

ENCUADRE DEL FIDEICOMISO FINANCIERO EN LAS NORMAS DEL CONVENIO MULTILATERAL

Dr. José A Moreno Gurrea

La figura del fideicomiso se encuentra tipificada en la Ley N° 24.441, cuyo artículo 1° prevé que "*Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*". El fideicomiso *financiero* es aquel contrato en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos (art. 19)

De los artículos transcritos puede extraerse la naturaleza del contrato de fideicomiso: se trata de la transferencia de bienes (por parte del fiduciante) a un tercero (fiduciario), quien adquiere la propiedad fiduciaria de los mismos para ejercerla según el mandato o instrucciones del fiduciante. Tales bienes fideicomitados constituyen un patrimonio separado del fiduciante y del fiduciario

Titulización

Los contratos de fideicomisos financieros son empleados frecuentemente en procesos denominados indistintamente de *titulización, titularización, o securitización*, términos con los cuales se define, básicamente, un procedimiento mediante el cual se selecciona un grupo de derechos de cobro de características semejantes para ser transferidos a un patrimonio –distinto al del cesionario y al del cedente, se trata de un *patrimonio fiduciario*- con el objeto obtener fondos en el mercado de capitales a través de la emisión de títulos valores, resultando sus adquirentes coparticipes de los activos cedidos en fiducia y participando, proporcionalmente de los resultados que puedan arrojar los mismos. Finalmente, los fondos provenientes de las suscripciones de los valores fiduciarios son entregados al originante de los derechos de cobro cedidos. Toda la operatoria se implementa en los términos de la Ley 24441 ("ley de fideicomiso") y bajo la normativa y supervisión de la Comisión Nacional de Valores en su calidad de autoridad de aplicación respecto de los fideicomisos financieros, cumpliéndose asimismo, con los requisitos del régimen de Oferta Pública respecto de la colocación de los valores fiduciarios.

A partir de aquella somera descripción, pueden identificarse a los protagonistas básicos de la operatoria descripta y las relaciones que se tejen entre ellos y "el fideicomiso", en los siguientes términos:

Fiduciante: es quien transfiere los derechos de cobro al fiduciario. Generalmente, éste es contratado por el Fiduciario para asumir la calidad de "agente de cobro" de los derechos cedidos a cambio de una contraprestación remunerada.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Fiduciario: detenta la propiedad fiduciaria de los derechos de cobro y emite los Valores Fiduciarios. El producido de la colocación es entregado al Fiduciante. Recibe, a través del “agente de cobro” designado, el flujo de las cobranzas, las cuales distribuye entre los Beneficiarios.

Beneficiarios: son quienes suscriben los Certificados de Participación y/Títulos de Deuda (“los valores fiduciarios”), aportando los fondos para cancelar las cesiones al Fiduciante. Los valores fiduciarios les otorgan el derecho de recibir los flujos de los bienes fideicomitidos en los términos y condiciones particulares previstas en el contrato para cada tipo de título.

En ese contexto, la relación entre Fiduciante y Fiduciario se agota con la transmisión del primero hacia el segundo de ciertos derechos de cobro, que éste cancela con el producido de la colocación de los valores fiduciarios. Sin perjuicio de ello, es habitual que el Fiduciario contrate al Fiduciante, no en su rol de tal, sino como “agente de cobro”, para las tareas de administrar las cobranzas y transferirle los fondos, dada su experiencia y contacto directo con los deudores de los créditos. En el desarrollo de la manda fiduciaria, en función de los fondos recaudados, el Fiduciario distribuye los mismos a los Beneficiarios en la forma y prioridades detalladas en el contrato de fideicomiso.

