

**20° SIMPOSIO DE LEGISLACION TRIBUTARIA ARGENTINA
CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONOMICAS DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS
AIRES**

Octubre de 2018

Comisión 2

**Exegesis del tratamiento en el impuesto de las operaciones con
inmuebles.**

Autor: Luis Omar Fernández

Exegesis del tratamiento en el impuesto de las operaciones con inmuebles.

0.- A modo de introito o advertencia

Como es conocido, las reformas de la legislación de fondo que ha dispuesto el Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCyC, han sido muy profundas y su cercanía temporal impide que se produzca el "asentamiento" que ocasiona el transcurrir del tiempo sobre las nuevas reglas, al despejar el "polvo" que origina el impacto de su novedad.

La profusión de obras sobre el tema, seguramente a causa de la cuestión temporal citada, se ha materializado en extensas obras, que constituyen fundamentalmente leyes comentadas y tratan de encuadrar los tópicos analizados en la teoría general del derecho civil y comercial, adaptando además a las nuevas normas, la jurisprudencia existente que, en casi todos los casos, se refiere al Código Civil derogado.

Por ello no es aún el tiempo de los tratados con los que, los mismos autores, basados en otros desarrollos teóricos y jurisprudenciales, abordaron con la mayor profundidad estos temas, cuando estaban regulados por el viejo Código Civil. La inmediatez es enemiga de la reflexión profunda.

Se está entonces en presencia de una materia en construcción, sujeta a los cambios que producirán el análisis más mediato y la jurisprudencia futura. Situación similar ha ocurrido también en lo tributario con el dictado de la ley 2740; agrava esta situación la casi total falta de reglamentación de esta reforma.

Ello permite aseverar que muchas de las afirmaciones que contiene el presente trabajo deban considerarse como provisorias y con beneficio de inventario o sujetas a corrección futura; esto ya ha ocurrido, si se las comparan con algún trabajo anterior del autor sobre el tema y tiene su origen en la situación mencionada, que no se puede superar solo con un análisis profundo del material existente: la falta de norma no siempre se puede suplir con el razonamiento y menos con la imaginación.

Es por ello por lo que esta advertencia es también un pedido de disculpas por la provisoriedad de algunos de los argumentos y sus futuros y eventuales cambios.

1.- Objeto del trabajo

Consiste en investigar el tratamiento de las rentas que producen los inmuebles, en orden a su gravabilidad, clasificación e inclusión en las categorías del impuesto; para ello se analizará la jerarquía de las distintas normas del tributo, de modo de intentar una guía que facilite la interpretación de los eventuales casos dudosos.

Se considera que, en primer lugar deben precisarse, con relación a las rentas gravadas, los bienes incluidos en el término "inmuebles"; entonces, para los situados en el país, deberá considerarse el concepto de la legislación de fondo; así, el CCyC en su art. 225 dice que: "son inmuebles por su

naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre” ; el artículo siguiente dispone: “son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su accesión física al suelo, con carácter perdurable”.

Respecto de las características de estos bienes se ha afirmado, con cita a López Olaciregui¹, “que las nociones ‘encontrarse’ o ‘estar’ designan un ‘estado’ de la cosa que es algo distinto de su ‘esencia’” y que la condición de “inmueble” designa un “estado” de la cosa que, en caso de ser quebrantado por una movilización que lo altere, hará perder a la cosa aquella condición”. Un claro ejemplo de ello es la tierra que, siendo separada del inmueble, pasa a ser un bien mueble.

Estos conceptos, más la interpretación habitual del término, habilitan a considerar para el impuesto “inmuebles” sólo los bienes raíces y no debe otorgarse dicho tratamiento a otros bienes que, siendo muebles, revisten jurídicamente el carácter de inmuebles, tales como los buques y aeronaves, por lo que se considera que los resultados de la enajenación o transferencia de derechos sobre los mismos no están alcanzados por las normas que se comentan.

Las pautas anteriormente reseñadas, son útiles para el análisis de los hechos imposables ocurridos en el territorio nacional o sea cuando los resultados obtenidos por personas humanas y sucesiones indivisas sean de fuente argentina. En el caso de las rentas obtenidas en el exterior por residentes argentinos, habrá de estarse a las normas de los países donde se encuentren ubicados los inmuebles, para establecer si los bienes productores de tales ganancias encuadran en ese carácter. Como es obvio, cuando la renta de estos bienes situados en el extranjero sea obtenida por beneficiarios allí radicados, queda fuera del objeto del impuesto.

2.-Estructura del art. 2 de la ley

Esta es la norma que establece en forma genérica el aspecto material del tributo y está organizada de la siguiente forma:

- En su encabezado la mención a “ganancias” y dos advertencias
- En su inciso 1) la exposición de la llamada “teoría de las fuentes²”
- En su inciso 2) se menciona a todas las ganancias de ciertos sujetos, cumplan o no con la condición del inciso anterior, las que en doctrina, utilizando un concepto no demasiado feliz, se conocen como “teoría del balance”.
- En los restantes incisos se enumeran las demás ganancias que están gravadas para todos los sujetos.

Para completar el análisis es útil mencionar que cuando cualquiera de estas operaciones sea realizada por un monotributista, dentro de las actividades incluidas en dicho régimen, los resultados estarán exentos de impuesto a las ganancias.

