

Las nuevas interpretaciones reglamentarias en el I.V.A.

Dr. Hugo E. Kaplan

I. Los efectos de las interpretaciones reglamentarias

1. El IVA es un impuesto sobre los consumos. En su diseño filosófico y técnico se supone trasladable hacia adelante mediante el mecanismo de los precios, utiliza el vehículo de la factura, y sigue el curso del proceso económico, hasta llegar a la última etapa, la de consumo. Este principio ha sido convalidado por el artículo 48 de la ley y judicialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos Compañía General de Combustibles S.A. del 16 de junio de 1993 en cuyo Considerando Sexto se expresó "Que el gravamen al valor agregado ha sido concebido por el legislador como un impuesto indirecto al consumo, esencialmente trasladable. Si bien la traslación impositiva es un fenómeno regido por las leyes de la economía, existen casos en los que es posible y además necesario reconocer trascendencia jurídica a los efectos económicos de los impuestos para arribar a una solución que resulte armónica con los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional y con el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 308:2153)".

2. Elementales nociones de economía indican que la curva de oferta del vendedor de bienes y servicios a consumidores finales se desplaza hacia arriba, por aumento de los costos y de los precios a los que está dispuesto a vender, cuando dichos bienes y servicios pasan a estar gravados. El punto de equilibrio definido por la igualdad de las funciones de demanda y oferta se establece para un mayor precio y una menor cantidad de unidades. Obviamente quien considera que lo que vende está exento puede vender más barato que quien cree que el mismo bien o servicio está gravado. Y si la diferencia es 21% - la alícuota vigente del gravamen - seguramente el primero se va a quedar con la mayor parte del mercado en tanto el segundo podrá asistir años después, desde el fondo de su ataúd comercial, y después de pedir su propia quiebra por pérdida de ventas, a la dilucidación judicial de quien tenía razón.

Allí radica la gravedad de las cuestiones ambiguas en el IVA. El impuesto es neutral en tanto no haya incertidumbre en cuanto a su aplicación. Es la quinta parte del precio y quien adopte interpretaciones agresivas es probable que triunfe en las lides comerciales, porque habrá desplazado a su competidor y, como ocurre con el Decreto 692/98, cuando la cuestión finalmente se defina será probablemente con efectos hacia el futuro blanqueando los períodos transcurridos. Sin embargo ello es también justo desde el punto de vista de la jurisprudencia comentada de la Corte, pues si se trata de un impuesto que no fue percibido porque su aplicación era dudosa, pretender definir retroactivamente la polémica puede implicar la insolvencia de la empresa que no lo cobró. De ahí la importancia del antiguo pero siempre vigente principio de certeza de Adam Smith.

3. El Decreto 692/98 (B.O. 17.6.98) tiene por finalidad ordenar el reglamento del IVA pero incluye además nuevas normas interpretativas pues, según sus Considerandos, la multiplicidad y complejidad de las diversas operaciones alcanzadas por el impuesto ha generado dudas en algunos casos en cuanto a los alcances y la correcta interpretación de sus disposiciones, lo cual lleva a discrepancias de criterio que inducen a una errónea determinación del gravamen. Por lo tanto entiende que resulta conveniente complementar o ajustar la redacción de las normas para lograr una mayor precisión en la aplicación del tributo.

Es por ello que a pesar que las disposiciones del decreto entraron en vigencia desde el día de su publicación, y en general surten efectos desde la fecha de entrada en vigencia de las normas que reglamentan, sin embargo reconocen las siguientes excepciones en la transición:

a) interpretaciones previstas en los Dto. 2633/92 (B.O. 31.12.92), Dto. 846/93 (B.O. 29.4.93) y Dto. 644/97 (B.O. 23.7.97). En estos Decretos se estableció que no procederá el ingreso de diferencias de impuestos a favor del Fisco cuando los responsables demuestren fehacientemente, en la forma y condiciones que determine la DGI las circunstancias que hagan imposible la traslación extemporánea del tributo que las origina, a sus respectivos locatarios, prestatarios o adquirentes.