En un proceso de titulización como el descripto pueden distinguirse dos etapas. La primera de ellas consiste en la selección de la estructura fiduciaria a utilizar, en la cual intervienen asesores financieros, legales, contables, impositivos y la entidad que habrá de actuar como fiduciario. Los costos y gastos correspondientes a aquellas prestaciones de servicios de esta etapa preparatoria de la titulización son afrontados por el fiduciante y no tienen efecto alguno en el patrimonio fideicomitido que se constituirá mas adelante. Al producirse la cesión de los derechos de cobro y la colocación de los valores fiduciarios, se verifica la segunda etapa, en la cual hace su aparición el fideicomiso, es decir, “nace” un patrimonio fiduciario distinto al del fiduciante y al del fiduciario, el cual es detentado y administrado por éste ultimo. Se verifica allí, la verdadera finalidad del contrato de fideicomiso, que no es otra que proceder a la realización de los activos fideicomitidos para la cancelación de los valores fiduciarios, como asimismo, y hasta la realización de los activos fideicomitidos, la administración de aquellos dentro de las condiciones fijadas en el contrato

El fideicomiso como sujeto tributario

El fideicomiso es un contrato y por tal no reviste como persona jurídica, pero si detenta personalidad fiscal al ser calificado directamente como sujeto tributario en algunos ordenamientos impositivos o como un patrimonio de afectación al cual pueden imputársele el hecho imponible previsto en la ley impositiva. Identificado plenamente o no, se trata de un patrimonio autónomo del cual –a los fines impositivos- el fiduciario en su condición de responsable por deuda ajena asume las obligaciones impositivas que puedan derivarse de la ejecución de la manda fiduciaria. Así, el fideicomiso es nombrado en forma expresa como sujeto en la Ley del Impuesto a las Ganancias (art. 69, inciso a, punto 6) y en el Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (art. 2, inciso f). Por su parte, el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, identifica como contribuyentes del Impuesto sobre los Ingresos Brutos a los fideicomisos que se constituyan de acuerdo a lo establecido en la Ley Nacional N° 24.441, excepto los constituidos con fines de garantía (art. 13, inciso 6) y en su artículo 154 dispone que,

los ingresos brutos obtenidos y la base imponible del gravamen recibirá el tratamiento tributario que corresponda a la naturaleza de la actividad económica que realicen. Con redacciones de similar tenor, los ordenamientos provinciales y algunos municipales, han ido incorporando la figura del fideicomiso a sus códigos tributarios.

En definitiva, el fideicomiso, mas precisamente el patrimonio fiduciario y la actividad que pudiera ejercerse con ó sobre el mismo es precisamente la que queda sometida a imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos la que, en el caso de ser ejercida en dos o mas jurisdicciones conlleva a distribuir sus ingresos entre todas ellas sobre la base de las disposiciones del Convenio Multilateral.

La actividad desarrollada por el fideicomiso financiero

Según hemos expuesto, el fideicomiso, como un patrimonio autónomo, resulta sujeto pasivo de la relación tributaria y por ende, lo relevante al calificar la actividad desarrollada por el mismo debe necesaria e indefectiblemente analizársela en su ámbito de actuación y no vincularla y conceptuarla impropriamente apelando a elementos exógenos a la misma. En ese sentido, es dable traer a colación la definición que el diccionario de la Real Academia Española brinda al término “actividad” como “conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad” (acepción 4.f). Tal axioma resulta plenamente aplicable en el ámbito tributario, especialmente con relación al Impuesto sobre los Ingresos Brutos ya que el mismo grava a las *actividades* llevadas a cabo en cada territorio o, como en el caso del Convenio Multilateral cuando se trata de atribuir los ingresos brutos obtenidos por un contribuyente por *actividades* interjurisdiccionales que por provenir de un proceso único económicamente inseparable podrían resultar materia sujeta a imposición en todas ellas. También el Convenio Multilateral utiliza las *actividades* del contribuyente para identificar la localización de los gastos a los fines de la elaboración del coeficiente de distribución de ingresos y en general, para precisar si la *actividad* de cada contribuyente en cada caso en particular habilita o no la aplicación del propio Convenio Multilateral.

