

Tratamiento tributario del fideicomiso de construcción: La AFIP emite su opinión a través de nuevos dictámenes

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO DE CONSTRUCCIÓN: LA AFIP EMITE SU OPINIÓN A TRAVÉS DE NUEVOS DICTÁMENES.

Por Dr. C.P. Rubén Miguel Rubiolo

Sabido es que a partir de la vigencia de la Ley N° 24.441 la figura del fideicomiso ha sido revitalizada como herramienta para el desarrollo de los más variados negocios, con fundamento en la seguridad jurídica que conlleva para las partes. En ese marco, uno de los sectores en los que más se está utilizando este tipo de contrato es el de la construcción de viviendas, que vive una etapa de plena expansión en los últimos años.

Semejante aluvión de inversiones se ha dado en un marco acotado de normas impositivas de carácter general, en las que debe encuadrarse el tratamiento tributario de la operatoria, tanto en los impuestos nacionales como provinciales, no lográndose al respecto unanimidad de criterios, lo que genera en muchos casos situaciones de marcada incertidumbre. A tal punto ello es así que tanto el propio contrato de fideicomiso como las transferencias de bienes hacia y desde el mismo ha generado una amplia doctrina elaborada por especialistas en la materia, en la que se debate tanto la naturaleza de las mismas como su tratamiento tributario, dando lugar, paralelamente, a diversos actos interpretativos por parte de AFIP, la que ha emitido su opinión a través de dictámenes emanados de sus servicios asesores. Nos referimos en esta colaboración al último que ha dado a conocer el organismo fiscal en estos días, emitido por la Dirección de Asesoría Técnica (DAT) bajo el N° 18/2006 con fecha 16/03/2006.

1. Los temas planteados.

En este pronunciamiento el organismo fiscal abarca los siguientes temas:

- a) El tratamiento, en el IVA y en el Impuesto a las Ganancias, de las adjudicaciones de unidades efectuadas por el fideicomiso a sus beneficiarios;
- b) El fideicomiso frente al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta; y
- c) Los actos realizados por los fideicomisarios con posterioridad a la adjudicación de las unidades funcionales.

El planteo, como consulta vinculante, lo efectúa un fideicomiso de construcción, cuyo objeto es la compra de un inmueble y subsecuente construcción al costo de un edificio a ser afectado al régimen de propiedad horizontal. Dicho inmueble es adquirido por el fideicomiso con aportes de dinero de sus fiduciantes los que son personas físicas residentes en el país y una sociedad anónima constituida en el país, y reúnen también el carácter de beneficiarios. El fiduciario, por su parte, tiene como obligaciones a su cargo la compra del terreno, la gestión y administración de la construcción, la afectación del edificio a la Ley de Propiedad Horizontal y luego la adjudicación de las unidades funcionales y complementarias a los fideicomisarios.

2. La opinión de la consultante

El consultante considera, sintéticamente, que:

- a) Respecto a la adjudicación de unidades del fideicomiso a los fiduciantes-beneficiarios,
 1. Aquél no resulta un sujeto pasivo del Impuesto al Valor Agregado por cuanto si bien el acto jurídico a ejecutar constituye una locación de obra sobre inmueble propio, prevista en el art. 3 inc. b) de la Ley, el fideicomiso no reviste el carácter de "empresa constructora", al no existir propósito de lucro. Por ello, tales adjudicaciones no estarían alcanzadas por el IVA, no constituyendo un crédito fiscal para el fideicomiso el impuesto contenido en las compras y locaciones realizadas por la construcción.
 2. En cuanto al Impuesto a las Ganancias el fideicomiso es sujeto del impuesto en virtud del artículo 49 inciso d) de la Ley, mas determinará un impuesto igual a cero por no existir renta, ya que el valor de la transferencia no será otro que la suma de las inversiones realizadas en la obra. Considera que no se ha configurado el hecho imponible, asimilando la situación a la prevista en el Dictamen DAL N° 88/2001, en el cual AFIP concluye que la adjudicación de unidades por parte de una sociedad civil a sus miembros, luego de realizado el acogimiento al régimen de la Ley N° 13512, no se encuentra alcanzada por el Impuesto a las Ganancias
- b) Con relación al tratamiento en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta de las inversiones realizadas por el fideicomiso en la construcción del inmueble, entiende que el fideicomiso es sujeto del tributo durante toda la vigencia del contrato y que tales inversiones deben considerarse como activo no computable en el año de la inversión y en el siguiente, por aplicación de los artículos 12, inciso b) y 12 continuación, de la Ley del impuesto.
- c) Finalmente, respecto de los actos realizados por los fideicomisarios-fiduciantes-beneficiarios con posterioridad a la adjudicación, plantea diversas situaciones según éstos utilicen la propiedad como casa-habitación, la alquilen, la sometan a un contrato de leasing o de fideicomiso, o la enajenen; ofreciendo soluciones diversas respecto de los impuestos a las ganancias y al valor agregado.