¹ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso (directores) www.infojus.gov.ar t. I, p. 362.

² De acuerdo con el concepto de Jarach, se habla en plural de “teoría de las fuentes” para denotar la existencia de varias de ellas y, además, para diferenciar el concepto del homónimo empleado para distinguir el lugar geográfico de producción de los hechos imposables

3.- Concepto de ganancia

El objeto del impuesto no está claramente definido en la ley, sino que surge del análisis armónico de las disposiciones de varios de sus artículos. Esto suele dificultar la interpretación y aplicación de la norma, porque la inexistencia de una hipótesis de incidencia tributaria clara y precisa, es sabido que produce incertidumbre³.

No obstante lo dicho, de las disposiciones que se comentan en los puntos siguientes, pueden abstraerse dos conceptos que son imprescindibles para que exista hecho imponible; en primer lugar, debe haber una mutación patrimonial que signifique un incremento o disminución de la hacienda del sujeto, no un mero cambio permutativo y, en segundo lugar, que tal hecho, cuando se trate de operaciones bilaterales, se produzca en forma onerosa.

La onerosidad de que se habla es la establecida en el art. 967 del CCyC: "Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ella haya hecho o se obligue a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno u otro de los contratantes alguna ventaja, independientemente de toda prestación a su cargo hacia la otra".

También están gravadas algunas ganancias de operaciones unilaterales, tales como ciertas valorizaciones⁴ y otras que, aún siendo efectuadas a título gratuito, lo están en cabeza de su beneficiario, por aplicación de la teoría del balance.

4.- Advertencias previas

Forman parte del encabezamiento del artículo y constituyen una herramienta fundamental para su interpretación; la primera establece que son hechos imponibles todas las ganancias enumeradas en todas las categorías; esto implica que cuando tal mención exista, no se deberá analizar si tales rentas cumplen con alguno de los criterios de los incisos siguientes. Esta norma opera como condición necesaria y suficiente y, en realidad, es aplicable en especial al inciso 1) ya que los demás incisos comprenden genéricamente a todas las ganancias que regulan.

La segunda advertencia previa, que en el texto actual es solo retórica, dispone que son ganancias las incluidas en el resto del art. aunque no se indiquen en las categorías y el art. 49 inc. g) incluye a las ganancias "...no comprendidas en otras categorías", con lo cual el mencionado es un conjunto vacío, carente de miembros.

5.- Teorías de las fuentes y del balance

Se trata de normas cuyo análisis ha sido muy elaborado por diversos autores y

³ ATALIBA, GERARDO, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, habla de una "descripción legal, hipotética de un hecho".

⁴ Resultados propios de los métodos de valorización de bienes que establece la ley: ganado, ajuste por inflación y otros.

tienen la peculiaridad de referirse, el inc. 1) al aspecto material del hecho imponible y el 2) a los sujetos que las obtienen. A primera vista, parecería entonces que el inciso 1) constituye la definición del objeto, mientras que el 2) amplía lo dicho en el anterior, para el caso de determinados sujetos.

Estudiando la evolución de esta normativa, se advierte que históricamente la definición del hecho imponible, desde el antecesor impuesto los réditos, fue similar a la del inciso 1) y las necesidades de impedir la elusión del tributo, crearon excepciones al cumplimiento de la norma que se comenta, para ciertas rentas y sujetos.

Todo ello produce la tentación de considerar al inciso 1) como regla general y al 2) como una especie de excepción que, en la actualidad, agrupa a aquellas normas antielusorias antes comentadas. De todos modos, de esta tentación se sale provisoriamente al observar que en el texto original de la ley 20628 de impuesto a las ganancias que disponía: "...son ganancias... los rendimientos, rentas o enriquecimientos derivados de la realización a título oneroso de cualquier acto o actividad habitual o no." Pero dicha norma luego fue modificada por ley 21286⁵ para adquirir la redacción actual.

Esta evolución de algún modo implicó una vuelta a lo anterior, con lo que de la conformación actual de la ley, puede decirse con Reig⁶ que: "...con el apartado dos del artículo 2°, la ley instituye una excepción muy amplia a la definición de renta gravable dada por la teoría de la fuente y adaptada en el apartado uno", afirmación que se comparte, aunque con la advertencia que esta última considera hechos imponibles a algunos hechos económicos no contenidos en la primera: los que no provengan de una fuente habilitada.

Entrando directamente en tema, puede afirmarse que los caracteres de una renta para encuadrar en la primera teoría son, brevemente, la existencia de una fuente habilitada para producirla y su permanencia, luego de producida aquella, la que habitualmente se deduce de la periodicidad en la obtención de estos resultados.

Por su parte la teoría del balance, que tiene como elemento fundante la consideración de la empresa como fuente⁷, incluye a todos los hechos imponibles del inciso 1) y, además, agrega a todos los demás que fueren obtenidos por los siguientes sujetos mencionados en los incs. del art. 49:

- Inc. a) los del art. 69.
- Inc. b) las demás sociedades constituidas el país.
- Inc. c) las empresas ubicadas en el país.
- Inc. c) explotaciones unipersonales ubicadas en el país.
- Último párrafo: actividades profesionales u oficios complementados con una explotación comercial.

