarán y se abaratarán.

No debe confundirse la transmisión fiduciaria en garantía con la hipoteca, como lo hace la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires. La accesoriidad, el segundo plano que reviste la hipoteca, desaparece frente a la transferencia fiduciaria, que es un negocio jurídico autónomo con reglas propias.

Volvemos a insistir en la importancia de la correcta redacción notarial que permita acceder a la diferencia apuntada.

En nuestro criterio, tanto la transferencia fiduciaria como el regreso del dominio pleno al fiduciante o sus herederos, no es relevante desde el punto de vista fiscal. El organismo recaudador está frente a un negocio que no es ni oneroso ni gratuito, sino a título de confianza y deberá gravar, si corresponde, el negocio subyacente.

En este tipo de fideicomiso no debemos confundir subyacencia con accesoriidad.

TIPO DE FIDEICOMISO	OPERACIÓN	GANANCIAS	I.T.I.	SELLOS C.A.B.A.	SELLOS PROVINCIA
DE GARANTÍA					
	PROPIO CONTRATO DE FIDEICOMISO	No se practica retención. El pago de Ganancias se hace por el contribuyente en su DDJJ anual.	No está gravado.	En principio no está gravado, salvo que en el mismo se entregue la posesión del inmueble.	Está gravada con el 10% sobre el monto total de los honorarios del Fiduciario. Si no está determinado se deberá determinar (art. 265 Código Fiscal).
	CONTRATO GARANTIZADO	No se practica retención. El pago de Ganancias se hace por el contribuyente en su DDJJ anual.	No está gravado.	En principio no está gravado, salvo que en el mismo se entregue la posesión del inmueble.	Si bien está gravada, por aplicación de la accesoriidad si se celebra en forma conjunta, sólo paga la transferencia fiduciaria (15%).
	TRANSFERENCIA DEL INMUEBLE AL FIDUCIARIO	No está regulado ni hay dictámenes al respecto. En cada caso se deberá analizar el negocio subyacente. En principio no estaría gravado (1).	En principio no está gravado (dat 17/2002). Pero hay que tener en cuenta los cambios de criterio de AFIP (dat 55/05).	Gravado. La base imponible es el mayor valor que se exteriore en la escritura o en su defecto el valor fiscal, el que fuera mayor.	Se lo equipara a la Hipoteca. Por ello tributa al 15%. Se toma como base imponible el monto de la obligación garantizada (2).
	RETRANSMISIÓN AL DEUDOR POR CUMPLIMIENTO	Si bien el fideicomiso es sujeto tributario por la RG 2139/06, éste sería un supuesto de no onerosidad y, por lo tanto, no correspondería la retención del 3%.	No está gravado porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.	Está gravado. La base imponible es el mayor valor que se exteriore en la escritura o en su defecto el valor fiscal, el que fuera mayor.	No está gravada.
	VENTA A TERCEROS POR FIDUCIARIO	El fideicomiso es sujeto tributario por RG 2139/06, por lo que se deberá retener el 3 %.	No está gravado porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.	Se la trata como cualquier venta a terceros.	Gravada como cualquier venta a terceros.

TIPO DE FIDEICOMISO	OPERACIÓN	GANANCIAS	I.T.I.	SELLOS C.A.B.A.	SELLOS PROVINCIA
DE ADMINISTRACIÓN	FAMILIAR (POR ACTO ENTRE VIVOS O TESTAMENTARIO)				
	PROPIO CONTRATO	No se practica retención.	No se practica retención.	No está gravado.	Está gravada con el 10% sobre el monto total de los honorarios del fiduciario. Si no está determinado deberá determinar (art. 265 del Código Fiscal).
	TRANSFERENCIA AL FIDUCIARIO	No está alcanzado si se trata de un negocio gratuito, neutro o NO ONEROSO, salvo que lo esté el negocio subyacente.	No está alcanzado, se trata de un negocio gratuito, neutro o NO ONEROSO (dat 103/01). De todos modos hay que analizar el negocio subyacente.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	No está gravada.
	REVOCACIÓN UNILATERAL. TRANSFERENCIA	No está alcanzado, se trata de un negocio gratuito, neutro o NO ONEROSO. Igual hay que analizar el negocio subyacente.	No está alcanzado, se trata de un negocio gratuito, neutro o NO ONEROSO (dat 103/01). De todos modos hay que analizar el negocio subyacente.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	En principio no está gravada. Hay que ver el fondo del negocio, si detrás hay una donación, no paga.
	TRANSFERENCIA AL BENEFICIARIO	Sólo está gravado si la transferencia es onerosa.	No está alcanzado, se trata de un negocio gratuito, neutro o NO ONEROSO (dat 103/01). De todos modos hay que analizar el negocio subyacente.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	En principio no está gravada. Hay que ver el fondo del negocio, si detrás hay una donación, no paga.