En consecuencia, cobra relevancia fijar con la mayor claridad y precisión posibles la efectiva actividad desarrollada *por el fideicomiso*, ya que de ello dependerá su tratamiento tributario a nivel de cada jurisdicción impositiva, como asimismo respecto a la distribución de sus ingresos que pudieran generarse en la ejecución de la manda fiduciaria por aplicación de las normas del Convenio Multilateral, motivo precisamente del presente trabajo.

En ese sentido, según explicitamos precedentemente, el fideicomiso financiero es un patrimonio fiduciario distinto al del fiduciante y al del fiduciario, el cual es detentado y administrado por éste ultimo, siendo la finalidad del contrato de fideicomiso, proceder a la realización de los activos fideicomitados para la cancelación de los valores fiduciarios, como asimismo, y hasta la realización de los activos fideicomitados, la administración de aquellos dentro de las condiciones fijadas en el contrato. Esta es, precisamente, la actividad que desarrolla un fideicomiso financiero

Régimen del Convenio Multilateral

Sentado entonces que la efectiva actividad desarrollada por un fideicomiso financiero consiste en administrar la cobranza de derechos creditorios originados habitualmente

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

en varias jurisdicciones y repartirla entre los Beneficiarios, para los cual incurre en costos y gastos en diversas jurisdicciones, cabe concluir –adelantando nuestra opinión- que la distribución de los ingresos obtenidos por un fideicomiso financiero procede que sea efectuada conforme las pautas del régimen general (art 2º) del Convenio Multilateral.

Es dable destacar, en primer término, que la figura del fideicomiso y mas precisamente del fideicomiso financiero, pese ha haber transcurrido casi tres lustros de la sanción de la ley 24441 que introdujo dicho contrato en nuestro ordenamiento legal, las normas impositivas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, exhiben precariedad o directamente orfandad en cuanto a su tratamiento tributario, e incluso respecto a la codificación de su actividad, confundiendo o interpretándose en forma errónea la actividad propia del fideicomiso con el proceso de titulación subyacente. En efecto, debe diferenciarse la motivación que ha llevado a los fiduciantes a la estructuración y constitución del fideicomiso, donde el objeto perseguido por aquellos es la de obtener liquidez en reemplazo de los créditos cedidos, lo cual es una circunstancia ajena a la actividad específica del fideicomiso, sin que aquella finalidad de índole subjetiva e imputable a los fiduciantes, deba ser confundida con la actividad autónoma que despliega el fideicomiso a partir de las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato estructurante.

Tal distinción es necesaria, a fin de no incurrir en el error de llegar a tildar a la actividad del fideicomiso financiero, dentro de los nomencladores de actividades que utiliza cada fisco, como de “servicios de créditos”, en el entendimiento que en esta categoría quedarían incluidos el otorgamiento de préstamos, descuentos de documentos o financiaciones similares, atento que ello resultaría incongruente con un proceso de titulación, ya que éste excluye toda posibilidad de realizar aquellas operaciones, dado que las mismas (el otorgamiento de los préstamos que dan origen a los derechos creditorios que se transfieren al fideicomiso) se verifican indefectiblemente en una etapa anterior a la existencia del fideicomiso. En verdad, la actividad llevada a cabo por el fideicomiso financiero, se asimila a una prestación de servicios –con características especiales por la naturaleza de los bienes fideicomitados- que a los sumo podría categorizársela dentro del nomenclador de actividades en el rubro “actividades de titularización, titulación o securitización”, aunque el mismo no represente cabalmente a la efectiva actividad desarrollada por un fideicomiso financiero.

En base a tales premisas, encararemos el análisis en particular de las disposiciones del Convenio Multilateral que le resultan de aplicación a un fideicomiso financiero.

Tal como expresa el artículo 1º del Convenio las actividades a las que se refiere el mismo “son aquéllas que se ejercen por un mismo contribuyente en una, varias o todas sus etapas en dos o más jurisdicciones, pero cuyos ingresos brutos, por provenir de un proceso único, económicamente inseparable, deben atribuirse conjuntamente a todas ellas”.