Las demás ganancias de tercera categoría estarán comprendidas en esta norma, solo cuando se obtengan mediante una empresa, a la que incluye el inciso c) del art. 49) y se ha mencionado antes individualmente a esos efectos.

⁵ B.O. 7/4/1976.

⁶ REIG, Enrique J. GEBHARDT, Jorge y MALVITANO Rubén H.: Impuesto a las ganancias, 12° edición, Errepar 2010, p. 56.

⁷ Jarach, Dino: Impuesto a las ganancias, 1ª edición, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1980, p. 58.

Entonces, serían ganancias de la 3ª categoría, no comprendidas en la teoría del balance las de los incisos e)⁸, f)⁹ y g)¹⁰ del art. 49, salvo que se realicen por medio de una empresa, lo que siempre será una cuestión de hecho y prueba.

6.- Rentas relacionadas con inmuebles

Dejando de lado entonces los hechos imponible comprendidos en la tercera categoría, cuyo tratamiento no es motivo del presente, se analizará el inc. 5) del art. 2) cuyo texto es el que sigue: “los resultados derivados de la enajenación de inmuebles y de la transferencia de derechos sobre inmuebles, cualquiera sea el sujeto que las obtenga”¹¹, con la aclaración temporal que esta norma se aplica a aquellos bienes adquiridos por el enajenante o cedente desde el 1 de enero de 2018¹². Se reitera que esta norma no es aplicable a los hechos imponible de la 3ª categoría.

Avanzando en el propio análisis del inciso, puede observarse que alude aparentemente a dos tipos de operaciones con inmuebles: su enajenación y la transferencia de derechos sobre los mismos; esta deficiente redacción dará lugar a una de las primeras dificultades interpretativas: ya que enajenar es “Vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos”¹³ mientras que “transferir” es “Pasar o llevar algo desde un lugar a otro”¹⁴ o “Ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”¹⁵.

Entonces, es claro que la venta o cesión es también una transferencia, con lo cual hubiese sido mucho más claro citar solo a estas últimas, omitiendo las “ventas” ya que hubieren quedado incluidas en aquellas. Esto no es un mero prurito lingüístico sino una forma de facilitar la tarea del intérprete.

Como se verá, esta característica indeseable, se repite también en la modificación a las normas de la segunda categoría, cuando se utilizan ambos términos, sin dejar claramente delimitado su ámbito, ya que en la primera categoría se gravan las rentas producidas por la “constitución” de derechos reales las que son también una forma de “transferencia” de los mismos. Además, tampoco se tuvo en cuenta que la cesión de inmuebles en locación, que es también una transferencia de derechos sobre los mismos, está expresamente incluida en la 1ª categoría.

Ante esa situación resulta imprescindible diferenciar el hecho o el acto por el cual se constituye un derecho real, de aquel otro por el cual se lo transfiere. Un repaso sobre la legislación de fondo relativa a tales derechos tal vez ayude a aclarar y diferenciar estas operaciones.

6.1 Los derechos reales en el CCyC

En esta materia el CCyC, siguiendo una antigua tradición, establece un número limitado de derechos reales, de los cuales aquí interesan los relativos a inmuebles.

El art. 1892 del CCyC dispone, que “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico

⁸ Auxiliares del comercio no incluidos expresamente en cuarta categoría.

⁹ Loteos con fines de urbanización y la construcción y enajenación de inmuebles bajo del derecho real de propiedad horizontal y el desarrollo y enajenación de inmuebles bajo el régimen de conjuntos inmobiliarios

¹⁰ Ganancias no incluidas en otras categorías

¹¹ Además, cualquiera fuere la ubicación del bien, están incluidos los inmuebles en el exterior.

¹² En el caso de los adquiridos a título gratuito, cuando el causante o donante los hubiere incorporado o ingresara a su patrimonio antes de esa fecha

¹³ www.rae.es, “enajenar” 1ª acepción

¹⁴ www.rae.es, “transferir” 1ª acepción

¹⁵ Ibidem, 3ª acepción

revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real¹⁶". Continúa luego diciendo que "la tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión" y que "la inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos", finaliza diciendo que "a la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto", sobre transmisión de derechos por esa razón.

Además, el artículo 1888, detalla cuáles son los derechos reales sobre cosa propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria siendo, por exclusión, los restantes derechos reales sobre cosa ajena.

Estos últimos constituyen, para el dueño de la cosa, las llamadas cargas o gravámenes reales. Entonces, para el titular de dominio del inmueble gravado, se trata de una carga real y para el titular de dicha carga, se trata de un derecho real sobre el inmueble del otro.

Por comparación entre el listado de derechos reales del artículo 1887 y los mencionados en el 1888 se establece que son derechos reales sobre cosa ajena el usufructo, del uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca, y la anticresis; la prenda en este caso se excluye, por ser un derecho real que se constituye sobre bienes muebles.

El derecho de dominio es el primer derecho real y el que más facultades contiene para su titular. El CCyC lo define en su art. 1941 en los siguientes términos: "El dominio perfecto¹⁷ es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa...". Se adquiere, como antes se dijera, por la posesión y, de corresponder, inscripción de la escritura en el registro de la propiedad.

Entonces la "constitución" del derecho real de dominio es la propia adquisición del inmueble, operación que para el vendedor está gravada en 2ª categoría y para el comprador hace que se incorpore el bien a su patrimonio y determina el valor de adquisición.

