

FIDEICOMISO VS. REALIDAD ECONÓMICA ENCUADRE JURÍDICO . TRATAMIENTO IMPOSITIVO

Paula Andrea Zucchet*

Trabajo efectuado en el marco de la ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS- UNAM UNIVERSIDAD NACIONAL DE MISIONES

I. INTRODUCCIÓN: ENCUADRE TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO: FORMA JURÍDICA VERSUS REALIDAD ECONÓMICA.

El contrato de fideicomiso presenta, con una misma realidad jurídica varias realidades económicas, por lo que no resulta sencillo establecer normas tributarias que regulen dicho contrato. Además, el contrato de fideicomiso es de gran aceptación para desarrollar múltiples negocios por razones de índole económica, financiera y jurídica.

El tratamiento impositivo de estos múltiples negocios desarrollados a través del contrato de fideicomiso presenta razonables dudas de interpretación, tanto para la administración tributaria como para los contribuyentes; dudas que también se han hecho extensibles a los tribunales.

La resolución por vía del principio de la realidad económica de situaciones de alcance general denota un vacío normativo que no podría ni debería subsanarse a través de pronunciamientos interpretativos que tuerzan la letra de la ley.

Que, si bien es cierto que legislar sobre la infinidad de variantes que podría adoptar el contrato de fideicomiso generaría una legislación excesivamente casuística y hasta prácticamente imposible, una clasificación reglamentaria de las formas más utilizadas sería preferible a una interpretación carente de parámetros predeterminados.

Por lo tanto, creo que el tratamiento impositivo debe surgir con claridad de las normas legales que regulan los respectivos gravámenes o bien de normas específicas aplicables al contrato en particular. Por ello, aún aceptando la diversidad de casos puntuales potencialmente comprendidos en los negocios fiduciarios resultaría conveniente intentar una solución análoga a la de los contratos de leasing que cuentan con un tratamiento tributario específico (dto. 1038/00), eso sí, que dicha reglamentación no perjudique el tráfico, de modo que se terminen eliminando los beneficios que impulsaron su tipificación y utilización masiva.

Este Trabajo busca dar mayor certeza sobre el tratamiento Tributario ya establecido en las leyes y aquel que necesita de acuerdo al amplio desarrollo que ha tenido el fideicomiso en estos últimos tiempos.

II. DESARROLLO.

a). LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA.

*PAULA ANDREA ZUCCHET Abogada egresada de la Universidad del Nordeste. Escribana Pública Nacional (Universidad de la Cuenca del Plata). Especialista en Tributación (Universidad Nacional de Misiones). Asesor Legal del Ministerio de Gobierno, Justicia, Trabajo y culto de la Provincia de Formosa con afectación de servicios al Instituto de Colonización y Tierras Fiscales de la Provincia de Formosa.

1. EL FIDEICOMISO COMO CONTRIBUYENTE

El primer aspecto peculiar consiste en haberle conferido al fideicomiso personalidad a los fines tributarios, "...y si bien ha sido categorizado como un vehículo sin personalidad jurídica, en el ámbito del Derecho Fiscal, el fideicomiso posee personalidad tributaria como contribuyente en la medida en que realice hechos imponibles, conforme ha sido explicitado por la doctrina..."¹-

Sin perjuicio de la responsabilidad tributaria atribuible al Fideicomiso o sus posiciones internas, según el caso, al encapsular un patrimonio separado, administrado por un fiduciario, no podemos soslayar la responsabilidad de este último por su actuación, la cual origina una serie de consecuencias derivadas de su categorización como responsable por el cumplimiento de la deuda ajena.

2. EL FIDUCIARIO COMO RESPONSABLE TRIBUTARIO

De acuerdo con el régimen que adopta la ley 24.441 el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria de los bienes que recibe a título de confianza. En tal carácter, se aproxima al contribuyente que realiza los hechos imponibles previstos en las leyes fiscales en tanto y en cuanto, por ostentar la "propiedad fiduciaria" de los bienes fideicomitados, dispone de ellos "cuando lo requieran los fines del fideicomiso". Tiene -aunque limitadas- las facultades propias del carácter "absoluto" del dominio.

Sin embargo, el fiduciario adquiere la propiedad jurídica de los bienes pero vaciados de contenido económico, ya que el no goza del valor patrimonial o económico de los mismos. Mientras el fiduciario es el titular jurídico del derecho real sobre los bienes, el beneficiario o el fideicomisario tienen un derecho personal creditorio contra el fiduciario, que al hacerse efectivo cuando el fiduciario les transfiera los bienes los convertirá en propietarios plenos de los mismos y, en tal virtud, podrán disponer de ellos sin cortapisa alguna.

En razón de que el patrimonio fideicomitado no tiene en sí mismo personalidad jurídica, requiere de una persona que, en ejercicio de las facultades atribuibles al propietario de un bien, realice los actos encomendados por el fiduciante.

La reflexión precedente es lo que permitiría encuadrar al fiduciario dentro de la categoría de los responsables del cumplimiento de la deuda ajena, en su carácter de administrador de los bienes fideicomitados por los actos que realice en función del encargo.

El Poder Ejecutivo a través del decreto Nro. 780 del año 1995, dispuso (art. 10) que "quienes con arreglo a la ley 24.441 asuman la calidad de fiduciarios, quedarán comprendidos en las disposiciones del art. 16, inc, e) de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y mod.) - actualmente inc. e) del art. 6 - por lo que en su carácter de administradores de patrimonios ajenos, deberán ingresar como pago único y definitivo del impuesto (a las ganancias) que se devengue con motivo del ejercicio de la propiedad fiduciaria..."

