

## **DICTAMEN D.A.T. 76/10**

**Buenos Aires, 18 de enero de 2010**

**Fuente: página web A.F.I.P.**

**Dirección General Impositiva. Dirección de Asesoría Técnica. Impuestos a las ganancias, a la ganancia mínima presunta y al valor agregado. Fideicomiso público. Tratamiento tributario.**

Sumario:

I. No obstante que el contrato de fideicomiso en análisis haya sido encuadrado en cuanto a su aspecto formal como un fideicomiso financiero, dado que el mismo se origina en una ley y decreto provincial y en la Res. Nº ..., del Ministerio de Hacienda y Finanzas de la provincia de "XX", que los fondos son asignados por la provincia de "XX", estando contemplada dicha asignación por la ley de presupuesto provincial, que las inversiones a financiar serán evaluadas por un Comité de Inversiones cuyos integrantes serán designados por el Poder Ejecutivo y que su finalidad es pública, su característica de fideicomiso público prevalece sobre el aspecto formal del contrato, el que sólo constituye una fase dentro de un proceso que se inicia a través de una norma que fija sus objetivos y características.

II. Respecto al impuesto a las ganancias, tratándose de un fideicomiso público, las ganancias atribuidas al Gobierno de la provincia de "XX", en su carácter de fiduciante-beneficiario original y fideicomisario, se encuentran exentas del impuesto a las ganancias en razón de lo normado en el inc. a) del art. 20 de la ley del tributo.

III. En cuanto al impuesto a la ganancia mínima presunta, el fideicomiso público al no estar comprendido en la Ley 24.441 no resulta sujeto pasivo del tributo de conformidad con lo dispuesto en el inc. f) del art. 2 de su norma legal.

IV. En referencia al impuesto al valor agregado el fideicomiso resulta alcanzado por el tributo en la medida en que se verifiquen los hechos imponible previstos en la ley respectiva, no resultando aplicable el marco exentivo previsto en el art. 7, inc. h), de la ley del gravamen, dada la separabilidad de la figura respecto de la persona estatal.

Texto:

I. Las presentes actuaciones tienen su origen en la presentación efectuada por la firma del epígrafe en los términos de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.948/05, mediante la cual consulta, en su carácter de fiduciaria del fideicomiso Fondo de Inversión para el Desarrollo de "XX" (en adelante "FIDEXX"), que implementó la provincia de "XX" mediante Ley provincial N° "XX", el tratamiento tributario que corresponde dispensarle a dicha figura en los impuestos a las ganancias, a la ganancia mínima presunta y al valor agregado.

Sobre el particular, y en forma previa a detallar los antecedentes que hacen a la cuestión bajo consulta y el tratamiento tributario que entiende aplicable, señala que oportunamente, y con igual carácter, formuló idéntica consulta, la que fuera declarada inadmisibile por este organismo en virtud de que el presentante no resultó ser sujeto legitimado para tal presentación, por lo que fue respondida con los alcances del art. 12 del Dto. 1.397/79 y sus modificaciones.

Mas allá de ello, y entrando en el análisis de los hechos en que se sustenta la consulta en trato, la responsable expresa que el fideicomiso en cuestión, cuyo fiduciario es el Banco de "XX" S.A., y el fiduciante y fideicomisario la provincia de "XX", tendrá como objeto instrumentar un esquema que permita el desarrollo de inversiones en emprendimientos industriales, turísticos, de servicios al sector agropecuario y para el equipamiento del comercio, por un plazo de diez años a partir de la suscripción del respectivo contrato, estableciendo el Dto. provincial N° .../06 un aporte al mismo de pesos quince millones (\$ 15.000.000), adicionándose luego por el Dto. provincial N° .../08 otros pesos quince millones (\$ 15.000.000), cuyo titular es el mismo Estado provincial.

En dicho contexto entiende que el espíritu de creación del fideicomiso FIDEXX no es el de prestar dinero sino solventar la inversión de proyectos considerados estratégicos para la provincia de "XX".