En los derechos reales de propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados también existe el requisito de inscripción en el Registro inmobiliario, en los primeros casos, del reglamento de copropiedad y además, en el último, del reglamento de administración y uso. Esta inscripción debe ser realizada por el titular de dominio o condominio.

Entonces la "constitución" de estos derechos reales puede implicar una enajenación si se recibe contraprestación dineraria o una permuta de cosa actual (el inmueble) por cosa futura (unidades a construir); en ambos casos la renta será de la 2ª categoría.

Por su parte el artículo 1964 dice que: "Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado..." este último está sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava. Además, también existen como carga sobre bienes inmuebles, los derechos reales en garantía: la hipoteca y la anticresis.

¹⁶ Por ejemplo, en el caso de inmuebles, la escritura pública.

¹⁷ Desde el punto de vista tributario el condominio tiene el mismo tratamiento que el dominio.

6.2 Enajenación de inmuebles

Es razonable aceptar que, cuando la ley habla de "enajenación" de inmuebles, lo hace con referencia a la cesión a un tercero del derecho real de dominio y que las demás operaciones con esos bienes se engloban en el concepto de "constitución o "transferencia" de derechos.

Más allá de la norma genérica del inc. 5) del art. 2) la enajenación de inmuebles está prevista como hecho imponible de la segunda categoría en el inc. k) del ar. 45. Como se dijo antes, el uso común del término enajenación implica la transferencia del derecho real de dominio sobre, en el caso, un inmueble; además, la ley del impuesto también otorga el mismo tratamiento a la cesión de la posesión del bien, acompañada por la existencia de un instrumento adecuado para reconocer dicho derecho, por ejemplo boleto de compra venta, la que se analiza más adelante.

Entonces la "constitución" del derecho real de dominio es la propia adquisición del inmueble, operación cuyo resultado para el vendedor está gravada en 2ª categoría y, para el comprador, tiene por efecto incorporar el bien a su patrimonio y establecer el valor de adquisición.

En los derechos reales de propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados también existe el requisito de inscripción en el Registro inmobiliario, en los primeros casos del reglamento de copropiedad y además, en el último, del reglamento de administración y uso. Esta inscripción debe ser realizada por el titular de dominio o condominio. Entonces, cumplidos estos requisitos, en la "constitución" onerosa de estos derechos reales, el enajenante tendrá un resultado gravado en la 1ª categoría. La posterior transferencia de estos estará gravada en la 2ª categoría.

Se considera que las normas anteriores son también aplicables al derecho real de condominio, ya que este no es un derecho real distinto de aquel "... el condominio no es más que un dominio de sujeto múltiple"¹⁸. En el mismo sentido se pronuncia Borda quien afirma que, "todos los condóminos son dueños de toda la cosa; pero su derecho a ella no es pleno, sino que está naturalmente limitado por el derecho análogo de los demás condóminos.... Es un derecho de dominio sobre la cosa..."¹⁹

Por su parte, como antes se dijera, el dominio imperfecto puede ser revocable, fiduciario o desmembrado.

El primero de ellos, el revocable, según el art. 1965 "...es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió". El plazo máximo de estas condiciones es de diez años y, si estos transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido.

En cuanto al tratamiento tributario de estas operaciones, la constitución onerosa de dominio revocable es una enajenación de inmueble; la recomposición del dominio perfecto, en cabeza del dueño original o, transcurrido el plazo máximo sin ocurrir la condición, en cabeza del adquirente, también lo es siempre que, en el caso, también se trate de una operación a título oneroso.

Por su parte el dominio fiduciario, a tenor del art. 1701, es el que se adquiere debido a un fideicomiso constituido por contrato o testamento. Dado el carácter gratuito de estos últimos, no serán analizados.

¹⁸ MARINI de VIDAL, Mariana: Derechos Reales, 7ª edición, Zavalía, 2004, t. I p. 124.

¹⁹ BORDA Guillermo: Tratado de derecho civil. Derechos Reales 4ª edición, Ed. Perrot, t.I p. 458

En el caso de fideicomisos ordinarios, deben distinguirse aquellos en los que el fiduciante es beneficiario, de los que tienen como beneficiarios a terceros o el fiduciante beneficiario es residente en el exterior (Título V de la ley del impuesto). En los primeros, desde el punto de vista tributario, no hay transferencia de inmueble alguna ya que, si bien el fideicomiso es un patrimonio separado, sus ganancias las declara el fiduciante beneficiario y, a su término, el bien volverá al mismo. Por su parte, cuando el beneficiario no sea el fiduciante, la transferencia del inmueble al fideicomiso constituirá una enajenación y las transferencias de bienes a los beneficiarios están alcanzadas por las normas de art. 69 inc. a) punto 6.

Por último, el dominio desmembrado es, según el art. 1964, aquel sujeto al régimen de la respectiva carga real que lo grava y se analiza más adelante.

En cuanto al tratamiento en el impuesto, tratándose de inmuebles en el país, cuando el enajenante sea persona humana o sucesión indivisa residente en el mismo, se aplicará para la liquidación de la renta el artículo colocado en quinto lugar a continuación del art. 90, liquidándose el tributo como allí se indica y con aplicación de la alícuota del 15%. En cambio, cuando la renta fuere de fuente extranjera, por estar el inmueble ubicado en el exterior, la liquidación se realiza según las normas de la segunda categoría, no obstante ello la alícuota a aplicarse es la misma²⁰.