El contenido sustancial del art. 10 del decreto 780/95 fue más tarde incorporado a la ley del impuesto a las Ganancias y a la del impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, por la ley 25063 [Boletín Oficial del 30-12-98], al incluir expresamente a los fiduciarios entre los responsables por deuda ajena.

La norma fiscal bajo comentario conduce a la consecuencia de que el titular de las obligaciones fiscales es el fiduciario quien, en su carácter de administrador de un patrimonio, está obligado a pagar el tributo al Fisco con los recursos que administra (art. 6, inc, e) de la ley 11.683, t.o.1998).

¹ PAPA, RODOLFO G; FIDEICOMISO; ED. ERREIUS; BS AS; 2017; Pag. 78.-

3. COFIDUCIARIOS

Aunque la ley 24.441 nada dice al respecto, la doctrina que ha abordado el tema se ha pronunciado por aceptar la coexistencia de dos o más fiduciarios para actuar en forma conjunta o alternada.

La concurrencia fiduciaria debe quedar claramente establecida en el contrato de fideicomiso, dado que el fiduciario (cualquiera sea su número) es parte del contrato junto con el fiduciante. Distinta es la alternativa de "sustitución" del fiduciario pues en esta hipótesis no habría concurrencia.

Si los cofiduciarios actúan conjuntamente, serán copropietarios fiduciarios de los bienes fideicomitados, sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1674 del Cód. Civ. Y comercial, aplicándose en este supuesto las reglas generales del condominio. "...Asimismo, el nuevo código dispone que ninguno de los cofiduciarios puede solicitar la partición, de modo que hay una indivisión forzosa que imita los inconvenientes que presentaba el régimen de la Ley N° 24.441 que no contenía la referida previsión..."²-

El contrato puede prever que la actuación conjunta de los cofiduciarios se desarrolle por especialidad, es decir, que a cada uno le corresponda atender una parte diferenciada del encargo. Siendo así, nos hallaríamos frente a una situación ajena al sistema de la solidaridad, pues a cada uno cabría imputarle responsabilidad por aquello a lo que se ha comprometido, siempre dentro del concepto de la responsabilidad subjetiva, debiendo responder personalmente y con sus propios bienes sólo por las secuelas que se deriven por su actuar culposo o doloso.

En la hipótesis que el contrato de fideicomiso prevea la actuación de un fiduciario y, además, de un cofiduciario, puede establecerse en el mismo que el primero se reserva la facultad de designar al cofiduciario para transferirle la realización de alguna de las tareas que le han sido encomendadas. En este caso, el convenio celebrado entre ambos formará parte integrante del fideicomiso, y dependerá del texto contractual el marco de responsabilidad que le compete a cada uno. En efecto, si se asignase al cofiduciario la función de liquidación y pago de los tributos, recaerá sobre éste la responsabilidad tributaria inherente, salvo que el fiduciario mantuviera con aquél una responsabilidad compartida, aunque sea subsidiaria o de mero control de gestión, en cuyo caso también le cabría al fiduciario responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo del fideicomiso, sin perjuicio de la cláusula de indemnidad que habitualmente se suele convenir en estas circunstancias, las que sólo tienen virtualidad entre las partes.

4. RESPONSABILIDAD PERSONAL Y SOLIDARIA DEL FIDUCIARIO

Le son de aplicación al fiduciario en el orden nacional, las prescripciones de los arts. 7 y 8 inc. a) de la ley 11.683 (t.o. 1998), que en armonía con el art. 6 inc. e) precitado, le imponen responsabilidad personal y solidaria por los incumplimientos en que pudieren incurrir, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas, que pudieren derivarse de la administración del fideicomiso, salvo que acredite ante el organismo fiscal que el o los fiduciantes lo han colocado ante la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

El art. 55 de la ley 11.683 establece que son personalmente responsables de las penas de multa, como infractores de los deberes fiscales de carácter material o formal que les incumben

² KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO -TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BSAS; 2016; Pag 86.-

en la administración, representación, liquidación, mandato o gestión de entidades, patrimonios y empresas, los responsables enumerados en los primeros cinco incisos del art. 6, entre quienes se encuentran los administradores de patrimonios ajenos (dentro de los cuales ha quedado incluido, según se ha visto, el fiduciario).

La responsabilidad proclamada por las normas precitadas está referida tanto al cumplimiento de obligaciones sustanciales (pago de tributos) cuanto a los deberes formales (presentación de declaraciones juradas, etc.) que, para el eficaz cumplimiento del objetivo recaudatorio imponen las normas fiscales.

La falta de pago del tributo importa para dichos sujetos, en principio, la consecuencia de responder con sus propios bienes por la omisión sustancial, salvo que pudieren demostrar debidamente que se los ha colocado en la imposibilidad de cumplir. En punto a las sanciones pecuniarias derivadas de las infracciones incurridas, son personalmente responsables de las mismas.

En ambos casos (afectación de bienes propios por el tributo omitido, o por la multa) la AFIP-DGI ha pretendido darle a la responsabilidad un mero carácter objetivo, sin tomar en cuenta el elemento subjetivo de la acción u omisión.

Este criterio es atacable desde mi punto de vista y el de la doctrina tributarista mayoritaria, en base a que el elemento subjetivo (culpa o dolo) debe estar presente en toda acción u omisión pasible de reproche, tanto en lo atinente a la obligación de pagar el impuesto (si del responsable por cuenta ajena se trata), cuanto a las sanciones pecuniarias (cualquiera sea el sujeto penalizado), lo que se ve corroborado por la mención expresa que hace el inciso a) del art. 8 de la ley 11.683 al propugnar que los efectos de la solidaridad cesan para el administrador cuando demuestre que lo han colocado en la imposibilidad de cumplir con sus deberes fiscales.