b) para las obras, locaciones y prestaciones comprendidas en los artículos 5, 6, 8, 15, 16, 19, 22, 29, 36, 39, 40, 51, 52, 62 y 88 del Reglamento, que fueron realizadas con anterioridad al 17 de junio de 1998 aplicando criterios distintos a los establecidos en las referidas normas, se seguirán las siguientes pautas:

b.1. si se habían gravado y trasladado el impuesto, y la norma reconoce que no lo estaban, para que la interpretación resulte retroactiva será necesario acreditar la restitución del impuesto

b.2. si no se habían gravado ni incluido el impuesto, pero el decreto interpreta que sí lo estaban, el tributo será aplicable - cuando no resulte posible la traslación extemporánea a los adquirentes, en razón de estar finalizadas y facturadas las operaciones - sólo para los hechos imponibles futuros. Igual temperamento se adoptará si se consideró otro momento como nacimiento del hecho imponible.

En general la doctrina entiende que una interpretación surte efectos desde que rige la norma legal aclarada, en particular las resoluciones generales interpretativas del art. 8º del Decreto 618/97 dictadas por el Administrador Federal. Sólo las rectificaciones posteriores no serán de aplicación a hechos o situaciones cumplidas con anterioridad al momento en que tales rectificaciones entren en vigor (ult. párr. art. 8º). Puede observarse, por el contrario, que el Decreto 692/98 deja de lado al igual que los anteriores el criterio expuesto, generando una regularización retroactiva.

Paradigma de la cuestión planteada es el alcance dado por el art. 29 del Decreto a la definición de "agua ordinaria natural" exenta por art. 7º inc. f) de la ley. En realidad el reglamento se limita a incorporar el texto de la res. gral. (DGI) N° 4190/96 (B.O. 15.7.96), cuya aplicación había quedado inicialmente supeditada a la decisión que adoptara el MEyOySP (conforme a la Circular (DGI) 1358 (B.O.10.4.97). Posteriormente, mediante la R.(MEyOySP) 48/98 no se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto, conforme a la nota externa (DGI) 1/98 (B.O. 2.4.98) la cual dejó sin efecto la Circular citada. De acuerdo a la doctrina clásica los efectos de la aclaración se retrotraían al 1.2.90, fecha en que entró en vigencia la Ley 23.765, y desde entonces se habría debido el impuesto, aunque el criterio fue obligatorio, con las correlativas sanciones en caso de incumplimiento, recién a partir del 2.4.98. Pero en definitiva, por el art. 3º del Decreto 692/98 los efectos de la interpretación recién rigen a partir del 17 de junio de 1998. Un verdadero galimatías.

4.. Si a todo ello sumamos los recientes fallos "Kupchik, Luisa Spak de y Kupchik, Alberto Mario" y "CIC Trading S.A.", C.S.J.N. 17.3.98, en los que el alto tribunal sentenció que los decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria son inconstitucionales y que su ratificación legislativa posterior carece de incidencia respecto de dicha conclusión, por resultar improcedente cualquier interpretación que conduzca a asignar efectos convalidantes, con carácter retroactivo, a la ratificación legislativa o a la reiteración del texto del decreto en una ley posterior, nos preguntamos que suerte correrán los servicios financieros y la actividad de seguros, desde que fueron pretendidamente gravados por decretos de necesidad y urgencia 171/92, 355/92 y 879/92, hasta la fecha de su ratificación legislativa.

II. Venta de obra sobre inmueble propio. Reincorporación del aspecto temporal al hecho imponible

1. Si bien el IVA es un impuesto plurifásico, el hecho imponible venta de obra sobre inmueble propio es de una etapa, alcanza sólo la primer venta. Reconoce la concurrencia de dos aspectos : uno objetivo, definido por la realización de una obra sobre inmueble propio y su posterior venta, entendiéndose por obra la mejora realizada; otro de índole subjetiva, la obra debe ser realizada por una empresa constructora. El art. 4º inc. d) de la ley establece que empresas constructoras son aquellas que construyen para lucrar con la posterior venta del inmueble, es decir para quienes los inmuebles sean bienes de cambio.

El art. 4º requiere una voluntad, un componente psicológico, desde el inicio de la operación, ésta es la de obtener un lucro con la posterior venta del inmueble. Ello implica que si el ente no ha construido con ese fin, entonces la transferencia no se encuentra gravada por el tributo, no hay débito fiscal y por lo tanto no hay lugar al cómputo de crédito fiscal por aplicación del principio de vinculación.

