

42° Convención Notarial

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

6, 7 y 8 de septiembre de 2017

“TRANSFERENCIA DE INMUEBLES DE TERCEROS: RETROACTIVIDAD Y
CAUSA.”

Autor: Esc. Pablo Julián González Mantelli

TEL. 4371-2328

escribaniamantelli@gmail.com

Tema 1. Sinceramiento Fiscal: circulación y valoración de los títulos.

Coordinador 1: Esc. Julián González Mantelli.

Coordinador 2: Esc. Ángel Cerávoló.

Subcoordinadora Novel Adjunta: Esc. María Florencia Costa

Tema 1:

Título: “TRANSFERENCIA DE INMUEBLES DE TERCEROS: RETROACTIVIDAD Y CAUSA.”

Autor: Esc. Pablo Julián González Mantelli

PONENCIA

- . Sincerar es: Exteriorizar **hoy** una situación *oculta* del pasado.

- . La ley de sinceramiento apelando al principio tributario de Realidad Económica, busca hacer coincidir la verdad *formal* con la verdad *real* o de los hechos, manifestándose en la titularidad de los bienes sincerados.

- . La ley tiene una mirada Fiscal, Tributaria, Impositiva y no busca innovar en el sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

- . Debemos abreviar en el sistema general del acto jurídico, en el título causal como modo de adquirir y transmitir derechos, debiendo lograr coincidencia entre la Realidad Anterior Oculta y la Situación Actual Sincerada.

- . Si la voluntad del legislador hubiese sido la de crear un título causal para la transferencia de bienes debería haberlo dicho en forma expresa.

- . Los efectos de la transmisión por sinceramiento al ser causados en un negocio anterior son siempre "previos" al sinceramiento, incluso la ley misma prevé que con independencia de la adhesión (entre julio 2016 y Marzo 2017), el bien debía ser preexistente al 22/07/2016.

- . Las causas de la transferencia pueden ser: a) Mandato sin representación; b) Simulación; c) Acto jurídico indirecto; o d) Acto no instrumentado.

- . El Estudio de títulos de las escrituras de sinceramiento debe hacerse con conocimiento jurídico y lógica racional

- . Cuando nos llegue una escritura de transferencia motivada en el sinceramiento deberemos leerla cuidadosamente y ver si se adecua a una causa de transmisión o si bien hace silencio

o toma como causa la ley misma.

. La causa en la ley, carece de racionalidad ya que "el testafarro no transfiere porque la ley le permite" sino porque "debe hacerlo" (diferencia entre causa y motivo).

. El artículo 44 de la Ley 27.260 prevé diversas causales por las que el sincerante puede quedar privado "en su totalidad" de los beneficios del sinceramiento, incluida la del incumplimiento de la excepcional declaración de bienes a nombre de terceros, generando que si la causa de la transmisión es "el sinceramiento" la escritura está "condicionada" a la subsistencia de los efectos que ella misma prevé.

.Sostener una causa (ajena a la ley) para las transferencias, brinda seguridad jurídica y trascendencia en el tiempo, ya que aún caído el sinceramiento (consecuencia impositiva) la transferencia (y por ende el título) sigue siendo válida y no cae con él.

. Frente a la escritura incausada, podremos complementarla cubriendo los silencios con manifestaciones o documentación que sostengan una causa para la adquisición.

. Aún las escrituras "causadas fuera de la ley" también serán objeto de análisis, ya que deberá valorarse las fechas de adquisición, la lógica interna de las manifestaciones, la concordancia con el régimen de ganancialidad y de la capacidad, etc.

INDICE

Ponencia.....	2
Exordio.....	5
Bienes a nombre de terceros.....	5
Intervención Notarial: transferencia de bienes sincerados.....	6
El porqué de las cosas.....	8
Exégesis.....	8
Aplicación.....	9
Lo notarial.....	10
Las causas de la transferencia.....	10
Retroactividad.....	11
La posesión.....	12
Valoración de los títulos por sinceramiento fiscal.....	12
Bibliografía.....	15

Exordio y definiciones

A modo introductorio debemos decir que la Ley 27.260 es una ley ómnibus que trató una pluralidad de objetos indirectamente relacionados y con una visión tributaria de recaudación y distribución (Reparación Histórica de las jubilaciones y pensiones, Régimen de sinceramiento Fiscal y Moratoria impositiva).