Por ello, si el responsable demostrase que no ha existido de su parte culpabilidad, la solidaridad presumida queda soslayada atendiendo, precisamente, a que la existencia del elemento subjetivo constituye un presupuesto implícitamente reconocido por la norma citada en último término.

Corresponde, asimismo, diferenciar la situación frente a las disposiciones tributarias en la que se encuentran los fiduciarios a la de otros responsables por la deuda ajena de la ley 11.683. En efecto, el art. 16 de la ley 24.441, establece que "los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos".

Se advierte del análisis comparativo de ambas leyes, que por la ley 24.441 el legislador ha querido dotar al fiduciario de mayores garantías, protegiéndolo de los riesgos propios de la ejecución del fideicomiso. Dichas garantías se verían seriamente afectadas si las normas del art. 8, inc. a) de la ley 11.683 se aplicaran a los fiduciarios pues siempre se encontrarían obligados ante el fisco, a pesar de un actuar diligente, a acreditar que el fiduciante los ha colocado ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales.

Por imperio de la ley 24.441, pues, la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones no le acarrea al fiduciario la amenaza de afectar su patrimonio personal para atender a eventuales agresiones del fisco, en tanto no se haya verificado culpa o dolo en perjuicio de este último.

Deja, sin embargo, la ley 24.441, abierta la vía para que la AFIP-DGI o cualquier tercero pudiera reclamar los daños y perjuicios que el fiduciario les hubiere irrogado, en tanto y en cuanto haya mediado una conducta culpable.

Dicha norma ratifica expresamente, por otra parte, que la restricción de la responsabilidad a la que alude su artículo 16 no ampara la actuación irregular culpable o dolosa en la ejecución del encargo, al imponerle al fiduciario (arts. 6 y 7) el deber de actuar respetando

la ley y con la prudencia y diligencia del "buen hombre de negocios", eliminando, además, toda posibilidad de dispensarlo contractualmente por su culpa o dolo.

El distingo señalado en punto al particular tratamiento que le da la ley especial al fiduciario, adquiere relevancia en materia probatoria, dado que consideramos que al no aplicársele a éste las disposiciones de la primera parte del inciso a) del art. 8, de la ley 11.683, en cuanto a que la demostración de la ausencia de culpa o dolo está a cargo del responsable, será la AFIP-DGI quien tenga siempre a su cargo su probanza para justificar la solidaridad mentada. Se evita, de tal modo, entrar en rípidas discusiones con el organismo fiscal a los fines de acreditar la ocurrencia de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

Resumiendo, la sanción de la ley 24.441 no deja dudas en cuanto a la necesidad de la ocurrencia del elemento subjetivo para generar la responsabilidad personal y solidaria del fiduciario.

5. LA DISPENSA CONTRACTUAL DE LA CULPA O DOLO

El artículo 7 de la ley 24.441 preceptúa que el contrato de fideicomiso no podrá dispensar al fiduciario de la "culpa" o "dolo" en que pudiese incurrir él o sus dependientes. Esta disposición parecería agravar la situación del fiduciario si se la compara con la de cualquier otro deudor en el campo de las obligaciones contractuales.

De cualquier modo, en el campo tributario, la inserción de una cláusula en el fideicomiso con pretendido efecto dispensatorio de la culpa a favor del fiduciario, además de nula sería irrelevante, en razón de que la misma no le sería oponible al Fisco (art. 37, D.R. de la ley 11.683).

6. ERROR EXCUSABLE

Para que el error sea eximente es menester que sea esencial e inculpable. Es esencial, cuando impide al autor conocer la antijuridicidad del acto pudiendo consistir en una falsa apreciación de los hechos o de las circunstancias que modifican la valoración que se haga de los mismos. Es inculpable, cuando se ha incurrido en él a pesar de haber puesto en la acción la normal diligencia requerida en la conducta de un buen hombre de negocios.

El derecho sustantivo distingue al error de hecho del error de derecho y el derecho penal común sólo concede expresamente poder de eximición al error de hecho.

El derecho tributario, en cambio, cuando prevé como causa de exculpación al error excusable, no distingue si éste debe ser de hecho o de derecho.

No existe duda de que el error de hecho, cuando es excusable es causa excluyente de culpabilidad. Donde, en cambio la doctrina se encuentra dividida es en punto al poder exonerante del error de derecho.

Formulada la distinción entre el error de derecho sobre la ley no penal o derecho tributario sustantivo y el error sobre el derecho penal, observamos que la doctrina equipara el error de hecho al que se incurre respecto de las normas del derecho tributario sustantivo, de modo que sería exculpable el error provocado por dificultades interpretativas acerca de las normas sustantivas por deficiente redacción de las normas prescriptivas, por jurisprudencia contradictoria, etc.

Los conflictos en los que puede verse involucrado el fideicomiso con los organismos fiscales pueden tener origen en diferentes causas. La interpretación de las normas fiscales en muchos casos es de difícil dilucidación, más aún frente a cuestiones novedosas que no se encuentran respaldadas técnicamente por doctrina o jurisprudencia que arroje luz sobre el asunto bajo análisis.

En tales supuestos, una interpretación sensata y por tanto reflexiva de la norma, apoyada en una hermenéutica racional que respete los métodos de análisis aceptados por la

técnica jurídica y en la que se tenga en cuenta prudentemente los elementos objetivos, conduciría a la configuración de un error excusable en la hipótesis de que el fisco o la justicia no convalidase en definitiva el criterio utilizado.

7. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación. El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquél constituido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.

Para la graduación de la culpa del fiduciario el "standard" a aplicar es el del "buen hombre de negocios", debiéndose tomar este parámetro para juzgar si aquél pudo haber evitado el daño por el "caso fortuito" actuando con la diligencia esperada en dicho "standard". En este aspecto, la ley 24.441 equipara al fiduciario, con razón, a los representantes y administradores de las sociedades comerciales al seguir el "standard" para ellos establecido por el art. 59 de la ley de sociedades 19.550 (que reemplazó al tradicional que imponía actuar como un buen padre de familia).

En materia tributaria, el art. 8, inc. a), última parte de la ley 11.683 exime de toda responsabilidad personal y solidaria "...a quienes demuestren debidamente a la AFIP que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales". Esta norma resulta igualmente aplicable a los fiduciarios por haber sido incluidos dentro del elenco de responsables por cuenta de terceros consagrando, de tal modo, una causal autónoma eximente de responsabilidad por fuerza mayor.

De tal modo, frente a una concreta imputación de un actuar culposo o doloso por parte del Fisco, el fiduciario podrá acudir a esta causal de exculpabilidad a fin de desvirtuar los cargos que aquél le pudiere formular.

El principio general es que las cláusulas de "indemnity" se encuentran prohibidas conforme surge del art. 1743 del Cod. Civil y Comercial. "...Se trata de una regla de orden público, indisponible por las partes..."³

b) EL FIDEICOMISO Y LA SIMULACIÓN. PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

Nos proponemos examinar ahora al contrato de fideicomiso, desde el punto de vista de la legitimidad de las formas empleadas al estructurar el contrato en relación con los fines perseguidos con su creación.

El fideicomiso, en cuanto acto jurídico, debe tener un fin lícito dentro del amplio marco de la autonomía de la voluntad contractual emergente del art. 1197 del Código Civil, limitada sólo por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, constituye un imperativo para el intérprete fiscal a los fines de prescindir de la apariencia formal cuando corresponda calificar al vínculo como un negocio en fraude de ley. Lo mismo

³ KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO -TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BS AS; 2016; Pag.383.-

puede decirse cuando el ropaje jurídico encubre un negocio lícito pero distinto al fin económico que las partes han tenido en mira realizar.

En el campo del Derecho Tributario la cuestión radica, precisamente, en el riesgo de apelar a esta figura para darle al negocio una forma jurídica que no se compadece con la realidad económica subyacente en el negocio real y, por lo tanto, de que no se configure con el contrato la cabal intención económica y efectiva de las partes.

La característica de la figura por su condición de negocio complejo deviene en la consecuencia de que por debajo del negocio "aparente" consistente en la transmisión fiduciaria de bienes por parte del fiduciario a favor del fiduciante, subyace la verdadera intención de las partes al celebrarlo. En consecuencia, al pretender determinar los efectos impositivos de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, evaluando solamente su estructura jurídica y sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato y de los partícipes, sino que es necesario completar el análisis penetrando en el negocio subyacente a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese particular negocio y a los actos que en razón del mismo el fiduciario está obligado a ejecutar como consecuencia del encargo fiduciario.

El intérprete está obligado a penetrar la corteza de la estructura formal del contrato para situarse en el núcleo del negocio y, recién desde allí, evaluar si la forma jurídica aparente se identifica con su finalidad económica.

En Alemania, Enno Becker contribuyó a incorporar en el ordenamiento tributario del Reich (Reichsabgabenordnung) el principio según el cual, para la interpretación de las leyes fiscales, debe tenerse en cuenta su finalidad. Tal como lo expresara el propio Becker, el propósito de la elaboración de tal principio fue el de acentuar la autonomía del derecho tributario y también evitar la evasión mediante la utilización de formas jurídicas que no se correspondieren con la realidad, con el objeto de encubrir el verdadero fin económico de los actos.

En nuestro país el principio de la realidad económica fue incorporado a la ley 11.683 (t.o. en 1988), a partir del año 1946 (arts. 1 y 2). El art. 1 consagra el principio de interpretación basado en el fin y la significación económica de las leyes impositivas y supletoriamente, en las normas del derecho privado, cuando por otro medio no pueda ser establecido el sentido y alcance de las normas tributarias. El art. 2, por su parte, establece que cuando las partes sometan los actos, situaciones o relaciones a formas que no sean las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, el intérprete prescindirá de estas formas y asimilará el acto, situación o relación a la figura que el derecho le aplicaría, atendiendo a la intención real de las partes.

Puede apreciarse que el propósito fundamental de la denominada interpretación económica es el de impedir la evasión tributaria mediante el empleo de formas jurídicas distorsionadas, lo que se hace evidente cuando se encubren las relaciones verdaderas dentro de un ropaje jurídico inadecuado.

En otras palabras, si la "intentio juris" coincide con la "intentio facti" (intención empírica) el negocio no es simulado. Si, en cambio, existiere divergencia entre ambas, el intérprete fiscal ha de atenerse a la "intentio facti".

La jurisprudencia Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo de un fideicomiso "en garantía" sometido a consulta. En efecto, la Dirección de Asesoría Legal de la AFIP-DGI emitió dictamen No.20/96 del 10/4/96, opinando que, en el caso examinado, los bienes fideicomitados no configuran el sujeto tributario -patrimonio de afectación-, dado que el fiduciario no asume el rol de administrador de tales bienes.