Por último, cuando el inmueble en el país fuere enajenado por un residente del exterior, el tratamiento dependerá de la naturaleza de aquel: si se tratara de una empresa o sociedad constituida, radicada o ubicada en el exterior, el art. 93 inc. g) dispone una ganancia presunta del 50% y se aplica la alícuota del art. 92; en el caso de otros enajenantes (personas humanas y sucesiones indivisas), se aplica el inc. h) del art. 93 el que establece una ganancia presunta del 90%; y, sobre el importe resultante, se aplica la alícuota del 15%, con fundamento en que el art. 90.5 no distingue sujetos. No obstante, también podría alegarse en contra de este tratamiento, que aquí no se incluye expresamente a los beneficiarios del exterior, como la ley lo hace para el caso de acciones y valores, en el 4° párrafo del art. 90, caso en el cual correspondería aplicar la alícuota del art. 92.

6.3 Constitución y transferencia de derechos reales

El resto de las operaciones con inmuebles recibe el tratamiento de constitución o transferencia de derechos sobre los mismos y, su encuadramiento en las categorías dependerá del tipo de derecho; cuando fueren reales, si como se dijo se constituyen, estarán incluidos en la primera categoría y cuando, habiéndose constituido se los transfiere, en la segunda.

En cuanto a los derechos personales sobre inmuebles, sus transferencias se incluyen en la segunda categoría, excepto la locación que está gravada en primera categoría; el fundamento de estas aseveraciones se expone seguidamente.

Como se ha dicho la "constitución"²¹ de derechos reales sobre inmuebles produce rentas de la primera categoría, entendiéndose por tal el establecimiento de un derecho real inexistente, por ejemplo, la creación del derecho real de usufructo a favor de un tercero. Por su parte, las futuras disposiciones del derecho ya creado producirán rentas de la segunda categoría. Ello por aplicación del principio de que

²⁰ Art. 90 3er. párrafo.

²¹ Un caso especial lo plantea la "constitución" del derecho real de dominio que, como se ha visto, consiste en su propia adquisición y no dar lugar a ganancia alguna para el "constituyente" o adquirente.

la ley especial prima por sobre la ley general, siendo en el caso la primera el inc. 41 inc. b) y la segunda el inc. k) del art. 45.

Esta interpretación, merece se la precise en dos casos. El primero de ellos es aquel en el cual sobre la cosa existen constituidos derechos reales de disfrute o de garantía a favor de terceras personas; aquí el derecho de dominio se ha desgajado o desmembrado y las facultades de dicho derecho que subsistan en cabeza del propietario constituyen lo que se conoce como dominio desmembrado, directo o también nuda propiedad²². No se trata de un derecho real, pues no integra la lista del art. 1887, sino del residuo de un dominio que soporta una carga real.

Respecto de este tema, en el caso del usufructo, el art. 2151 dispone que: "El nudo propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar el uso y goce del usufructuario" esto implica que el límite al derecho del nudo propietario es no afectar los derechos del usufructuario, por lo que podrá, por ejemplo, constituir gravámenes sobre la nuda propiedad del bien, transferirla por acto entre vivos, sea a título gratuito u oneroso, realizar reparaciones y cualquier otra clase de operaciones, siempre que respete el derecho cedido.

Entonces, en el ejemplo anterior, cuando se constituye el derecho real de usufructo, la porción del derecho real de dominio que sigue en poder del constituyente y se denomina nuda propiedad se "constituye" simultáneamente, por lo cual su futura transferencia, producirá rentas de la 2ª categoría por tratarse de una enajenación de inmuebles y no de un derecho real sobre los mismos, que la nuda propiedad no lo es.

La segunda observación realizada se refiere a la locación de inmuebles la cual está expresamente comprendida en el inc. a) del art. 41 y es también la transferencia de un derecho sobre esos bienes, incluida en el inc. k) del 45. Por las razones antes aludidas se interpreta también que estas rentas son de la 1ª categoría (ley especial) y no de la segunda, ley general.

Por último, la enajenación de inmuebles está prevista expresamente en el inc. k) del art. 45, por lo que se trata de rentas de la 2ª categoría. Aquí también esta norma es ley especial, ya que dicho derecho real estará incluido en la 1ª categoría, art. 41 inc. b) que funge en el caso como ley general.

No obstante lo dicho, existen casos especiales que se verán seguidamente.

6.4 Operaciones instrumentadas con boleto

El modo de incorporación al patrimonio que establece la ley para los inmuebles agrega dificultades particulares al tratamiento de sus resultados. Como es sabido, el art. 3 de la ley dispone: "Tratándose de inmuebles, se considerará configurada la enajenación o adquisición, según corresponda, cuando mediare boleto de compraventa u otro compromiso similar, siempre que se diere u obtuviere -según el caso- la posesión o en el momento en que este acto tenga lugar ...". ello significa que, sin haber sido transferido el derecho real de dominio, el bien ingresa al patrimonio del comprador que tiene boleto y posesión y, por tanto, el vendedor debe declarar la ganancia de la operación.