La obligación de declarar bienes (en especial registrables) al organismo recaudatorio del Estado, existió siempre conforme surge del artículo 103 de la Ley 11.683 de procedimiento tributario.

Ley 27.260 prevé un sistema de declaración "excepcional" que presupone el incumplimiento anterior.

Por ello utilizó la palabra "Sinceramiento". Se hace "sincero" lo que permanecía "oculto".

Lo oculto preexiste, es anterior, viene del pasado.

No aparece hoy oculto. Ya existía bajo otra forma o escondido pero existía, preexistía.

Tiene existencia en el pasado.

Sincerar será entonces: Exteriorizar hoy una situación *oculta* del pasado.

Bienes a nombre de terceros

La última parte del artículo 38 de la ley 27.260 incorpora la posibilidad de que "será válida la declaración voluntaria y excepcional aun cuando los bienes que se declaren se encuentren en posesión, anotados, registrados o depositados a nombre de ... terceros..."

Y luego establece la obligación de que esos bienes exteriorizados de terceros figuren a nombre del declarante.

Aclaración: a efectos metodológicos de practicidad expositiva no nos ocupamos en este trabajo del "tercero" del artículo 39 (sujetos del exterior) ni de otros bienes susceptibles de sincerar no inmobiliarios. Nos concentraremos en bienes inmuebles escriturados.

Es destacable lo poco feliz de la palabra elegida por el legislador para referir la obligación de transferir los bienes sincerados: FIGURAR.

Si la voluntad legal es la de promover Sincerar, debería haber dicho que una vez sincerados los bienes (fase tributaria de la exteriorización) deben transferirse al "verdadero propietario", y de este modo hacer coincidir la verdad *formal* con la verdad *real* o de los hechos.

Reconoce la ley situaciones "irregulares" de inconsistencia entre lo real y lo formal y busca la adecuación de estas dos situaciones. La ley se ocupó del aspecto tributario (por ser una ley tributaria): quien declara la situación real, paga el impuesto, el tercero (testaferro) confirma y queda "tributariamente en regla" y declarado a nombre del sincerante. Como la ley quiere promover que la adecuación también sea "legal" en sentido de las titularidades de los bienes, prescribe la obligatoriedad de "cambiar la titularidad", pero no se ocupa de reglamentarlo, no se inmiscuye en asuntos "extratributarios", las causas son ajenas y plurales y tendrán que ver con las particularidades de las partes. Deja a las otras ramas del Derecho, a los otros institutos legales, la cuestión referida al cambio de la titularidad. A modo de justificación por exceso decimos que tampoco dice nada sobre la forma de escritura o instrumento privado, etc. Eso dependerá del bien sincerado y de su naturaleza y se rige por sus normas y principios propios.

Podemos trazar un paralelismo entre la dialéctica "Situación Tributaria" y "Realidad Económica", con la de "Situación Registral" y "Realidad Extraregstral. El "deber ser" en ambos casos es la coincidencia, sin embargo hay un reconocimiento de esas realidades digamos "paralelas". Y en los dos casos la distorsión está "causada". En el caso registral son ya canónicos los fallos que reconocen a la posesión (Caso Todros) como realidad extraregstral que se podrá oponer a la información registrada (por ejemplo un Boleto con entrega de posesión que justifica (causa) la distorsión). La ley 27260 busca la coincidencia de ambas realidades, reconociendo que hubo situaciones que las hicieron distanciar (ilegítimamente) pero que ahora cuentan con el perdón fiscal. Y en el fondo esto no es mas que una noción de "Verdad" como presupuesto de las relaciones jurídicas sanas, porque la "Realidad" es una sola y ésta debe primar.

Intervención Notarial: transferencia de bienes sincerados

Expresada esta introducción es preciso centrarnos en la necesidad de la intervención notarial para la transmisión de los bienes a nombre de testaferros (terceros) a favor de los

sincerantes (verdaderos propietarios).