Según resultaba de la operatoria en su conjunto y de los instrumentos contractuales en particular, el único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir era el fiduciante, ya que él era el autor del proyecto y quien llevaba adelante el emprendimiento utilizando los medios financieros que le proporciona el fiduciario. Si bien al constituir el fideicomiso el patrimonio fideicomitado se transfirió en tal carácter al fiduciario, dicho fondo pasó a ser un instrumento que satisfacía los roles empresariales y los objetivos del fiduciante.

Durante la existencia del fideicomiso bajo examen, si bien el fiduciario tuvo la disponibilidad del fondo, fue al sólo efecto de aplicarlo a los fines de la concreción del proyecto que era precisamente el objetivo del fiduciante, a favor de quien, finalmente, se revierten los fondos excedentes al extinguirse el contrato.

Por ello, "la inexistencia de gestión empresarial y de objetivos propios en cabeza del fondo, lleva también a concluir que tratándose del fideicomiso en garantía tampoco concurre la figura del administrador del fondo, desde que no hay actividad alguna respecto de la cual deban realizarse actos de administración". La ausencia de una gestión de administración por parte del fiduciario, excluye a éste de las previsiones de la ley fiscal en punto a considerarlo administrador de patrimonios asimilado a los responsables por deuda ajena, dado que se da por supuesto que quienes ejerzan esta tarea estarán en posibilidad de cumplir ciertas funciones en razón de su conocimiento y protagonismo en negocios ajenos.

Por las razones expuestas, concluye que el patrimonio fideicomitado no constituye sujeto tributario y, por tanto, el fiduciario no era responsable en representación del mismo como contribuyente.

Diferente es el caso en otros tipos de dominio fiduciario en los que el fondo sí protagoniza roles empresariales y ostenta objetivos económicos propios, ya que en tales supuestos necesita de la gestión de un administrador para llevarlos adelante.

Hemos visto, pues, que el intérprete ha prescindido de las apariencias formales del contrato para aplicarle al caso el tratamiento fiscal correspondiente al "negocio subyacente".

1. LA TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE BIENES. FRAUDE E INEFICACIA DEL ACTO.

Dentro del marco del fideicomiso la transferencia de los bienes realizada por el fiduciante a favor del fiduciario a título de confianza impide que los acreedores puedan agredirlos, quedando dichos bienes protegidos de cualquier acción persecutoria. Esto es lo que dispone el artículo 15 de la ley 24.441, agregando que de este impedimento queda a salvo la acción de fraude para los acreedores del fiduciante.

En consecuencia, en caso de fraude, la transferencia fiduciaria no es oponible a los acreedores del fiduciante cuando los créditos son el producto de obligaciones contraídas con anterioridad a dicha transferencia.

El Fisco en su condición de acreedor del fiduciante, podrá atacar el fideicomiso celebrado en el caso que pudiese demostrar que se ha configurado un acto indirecto en su perjuicio.

Teniendo en cuenta que la existencia de perjuicio en contra de los acreedores constituye un requisito básico para la configuración del fraude, no se incurre en dicha figura cuando la disminución patrimonial que representa para el fiduciante la transmisión del bien a favor del fideicomiso, no lesiona el respaldo de los acreedores, por mantener el deudor suficientes bienes en garantía de su pasivo. Por idéntico fundamento, la transmisión del bien al fideicomiso para su posterior cesión a favor de un tercero a título gratuito, tampoco sería pasible de objeción en tanto se verifiquen los extremos señalados, por no darse los supuestos previstos en el art. 967 del Código Civil.

De igual modo, si el objeto del encargo fuera disponer de los bienes para obtener una

contraprestación económica equivalente, en virtud de la disposición de los bienes que realice el fiduciario a favor de un tercero (negocio subyacente oneroso) la transmisión fiduciaria podría, en principio, ser oponible a los acreedores por la ausencia de perjuicio. Sin embargo, aun mediando tales circunstancias podría verificarse el fraude si la transmisión fiduciaria del bien pretende afectar las posibilidades de una ejecución inmediata del mismo por parte de sus acreedores, situación que podría darse en el caso de que el plazo de vigencia del contrato de fideicomiso se extendiese más allá de aquél en el que opera el vencimiento de las acreencias.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 118 a 120 de la ley de Concursos y Quiebras (24.522), el contrato de fideicomiso celebrado en el período de sospecha que perjudicare a los acreedores del fiduciante fallido, puede ser declarado ineficaz respecto de los mismos. En el caso que el fiduciario conociese el estado de cesación de pagos, podría presumirse que ha sido cómplice en el fraude del deudor (art. 969 del Cód. Civ.), derivándose de ello consecuencias civiles y penales en su contra.

Deberá meritarse cada caso a fin de ponderar la manera de evitar incurrir en riesgos de este tipo, teniéndose presente que las convenciones contractuales no dispensan la actuación culposa o dolosa.

Una cuestión a considerar es la relacionada con el perfil del fiduciario en cuanto al desempeño habitual que realice en el mercado en tal carácter (tal el caso de las entidades financieras), pues el ejercicio corriente de su actividad como tal lo hace más vulnerable frente a situaciones como las comentadas en atención a la cantidad y diversidad de las mismas. Su condición de profesional en la materia le ofrece la oportunidad de administrar profesionalmente su gestión, procurándose los medios de información necesarios para asegurarse frente a casos de dudosa legitimidad (arts. 902 y 909 del Cód. Civil).

2. INSOLVENCIA FRAUDULENTA

La Ley Penal Tributaria y Previsional (24.769) ha incluido en su art. 10 al delito de insolvencia fiscal fraudulenta como tipo infraccional sancionado con prisión de dos a seis años, reprimiendo a quien habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacionales, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones. Esta norma es una adaptación de otra similar tipificada por el Código Penal (art. 179, segundo párrafo) y que, previamente, había sido incorporada a la ley 23.771 (art. 9).