2. ¿Qué ocurre si la construcción del inmueble inicialmente prevista para ser vendida es luego desafectada total o parcialmente de esa actividad gravada?

En nuestra opinión el caso ya estaba previsto en el art. 11, 3º párrafo de la ley pues el mismo plantea que habiendo desafectación de la actividad que origine operaciones gravadas en el plazo de diez años desde la finalización de la obra o afectación, debe reintegrarse el crédito fiscal computado oportunamente.

Dicha desafectación se verificaría si el inmueble, que originalmente se preveía vender, es en definitiva destinado a locación o arrendamiento, operación exenta por el art. 7º inc. h) apartado. 22 de la ley. Si esta situación se producía y el inmueble era alquilado por un plazo que definiríamos como relativamente razonable, la posterior venta del mismo en nuestra opinión no estaba alcanzada por el IVA.

Dicho de otra manera y con un ejemplo: si la empresa construía un edificio de diez pisos para oficinas y vendía inicialmente siete, determinaba el débito fiscal por los mismos, pero computaba la totalidad del crédito vinculado con la construcción del 100% del edificio. Si luego decidía, sea por circunstancias del mercado, sea por conveniencia económica, o por algún otro motivo, desafectar de la venta los tres pisos restantes y arrendarlos, para nosotros en ese momento, en oportunidad de la desafectación, con la firma del contrato de alquiler, debía reintegrar el crédito fiscal proporcional oportunamente computado. Además la venta posterior de las tres unidades nunca habría estado gravada por el IVA.

Reconocemos que otra posición de la doctrina sostenía que si una empresa era constructora, los inmuebles que edificase iban a estar siempre destinados a lucrar con la venta de los mismos, aún cuando temporariamente, los afectara a contratos de alquiler, porque entendía que en definitiva su voluntad, orientada a lucrar con la posterior venta del inmueble, sólo se veía transitoriamente modificada por el contrato de arrendamiento. En consecuencia interpretaban que en estos casos no debía efectuarse reintegro de los créditos fiscales proporcionales y oportunamente, cuando el inmueble fuera vendido, quedaría en definitiva alcanzado por el gravamen al verificar el hecho imponible.

3. Pero ahora el decreto reglamentario en su art. 5º entiende que recién se produce esa desafectación si por un lapso continuo o discontinuo de 3 años -y entendemos también por un plazo superior a 3 años-cumplido a la fecha de la escritura traslativa de dominio o posesión, la que fuera anterior, el inmueble hubiera estado sujeto a arrendamiento o a derechos reales de uso, usufructo, habitación, o anticresis.

En estos casos, la venta de la obra no se encuentra alcanzada por el impuesto y el crédito fiscal oportunamente computado deberá reintegrarse en el período al cual se atribuya la venta, no al de desafectación. Esta singular interpretación reglamentaria permite afirmar en el ejemplo anteriormente dado, que si esos tres pisos fueran alquilados por tiempo indeterminado en virtud de renovaciones constantes de los contratos de alquiler y las unidades arrendadas no fueran nunca vendidas, en ninguna oportunidad se produciría el reintegro del crédito fiscal. Esto permite diseñar planeamiento tributario dado que basta con vender las unidades necesarias hasta absorber la totalidad de los créditos fiscales como para estar en condiciones de alquilar el resto de las mismas sin necesidad de costear el crédito proporcional a las unidades arrendadas. Queda así definida una inadvertida modalidad que permite computar los créditos fiscales aún cuando los mismos estuvieran afectados a operaciones exentas.

4. Reparemos que no siempre es positivo para el vendedor que una venta resulte no gravada, pues aunque ello implique que el valor agregado no está alcanzado, recordemos también que, para que el crédito fiscal sea computable por el comprador responsable inscripto que destine el inmueble a bien de uso, es condición esencial que su venta haya perfeccionado el hecho imponible para el vendedor (Ley art. 12 últ. párr.). Si ello no ocurriera porque éste ha alquilado el inmueble, antes de la transferencia del dominio, durante un lapso mayor a tres años, no tendrá débito fiscal, pero tampoco podrá trasladar sus créditos fiscales al adquirente ya que deberá reintegrarlos e imputarlos como mayor costo de la obra.