3. La opinión del servicio asesor de la AFIP

En primer lugar, la DAT efectúa la aclaración que le otorga el carácter de consulta vinculante solamente a la que versa sobre el tratamiento tributario de las operaciones del fideicomiso, rechazando la volcada en el ítem c) ya que no se refiere a situaciones de hecho concretas o a proyectos de inversión planteados por quienes tienen un interés propio y directo sino que está referida a operaciones a realizar por los fideicomisarios. No obstante ello, la responde igualmente, mas en los términos del artículo 12 del Decreto N° 1397/79.

3.1. El contrato en análisis

Previo a entrar al estudio solicitado, advierte el servicio asesor de la AFIP que para analizar las consecuencias tributarias de un fideicomiso inmobiliario, se deberá siempre examinar las características del negocio subyacente al contrato, determinando las relaciones económicas existentes entre el fiduciante, el fiduciario y el o los beneficiarios o fideicomisarios -surgidas dentro del marco legal instrumentado o establecidas fuera de él.

Ello por cuanto, entiendo, que para determinar los efectos impositivos derivados de este instituto no es suficiente examinar las consecuencias fiscales desde el punto de vista de su apariencia formal, sino que es necesario completar el análisis penetrando en las operaciones subyacentes, a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada impuesto le dan a ese negocio en particular o a los actos que el fiduciario debe ejecutar como consecuencia del contrato. Esto marca claramente el objetivo fiscal de recurrir a la aplicación del "principio de la realidad económica", contemplado en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683 más, entendemos, ello no es de aplicación "automática" o "alternativa", sino que el Fisco sólo se encuentra autorizado a prescindir de la estructura jurídica del negocio en cuestión cuando se "...sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes";

Vale decir que, a efectos del encuadre tributario de la operación, si los participantes han decidido formalizar un contrato de fideicomiso cumplimentando para ello todos los requisitos exigidos por la ley, deberá analizarse la situación a partir de su existencia como tal, pudiendo sólo el Fisco "saltar" esa estructura y "penetrar" en las relaciones económicas perseguidas por los participantes en el mismo, cuando pueda demostrar que aquél es simulado o simplemente una "pantalla" para encubrir otro tipo de negocio.

En el presente dictamen, el órgano consultivo del ente recaudador, luego de efectuar un minucioso análisis de cada una de las cláusulas del contrato de fideicomiso en cuestión, da respuesta a cada uno de los temas planteados.

3.2. Adjudicación de las unidades funcionales construidas por parte del fideicomiso a los fiduciantes beneficiarios.

Ratificando el criterio puesto de manifiesto en un pronunciamiento anterior (Dictamen DAT N° 16/2006, del 06/03/2006), considera el servicio asesor que, desde el punto de vista del Impuesto al Valor Agregado, la actividad de construcción a desarrollar por el fideicomiso sobre un inmueble adquirido por éste en cumplimiento del pacto de fiducia, encuadra en el hecho imponible definido en el inciso b) del artículo 3° de la ley -obras sobre inmueble propio-; encontrándose la misma alcanzada por el tributo en cabeza del fideicomiso en su carácter de sujeto pasivo del gravamen, considerándose momento de la transferencia del inmueble, al acto de adjudicación de las respectivas unidades a los fiduciantes beneficiarios.

Esto, por cuanto considera que el fideicomiso reúne las características de una "empresa constructora" en los términos del artículo 4, inciso d) de la Ley, y es una unidad económica distinta del fiduciario y del fiduciante.

Aclara, asimismo, que no se aplica a este contrato la figura del consorcio organizado en condominio por cuanto, a diferencia del consorcio, en el fideicomiso se transmite a la finalización de las obras el derecho real de dominio de las unidades a los fiduciantes-beneficiarios o, eventualmente, a los cesionarios, siendo todos ellos terceros respecto de aquél, y esa transferencia es a título oneroso, toda vez que los fiduciantes-beneficiarios abonan cuotas en función a su participación.

Establece, por último, que el momento de transferencia del inmueble es el acto de adjudicación de las unidades.

En cuanto al Impuesto a las Ganancias, atento a que los fiduciantes revisten al mismo tiempo el carácter de beneficiarios del fideicomiso, el fiduciario deberá atribuir los resultados obtenidos de la actividad desarrollada en el marco del fideicomiso -construcción de un edificio y enajenación de las unidades funcionales resultantes- a los fiduciantes-beneficiarios, conforme las pautas fijadas por el cuarto artículo incorporado sin número a continuación del artículo 70 de la reglamentación y 50 del cuerpo legal.