Según se observa, la figura penal pide dos elementos objetivos básicos: a) Que se haya iniciado un procedimiento administrativo o judicial y b) Que se provoque o agrave la insolvencia propia o ajena, frustrándose en todo o en parte el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social o el derivado de la aplicación de sanciones pecuniarias.

A lo cual cabe agregar que el autor, habiendo tomado conocimiento de la iniciación de tales procedimientos, tuvo la intención de no cumplir con dichas obligaciones, configurándose, así, la existencia de dolo.

Los medios comisivos empleados para incurrir en el tipo penal no están especificados en la descripción de la figura, entendiéndose que resultan comprensivos todos los hechos o actos jurídicos perfeccionados con el objeto de destruir, inutilizar, disminuir el valor, ocultar o perjudicar de cualquier manera los bienes materiales o inmateriales que componen el patrimonio del contribuyente, incluyéndose las acciones engañosas, simuladas y los ardises efectuados para exhibir un desplazamiento patrimonial ficticio e, inclusive, real, en donde la verdadera intención es la de hacer imposibles los pagos y el cumplimiento de las obligaciones

descriptas en el tipo antijurídico.

Por vía de ejemplo, un contrato de "fideicomiso de administración" que ocultara la verdadera intención que tuvieron las partes al celebrarlo, y del que haya evidencias de que el fiduciario no realiza efectivamente las tareas de administración previstas en el encargo, que las expensas que inciden sobre el bien continúan siendo abonadas por el fiduciante, etc., podrían inducir al Fisco a sospechar que el acto se ha perfeccionado realmente con el objeto de eludir la amenaza de responder con el bien fideicomitado por deudas tributarias, de la seguridad social o multas.

Las presunciones precisas, asertivas y concordantes que conduzcan a la calificación lógica y razonable de que el negocio no existe, importan la consecuencia de calificar al contrato como negocio simulado.

Nos hallaríamos frente a la presunción de insolvencia fiscal fraudulenta, según hemos visto, aun cuando los deberes y obligaciones emergentes del fideicomiso celebrado se estuviesen cumpliendo puntillosamente, y no existiesen presunciones que inviten a pensar que el acto es simulado, pero, en cambio, pueda probarse que las partes se han valido de ese medio para ocultar el patrimonio del contribuyente e imposibilitar el cumplimiento de aquellas obligaciones, mediante la actividad dolosa desplegada a tal fin.

c) SU TRATAMIENTO EN LOS DISTINTOS IMPUESTOS PROVINCIALES

a) IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

Muy pocas legislaciones locales han incorporado al fideicomiso como sujeto del impuesto sobre los ingresos brutos y esto se debe realizar con mucho cuidado para que no quepan dudas respecto de la imposibilidad de que exista doble imposición gravando las transferencias entre las distintas partes del contrato.

Que, el impuesto grava las múltiples transferencias de dominio que pueden darse entre los sujetos del gravamen.

Que, gravar las transferencias a título de fiducia y las que se producen del fiduciario al beneficiario y/o fideicomisario en ausencia de transferencia onerosa y definitiva de dominio de bienes atentaría contra el uso del instituto analizado, creado como sujeto sólo por razones prácticas de recaudación.

Este impuesto de carácter local que recae sobre el ejercicio habitual de una actividad a título oneroso sin importar el propósito de lucro, el resultado obtenido, ni la naturaleza del sujeto que la realice.

La principal razón para alcanzar al fideicomiso como sujeto es de tipo práctico: recordemos que el fideicomiso es un contrato y el patrimonio autónomo no realiza actividades per se sino que quien las realiza es el fiduciario

Por ejemplo, en Córdoba el concepto de transferencia de dominio fiduciario se considera no oneroso y le otorga validez legal y exime los ingresos atribuibles a los fiduciantes cuando también son beneficiarios.

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires su artículo 13 del Código Fiscal, punto 6) establece contribuyentes a los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a la ley 24441, excepto los constituidos con fines de garantía.

El artículo 158 establece con relación a la base imponible que los ingresos brutos obtenidos y la base imponible del gravamen recibirán el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen, o sea, es importante definir la actividad que se lleve a cabo con el patrimonio fideicomitado.

Por lo tanto, vemos que en la Ciudad de Bs. As no se encuentran exentas las transferencias del fiduciante al fideicomiso, por lo cual al crearse un ente económico

intermedio se produce una duplicación en la gravabilidad de un mismo hecho económico. Igual situación vemos en la Provincia de Formosa:

CODIGO FISCAL FORMOSA- Ley N° 1589- Art 167.- Art. 230.- Art. 231

b) IMPUESTO DE SELLOS

Que, el impuesto de sellos grava, entre otras cosas, la transferencia de dominio a título oneroso e instrumentada de bienes en general y en la Ciudad de Buenos Aires, únicamente de inmuebles. He aquí las dos condiciones básicas: onerosidad e instrumentalidad.

Por definición la transmisión fiduciaria de bienes del fiduciante al fiduciario no se realiza a título oneroso sino a título de confianza. Del mismo modo, la transmisión final de los bienes que integran el patrimonio fideicomitido son entregados del fiduciario al fideicomisario no a título oneroso sino en cumplimiento del mandato otorgado. Si nos quedamos con esto ninguna transferencia fiduciaria estaría gravada dado que no existe onerosidad.