Debemos partir de una premisa indudable: el inmueble preexiste. Esa preexistencia no es una novedad de la ley de sinceramiento, sino que es un apotegma de la realidad concreta. Cuando el Congreso aprueba la ley y el Poder Ejecutivo la reglamenta estos bienes existían físicamente, estaban escriturados a nombre de un sujeto (el tercero) y existía una situación oculta (falta de sinceridad).

Todo esto es anterior al 22 de Julio de 2016.

Esta situación de realidad física se compadece con una realidad instrumental que en nuestro supuesto será Escritura (título) y Registración (inscripción registral) por un lado y por otro "el modo" (posesión, utilización del bien, actos posesorios, pagos y conservación, etc).

Distinguimos esto ya que buscaremos la "verdad real" de los hechos mas allá de "la verdad formal" de los documentos.

La sinceridad a la que nos permite adherirnos la ley tiene una primera parte tributaria (declaraciones, confirmaciones, liquidaciones y pago) y una segunda parte instrumental que la ley deja librada a los particulares sin reglamentarla mas que en su faz tributaria (no onerosidad de las transmisiones). Es decir que impone a los sincerantes, con el asesoramiento de los profesionales respectivos, la obligación de transferencia.

La ley no se involucra en este aspecto, no avanza sobre el sistema general de transmisión de derechos, no crea nuevas figuras contractuales, ni de origen de derechos reales. Y consideramos que esto es positivo, ya que la ley tiene una mirada Fiscal, Tributaria, Impositiva y no busca innovar en el sistema de propiedad inmobiliaria que es base y sustento de una sociedad liberal, capitalista, democrática y constitucional.

Es por ello que debemos abreviar en el sistema general del acto jurídico, en el título causal como modo de adquirir y transmitir derechos, debiendo lograr coincidencia entre la Realidad Anterior Oculta y la Situación Actual Sincerada.

A mayor abundamiento debemos decir que las normas en juego son todas de neto recorte tributario. Los institutos a los que apela también lo son. A modo de ejemplo debemos decir que el organismo recaudador podía "descubrir el velo" de lo oculto apelando al principio

de Realidad económica, que no es otro que la teleología del sinceramiento. En otro orden podemos ver a lo largo de la ley, el decreto reglamentario y las resoluciones de AFIP la noción de Autonomía del Derecho Tributario, por ejemplo en cuanto a la noción de inmueble (no estrictamente el escriturado, no estrictamente el objeto de dominio, etc).

Sin embargo la normativa en toda su faz piramidal hace silencio en cuanto a ocuparse de los aspectos jurídicos de las transferencias. Tanto es así que para evitar malos entendidos postuló en forma expresa en el artículo 43 in fine de la Ley 27.260 que la "liberación no alcanza a las acciones que pudieran ejercer los particulares que hubieran sido perjudicados mediante, como consecuencia o en ocasión de dichas transgresiones".

Si la voluntad del legislador hubiese sido la de crear un título causal para la transferencia de bienes debería haberlo dicho en forma expresa y concordante, cosa que consideramos a todas luces inadecuado y contrario a principios elementales del ordenamiento jurídico.

El porqué de las cosas. El para qué de las cosas. Los motivos de las cosas.

Normativa del Código Civil y Comercial

El art. 281 define la causa del acto jurídico y apela al "fin inmediato autorizado por el ordenamiento" y a "los motivos exteriorizados".

El art. 282 me da presunción de causa aunque no la exprese.

El art. 726 me dice que "no hay obligación sin causa".

Luego el art. 1012 se ocupa de la Causa de los contratos, a renglón seguido el art. 1013 prevé la necesidad de que exista en la formación y subsista y castiga la falta de causa con la nulidad, adecuación o extinción.

Exégesis

No solo la jurisprudencia y la doctrina sino también la filosofía se han ocupado de la noción de Causa y podemos acercar algunas premisas indubitadas:

Causa: es el fundamento, o porqué se hace algo. El fin autorizado por el ordenamiento jurídico que es determinante de la voluntad del sujeto. Cada contrato dice Lorenzetti "trae

una finalidad, siendo ésta el propósito que cada una de las partes persigue al contratar".