Teniendo el mercado inmobiliario cierta transparencia, el comprador de una oficina o local preferirá caeteris paribus comprarlo a quien no lo haya alquilado por tres años para poder así recuperar los créditos fiscales implícitos en el precio de compra, o en todo caso exigirá la reducción del mismo en la medida estimada de aquéllos.

Asimismo será conveniente que el comprador de una unidad de cierta antigüedad obtenga alguna declaración del vendedor en el sentido que la misma no ha sido afectada a operaciones de alquiler por

períodos superiores a tres años porque de lo contrario, se vería impedido de computar el crédito fiscal respectivo ya que no se habría perfeccionado el débito fiscal para el vendedor.

5. Desde otro punto de vista es con preocupación que creemos advertir, en una lectura entrelíneas del segundo párrafo del artículo en análisis, y a contrario sensu, la voluntad reglamentaria de adoptar como presunción objetiva - que por supuesto admitiría prueba en contrario - de la existencia de la finalidad de lucrar con la posterior venta del inmueble, de la existencia de una empresa de construcción y de la gravabilidad de la venta, el hecho que un integrante de un consorcio asimilado a condominio, transfiera el inmueble que usó como casa habitación, o alquiló, antes de cumplirse el número mágico de tres años previsto en la norma. Tenemos la intuición que lo que alguna vez, en los primeros años del impuesto fue el límite de dos años para generar el gravamen, ha pasado a ser ahora de tres para el reglamentador.

6. Es oportuno a esta altura traer a colación el dictamen 41/85 en el que la DGI había sugerido que en el caso de un consorcio de construcción, fuera éste el que se inscribiera en el gravamen, a pesar de no ser empresa constructora, con el sólo fin de coleccionar en un solo sujeto los créditos fiscales que le facturasen.. Culminaba este dictamen opinando que en oportunidad de la terminación de la construcción los créditos fiscales acumulados serían distribuidos entre aquellos consorcistas que, teniendo la intención de lucrar con la posterior venta del inmueble, fueran reconocidos como empresas constructoras individualmente y entonces, estando cada una de ellas inscriptas en el IVA, el consorcio les asignaría la cuota parte proporcional que habría acumulado hasta ese momento. En nuestra opinión esta distribución podría haberse realizado con anterioridad, ya que a medida que avanza la obra, el consorcio está en condiciones de rendir cuenta de los gastos, costos y créditos fiscales incurridos a la finalización de cada uno de los meses, y por lo tanto los consorcistas están en condiciones de computar en todas esas circunstancias la parte proporcional de los créditos fiscales correspondientes, por supuesto en la medida en que ya estuvieran inscriptos y fueran empresas individuales de construcción, es decir que, su intención hubiera sido desde el inicio la de lucrar con la posterior venta del inmueble.

Ahora bien, como nadie está exento de los riesgos de la economía y de la vida, puede darse que el consorcista que haya previsto habitar en el inmueble durante muchos años se vea obligado a venderlo dentro del plazo reglamentario de tres años. En principio la venta estaría gravada - salvo que pudiera probar la ausencia de intención de lucro al iniciar la operación - pero el débito fiscal que recaería sobre el total del precio atribuible a la obra no podría ser compensado con crédito fiscal alguno en la medida que el individuo no se hubiera inscripto antes de la finalización de la construcción. Sugerimos, desde el punto de vista de la equidad, que se admita reglamentariamente en estos casos que la inscripción obligatoria en oportunidad de la venta de lugar a la posibilidad de apropiar los créditos fiscales.

7. Leasing. En el IVA las operaciones de leasing sujetas a las disposiciones de la Ley 24.441 y el Decreto 627/96 modificado por el Decreto 873/97 no ofrecen problemas en relación a los aspectos comentados, ya que el mínimo tiempo del período de locación previsto es de 5 años y, de acuerdo al art. 9º del citado reglamento el canon está exento por art. 7 inc. h) apart. 22, y el ejercicio de la opción de compra por el valor residual no está gravada por no revestir los dados el carácter de empresas de construcción.

