

Aspectos impositivos del fideicomiso inmobiliario

Marcelo A. de Hoz

CONSIDERACIONES PREVIAS

Con relación a los aspectos impositivos del contrato de fideicomiso, en aquellos casos en que actuamos como agentes de retención, percepción e información, es decir, impuesto de sellos, impuesto a la transferencia de inmuebles e impuesto a las ganancias, las dudas siguen siendo muchas y a su vez incrementadas por las distintas y, en algunos casos contradictorias interpretaciones que las Direcciones de Rentas de las Provincia de nuestro país y la Administración Federal de Ingresos Públicos han realizado.

Esto lleva, por una parte, a escaparle a la aplicación de la figura, sabiendo de antemano que por cualquier error en la retención o pago del impuesto es a nosotros a quienes se nos va a imputar dicho error, debiendo responder patrimonialmente en forma personal y "no fiduciaria" a su reparación. Por otra parte, y lo que es aún peor, se ha creado una competencia desleal entre nosotros con relación a la instrumentación de la figura, entre escribanos que retienen y otros que no, cada uno con sus fundamentos y justificaciones, existiendo notables diferencias entre unos y otros presupuestos por la misma tarea encomendada.

Creo que actualmente el panorama impositivo está un poco más claro y despejado, en cuanto a la tendencia a la gravabilidad de la figura, en varios de sus tramos, por los conceptos y términos vertidos en el dictamen 16 de fecha 23 de febrero de 2006, con relación al IVA, y el dictamen 18 de fecha 13 de marzo de 2006, con relación a varios impuestos, ambos de la AFIP, cuyas lecturas aconsejo, en el sentido de separar a la estructura fiduciaria de la prevista en los condominios organizados como consorcios, entendiendo que las exenciones impositivas previstas para la segunda no son aplicables a la primera, en los casos de adjudicaciones de las unidades funcionales resultantes a favor de los fiduciantes-beneficiarios que aportaron dinero para la compra del lote y la construcción del inmueble, considerándose tanto ellos como los cesionarios de sus derechos, terceros ajenos al contrato de fideicomiso, existiendo una clara intención de lucro en su actividad, hallándose en consecuencia alcanzado por impuesto a las ganancias.

Por otra parte, el sostenido principio de la aplicación de la "realidad económica", como negocio subyacente a la estructura jurídica fiduciaria, reforzaría el criterio expuesto permitiéndole a la entidad impositiva prescindir de la instrumentación escogida por las

partes para adentrarse al negocio efectivamente realizado. Sin embargo, en esta aplicación, no se logran entender los términos del dictamen 17/04 de la AFIP con relación a ganancia mínima presunta, por la que se grava al fideicomiso "independientemente de la realización de actividad económica alguna". Por otra parte, en un mismo negocio inmobiliario, pareciera que en la estructura de la permuta del lote por unidades a construir, la carga impositiva sería menor, ya que sólo se gravaría a la ida, es decir al momento de la transferencia del lote por parte del copermutante, que la estructura fiduciaria en donde se estaría gravando tanto a la ida, transferencia fiduciaria del lote al fiduciario, como a la vuelta, es decir al momento de la adjudicación de las unidades construidas a favor de los fiduciantes-beneficiarios.

Por último sabemos de la dificultad de establecer normas impositivas uniformes para todos los casos, dando un tratamiento fiscal único, con relación a los distintos supuestos que puedan abarcar la estructura fiduciaria del negocio: fideicomiso de garantía, fideicomiso de administración, fideicomiso de beneficencia, fideicomisos a favor de incapaces, sustitución fiduciaria, fideicomisos que sólo adjudiquen unidades a los fiduciantes-beneficiarios, otros que sólo permiten la comercialización de dichas unidades a terceros adquirentes, un mix entre estas últimas, etcétera. En estos y otros casos, en donde el o los fiduciantes aportantes no perciban contraprestación alguna, ni presente ni futura por lo aportado, no debemos dudar de dejar constancia de tal circunstancia en nuestras escrituras, expresando en forma clara y precisa la gratuidad de dicho acto, por el cual se nos exima de asumir el rol de agentes de retención, percepción y/o información, sin necesidad de consulta previa alguna.

ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS

En el análisis que se propone sobre estos casos en particular se deja constancia de lo siguiente:

- Se toman como presupuestos contratos en los que los fiduciantes aportantes del lote o de dinero recibirán sus respectivas contraprestaciones por lo aportado.
- Los criterios expuestos tratan de reflejar el contenido de los dictámenes impositivos vigentes y las opiniones de algunos de los especialistas consultados.