Las diferentes posturas acerca de la causa podemos sintetizarlas en: Causalistas, Anticausalistas y Neocausalistas.

Los causalistas consideran que la causa es elemento principal de la obligación contractual (transfiero porque quiero obtener dinero (oneroso), transfiero porque quiero hacer una liberalidad (gratuito)).

Los anticausalistas sostuvieron que la causa era innecesaria y los problemas del contrato solo debían resolverse en relación a su objeto.

El neocausalismo divide la causa como elemento del acto jurídico pero no de la obligación consecuente. La causa sería el propósito concreto de las partes y no la función económica del negocio.

Mosset Iturraspe ve una diferencia entre causa y objeto en tanto este último es la operación jurídica considerada con su finalidad económico jurídica y la causa fin es la razón subjetiva que la motivó.

Una vision interesante es la de considerar a "los motivos personales" dentro de la teoría de la causa, y hay quienes sostienen que estos se limitan a una esfera íntima o personal mientras que la causa es general y única para cada tipo negocial.

Aplicación

Si dijimos que el inmueble es preexistente y anterior, el mismo ha sido escriturado (acto jurídico causal de transferencia del derecho real), ese acto anterior (preexistente) es nuestra base o título antecedente para poder analizar la situación actual del sincerante y del tercero que debe transferir.

Simplificaremos a través de un ejemplo concreto que nos acompañará durante todo el desarrollo intelectual: Tadeo es titular de un inmueble ubicado en calle Araoz CABA por compra que hizo a Estrella SA en Febrero de 2005. Luego Sergio se acogió al sinceramiento fiscal declaró como propio el inmueble de Araoz. Tadeo confirmó con su clave fiscal (administrativamente). Sergio presentó la declaración jurada (F2009) y abonó

el impuesto correspondiente. Ahora debe hacerse la escritura de transferencia de Tadeo a favor de Sergio.

Si no hay obligación (de transferir) sin causa. La pregunta que surge es: ¿porqué Tadeo debe transferir a Sergio? o de otro modo: ¿cuál es la causa de la transferencia? o bien ¿podría negarse Tadeo?

Analizado desde lo lógico racional (prejurídico): Tadeo transfiere por alguna razón: porque se siente obligado, porque es la verdad preexistente, porque firmó un documento que lo comprometió, porque es su obligación natural, porque se lo pide Sergio.

Todas estas razones son previas y paralelas al sinceramiento. Es decir, podrían haber existido aún en una situación donde no existiera el sinceramiento fiscal.

Hay una atadura entre Tadeo y Sergio, que podrá ser contractual (contradocumento, poder, boleto, etc) o moral (confianza depositada en el testaferrero por razones afectivas).

Lo notarial

Ahora el Escribano a quien se dirigen Tadeo y Sergio debe preparar un documento de transmisión por escritura pública continente del acto jurídico (art. 299) en el que calificará los presupuestos y elementos y lo configurará técnicamente (art. 301) además de hacer constar la naturaleza del acto y los bienes (art. 305 inc c).

Para ello el Escribano recibirá por sí las declaraciones de voluntad, previo audiencias informativas haciendo coincidir la verdad real y la verdad formal (plasmar en documento auténtico los hechos acontecidos en su presencia y manifestaciones autenticadas).

Las causas de la transferencia: alternativas de la realidad

a Mandato sin representación. Artículo 1321 del Código Civil y Comercial.

En el documento notarial Tadeo reconocerá que Sergio le dio el dinero y el mandato de adquirir aquél inmueble en el año 2005. Hoy exteriorizan ese mandato y se actualiza la obligación (causa) de rendir cuentas y por ello Transfiere el Dominio a título de rendición de cuentas de mandato sin representación.

b Simulación. Artículo 333 del Código Civil y Comercial.

En el documento notarial Tadeo y Sergio reconocerán que existió un acto simulado en el que Tadeo era persona interpuesta de Sergio. Consideran que la simulación es lícita (o se volvió lícita porque encubría una cuestión tributaria hoy permitida por las consecuencias de haber adherido al sinceramiento) y transfiere el Dominio a título de reconocimiento de la simulación.