III. Prestaciones de servicios

1. El nuevo artículo 8º del decreto reglamentario establece:

"Las prestaciones a que se refiere el punto 21, del inciso e), del artículo 3º de la ley, comprende a todas las obligaciones de dar y/o de hacer, por las cuales un sujeto se obliga a ejecutar a través del ejercicio de su actividad y mediante una retribución determinada, un trabajo o servicio que le permite recibir un beneficio.

No se encuentran comprendidas en lo dispuesto en el párrafo anterior, las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos, excepto cuando las mismas impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial, circunstancias que también determinarán la aplicación del impuesto sobre las prestaciones que las originan cuando estas últimas constituyan obligaciones de no hacer."

2. Queda así definida una ya antigua discusión doctrinaria planteada en relación a la extensión de la generalización del IVA en los servicios producida por la ley 23.871 a partir del 1° de diciembre de 1990. La divergencia de criterios estaba centrada en interpretar el alcance del punto 21 del inc. e) del art. 3° cuando dice que quedan gravadas las "restantes locaciones y prestaciones", siempre que se realicen sin relación de dependencia y a título oneroso, con prescindencia del encuadre jurídico que les resulte aplicable o que corresponda al contrato que las origina.

En nuestra interpretación, tal como lo dejamos expuesto oportunamente, la pirámide legal permitía definir cuál era este alcance. El art. 1° inc. b) de la ley habla de las "prestaciones de servicios incluidas en el art. 3°". El copete del art. 3° reitera la expresión "prestaciones de servicios que se indican a continuación". A su vez el inc. e) del art. 3° se refiere también a las "prestaciones de servicios que se indican a continuación". En consecuencia, el punto 21 del inc. e) del art. 3° al mencionar a "las restantes locaciones y prestaciones" indudablemente sólo lo hace respecto de las prestaciones de servicios.

Este punto de vista es ratificado cuando se analiza la evolución de la norma. Su antecedente es el texto del punto 20 del inc. e) del art. 3° sancionado por la Ley 23.765, que si bien estuvo vigente desde el 1° de febrero hasta el 30 de noviembre de 1990, nunca llegó a tener efectos. Su texto gravaba : "Toda otra prestación o locación a título oneroso que proporcione a la otra parte una ventaja o provecho que constituya la causa de la contraprestación, incluidas las cesiones temporales o definitivas de intangibles, las locaciones y prestaciones no comprendidas en los apartados anteriores y las excluidas o exceptuadas en ellos".

Comparando los textos se observa que la Ley 23.765, a diferencia de la actualmente vigente, gravaba las cesiones de intangibles, incluyéndolas expresamente.

3. Otro problema consistía en precisar el concepto prestaciones de servicios, y en ese sentido advertíamos que no era el Código Civil la fuente interpretativa puesto que ahí se define a las locaciones de servicios y a las locaciones de obras, en tanto la expresión prestaciones de servicios proviene de los antecedentes internacionales del IVA que reconoce como origen la Sexta Directiva de la Comunidad Económica Europea. La misma contiene una definición que la ley argentina no recepta, plantea un alcance residual pues entiende como tales "cualquier operación que no constituya la transferencia del poder de disposición sobre un bien material". En la doctrina nacional Balzarotti definió a la prestación de servicios como la locación de obra cuyo resultado es una obra inmateral. En nuestra opinión, en todos los casos quedaba involucrada cuando menos una actividad, una obligación de hacer y por lo tanto se excluían del ámbito del gravamen las cesiones de bienes inmateriales y las obligaciones de no hacer que sólo tributan cuando se dieran las condiciones del último párrafo del artículo 3°, es decir cuando resulten conexas o relacionadas con prestaciones gravadas, con exclusión de los derechos de autor de escritores y músicos.

4. Estos conceptos son totalmente receptados por el nuevo art. 8° del reglamento que establece que dentro de las restantes prestaciones "se comprende todas las obligaciones de dar y/o de hacer por los cuales un sujeto se obliga a ejecutar a través del ejercicio de su actividad y mediante una retribución determinada un trabajo o servicio que le permite recibir un beneficio. En todos los casos nos encontramos frente al requisito del ejercicio de una actividad para que haya una prestación gravada.