El mismo tratamiento tiene la transferencia de dicho boleto, siempre que también se transfiera la posesión del bien. Lógica consecuencia de lo anterior es que, en estos casos, cuando se realice la escritura traslativa de dominio no existan efectos fiscales.

²² MARINI de VIDAL, op. cit. T. III, p. 9, la caracteriza como "una propiedad desnuda, vacía de contenido"

Ahora bien, si el boleto se realiza sin otorgar la posesión, su transferencia no producirá el hecho imponible "enajenación de inmueble" pero estará alcanzada por las normas de la 2ª categoría, ya que se trata de la cesión de un derecho sobre inmuebles.

El procedimiento es el mismo cuando se transfiera un boleto junto con el cual se haya adquirido la posesión, pero esta no se transmita al adquirente²³, en ese caso el cedente conservará el inmueble en su patrimonio y deberá tributar por la ganancia de la cesión y el cesionario incorporará a su patrimonio un derecho personal.

6.5 Nuevos derechos reales del CCyC

Algunos de los derechos reales incorporados por la reforma, no poseen un tratamiento claro; tales, las servidumbres, cuya constitución anteriormente no estaba gravada y pueden tener, en caso de ser onerosas, características que las hagan de compleja liquidación, por ejemplo, cuando sean perpetuas ya que estará indeterminado el plazo durante el cual se debe prorratear la ganancia.

Otra cuestión pendiente es el tratamiento del derecho real de superficie, cuyo encuadramiento en las categorías es el ya citado, pero la determinación de sus resultados, no cabe hacerla con exactitud con la pobre norma existente en el decreto reglamentario que manda distribuir las ganancias simplemente en función del tiempo de duración del derecho, cuando las prestaciones y bienes que se intercambian los partícipes pueden ser de muy compleja estimación: entrega de bienes existentes o futuros, unidades a construir, participación en los negocios que se realicen en la superficie y otros. Esta situación, que es anterior a la modificación legal que se comenta, por esta razón no se abordará.

El CCyC en su Libro Cuarto regula los derechos reales, su Título VI se denomina "Conjuntos inmobiliarios" y contiene los siguientes Capítulos: 1. Conjuntos inmobiliarios, 2. Tiempo compartido y 3. Cementerios privados.

La utilización de la denominación "conjuntos inmobiliarios" como "género" y como "especie" además de constituir un problema metodológico²⁴, en el plano tributario tiene fundamental importancia, a tenor de la norma del art. 49 inc. e), ya que, si se interpreta que "conjuntos inmobiliarios" son todos los del Libro Cuarto, Título VI del CCyC siempre constituirían rentas de la 3ª categoría las producidas por la construcción y venta de los derechos reales de tiempo compartido y cementerios privados. Los autores citados se limitan a una crítica metodológica que no aporta demasiado al tema tributario.

Es evidente que este problema jurídico, recién planteado, deberá ser objeto de un análisis más profundo; no obstante ello y en espera de un desarrollo futuro del tema, debe adoptarse algún criterio para la aplicación de la ley tributaria.

En ese orden de cosas, se adoptará el criterio de Rivera y Medina²⁵ quienes afirman que "Respecto del tiempo compartido y los cementerios privados, pese a estar englobados bajo el rótulo de los conjuntos inmobiliarios con que se denomina el Título VI del Código, cuentan con una regulación específica que los distingue del género (con el cual presentan algunos aspectos comunes) y se los erige en sendos derechos reales autónomos (conf. incs. f) y g) del art. 1887)". En lo que sigue se considerará que la norma del art. 49 inc. e) se refiere a la "especie" (Capítulo 1) y no al "género" (Título VI) citados.

²³ Situación posible, aunque de ocurrencia poco frecuente en el mercado.

²⁴ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, María E. Tratado de los derechos reales, La Ley 2018, t. II p. 444.

²⁵ RIVERA, Julio Cesar, MEDINA, Graciela (Directores) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Abeledo Perrot, 2016, t. V, comentario al art. 2073.

Entonces, respecto de los derechos reales de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios, que constituyen una propiedad horizontal especial²⁶, cuando existan operaciones de construcción y venta mediante estos regímenes, están previstas expresamente como hechos imponible en la 3ª categoría, razón por la cual no serán aquí comentadas. Las posteriores operaciones de transferencia de sus derechos que realicen los compradores deben analizarse con las pautas ya mencionadas.

Cuando personas humanas y sucesiones indivisas, titulares de dominio de inmuebles, los afecten a estos derechos reales, se tratará de una enajenación gravada²⁷ en la 2ª categoría. Ello porque la afectación del inmueble transforma al derecho de dominio en otros derechos reales²⁸.

En lo atinente al derecho real de tiempo compartido²⁹, el art. 2087 del CCyC dispone que "Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino" y el art. 2088 regula los bienes que lo integran: inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados. Se trata de un derecho real temporario que consiste en compartir el uso de los bienes afectados.

A diferencia de los anteriores, junto con las normas del CCyC deben considerarse las de la ley 26356³⁰, que ha sido derogada solo parcialmente por dicho Código. La ley citada prevé las figuras del propietario, el emprendedor, el administrador, el comercializador y el usuario; aquí interesan los dos primeros y el último, que son quienes pueden realizar los hechos imponible que se analizan.