Se advierte que el artículo 383 prevé la "sustanciación de las nulidades", es decir que podría eventualmente discutirse la validez de reconocer una simulación en sede notarial y el deber de hacerlo pasar por sede judicial.

c Acto jurídico indirecto. Artículo 385 del Código Civil y Comercial.

Esto apela a otra situación de hecho entre las partes donde existió algún tipo de acuerdo de forma oblicua para encubrir la realidad de la situación jurídica del inmueble. Por ejemplo la firma de un pagaré o un reconocimiento de deuda por el valor del inmueble o una cesión de acciones (cuando el testafierro sea una sociedad), etc.

d Acto no instrumentado.

Esta es la hipótesis más controvertida. Ocurre cuando la situación que motiva o causa la transferencia es un negocio "verbal" o no instrumentado de ningún modo. Por ejemplo podríamos pensar que Tadeo le *dió* a Sergio en el año 2011 el inmueble y la posesión y luego quedaron en escriturarlo más adelante. Desde entonces Sergio pagó impuestos, pintó el departamento, lo alquiló, etc.

Ahora que Sergio se adhirió al sinceramiento exteriorizan y regularizan la situación de hecho que los vincula desde 2011.

Retroactividad

Los efectos de la transmisión por sinceramiento al ser causados en un negocio anterior son siempre "previos" al sinceramiento, incluso la ley misma prevé que con independencia de la adhesión (entre julio 2016 y marzo 2017), el bien debía ser preexistente al 22 de julio de 2016.

Esta retroactividad admitiría variantes respecto de las respuestas causales antes mencionadas (a, b y c) donde la fecha de la retracción de las consecuencias jurídicas hacia Sergio es 2005; en cambio en el escenario del año de anticipación de las consecuencias jurídicas en el patrimonio de Sergio es 2011.

En todos los casos estamos pensando en las consecuencias eventuales de la reputación del bien como propio o ganancial, o la alternativa de deceso del cónyuge, partición, etc.

La Posesión del inmueble sincerado

Habiendo partido de la realidad oculta y en proceso de sincerarla, en el ámbito inmobiliario el derecho real se conforma con el título y con el modo, por ello sería de buena técnica clarificar aunque sea dialécticamente qué ocurrió con la posesión en este período "oscuro", sea que lo poseyó el sincerante o que estuvo locado o que hubo un momento de entrega efectiva.

Esto se podrá complementar con documentación tal como el pago de impuestos, servicios y expensas en su caso que hoy gracias a las tecnologías digitales es fácilmente rastreable por transferencias electrónicas.

Valoración de los títulos por sinceramiento fiscal: estudio de títulos y buena fe

Es innegable la trascendencia que tiene en la profesión notarial y en la circulación de documentos, y me animo a decir en la sociedad en general, la correcta apreciación de los títulos antecedentes, es decir el Estudio de títulos. Esta figura creada por la doctrina a la luz de la certeza que el Notario debe brindar a sus requirentes, adoptó un importante emplazamiento normativo a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial.

En forma indirecta aparece cuando el art. 301 dice que "el escribano debe calificar los presupuestos y elementos del acto". En forma concreta aparece en el art. 1138 cuando carga el gasto del estudio de títulos al vendedor. Y por último lo vinculamos con la buena fe cuando el art. 1902 dice que ésta requiere el examen previo de la documentación.

Entiendo que el Estudio de títulos es un análisis, un estudio, una calificación y por último

un juicio de convencimiento sobre la validez del antecedente. Este E.T. lo realizamos con conocimiento jurídico y con lógica racional. Si la buena fe incluye al estudio de títulos como tiene dicho la doctrina y jurisprudencia desde antiguo, esta buena fe debe ser diligente, prudente y por oposición no podrá ser cándida o ingenua.

La lectura del título antecedente para poder ser protegido con la buena fe debe adecuarse a principios racionales y críticos, sin perjuicio de que hay espacios en los que el referencista no podrá llegar, ya que analiza "papeles" y no "viaja al pasado". Este es el límite del e.t. y lo que permite decir que se trata de una obligación de medios.