Donde sí puede haber onerosidad en relación entre el fiduciante y el fideicomisario es cuando los bienes que entrega el fiduciante serán luego recibidos por el fideicomisario pero para que ello suceda este último debe realizar cualquier tipo de contraprestación (ya sea que esta contraprestación sea recibida por el fiduciario quien luego se la entrega al fiduciante-beneficiario, ya sea que sea recibida por el fiduciante sin pasar por el fideicomiso), estamos frente a una realidad económica subyacente de manifiesta onerosidad. Esto nos lleva a pensar que al menos una de las transferencias (cuando entra al patrimonio fideicomitido o cuando sale de él) debería tributar el impuesto de sellos. Claro que esto no es lo que surge del principio de instrumentabilidad que rige al gravamen: “con prescindencia de los actos que efectivamente realicen los contribuyentes”.

En la provincia de Formosa el instituto (contratos de fideicomiso) es alcanzado por el Impuesto a las Ganancias (salvo en caso de coincidencia de las figuras de fiduciante y beneficiario) como una sociedad de capital y también por el IVA y en el orden provincial resulta sujeto del Impuesto a los Ingresos Brutos.

Sin embargo, han surgido criterios divergentes respecto del Impuesto de Sellos, en tanto que resulta materia opinable la onerosidad de los actos, pese a la transmisión de derechos reales en ciertos casos. Que conforme lo normado por el art. 137° in fine y 140 inc. a) del Código Fiscal, como también la notable importancia de los actos cumplidos bajo la figura del fideicomiso, imponen en principio la necesidad de resguardar mediante consulta previa la pertinencia del Impuesto de Sellos a quienes actúen como fiduciarios y/o notarios públicos que intervengan en dichos actos. Que ello es conteste a las soluciones legales arribadas por el Tribunal Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires en el caso Grupo República S.A. en el que se considerara que la transferencia de dominio imperfecto (el fideicomiso) está dentro del ámbito de la ley de sellos, o en su caso, lo sentado por tribunales en la Provincia de Buenos Aires, donde se ha concluido que si bien el fideicomiso es un acto a título de confianza, en principio ni gratuito ni oneroso, pero que según la naturaleza del contrato, si el fiduciario percibe una retribución por la gestión que le es encomendada, resultaría materia imponible en el ámbito del Impuesto de Sellos. Que bajo las consideraciones vertidas, la Dirección General de Rentas expresará resolución en cada caso particular mediante trámite sumarísimo, presumiéndose la onerosidad en caso de no haberse evacuado la consulta previa. Se colige de la lectura de los considerandos, la existencia de una gran duda por parte de la Dirección acerca de la gravabilidad de los contratos de fideicomisos, en sus diferentes vertientes y variantes, y el alcance, incluso, de la presunta gravabilidad, si la hubiera. Es decir, si alcanza a las transferencias fiduciarias o sólo a la retribución del fiduciario o partícipes de los fideicomisos o a ambas. Frente al dilema señalado, el Fisco formoseño opta por una alternativa atípica, es decir, no lo resuelve con el dictado de una norma general

interpretativa, como lo han hecho otros fiscos, si no apelando a una pretendida solución casuística, al establecer la obligatoriedad de someter a consulta en cada caso a los contratos de fideicomisos que se celebren en la Provincia o produzcan efectos en ella. Dicha pretensión, excede el marco normal de facultades que el Código Fiscal le atribuye al Director de Rentas, en tanto al liquidarse el impuesto de sellos por el sistema de autoliquidación por parte de los contribuyentes y responsables, éstos asumen bajo su responsabilidad la liquidación del gravamen. En tal sentido, la imposición de una obligación formal de hacer, de tales características, trastoca el sistema de liquidación implementado por la ley, por un lado, con afectación al derecho de legalidad en la tributación; y por la otra, importa imponer a los contribuyentes y responsables obligaciones excesivas, en desmedro del secreto profesional y a la privacidad en orden a la emisión o celebración de actos volcados en papeles privados entre partes. Se añade a ello, para el caso de los fideicomisos financieros que hagan oferta pública de los títulos de deuda o certificados de participación, que el Fisco tiene a su disposición información relativa a la existencia de este tipo de contratos, sin que se justifique obtener información alternativa dirigida al mismo objetivo, por medio de institutos altamente cuestionables desde un enfoque legal y constitucional. Además, en los fideicomisos financieros celebrados en extraña jurisdicción, especialmente en la Ciudad de Buenos Aires, las cesiones fiduciarias de los créditos se celebran en la Ciudad de Buenos Aires, y las mismas se agotan en su contenido entre las partes en dicha Ciudad, lugar donde se encuentran radicados físicamente los créditos transferidos. Dicha circunstancia, inhibe la competencia territorial al fisco formoseño para exigir este tipo de obligaciones a las partes intervinientes. En cuanto a la actividad que lleva a cabo el fiduciario y su eventual retribución, la misma, como principio general, se lleva a cabo en extraña jurisdicción a la Provincial, razón por la cual, tampoco se observa actividad que pueda quedar bajo la órbita de competencia territorial formoseña. El fisco impone una sanción de tipo procesal, para quienes incumplieran con la obligación formal relativa a la consulta del contrato, y ella radica en que se presumirá oneroso. Dicha resolución, constituye un claro exceso reglamentario. En primer lugar, el alcance de la presunción incorporada, debe necesariamente admitir prueba en contrario. El fisco formoseño no puede llegar al extremo de establecer una presunción “iure et iure”, pero igualmente, su iniciativa queda atrapada dentro del ámbito de la arbitrariedad y de la ilegalidad, y condenada fatalmente a su ineficacia, según se verá. En efecto, las presunciones en el orden tributario, debe ser razonables, es decir, debe haber un vínculo de necesaria razonabilidad entre el hecho conocido y el presumido, que justifique la existencia de la presunción misma. En el caso puntual bajo análisis, la ausencia de la consulta, importa un hecho (negativo) que carece por sí mismo de toda relevancia en orden al carácter oneroso o no del contrato de fideicomiso celebrado. La técnica consistente en apelar a las presunciones legales, queda legitimada en la ausencia de elementos reveladores del hecho que se desea establecer. Sostener lo contrario, es decir, que el Fisco pueda sin más aplicar lisa y llanamente las presunciones, a pesar de no poder demostrar la virtualidad del hecho desconocido, importa situar los caballos detrás del carro, con el único propósito de colocar la prueba en cabeza del contribuyente, en vez de investigar adecuadamente la naturaleza de la hipótesis de incidencia tributaria de manera de precisarla con exactitud tal que haga innecesario acudir a la presunción. La circunstancia que la ley admita la prueba en contra no es solución suficiente para impedir la lesión al derecho de defensa por la inversión de la carga de la prueba y la necesidad de probar un hecho negativo. En esta hipótesis la determinación de oficio sobre la base de las presunciones legales no estará legitimada y así debería declararlo la justicia. La desconexión señalada resulta así a todas luces manifiesta, y por lo tanto, la conclusión a la que arriba se sitúa claramente dentro del ámbito de lo ilegal. La presunción así introducida, aún interpretada dentro del ámbito de lo sancionatorio, adolece