TIPO DE FIDEICOMISO	OPERACIÓN	GANANCIAS	I.T.I.	SELLOS C.A.B.A.	SELLOS PROVINCIA
INMOBILIARIO PURO	TIPO CONDOMINIO INDIVISO DE CONSTRUCCIÓN AL COSTO	No hay retención. Si hay ganancia la declara el contribuyente en su DDJJ anual.	No está gravado.	No está gravado.	Está gravada con el 10% sobre el monto total de los honorarios del fiduciario. Si no está determinado deberá determinar (art. 265 del Código Fiscal).
	PROPIO CONTRATO	En principio no estamos frente a una transferencia de dominio ONEROSA. Sin embargo, advertimos cambio de criterios en AFIP (dat '16 y 18/05). Si existiese onerosidad correspondería una retención del 3%.	En principio no estamos frente a una transferencia de dominio ONEROSA. Sin embargo, advertimos cambio de criterios en AFIP (dat 55/05). Si existiese onerosidad correspondería una retención del 1,5%.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	No está gravada.
INMOBILIARIO (COMERCIAL)	RETRANSMISIÓN AL FIDUCIANTE/BENEFICIARIO	Ante el cambio de criterio de AFIP y la RG 2139/06, correspondería retención del 3%.	No está gravado porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	Está gravada con el 40%.
	OTROS TIPOS QUE EXCEDEN EL INMOBILIARIO PURO	No hay retención. Si hay ganancia la declara el contribuyente en su DDJJ anual.	No está gravado.	No está gravado.	Está gravada con el 10% calculado sobre el monto total de los honorarios del fiduciario.

TIPO DE FIDEICOMISO	OPERACIÓN	GANANCIAS	I.T.I.	SELLOS C.A.B.A.	SELLOS PROVINCIA
	TRANSMISIÓN AL FIDUCIARIO	Está gravada y sujeta a retención (RG 2139/06).	Está gravada y sujeta a retención s/ RG 2141.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	No está gravada.
	VENTA A TERCERO	Está gravada y sujeta a retención (RG 2139/06).	Está fuera del ámbito del impuesto porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	Está gravada con el 40%.
	CESIONES INTERMEDIAS	La realidad económica lo asimila a cesión de boleto. Si el cedente es un sujeto-empresa está gravada la cesión y sujeta a retención de la RG 2139, haya o no posesión.	La realidad económica lo asimila a cesión de boleto. Sólo está sujeta a retención cuando el cedente es una persona física o sucesión indivisa y se entrega conjuntamente la posesión (RG 2141).	Si no hay entrega de posesión no está gravada. Si hay entrega de posesión está gravada con el 2,5%.	Está gravada con el 10%.
	TRANSMISIÓN AL FIDUCIARIO FIDEICOMITENTE	Ante el cambio de criterio de AFIP y la RG 2139/06, correspondería retención del 3%.	No está gravado porque el fideicomiso no es sujeto de ITI.	Por aplicación del decreto reglamentario 2033/03 C.A.B.A. lo grava al 2,5 %, sobre el mayor valor exteriorizado en escritura o valuación fiscal.	Está gravada con el 40%.

(1) La mesa opina que el acto no está gravado.

(2) La mesa opina que el fideicomiso de garantía no es un negocio accesorio; es un negocio autónomo con reglas propias.

Notas

1. Para la mesa, la transmisión fiduciaria no es onerosa ni gratuita, es a *título de confianza*.

2. Tener presente que cuando hablamos del sujeto tributario no nos referimos a la persona física o jurídica que es titular del dominio fiduciario, sino al “fideicomiso concreto” que tiene su Cuit.

3. En definitiva hay dos Cuit, la del titular fiduciario y la del fideicomiso, a quien debemos practicarle la retención, de ser procedente.

4. En caso de retención, no hay impedimento a la imputación del monto retenido en cabeza del fideicomiso al/los respectivo/s fiduciante/s-beneficiario/s.

5. No debe confundirse el negocio subyacente que puede tener significado económico con la instrumentación del fideicomiso.

6. La técnica legislativa ha perdido precisión y no siempre lo que la ley llama “exento” está previamente incluido en el ámbito del tributo.

7. Sólo corresponde ir “a la realidad económica” cuando se produce un divorcio entre forma y negocio subyacente.

8. La única excepción al principio de la realidad económica está dada en el impuesto de sellos. Este es un impuesto formal, instrumental y sólo procede si hay onerosidad.