Agrega además que, si bien en este caso se dan las condiciones de un fideicomiso financiero, pues el fiduciario resulta ser una entidad financiera (Banco de "XX") y el beneficiario (Estado provincial) resulta ser titular de un certificado de participación en el dominio fiduciario, no lo es el objeto de creación del mismo. Es decir, independientemente del título del contrato de fideicomiso financiero, el fideicomiso FIDEXX en realidad es un fideicomiso de administración en el cual el Banco de "XX" S.A. administra los fondos del fiduciante (provincia de "XX") y actúa conforme con las instrucciones del Comité de Inversiones.

Con relación al tratamiento tributario aplicable al mismo, entiende que:

a) Impuesto a las ganancias: al no ser el objeto del Estado provincial crear figuras como las del fideicomiso a efectos de conseguir fondos a través de préstamos dinerarios, y teniendo en cuenta que se trata de un medio utilizado por el Estado para cumplir su finalidad de realizar el bien común, estaría exento en el impuesto a las ganancias en virtud de lo dispuesto en el art. 20, inc. a), de la ley del tributo. En sustento a su criterio trae a colación los Dicts. D.A.T. 61/95 y 48/97 que concluyen en la inmunidad fiscal que goza el Estado atento a su finalidad.

b) Impuesto a la ganancia mínima presunta: considera que por tratarse de un impuesto complementario del impuesto a las ganancias no resulta equitativo que los fideicomisos constituidos por el Estado tributen este impuesto mientras se encuentran exentos en el impuesto a las ganancias.

c) Impuesto al valor agregado: manifiesta que el fideicomiso está constituido por recursos del Estado provincial, que serán utilizados para fomentar el desarrollo productivo de la provincia, o sea que siendo la finalidad propia del Estado resulta exento en el impuesto al valor agregado por el art. 7, inc. h), de la Ley de Impuesto al Valor Agregado. En apoyo a su criterio cita a los Dicts. D.A.T. 43/94 y 47/04 en los que se concluyó que los fondos cedidos por el Estado nacional en fideicomiso gozan de inmunidad fiscal.

Por último, la responsable manifiesta una serie de inquietudes motivadas entre otras causas en la respuesta a la consulta realizada oportunamente por esta área en la que se categorizó al presente fideicomiso como un fideicomiso público, no obstante poseer el mismo una estructura de fideicomiso financiero.

Dichas inquietudes se pueden sintetizar en: 1. Si FIDEXX es realmente un fideicomiso financiero. 2. Si se encuentra o no comprendido en la Ley 24.441 y si el hecho de no estar comprendido es el motivo por el cual no resulta sujeto pasivo del tributo o si esta postura se vincula con la aplicación del principio de inmunidad fiscal del Estado. 3. En lo que concierne al impuesto al valor agregado inquiere si el tratamiento en dicho tributo no debería ser consistente con el que corresponde dispensar en los impuestos a las ganancias y a la ganancia mínima presunta, así como las razones por las cuales no resulta de aplicación en dicho impuesto el principio de inmunidad fiscal del Estado.

II. Descripta la temática traída a consideración, corresponde señalar que la misma fue oportunamente analizada por este servicio asesor mediante la Actuación N°

.../08 (Di.A.Téc.) –luego Dict. Di.A.Téc. 1/09–, la cual dio origen a la respuesta a la consulta que menciona la consultante y que fuera planteada en los mismos términos que la que motiva la presente intervención.

En dicha oportunidad se concluyó que “... en atención a que el fideicomiso en cuestión refiere a un fideicomiso público, las ganancias atribuidas al Gobierno de la provincia de ‘XX’, en su carácter de fiduciante-beneficiario, se encuentran exentas del impuesto a las ganancias, en razón de lo normado en el inc. a) del art. 20 de la ley del tributo”.

Sin perjuicio de ello, se advirtió que el fiduciario deberá liquidar el aludido tributo por los hechos imponible que se generen por el ejercicio de la administración fiduciaria (ej.: comisión).

En lo referido al impuesto a la ganancia mínima presunta, se señaló que “... el fideicomiso público en cuestión, al no estar comprendido en la Ley 24.441, no resulta sujeto pasivo del tributo de conformidad con lo dispuesto en el inc. f) del art. 2 de su norma legal”.