Cesiones de derechos

5. Para ratificarlo el mismo reglamento establece que no se encuentran gravadas las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos.

La DGI en el dictamen 137/92 (DAT) había adoptado inicialmente una posición similar, entendiendo que sólo están alcanzadas estas operaciones cuando fueran conexas o vinculadas a otras prestaciones de servicios gravadas, por ej. la cesión de una patente dentro de un contrato de asesoramiento técnico, o la transferencia de una marca formando parte de un contrato más amplio de franchising..

Pero luego el organismo fiscal fue fluctuando en este aspecto. Tanto que la Dirección de Asesoría Técnica firmó el Dictamen 16/96 en el cual interpretó restrictivamente que sólo las cesiones de derechos de propiedad intelectual, comercial o industrial - y no otro tipo de cesiones - estaban fuera del alcance

del gravamen, siempre que fueran puras. Allí se asumió que la cesión de derechos de televisión y comercialización de competencias deportivas estaba alcanzada por el tributo. Sin embargo un mes y pocos días después la Subdirección General de Legal Tributaria opinó en sentido contrario dejando sin efecto el anterior criterio.

6. El nuevo reglamento exceptúa de la exclusión del hecho imponible las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos cuando impliquen un servicio financiero o una concesión de explotación industrial o comercial.

7. Se da un corte así a la discusión respecto de si los servicios financieros son o no prestaciones de servicios gravadas. La misma prácticamente había perdido relevancia frente a la contundencia de los hechos y a las circunstancias del mercado desde el 1º de julio de 1992, fecha en que entró en vigencia el decreto de necesidad y urgencia 879/92.

Concesiones de explotación

8. Más complejo es el problema respecto de las concesiones de explotación industriales o comerciales consideradas gravadas por el art. 8º del reglamento.

La ley hace sólo dos referencias a las concesiones :

a) El art.23 que crea un régimen especial para las concesiones de explotación que retribuyen los trabajos sobre inmuebles de terceros

b) El punto 23 del inc. h) del art. 7 que exime el otorgamiento de concesiones

9. En la actividad que da lugar a una concesión de explotación encontramos el accionar de tres sujetos.

El concedente que constituye o cede al concesionario el derecho de concesión y el adquirente, usuario o prestatario que es quien adquiere los bienes vendidos por el concesionario o utiliza los servicios que éste presta, según sea la modalidad de concesión.

10. La actividad del concesionario estará gravada o exenta según sea la naturaleza del bien vendido o del servicio prestado. Más aún, en ciertos casos (L. art. 23), los ingresos que percibe el concesionario, ya sea en forma directa o con motivo de la explotación, estarán siempre gravados para él pues serán la contraprestación del hecho imponible trabajos realizados sobre inmueble ajeno. Pero no es a esta relación concesionario-usuario a la que se refiere el art. 8º del reglamento.

11. Las normas que regulan la relación concedente-concesionario y marcan los alcances del impuesto sobre la contraprestación, cánones o sumas que el segundo pague al primero son las siguientes:

a) El DR art. 8 considera como incluidas en las prestaciones a que se refiere el punto 21 del inciso e) del art. 3º (L. IVA) a las transferencias o cesiones del uso o goce de derechos cuando las mismas impliquen una concesión de explotación industrial o comercial.

b) El art. 7 inc. h) pto. 23 (L. IVA) establece la exención para el otorgamiento de concesiones.

c) El DR art. 39 dispone que la exención dispuesta en el artículo 7, inciso h), punto 23, de la ley, sólo comprende a las concesiones públicas, otorgadas por el Estado Nacional, las Provincias, los Municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también por las instituciones pertenecientes a los mismos, incluidos las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1º de la ley 22.016.

12. La concesión puede ser pública o privada.

La concesión pública puede ser: i) de servicios públicos, ii) de obra pública, iii) de uso de bienes del dominio público.

La concesión privada puede ser: i) para la venta, ii) para la prestación de servicios a terceros. Ambas tienen como rasgo común que el concesionario pone su organización comercial (actuando a nombre, por cuenta y riesgos propios) a disposición del concedente para colocar sus productos en el mercado, en su caso; o para brindar a terceros el servicio que el concedente prefiere no explotar a su riesgo, en el otro.

