

Boletos-poderes y poderes irrevocables. Responsabilidad del agente de retención *

Por **Ricardo Mihura Seeber**

No es una novedad que la legislación impositiva ha conferido efectos “traslativos de dominio” al boleto de venta de inmuebles seguido de la entrega de la posesión, aun antes de firmada la escritura traslativa de dominio y su posterior inscripción registral. No debe verse en ello un menosprecio a la legislación civil de fondo, sino que se trata de un caso más de aplicación de la doctrina de la “realidad económica”, tan cara a los fiscalistas. Quien ejerce la posesión a título de **dueño** –por eso se requiere la existencia del boleto de venta por escrito y no sólo la posesión– es considerado a todos los efectos impositivos como propietario del inmueble, al que debe incluir en su patrimonio fiscal y pagar los impuestos que correspondan.

Más recientemente, con la creación del Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas (ITI), y dentro de esa misma línea, el otorgamiento de poder irrevocable para la venta de un inmueble determinado, respecto del cual **se haya suscripto boleto y entregado la posesión**, determina la obligación del escribano interviniente de liquidar dicho impuesto o, en su caso, hace nacer la obligación de declarar la reinversión en la forma prevista en la RG 2141 (año 2006).

Nadie puede poner en duda la conveniencia –en defensa de los intereses

* Trabajo presentado por el autor para el tema III: *Incidencia tributaria sobre la transmisión inmobiliaria*, de la XXXIV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 30 y 31 de agosto de 2007.

del comprador— de que esa situación de propietario sin escritura y sin inscripción sea lo más breve posible. Piénsese por un momento en la posibilidad de la traba de embargos u otras medidas precautorias contra el titular inscripto, su muerte o quiebra, o la mala fe de quien, aun suscripto un boleto de venta y poder irrevocable y entregada la posesión, constituyera una hipoteca o vendiera nuevamente, lo que resulta especialmente fácil en los casos de inmuebles baldíos en los que la posesión no se ejerce abiertamente. No se olvide que el poder, por más irrevocable que sea —y no lo es tanto—, por más *post mortem* que se pretenda —lo que tampoco es un concepto absoluto—, no priva al titular inscripto de ejercer por sí sus derechos de dueño e incurrir en cualquiera de esas maniobras dolosas. Pese a ello, es un hecho diario la utilización del procedimiento del boleto y poder irrevocable para facilitar la reventa de inmuebles.

No se discute aquí la utilidad de la función que cumplen los revendedores, siempre que no actúen en forma de “liga”, o resulte comprando en comisión la propia inmobiliaria —a través de un prestanombre— el inmueble que el ingenuo vendedor le ha entregado para realizar, al mejor precio de plaza. Estas deformaciones —desgraciadamente bastante corrientes— no invalidan las ventajas de una competencia fluida, en la que también hay lugar para inversores transitorios que saben comprar, arriesgan su dinero y su tiempo, y pagan en el ínterin los gastos e impuestos correspondientes, por lo que obtienen una justa ganancia. También es razonable que estos intermediarios procuren minimizar los gastos de compra y venta, que de ser demasiado altos, harían ilusoria la ganancia que piensan obtener.

Pero esta operatoria genera algunas dificultades impositivas respecto de las cuales vale la pena que el notario esté adecuadamente informado.

En efecto, amparados en la supuesta ambigüedad de la compra “en comisión”, algunos revendedores de inmuebles piensan que han descubierto la pólvora para ganar dinero sin pagar impuestos.

Es necesario determinar cuidadosamente qué alcance impositivo tiene la figura del comprador en comisión, que ha tomado posesión, tiene un boleto a su favor y un poder irrevocable a su nombre, o más prudentemente a su nombre y el de alguna otra persona. ¿Qué función ha cumplido, qué papel ha representado este comprador en “comisión” que, una vez indicado el nombre del comitente, “desaparece” de la operación como si nunca hubiera sido dueño, no hubiera invertido su propio dinero y no hubiera —ello es obvio— obtenido su propia ganancia?

Acorde con lo expresado al principio, dentro del concepto impositivo de la realidad económica, este señor ha comprado y ha vendido. Y en el ínterin ha sido dueño, tan dueño como el propietario que tiene su escritura inscripta.

La operación que ha realizado debe reflejarse en sus declaraciones de impuestos. El inmueble estuvo en su patrimonio a los efectos del Impuesto a los Bienes Personales, ya que el vendedor lo había dado de baja del suyo con todo derecho. Si tiene habitualidad en este tipo de compraventas debe tributar Impuesto a las Ganancias, y serle retenido a cuenta el 3% en el acto de instru-

mentarse la cesión del boleto. Y si no es habitual, deberá abonar el ITI en el momento de ceder el boleto.

La pregunta es: ¿hubo una sola operación, o fueron dos? Cuando el comprador “en comisión” que **ha revendido** su boleto indica el nombre de su comitente, ¿se ajusta realmente a esa figura jurídica o en realidad está cediendo su boleto?

Si la primera operación, boleto de compraventa con posesión y poder irrevocable mediante, **fue una operación impositivamente terminada, la indicación del “nombre del comitente” es en realidad una segunda operación**, y lo que las partes están instrumentando, cualquiera sea el nombre que le den, es una verdadera cesión de boleto.