En lo que concierne al impuesto al valor agregado, se destacó que “... el fideicomiso resultará alcanzado por el tributo en la medida en que se verifiquen los hechos imponible previstos en la ley respectiva, no resultando aplicable el marco exentivo previsto en el art. 7, inc. h), de la ley del gravamen, dada la separabilidad de la figura respecto de la persona estatal”.

No obstante las conclusiones a las que se arribara oportunamente, dadas las nuevas inquietudes planteadas por la consultante, corresponde efectuar un nuevo análisis de las características del fideicomiso en trato.

A tales fines, se procederá nuevamente a indagar sobre las relaciones jurídicas entabladas entre los sujetos participantes, para lo cual procede reseñar las cláusulas contractuales más relevantes.

En primer lugar corresponde señalar que mediante el art. 1 de la Ley provincial N° “XX” se constituye el fondo de inversión para el desarrollo de “XX” (FIDEXX), cuya finalidad será la instrumentación de un esquema que posibilite el acceso al crédito para inversiones en la provincia, en emprendimientos industriales, turísticos, de servicios al sector agropecuario y para el equipamiento del comercio.

Por su parte el art. 2 de dicha norma legal establece “que el fondo tendrá un plazo de duración de diez años a partir de la suscripción del contrato de fideicomiso y se

regirá por la presente ley, su reglamentación y por las Leyes 24.441 y modificatorias”.

Asimismo, el art. 3 de la citada ley define los recursos que integrarán el fondo, siendo éstos los provenientes de financiamiento y/o aportes de entidades financieras; cualquier otra asignación proveniente del Estado nacional, provincial o municipal; las contribuciones, subsidios, legados o donaciones realizadas por personas físicas o jurídicas con destino al fondo; la renta de sus operaciones; la renta de los activos del fondo originados en las colocaciones financieras de fácil liquidación de los recursos transitoriamente no utilizados y el recupero de los fondos prestados, que se utilizarán para el otorgamiento de nuevas financiaciones.

A su vez sus arts. 4 y 5 determinan la finalidad del referido contrato especificando que el cincuenta por ciento (50%) de la capacidad prestable del fideicomiso se destinará para proyectos presentados por PyMEs, para la inversión en: a) equipamiento en bienes nuevos del comercio. b) Adquisición de bienes de capital nuevos para la prestación de servicios agropecuarios. c) Creación o ampliación de la capacidad productiva o introducción de nuevos productos o procesos de producción para la actividad industrial. d) Infraestructura hotelera y de servicio para la actividad turística. e) Equipamiento informático y programas informáticos de gestión.

Por otro lado se dispone que el cincuenta por ciento (50%) restante se destinará a financiamientos considerados estratégicos para la provincia por la autoridad de aplicación, la que determinará el monto a otorgar por beneficiario.

En cuanto a las inversiones a financiar, éstas serán evaluadas por un Comité de Inversiones, cuyos integrantes serán designados por el Poder Ejecutivo, debiendo aclararse que dicho Comité fue constituido por el decreto de la provincia de “XX”, del ... de 2006, en el cual se establece además el aporte que realizará la provincia.

Es de observar lo expresado en el segundo Considerando del referido decreto en cuanto expresa que “... la experiencia de los denominados fideicomisos públicos ha mostrado la conveniencia de establecer un cuerpo colegiado para su administración, configurando un esquema adecuado para un proceso de toma de decisiones idóneas en la gestión del fideicomiso” (el subrayado nos pertenece).

En igual sentido, el referido decreto señala que la Ley Nº ..., en sus arts. 7, 11 y 12, prevé la actuación de un Comité de Inversiones que será designado por el Poder Ejecutivo, quien también establecerá sus funciones y atribuciones, disponiendo que este Comité instruirá al fiduciario en la administración de FIDEXX.

Por otra parte, el art. 15 de la ley precedentemente señalada establece como autoridad de aplicación al Poder Ejecutivo provincial a través del Ministerio de Hacienda y Finanzas, quedando facultado a dictar todas las normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que fueren menester para la implementación de lo dispuesto en la misma.