Dicho esto es preciso vincular estas realidades al caso del título de sinceramiento fiscal en orden a la causalidad y las alternativas de nuevas transmisiones.

Cuando nos llegue una escritura de transferencia motivada en el sinceramiento deberemos leerla cuidadosamente y ver si se adecua a las causas mencionadas (mandato sin representación, simulación, acto indirecto o acto no instrumentado) o si bien hace silencio o toma como causa la ley misma.

La causa en la ley, a mérito de lo expuesto, no se sostiene, ya que esta normativa no vino a cambiar el sistema de transmisión de derechos, no creó un nuevo título, y la preexistencia del bien y la vinculación entre testafarro y sincerante es previa al dictado de la ley. Además el artículo 44 de la Ley 27.260 prevé diversas causales por las que el sincerante puede quedar privado "en su totalidad" de los beneficios del sinceramiento, incluida la excepcional declaración de bienes a nombre de terceros. Estas causales de privación de beneficios se rigen por el ordenamiento común en materia tributaria teniendo la AFIP el plazo de cinco años desde el mes de Enero del año siguiente al del vencimiento de la obligación incumplida, para revisar el sinceramiento y eventualmente incoar la acción que prive al contribuyente de sus beneficios. Esta consecuencia genera que si la causa de la transmisión es el sinceramiento la escritura está "condicionada" a la subsistencia de los efectos que ella misma prevé.

Sostener una causa (ajena a la ley) para las transferencias, brinda seguridad jurídica y trascendencia en el tiempo ya que aún caído el sinceramiento (consecuencia impositiva) la transferencia (y por ende el título) sigue siendo válida y no cae con él.

Además exponer en la escritura de transferencia la causa también clarifica para los terceros interesados el vínculo que motivó la situación irregular anterior y permite valorarla en su dimensión y consecuencias, desactivando los fantasmas de eventuales agresores del título que puedan ver una transferencia incausada o incluso un nuevo acto simulado para recuperar la cosa en cabeza del testafarro.

Por ello entiendo que no podemos ser ingenuos y aceptar mansamente esa escritura con causa solo en la Ley de sinceramiento. Podremos complementarla cubriendo los silencios con manifestaciones o documentación que sostenga una causa fuerte para la adquisición del dominio conforme las expuestas.

Aún las escrituras "causadas fuera de la ley" también serán objeto de análisis, ya que deberá valorarse las fechas de adquisición, la lógica interna de las manifestaciones, la concordancia con el régimen de ganancialidad y de la capacidad, etc.

Bibliografía

Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial 8 v, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América ; 1954-1956

Betti, Emilio Galgano, Francesco Scognamiglio, Renato Ferri, Giovanni Battista. Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales 279 p., Lima ARA Editores; 2001.

Betti, Emilio. Teoría general del negocio jurídico 465 p. , Madrid, Ed. Revista de Derecho privado.

Rivera, Julio César, y otros. Código Civil y Comercial de la Nación comentado 6 v. -- Buenos Aires : La Ley; 2014.

Compagnucci de Caso, Rubén Héctor. El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado v. 1, p. 167-179 Tratado de la buena fe en el derecho, Buenos Aires, La Ley S.A. 2004.

Lorenzetti, Ricardo Luis, y otros Código Civil y Comercial de la Nación comentado 11 v. -Santa Fe, Rubinzal-Culzoni 2014.

Lorenzetti, Ricardo Luis. Las reglas de conducta y los contratos p. 3-16 Jurisprudencia Argentina. Buenos Aires , LexisNexis , 15-Oct-03 , n. 3

Schopenhauer, Arthur. El Mundo como voluntad y representación Colección Academus. Buenos Aires , 2001.

Alterini, Jorge Horacio, y otros Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético 11 v Buenos Aires, La Ley, 2015.

Austin John, Como hacer cosas con palabras, Paidós Buenos Aires 1982.

Foucault Michel, Las palabras y las cosas, Editorial siglo XXI, Bs. As. 2008.

Diccionario de la Real Academia Española, consulta on line www.rae.es