En el tratamiento de la afectación del inmueble a este derecho real, es fundamental estudiar si el titular de dominio conserva algún tipo de facultades y potestades sobre el bien afectado³¹. Como se vio, en la afectación de un inmueble a los derechos reales de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios ello no ocurría y dicho acto constituía entonces una "enajenación".

En este caso, la situación del titular de dominio es distinta, no solo porque conserva el derecho a constituir hipoteca u otro gravamen con posterioridad a la inscripción de la escritura de afectación³² sino porque el art. 3 de la ley 26356, que no ha sido derogado, permite la afectación total o parcial del inmueble. La afectación, entonces, será una "constitución" de derecho real y no una "enajenación", en los términos antes analizados.

En cuanto al emprendedor, atento a la naturaleza de su operatoria, claramente se tratará de un sujeto empresa cuyas ganancias están siempre alcanzadas por el tributo en la 3ª categoría.

En lo que hace al usuario, el art. 2101 del CCyC dispone que "Al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales", lo cual implica que cuando constituyan el derecho, lo tratarán como una adquisición de dominio mientras que cuando lo transfieran tendrán sus resultados alcanzados por la 2ª categoría del tributo, ambas aseveraciones sujetas a lo que se expone seguidamente.

²⁶ CCyC art. 2075, segundo párrafo.

²⁷ Siempre que tenga carácter oneroso.

²⁸ No hay aquí nuda propiedad.

²⁹ Antes se explicó porque no se considera "conjunto inmobiliario".

³⁰ B.O. 25/3/2008.

³¹ Nuda propiedad.

³² CCyC art. 2091.

En las operaciones de tiempo compartido, es habitual que el derecho que adquiere el usuario este compuesto por el uso de bienes muebles e inmuebles los que, en conjunto, forman una prestación única que debe ser utilizada de este modo. El tratamiento tributario de la constitución y la transferencia de estos derechos carece de normas específicas que lo hagan posible; ello porque las transferencias de derechos sobre inmuebles están incluidas en la 2ª categoría, mientras que las de bienes muebles no siempre lo están; por ello se considera que la norma de que lo accesorio (uso de bienes muebles) sigue a lo principal (uso del inmueble) es insuficiente a estos efectos y requiere de una reglamentación específica.

El derecho real de cementerio privado³³ está regulado por el art. 2103 del siguiente modo: “Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos”. El tratamiento tributario de la afectación del inmueble no produce efectos tributarios, excepto que sea de carácter oneroso, caso en el cual se tratará como una “enajenación” y es anterior a los tramites de habilitación municipal.

Cuando se realicen las ventas, se estará en presencia de una transferencia de derecho real sobre inmuebles y la situación más frecuente será el caso en que el enajenante sea una empresa; la preparación de la tierra, la realización de caminos, desagües, parquización y demás obras civiles necesarias, así como las construcciones (oficinas, templo, tanatorio, depósitos y otros) necesarias, requieren de una organización y capitales que seguramente configuran tal tipo organizacional. En estos casos el resultado estará siempre alcanzado y será una renta de la tercera categoría.

Cuando la enajenación no la realice una empresa, se considera que no serían aplicables al caso las normas sobre loteos con fines de urbanización, porque los sepulcros bajo ningún concepto pueden considerarse “un lote”, ni el cementerio tener fines de urbanización. Respecto de las posteriores enajenaciones que realicen los adquirentes, serán transferencias de este derecho real, incluidas en la 2ª categoría.

Por último, en lo atinente a la disposición del art. 41 inc. b) sobre “otros derechos reales”, la misma comprende no solo a los demás regulados en el CCyC, sino a los creados por las demás leyes del país, como por ejemplo la hipoteca naval o aeronáutica los que, por las razones antes aludidas, no se analizarán.

6.6 Derechos reales en garantía

Estos derechos reales sobre inmuebles (la hipoteca y la anticresis) son accesorios del crédito que aseguran³⁴ y para ambos, debe analizarse si lo que se garantiza es una operación propia o ajena.

Cuando se constituye hipoteca sobre inmueble propio para garantizar, por ejemplo, una deuda también propia, es claro que aquí hay dos operaciones: la toma del propio crédito es la principal y la constitución de la hipoteca que lo garantiza, es la accesorio. Usualmente el costo de esta operación son los intereses que devenga el crédito los que, pese a ser diferentes para las operaciones con y sin garantía, no se discriminan, siendo en conjunto dicho costo.

³³ Tampoco se considera “conjunto inmobiliario”, por las razones antes citadas.

³⁴ CCyC art. 2186.

En esta situación, la constitución de hipoteca no constituye una operación gravada ya que, si bien no se puede presumir gratuita, tampoco se puede decir que tenga carácter oneroso, por estar este carácter subsumido, englobado, en el interés diferencial citado; es una situación similar al caso en que se venda un bien con una garantía y el valor de esta no se discrimine: dicho valor se recupera y trata como integrante del precio de venta del bien, que es la operación principal.

Entonces, cuando se "constituya" una garantía hipotecaria para afianzar una operación propia, se debe encuadrar en la primera categoría, aunque no estará gravada, por las razones especificadas.