Asimismo, en el decreto antes señalado se menciona que el importe de los fondos destinados al fideicomiso en trato fueron previstos en la ley de presupuesto anual de la provincia de "XX" (Ley Nº ...).

Obsérvese además que por Res. ... del .../06 el ministro de Hacienda y Finanzas de la provincia de "XX" resuelve aprobar "... el modelo de contrato de fideicomiso denominado Fondo para el Desarrollo de 'XX', a suscribirse entre el Gobierno de la provincia de 'XX', a través de los Ministerios de Hacienda y Finanzas y de la Producción, Trabajo y Turismo, en su carácter de fiduciante, y el Banco de 'XX' S.A., en su carácter de fiduciario ...".

En cuanto al contrato de constitución del presente fideicomiso corresponde destacar que el mismo fue titulado como fideicomiso financiero, estableciendo como fiduciante y fideicomisario al Gobierno de la provincia de "XX", siendo los beneficiarios los titulares de los certificados de participación que el fideicomiso emita. Dichos certificados serán escriturales con un valor nominal de pesos quince millones (\$ 15.000.000) y se emitirán por los aportes realizados por el fiduciante, quien a su vez podrá cederlos en cualquier momento; la finalidad del contrato consiste en la transferencia de la propiedad fiduciaria de dinero por parte del fiduciante al fiduciario para que este último otorgue préstamos bajo los términos y condiciones especificados en el contrato de fideicomiso.

De lo expuesto hasta aquí, y más allá que el fideicomiso emita al fiduciante-fideicomisario (Estado provincial) un certificado de participación que no devenga interés alguno y que el mismo podrá ceder con posterioridad, se puede afirmar, al igual que en el Dict. Di.A.Téc. 1/09, que el fideicomiso en cuestión reúne las características de un fideicomiso público.

A mayor abundamiento resulta oportuno a esta altura del informe recordar lo concluido por la Dirección Nacional de Impuestos en el Memorando Nº .../07 de .../07 –cuya fotocopia se incorpora a las presentes actuaciones– en oportunidad de analizar un caso de similares características, por cuanto se trataba de un contrato de fideicomiso categorizado por la consultante como financiero, en el cual revestía el carácter de fiduciante beneficiario la provincia de "RR".

En dicho pronunciamiento se citó lo expuesto por Lisoprawsky, Silvio en su obra “Los Fondos Fiduciarios Públicos. Necesidad de una Legislación Específica” –Ed. La Ley, 24/5/07– en cuanto a que: “Hoy es de conocimiento público –por la trascendencia mediática– que proliferan los denominados fondos fiduciarios (algunos pseudofideicomisos) por vía de leyes o decretos. Son diversas conformaciones y sin un esquema jurídico de tipología conocida en nuestro sistema, generados tanto por el Estado nacional como por las jurisdicciones provinciales y municipales en carácter de fiduciantes ... El denominador común de esta especie pública es la participación del fideicomiso las más de las veces desnaturalizado. Son verdaderas innovaciones en nuestro ámbito, creaciones que entremezclan y aprovechan ciertas características del fideicomiso y del dominio fiduciario (art. 2662, Código Civil) sin llegar a configurar –a nuestro criterio– el tipo normado, al menos tal como fue concebido por el legislador de la Ley 24.441”.

Agrega el mismo autor que “estos ... fondos fiduciarios, aún cuando aprovechen en mayor o menor medida algunas de las características del fideicomiso, en su mayoría no son la especie pergeñada por la citada ley”.

El referido memorando señala, asimismo, la opinión de la Auditoría General de la Nación en cuanto a que: “En el fideicomiso de la Administración Pública la aplicación de las normas legales que lo rigen escapa, en algunas ocasiones, del ámbito de la legislación puramente privada ... La constitución, modificación y extinción del fideicomiso público tiene origen en el derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación de la ley citada, en todo lo que no se oponga a aquella normativa. Este tipo de fideicomiso puede, en ocasiones, coincidir con el de la referida ley o bien tomar alguno de sus contenidos, pero con características y adaptaciones que responden a las necesidades de la Administración en el caso concreto. Asimismo, no existe una normativa general que establezca los caracteres y condicionantes de los fideicomisos públicos, contándose con una legislación conformada básicamente por las disposiciones legislativas o administrativas específicas que disponen la creación de fideicomisos públicos, acordes con la finalidad de interés público que los mismos deberían cumplir, además de disposiciones vinculadas con aspectos presupuestarios”.