Bajo tal directiva, a los efectos de distribuir los ingresos brutos totales del contribuyente sometido al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, el Convenio adopta dos modalidades: un *régimen general* y *regímenes especiales*. Según indica el artículo 2º, salvo lo previsto para casos especiales, (se refiere a los regímenes especiales) los ingresos brutos se distribuirán atendiendo a las premisas establecidas para el régimen

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

general. Por tanto, a los fines de encuadrar una actividad en las normas del Convenio resulta necesario, en primer término verificar si la misma se halla incluida en alguno de los regímenes especiales y, de no ser así, corresponderá su tratamiento por el régimen general. Esta conclusión, no cabe ser tomada como una norma interpretativa excluyente, sino que la inclinación por el régimen general debe resultar después de haber efectuado el análisis de las circunstancias particulares que rodean a cada caso concreto y haber constatado que aquellas permiten descartar la aplicación de alguno de los regímenes especiales.

Aquella premisa conlleva necesariamente a precisar las características generales que identifican a los *regímenes especiales*, resumidas acertadamente por Bulit Goñi de la siguiente manera:

- En cuanto a su fundamento, se ha dicho (citando a Dino Jarach) que obedeció a razones de equidad o de facilidad liquidatoria según los casos.
- Se trata de un “*numerus clausus*”, es decir, solo se aplican a las actividades o productos expresamente mencionados por las normas, no siendo susceptibles de extensión a otras situaciones por grande que fuere la analogía con aquellas
- Constituyen una excepción al régimen general, pero no una excepción al Convenio Multilateral, de manera que participan de los caracteres básicos de éste.
- En todos hay una tipicidad por tipo de sujeto o actividad, y con el aditamento de una determinada forma de concretar su operatoria¹.

Cabe interrogarse entonces si la actividad desplegada por un fideicomiso financiero pudiera detentar aquellas características y en consecuencia, la distribución de sus ingresos efectuarse en función de la aplicación de alguno de los regímenes especiales contenidos en el Convenio Multilateral.

Dentro de aquellos, los que denotan algún punto de contacto y que pueden suscitar algún grado de duda en cuanto a la posibilidad de receptor la actividad desarrollada por un fideicomiso financiero, ya que se ocupan de actividades financieras –con capital propio o de terceros- son los regímenes previstos en los artículos 7º y 8º. Respecto a éste último, debe ser desechado de plano, toda vez que el mismo es aplicable en forma excluyente a “*los casos de contribuyentes comprendidos en el régimen de la ley de Entidades Financieras*”, es decir, sujetos autorizados por el BCRA para intermediar entre la oferta y demanda de dinero y asimismo, porque para la distribución de ingresos incluye una fórmula (denominada *sumatoria*) donde intervienen ingresos (intereses y actualizaciones ganados) y egresos (intereses y actualizaciones pagados a los depositantes), situaciones que no se verifican en la actividad de un fideicomiso financiero².

¹ “Convenio Multilateral”- Enrique Bulit Goñi, Pág. 97 Editorial Desalma, 1992

² No debe confundirse la función de una entidad financiera en su carácter de *fiduciario* con la actividad propia de la misma. En el primer caso, el sujeto del impuesto es el fideicomiso, en tanto en el segundo es la propia entidad y es su actuación en este último carácter donde resultan de aplicación las disposiciones del artículo 8º del Convenio Multilateral.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Con relación al artículo 7º, el mismo incluye a las actividades desplegadas por las *entidades de seguros, de capitalización y ahorro, de créditos y de ahorro y préstamo* (excepto las desarrolladas por las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras) disponiendo que, *cuando la administración o sede central se encuentre en una jurisdicción y se contraten operaciones relativas a bienes o personas situadas o domiciliadas en otra u otras, se atribuirá a ésta o estas jurisdicciones, el ochenta por ciento (80 %) de los ingresos provenientes de la operación y se atribuirá el veinte por ciento (20 %) restante a la jurisdicción donde se encuentre situada la administración o sede central, tomándose en cuenta el lugar de radicación o domicilio del asegurado al tiempo de la contratación, en los casos de seguros de vida o de accidente.*