Ello es así porque **para que exista una compraventa, tanto para el derecho civil como para el derecho fiscal, además de existir un vendedor y un precio tiene que haber un comprador**. ¿Quién hizo las veces de comprador en la primera compra? ¿El comitente o el comisionista? La AFIP, para quien la venta ha quedado perfeccionada, ¿aceptaría acaso que ninguno de los dos, ni el comitente ni el comisionista, declarara el inmueble a los efectos del Impuesto a los Bienes Personales si llegara el 31 de diciembre y el comisionista no hubiera indicado aún el nombre de su comitente? Sobre este tema encontramos en el Código Civil **la representación por gestores officiosos o, en su defecto, el mandato tácito o, en su caso, el mandato oculto**. En ambos supuestos, el legislador la equipara al mandato; y **para que haya mandato tiene que haber mandante y mandatario ya que es un contrato que requiere la participación de dos partes** (conf. 1869; 1780 inc. 5 y 1874).

Estas preguntas y otras requieren un cuidadoso análisis, del que este trabajo pretende ser una primera aproximación.

Cuando la legislación impositiva considera configurada una compraventa –aún sin escritura–, por el hecho de haberse suscripto un boleto y entregado la posesión, es obvio que esa compraventa debe tener determinados, a partir de ese momento, no solo el precio y la persona del vendedor, sino también la persona del **comprador**. El comprador “en comisión” ha sido quien ha abonado el precio con fondos que a partir del momento de la toma de posesión y suscripción del boleto deben computarse, a los efectos impositivos, como propios. Ello es así aunque el comprador haya pretendido ampararse en la figura del “comisionista”. Al configurarse impositivamente una compraventa y haberse generado, y muchas veces pagado, pero en todos los casos al menos informado a la AFIP la existencia de una venta, dicha situación ha quedado ya definitivamente formalizada. Toda cesión posterior de los derechos del comprador –aunque fuera bajo el artilugio de la “indicación del nombre del comitente”– configura en realidad una verdadera cesión de boleto y no la simple indicación del nombre de su comitente. Y así debe ser tratada a los efectos fiscales.

Ello es así porque no puede con posterioridad volverse sobre una realidad impositiva ya configurada e informada. Esto tiene importancia a la hora de considerar la incidencia del ITI o el Impuesto a las Ganancias al formalizarse

la segunda operación, ya que la primera ha quedado fijada y terminada en el acto de otorgarse el poder irrevocable. En efecto, al producirse el segundo acto de la operación –es decir, cuando se firma la escritura traslativa de dominio a favor del comprador definitivo–, vuelve a surgir la obligación de abonar el ITI o, en su caso, el Impuesto a las Ganancias o la opción de reinvertir.

Se trata de un **nuevo acto imponible**, conforme resulta de la interpretación conjunta de las normas que rigen el ITI y el Impuesto a las Ganancias. Si la primera operación no escriturada, pero con boleto, posesión y poder irrevocable **era una compraventa terminada** a los efectos de esos impuestos, cuánto más la segunda, en la que realmente se transfiere el dominio con escritura y entrega de la posesión. En ciertos casos, el escribano que otorga la escritura traslativa del dominio debe actuar como agente del organismo recaudador en la determinación, retención y pago en su caso, y posterior información respecto de dichos impuestos, sin que pueda remitirse fácilmente al impuesto liquidado al otorgarse el poder irrevocable, ya que no puede ignorar que aquella operación, que resulta del propio poder que está utilizando, es una operación impositivamente terminada e informada, y que la que él está formalizando se trata de otra operación.

Es decir que el cedente del boleto –porque tal es su naturaleza jurídica y no la de “comisionista” que indica el nombre de su comitente– debe abonar el ITI o –en caso de ser habitual en este tipo de operaciones– sufrir la retención del 3% a cuenta de Impuesto a las Ganancias. También deberá abonarse, en caso de corresponder, el Impuesto de Sellos por la cesión o instrumento que documente la entrega de la posesión. No advertir que, en ciertos casos, la segunda operación se trata impositivamente de una segunda venta, aunque actúe como “vendedor” el anterior titular de dominio, implica un error de concepto y podría significar para el escribano interviniente responsabilidad por incumplimiento de su obligación de retener al cedente del boleto el impuesto que corresponda, pues haya hecho éste, o no, una ganancia, debe abonar en todo caso el 1,5% del ITI y, como hemos visto, también impuesto de sellos de no encontrarse exenta la operación.

Por ello, a la hora de suscribirse la segunda escritura, lo que corresponde al escribano es **formalizar una cesión del boleto original** –puede ser en la misma escritura, a la que comparece el cedente y manifiesta que recibe en ese acto del cesionario-comprador la totalidad del precio de la cesión– y proceder a la percepción y pago de los impuestos que correspondan al cedente y los impuestos al acto.

Con respecto a la situación impositiva del vendedor originario, nada debe informar ni retener el escribano en esta segunda etapa, ya que ello ha sido cumplido en la primera etapa al firmarse el poder irrevocable.

En cuanto al Impuesto a las Ganancias o el ITI que correspondiera abonarse, es justo que el revendedor de inmuebles lo pague como todos los demás ciudadanos que ejercen un comercio o profesión lícitos.