Si bien el fideicomiso público se apoya en una estructura de tipo contractual, definiendo la relación fiduciario-fiduciante, existen diferencias con los fideicomisos privados. En el público la celebración del contrato es una fase dentro de un proceso que se inicia a través de una norma que fija sus objetivos y características, determina las condiciones y términos a los que se ajustará el contrato

correspondiente y regula la constitución, modificación, organización, funcionamiento y extinción del fideicomiso. Puede entenderse que la utilización de la figura del fideicomiso público como herramienta de las actividades del Estado nacional resulta aplicable cuando, frente a ciertas necesidades sociales o económicas, resulta conveniente separar un patrimonio que esté sujeto a reglas diferentes debido a que se trata de actividades temporales, fáciles de identificar y de aislar de cualquier otro tipo de relación administrativa, y de considerar en un presupuesto de egresos o ingresos (cfr. Informe .../05 A.G.N.).

En síntesis, en función de lo expuesto se puede reafirmar que en el presente caso, no obstante que el contrato de fideicomiso haya sido encuadrado en cuanto a su aspecto formal como un fideicomiso financiero, dado que su origen surge de una ley y decreto provincial, y en la resolución del Ministerio de Hacienda y Finanzas de la provincia de "XX", que los fondos son asignados por la provincia de "XX", estando contemplada dicha asignación por la ley de presupuesto provincial, que las inversiones a financiar serán evaluadas por un Comité de Inversiones cuyos integrantes serán designados por el Poder Ejecutivo y que su finalidad es pública, su característica de fideicomiso público prevalece sobre el aspecto formal del contrato, el que sólo constituye una fase dentro de un proceso que se inicia a través de una norma que fija sus objetivos y características como ya se dijera.

Consecuentemente, y habida cuenta de la identidad que guardan tanto la materia consultada cuanto las argumentaciones esgrimidas en las consultas interpuestas por la encartada con anterioridad respecto del tratamiento tributario del fideicomiso que nos ocupa, esta instancia estima procedente, en mérito a la brevedad, reiterar aquí las conclusiones a las que arribara sobre el particular oportunamente y que fueran plasmadas en el dictamen referenciado, aclarándose en esta oportunidad que el Estado provincial en cuestión asume la figura de fiduciante-beneficiario original y fideicomisario.

Así, y respecto al impuesto a las ganancias, cabe reproducir lo expuesto en cuanto a que el fideicomiso de que se trata no encuadraría dentro de las disposiciones del pto. 6, inc. a), del art. 69, de la ley del gravamen, toda vez que dicha norma se refiere a los fideicomisos constituidos en el país conforme con la disposiciones de la Ley 24.441, siendo la figura aquí analizada un fideicomiso público constituido mediante un acto administrativo, motivo éste que lo diferencia de los fideicomisos creados en el marco de la Ley 24.441.

En función de ello se concluyó que las ganancias atribuidas al Gobierno de la provincia de "XX", en su carácter de fiduciante-beneficiario, se encuentran exentas



del impuesto a las ganancias, en razón de lo normado en el inc. a) del art. 20 de la ley del tributo.

Sin perjuicio de ello, se advirtió que el fiduciario deberá liquidar el aludido tributo por los hechos imposables que se generen por el ejercicio de la administración fiduciaria (ej.: comisión).

Con respecto al impuesto a la ganancia mínima presunta, se señaló que el art. 2 en el inc. f) de la ley del tributo establece que son sujetos pasivos del impuesto los fideicomisos constituidos en el país, conforme con las disposiciones de la Ley 24.441 (excepto los financieros), no aquellos constituidos administrativamente por ley o decreto.