En cuanto a la evolución de la redacción de este artículo, la doctrina especializada ha expresado que el primer Convenio Multilateral se refería solo a las compañías de seguros y de capitalización y ahorro. Después se agregaron las de créditos recíprocos y posteriormente las de ahorro y préstamo y las entidades financieras no bancarias. En 1977 se trasladaron a estas últimas al artículo 8º que hasta ese momento solo incluía a los bancos. (Enrique Bulit Goñi - Convenio Multilateral –Depalma- 1992, pag 105). En función de ello, el mismo autor ha concluido que *la disposición parecería estar centralmente inspirada por la situación de las compañías de seguros, dada la referencia a “operaciones vinculadas con bienes o personas”, la final vinculada a un tipo específico de seguros.* (op citada, pag 107). En ese mismo sentido, se ha sostenido que *la inclusión de estas entidades (refiriéndose a aquellas distintas a las de seguros), en el régimen que fue consagrado pensando en las compañías de seguros, no es apropiado, ya que hay diferencias sustanciales entre ambos casos*³.

Como puede advertirse, el artículo 7º denota la existencia de un cierto grado de imprecisión respecto al “resto” de actividades incluidas en él, en contraste a la precisión y claridad que emana al referirse a las compañías de seguros, mas aún atendiendo a la evolución de su redacción.

Pero ello no obsta que dentro del elenco de entidades incluidas en el artículo 7º puedan identificarse a las de *capitalización y ahorro, de créditos y de ahorro y préstamo*, cuyas actividades revisten ciertas características comunes –que las diferencias de las entidades incluidas en el artículo 8º- como por ejemplo, según expresa Althabe, que *no intermedian entre la oferta y la demanda de recursos financieros; actúan con capital propio y/o administrando recursos de sus clientes, y con fines específicos (por ejemplo comprar una vivienda mediante acumulación de ahorro del cliente y de préstamos de recursos propios de la entidad)*, para agregar que, *no existe en estos casos una intermediación financiera, sino la prestación de servicios y utilización de recursos propios.*

Como ya se explicitó, la actividad desarrollada por un fideicomiso financiero -como corolario de un proceso de titulización- implica que resulta titular fiduciario de ciertos derechos de cobro y a partir de la colocación de los Valores Fiduciarios, se limita a la administración de aquellos en beneficio de los sujetos designados como beneficiarios de los mismos; **en otras palabras, en la administración de una cartera de créditos originados por terceros, de la cual resulta titular fiduciario sin haber desembolsado recursos propios. Por ende los rendimientos de los bienes fideicomitados no retribuyen un capital propio –del cual carece el fideicomiso- dado en préstamo. Precisamente la**

³ “El Convenio Multilateral” Mario Althabe y Alejandra Sanelli, pag 128, La Ley, 2001

característica principal que diferencia y enmarca a las entidades de crédito cuya inclusión prevé el artículo 7º del Convenio, consiste en que las mismas otorgan financiaciones con capital propio. Asimismo del texto del artículo 7º surge en forma expresa que los sujetos en él incluidos cuentan con una administración o sede central en una jurisdicción y contratan operaciones relativas a bienes o personas situadas o domiciliadas en otra u otras, situaciones que no se verifican en un fideicomiso financiero atento que el mismo no es una empresa, sociedad, ni una entidad y por tanto no cuenta con una administración o sede central en el sentido de la norma bajo comentario, sino mas bien, se trata de un patrimonio de afectación con un fin específico, pero, además no contrata operaciones relativas a bienes o personas situadas o domiciliadas en otras jurisdicciones, simplemente porque en función de sus características y las directivas incluidas en el contrato de fideicomiso respectivo, no puede hacerlas.