Distinta es la actuación cuando la hipoteca se constituya en beneficio de un tercero y esta operación sea onerosa; aunque no es frecuente, podía ser que se realice con el objeto de garantizar el cumplimiento de un contrato de locación. Esta renta se grava en primera categoría, pues está allí explícitamente incluida como hecho imponible. En los casos en que se transfiera una hipoteca existente y esta operación tenga carácter oneroso, ese resultado se tratará como renta de la 2ª categoría; por ejemplo supóngase que un sujeto A contrae una deuda con otro B y la garantiza con una hipoteca sobre el inmueble de un tercero C, al que le paga por este servicio una suma mensual. Luego C vende el inmueble y tiene dos opciones: a) cancelar la hipoteca, con lo cual el crédito de A contra B queda sin garantía o b) transferirla al comprador en determinado precio, pues a este le interesa recibir el flujo futuro de fondos. El resultado estaría gravado en 2ª categoría y sería la diferencia entre el importe percibido por el vendedor y el valor del flujo futuro de fondos.

Por su parte en la anticresis, que es el derecho por el cual se entrega (en el caso³⁵), un inmueble a un acreedor o a un tercero para que, percibiendo los frutos de este, cancele una deuda, hay una situación parecida a la mencionada para la hipoteca que, por tanto, debería tener un tratamiento impositivo similar.

El poco uso de este derecho ha ocultado las grandes dificultades que tiene el tratamiento de estas operaciones y que se ha analizado en otra ocasión.

Como se dijera al principio, solo se consideran inmuebles a los bienes raíces y no existen otros derechos reales en garantía sobre los mismos, ya que la prenda solo se puede constituirse sobre bienes muebles registrables o créditos instrumentados.

6.7 Derechos personales

Del mismo modo que los derechos reales nacen de una relación entre un sujeto y una cosa, los derechos personales nacen de las relaciones entre las personas. En materia tributaria, interesan especialmente los derechos personales que nacen de los contratos y, en el tema que nos ocupa, los que tengan relación con bienes inmuebles.

De alguno de estos se ha hablado antes, tal es el caso de la compraventa de inmuebles y las demás operaciones a las que la ley del impuesto ha otorgado los mismos efectos y de la locación como renta de la 1ª categoría.

³⁵ CCyC art.2212 dispone que este derecho real "...recae sobre cosas registrables individualizadas...", por lo que incluye a las cosas muebles, por ejemplo, automotores.

En lo que sigue se habla brevemente de algunos de los contratos llamados nominados³⁶, de los que surjan derechos personales sobre inmuebles; debe tenerse presente que existen muchas otras relaciones, contractuales o no, que pueden dar lugar a estos derechos, siendo un claro ejemplo el derecho de un cónyuge a la atribución del inmueble familiar en caso de divorcio³⁷ y la posibilidad de que el juez fije una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del otro cónyuge³⁸ al que no se le adjudique la vivienda. En este caso, como en muchos otros, con carácter previo al análisis tributario, deberá establecerse si se ha producido o no un hecho imponible en cabeza del receptor del pago.

En los contratos de leasing habitualmente el dador es un sujeto empresa que declara sus rentas en 3ª categoría, por lo que el tratamiento de estas no ha cambiado. No obstante ello, pudiera ser que dicho dador no fuere una empresa, caso en el cual la transferencia de un inmueble mediante un contrato de leasing, en su primera etapa será una cesión del derecho de uso y goce del bien a cambio de un canon, por lo que se encuentra alcanzada por el tributo; en la segunda etapa, si el tomador opta por la compra de este, será una transferencia de dominio, también gravada en 2ª categoría.

La cesión onerosa de derechos sobre un inmueble produce hechos imponibles, a tenor de las nuevas normas, no obstante, para su correcto encuadramiento, habrá de verse si no constituye enajenación, locación u otra figura específicamente mencionada en el tributo.

En la afectación de un inmueble a empresa unipersonal, más allá de cambiar el tratamiento del resultado de una futura enajenación del bien, no hay hecho imponible alguno porque, además de no haber onerosidad, la explotación no es un tercero respecto de su propietario.

7.- Conclusiones

La novedad de las normas comentadas no permite elaborar conclusiones asertivas sobre varios de los aspectos comentados y la mayoría de las reflexiones aquí volcadas deben considerarse de carácter provisorio y sujetas oportunamente a cambios y modificaciones. Ello ya ha ocurrido con opiniones que el autor publicara antes.

No obstante ello es claro que, en materia de cesiones de derechos sobre inmuebles, hay muchísimas situaciones indefinidas y que requieren reglamentación o nuevas normas legales. Algunos de estos casos, los de las servidumbres perpetuas y el derecho real de superficie, han sido mencionados, pero existen muchos otros de los que, a mero título de ejemplo, se mencionaran, la transferencia de sepulcros en los cementerios privados, donde lo que se cede es un derecho sobre un inmueble, pero con fuertes limitaciones, y las operaciones de tiempo compartido donde se debería establecer el tratamiento de la enajenación conjunta del uso temporario del inmueble y de los bienes muebles que integran la prestación cedida.

Es evidente entonces que resta mucho trabajo por realizar para poder aplicar las nuevas normas respetando los principios de legalidad y certeza.

³⁶ Aquellos están específicamente regulados en el CCyC.

³⁷CCyC art. 443.

³⁸CCyC art. 444.