también del mismo defecto, porque tanto el Director de Rentas como sus inspectores, deben aplicar la ley y la búsqueda consecuente de la verdad objetiva subyacente en el contrato, y en dicho contexto, si el contrato aportado exhibe carácter no oneroso, esa realidad debe imponerse sobre cualquier premisa, prejuicio o presunción, y ser reconocida por el organismo fiscal, sin que pueda invocar al efecto la ausencia de consulta como fundamento de imposición. La presunción señalada, ni en sede administrativa, podría justificar desde el plano jurídico, un criterio de imposición, habida cuenta que el Fisco, ante el tenor del contrato debería justificar los motivos o razones de derecho que a su juicio podrían llegar a dar lugar a la imputación sólo en función de criterios generales y nunca en base de una presunción sujeta a una obligación de hacer, ajena a todo criterio de imposición. Se advierte así, la ineficacia que denota el régimen, en tanto la DGR formoseña se atenga a los principios constitucionales en vigencia en un Estado de Derecho como lo es el vigente en la República Argentina. En cuanto a la estrategia a observar en el caso concreto, por los argumentos expuestos consideramos que la norma en cuestión, instituye un régimen de consulta obligatoria de naturaleza ilegal; por lo que el mismo no debería ser cumplido por los fideicomisos ni por los agentes de retención escribanos, etc, atendiendo fundamentalmente a la falta de eficacia de la pretendida inversión de la carga de la prueba acerca de la onerosidad del contrato no consultado.

El Tribunal Fiscal de la Nación ha dicho

“...Nótese sobre esta particular materia que el Tribunal Fiscal de la Nación había interpretado, en un caso sometido a su competencia, que la transferencia del dominio bajo el régimen de la Ley N° 24.441 no podía ser asimilada a una transferencia del dominio clásico, por lo cual resolvió que la transferencia de la propiedad fiduciaria de una unidad funcional con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un tercero, no se encontraba gravada por el impuesto del sello, toda vez que mediante dicho negocio jurídico no se había producido una transmisión del dominio...”⁴.-

III- CONCLUSIÓN

Con la sanción de la ley de fideicomiso se comenzaron a suscitar las controversias sobre la forma de tributación de esta figura y sus integrantes. Desde el nacimiento del contrato se le formularon críticas por su supuesta propensión a evadir tributos y ser utilizada precisamente con esos fines. Esto hizo que el organismo fiscal persiguiera quizás en exceso a los fideicomisos y haya arribado a soluciones contradictorias ante planteamientos cuyos supuestos eran similares.

A través del presente trabajo se logró aclarar que el fideicomiso no es sujeto de derecho, sino que se trata de un contrato; pero si lo es desde el punto de vista fiscal, por lo que debe inscribirse, obtener el CUIT y cumplir con normas impositivas tales como el deber de información, entre otras. Asimismo, se concluyó que el Principio de la Realidad Económica interviene en cada aspecto de la figura en cuestión, justamente por su joven tratamiento legislativo, su complejidad y porque es un sujeto en el que intervienen varios protagonistas.

Se reflexionó también el impacto de esta figura sobre impuestos locales, a fin de invitar al inicio de un estudio, meditación y porque no una modificación impositiva de ser necesaria para abordar esta circunstancia. -

IV. BIBLIOGRAFÍA

⁴ Sud Inversiones S.A. S/ Recurso de Apelación; TFN, Sala D; 13/07/2011.-

- 1- KIPER CLAUDIO M. Y SILVIO V. LISOPRAWSKI; TRATADO DE FIDEICOMISO -TOMO I y II; ED: ABELEDOPERROT; BSAS; 2016.-
- 2- PAPA, RODOLFO G; FIDEICOMISO; ED. ERREIUS; BSAS; 2017.-
- 3- FIDEICOMISO. Aspectos Jurídicos, tributarios y contables”. Errepar. Primera Edicion. Bs As; 2006.-
- 4- ETCHEVERRY, Raul A.; El fideicomiso como contrato Asociativo; BSAS; 2002.-
- 5- FARINA JUAN M.; Contratos Comerciales modernos; Astrea; Bs As; 1994.-
- 6- BUERES ALBERTO J.-HIGHTON Elena; Código Civil y Normas complementarias; Analisis doctrinario y jurisprudencial; Hammurabi; BS. AS. 2005.-