1. CONTRATO DE FIDEICOMISO

a. Impuesto de sellos. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el contrato de fideicomiso por el cual el fiduciante se compromete a aportar el lote para el desarrollo inmobiliario o a aportar el dinero para su compra y posterior construcción no tributa

impuesto de sellos. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cualesquiera de las modalidades contractuales enunciadas, tributan el 1 % en concepto de impuesto de sellos, sobre el importe de los honorarios a ser percibidos por el fiduciario como retribución de su tarea.

b. Impuesto a la transferencia de inmuebles o a las ganancias: el contrato no se encuentra gravado por ninguno de estos tributos.

2. TRANSFERENCIA FIDUCIARIA DEL LOTE

a. Impuesto de sellos. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, dicha transferencia se halla gravada con el 2,5 % sobre el valor que las partes hayan adjudicado al lote o sobre la valuación fiscal del mismo, el que resulte mayor. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, no se grava con impuesto de sellos la transferencia fiduciaria del inmueble entre el fiduciante y el fiduciario.

b. Impuesto a la transferencia de inmuebles: de acuerdo a los términos del dictamen 55/05 de la AFIP, modificando el criterio anterior, habrá que retener el 1,5 % del valor asignado al lote o su valuación fiscal, el que resulte mayor.

c. Impuesto a las ganancias: habrá que retener el 3 % sobre los montos indicados cuando se den los presupuestos viables para dicho impuesto.

Cabe una aclaración con relación el presente supuesto. En caso de que al momento de aportar el lote no exista suma alguna de dinero sobre la cual poder practicar la retención aludida, el escribano autorizante deberá actuar como AGENTE DE INFORMACIÓN de conformidad a lo dispuesto por las Resoluciones 2139 (ganancias) y 2.141 (impuesto transferencia de inmuebles), obligación que deberá cumplimentarse a través del régimen establecido por la Resolución 781 Citi-Escribanos con sus normativas modificatorias y complementarias (Dictamen 60/07, AFIP 16/8/07).

3. ADJUDICACIÓN DE LAS UNIDADES RESULTANTES A LOS FIDUCIANTES-BENEFICIARIO

a. Impuesto de sellos: dicha transferencia estaría gravada con las alícuotas correspondientes, tanto en el ámbito de la Ciudad como de la Provincia de Buenos Aires, sobre el valor de adjudicación o valuación fiscal de la unidad entregada como contraprestación, el que resulte mayor. Aquí juegan las exenciones correspondientes en ambas jurisdicciones para la aplicación del impuesto, en los casos en que se den los supuestos exigidos por la normativa vigente.

b. Impuesto a las ganancias: se deberá retener el 3 % de los montos indicados, siendo el fideicomiso sujeto pasible de dicha retención, incluido expresamente en la actual Resolución 2139 de la AFIP. En este sentido se modificó el criterio anteriormente expuesto en numerosos dictámenes en los cuales no se practicaba retención alguna en estos supuestos de identificación en las personas de fiduciantes-beneficiarios y ante la falta de previsión de la Resolución 3026.

Será aplicable al presente supuesto la advertencia realizada en el punto anterior con relación a la ausencia de dinero para practicar la retención aludida debiendo proceder a la INFORMACIÓN respectiva. (Dictamen 60/07, AFIP 16/8/07).

4. VENTA DE LAS UNIDADES RESULTANTES A LOS TERCEROS ADQUIRENTES

La solución sería similar a la planteada en el punto anterior debiendo retener impuesto de sellos e impuesto a las ganancias sobre el precio de venta de la unidad. Al existir importe sobre el cual retener no sería viable nuestra función en calidad de agentes de información.

5. CESIÓN DE LOS DERECHOS POR PARTE DE LOS FIDUCIANTES-BENEFICIARIOS

a. Impuesto de sellos: en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, siempre y cuando no se halla verificado la transferencia de la posesión sobre el inmueble, cuyos derechos de adjudicación fiduciaria se ceden, no estaría gravada con impuesto de sellos. En jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, estaría gravado con la alícuota del 1 % sobre el precio de la cesión.

b. Impuesto a la transferencia de inmuebles o a las ganancias: de conformidad a lo establecido por los dictámenes 49/03 del 7/8/03 y 9/07 del 31/1/07, la cesión del derecho de adjudicación de la unidad funcional no se hallaba contemplado como hecho imponible ni en la anterior Resolución 3026, ni en las actuales Resoluciones 2139 ni 2141 no quedando dicho acto sujeto al régimen retentivo previsto en las normativas relacionadas. Los aludidos dictámenes manifiestan que no se dan los hechos imponibles, tales como la posesión del inmueble o la transmisión de un derecho real de dominio, sino la simple transmisión de un derecho personal que implica la cesión de una "posición contractual", no asimilable inclusive a la cesión de un boleto de compraventa.