Agrega al respecto que esa transmisión de inmuebles a los fideicomisarios-fiduciantes-beneficiarios importa en el presente caso un acto jurídico de naturaleza onerosa, no resultando consecuentemente de aplicación el Dictamen DAL N° 88/2001.

3.3. Tratamiento en el impuesto a la Ganancia Mínima Presunta de las inversiones realizadas por el fideicomiso.

En actos de asesoramiento anteriores (Dictámenes 60/2005 y 13/2006) la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP ratificó la sujeción de todo tipo de fideicomiso al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, estableciendo además, en el segundo de los nombrados, que el fiduciante-beneficiario podrá computar como pago a cuenta en su declaración jurada del Impuesto a las Ganancias, el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta efectivamente ingresado por el fideicomiso. Agregamos: hasta el límite que signifique el incremento del Impuesto a las Ganancias originado por la incorporación de la ganancia proveniente del fideicomiso, y siempre que en cualquiera de los diez ejercicios siguientes se verifique un excedente de Impuesto a las Ganancias no absorbido.

En esta oportunidad, la DAT se expide respecto de la exclusión de la base de imposición a que se refiere el inciso b) del artículo 12 de la ley, la que, destaca, sólo resultará procedente en aquéllos casos en que los activos en cuestión no revistan para su titular el carácter de bienes de cambio.

En virtud de ello, considera que, atendiendo a que en el caso bajo análisis los inmuebles revisten el carácter de bienes de cambio, no corresponde la aplicación a las inversiones efectuadas por el fideicomiso para la construcción del edificio, de las normas del artículo 12 inciso b) de la ley.

3.4. Actos realizados por los fideicomisarios con posterioridad a la adjudicación de las unidades funcionales

Con relación a las situaciones planteadas, el servicio asesor de AFIP señala con respecto al IVA, que:

El impuesto originado por la adquisición de las unidades funcionales por parte de los adjudicatarios revestirá el carácter de crédito fiscal en tanto el inmueble se aplique a prestaciones gravadas que generen débito fiscal.

Con relación a la locación de inmuebles, el artículo 7°, inciso h), punto 22 de la ley exonera la locación de inmuebles destinados a casa-habitación del locatario y su familia y las restantes -excepto las de inmuebles para conferencias, reuniones, fiestas y similares-, cuando el valor del alquiler, por unidad, locatario y período mensual sea igual o inferior a \$ 1.500.

Respecto de las operaciones de leasing las mismas encuentran su marco regulatorio en la Ley N° 25.248 y el Decreto N° 1.038/2000; en tanto que cuando se instrumente un contrato de fideicomiso se deberá analizar para determinar su tratamiento tributario las respectivas cláusulas contractuales.

Hace la salvedad la opinante que en dichos casos “…debería siempre analizarse la verdadera intención de las partes y si en concreto no estaríamos en presencia de una sola operación de venta (v.g. vinculación económica entre fiduciante-beneficiario y fiduciario), haciendo uso de la figura del fideicomiso para proceder a la construcción y comercialización de inmuebles por un valor inferior al que correspondería de realizarse toda la operatoria en cabeza de un mismo sujeto.”

En cuanto al impuesto a las ganancias, señala:

Los ingresos provenientes de las operaciones efectuadas con los citados inmuebles por un sujeto-empresa se encontrarán alcanzados por el impuesto a las ganancias; en cambio se someterá a imposición las rentas percibidas por la persona física, respecto de las cuales se cumplan los requisitos de periodicidad, permanencia y habilitación en la fuente, conforme lo dispuesto en el artículo 2°, apartado 1) de la ley del tributo.

Además y en el caso de venta de inmuebles realizada por personas físicas, destaca que se encontrará alcanzada por el impuesto los supuestos contemplados en el artículo 49 inciso d) de la ley -edificación y enajenación de inmuebles regidos por la ley de propiedad horizontal, realizadas ambas operaciones por un mismo sujeto-.

Finalmente, expresa el dictamen que en la medida que no deba tributar el Impuesto a las Ganancias, la transferencia de inmuebles a título oneroso efectuada por el sujeto persona física -o sucesión indivisa- se encontrará alcanzada por el Impuesto sobre la Transferencia de Inmuebles

Como se advierte de lo que antecede, el organismo recaudador recurrirá siempre a la aplicación del “principio de la realidad económica” a efectos de determinar la verdadera naturaleza de la operación, lo que, en nuestra opinión, deberá hacer con suma precaución, cuidando de no vulnerar el negocio efectivamente acordado entre las partes, so pretexto de encontrarse ante una presunta “creación jurídica” orientada a disminuir ilegalmente su carga tributaria.