La mera administración de bienes –en este caso de derechos de cobro- en beneficio de terceros, no puede asimilarse a ninguno de los tipos previstos en el artículo 7º, ni en ningún otro de los regímenes especiales del Convenio Multilateral, atento que la actividad del fideicomiso financiero no detenta ninguna de las características de los regímenes especiales mencionadas precedentemente, es decir, no altera la equidad distributiva, no está expresamente mencionada en ninguna norma, no constituye un tipo de sujeto o actividad específica de alguno de los regímenes especiales ni cuenta con una determinada manera de concretar su operatoria, la cual se limita a administrar los bienes fideicomitados. En consecuencia, descartada la aplicación de alguno de ellos, procede la distribución de los ingresos brutos sobre las base de los ingresos y gastos computables, es decir, el régimen general previsto en el artículo 2º del Convenio Multilateral.

Atribución de ingresos y gastos

A los fines de atribuir los ingresos brutos entre las distintas jurisdicciones donde se registran gastos computables e ingresos, corresponde aplicar las pautas del citado artículo 2º y concordantes; es decir, considerando el 50% en proporción a los gastos efectivamente soportados en cada jurisdicción y 50% en proporción a los ingresos brutos provenientes de cada jurisdicción, elaborando los respectivos coeficientes de distribución.

Habitualmente, con relación a los gastos a computar, en una estructura típica de fideicomiso financiero, cabe considerar a las retribuciones de los prestadores de servicios al fideicomiso (agente de cobro de los créditos, auditores, asesores legales, impositivos, gastos bancarios y administrativos, etc.). Tales gastos deben ser asignados a aquellas jurisdicciones donde efectivamente se lleven a cabo, independientemente del lugar de contratación y/o pago de los mismos.

En cuanto a los ingresos, los mismos corresponden al devengamiento de intereses de la cartera fideicomitada, y los rendimientos provenientes de inversiones transitorias (depósitos a plazo fijo, fondos comunes de inversión, etc.). Los primeros deben atribuirse a la jurisdicción de donde provengan, es decir, del territorio donde se otorgó originalmente cada crédito fideicomitado (cada jurisdicción), el cual es coincidente con el domicilio del deudor y donde se devengan los ingresos. En cuanto a lo segundos

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

(rendimientos de inversiones transitorias), corresponden ser asignados a la jurisdicción donde se concreten las operaciones que les den origen.

Finalmente, atendiendo a aquellas pautas generales de atribución de ingresos y gastos se elaborarán los correspondientes coeficientes de distribución a ser aplicados a los ingresos totales y de esa manera distribuidos a cada jurisdicción.

Corolario

A lo largo del presente trabajo hemos descrito un proceso de titulación en el cual se enmarca la figura del fideicomiso financiero y delimitado la efectiva actividad llevada a cabo por este –administración de los bienes fideicomitidos en beneficio de los beneficiarios-, con el objeto de definir, en el caso que el fideicomiso extienda dicha actividad a dos o mas jurisdicciones, como distribuir sus ingresos a los fines del Impuesto sobre los Ingresos Brutos bajo las pautas del Convenio Multilateral, mas precisamente cual es el régimen (general o especial) en el cual corresponde encuadrarlo.

A tales fines, hemos efectuado el análisis de la normativa del citado Convenio, desechando la aplicación de regímenes especiales, atento que ninguno de ellos recepta la figura del fideicomiso ni la actividad desarrollada por el mismo, aún admitiendo una interpretación no restrictiva de alcance de aquellos. En definitiva, hemos concluido, por las razones expuestas precedentemente que la actividad desarrollada por un fideicomiso financiero debe ser encuadrada en el régimen general (artículo 2º) del Convenio Multilateral.

Octubre de 2010

Dr. Jose A. Moreno Gurrea