13. Concesión pública

El canon que percibe el Estado por otorgar o ceder el derecho de concesión no está gravado, o está exento.

a) es no gravado por aplicación del art. 8º del reglamento, si no es una concesión de explotación industrial o comercial.

b) está exento por el art. 7 inc. h) punto 23 de la ley si fuera el otorgamiento de una concesión de explotación industrial o comercial. Ello ha sido reconocido por el Dict. 49/96 (DAL) que interpretó que la exención mentada está limitada a las concesiones públicas, parecer que encuentra confirmado en lo expresado en el debate parlamentario al tratarse el proyecto de la ley en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, oportunidad en la que -ante una solicitud de aclaración- el miembro informante sostuvo que el sentido de excluir a las concesiones se basó en el hecho de que, "por lo general", éstas tienen un sistema de regulaciones y contrataciones propio proveniente de un poder del Estado por el que se reglamentan los derechos de cada una de ellas (cfr. Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Tratamiento del Proyecto de Ley que resultara sancionada con el N° 23.871, setiembre 5 y 6 de 1990, pág. 2293).

Pero además está exento genéricamente por el art. 7 inc. h) punto 1 de la Ley.

Encontramos aquí una exención ratificada en dos puntos diferentes de la Ley y que nuevamente es enfatizada por el reglamento en su nuevo artículo 39. ¿Cuál es entonces realmente la finalidad de esta última norma?

Primero convertir la exención en objetiva y extenderla a los casos en que el concedente esté incluido entre las entidades y organismos a que se refiere el art. 1º de la Ley 22.016, a diferencia del art. 7 inc. h) punto 1 que las excluía.

Segundo excluir de la exención a las concesiones privadas confirmando para el futuro el criterio expuesto en el Dictamen 49/96.

14. Concesiones privadas

14.1. Si bien el contrato de concesión para la venta no es una compraventa sujeta a ciertas modalidades, ni un contrato de suministro o distribución de productos, y menos aún un mandato, tiene elementos de éstos, aunque en el mismo prevalece una técnica de concentración de empresas distribuidoras de los productos del concedente, las que forman una red de comercialización sujeta a la organización, coordinación y al control impuesto por éste. Surge así un agrupamiento vertical de empresas, cuyo poderío ejerce el fabricante, caso típico la comercialización de automotores.

El concedente domina y controla todas las partes de la comercialización, dispone los precios al público, indica cómo debe presentarse el local, exige criterios contables, solicita informes detallados, impone sus propios entes financieros en las operaciones de crédito, se reserva el derecho de intervenir en la contabilidad de la concesionaria, etc.

Entre concedente y concesionario pueden pactarse diferentes modos de entrega de las unidades, sea en consignación, venta, etc.

Esto último nos permite ubicarnos, en el IVA, fuera del ámbito de la prestación de servicios y del art. 3º de la Ley, y en consecuencia fuera del art. 8º del reglamento. Se trata en realidad del conjunto de hechos imponderables calificados como venta de cosas muebles (L. art. 1º inc. a) sea por implicar la transferencia a título oneroso de cosas muebles que importe la transmisión del dominio (L. art. 2º inc. a), sea por

tratarse de operaciones de venta en nombre propio por cuenta de terceros (L. art. 2º inc. c) y L. art. 20), aún por los servicios prestados conjuntamente con la operación gravada o como consecuencia de la misma, referidos a transporte, limpieza, embalaje, seguro, garantía, colocación, mantenimiento y similares (L. art. 10 inc. 1).

14.2. En la concesión para la prestación de servicios a terceros encontramos la delegación que hace el concedente en el concesionario, para que éste explote a su nombre y por cuenta propia un servicio que aquél debe prestar a terceros. Es la situación típica de un club o una institución que desea prestar el servicio de bar, restaurante, o playa de estacionamiento pero sin hacerse cargo de la explotación efectiva.

Por lo tanto el concedente cede el lugar donde realizarlo, pero no entrega su uso y goce solamente, por lo que deja de ser un contrato de locación, sino que su finalidad es la prestación eficiente del servicio, por ello puede reglamentar el funcionamiento, acordar las tarifas, inspeccionar y controlar al concesionario.

Suponemos que la expresión explotación comercial pretende entenderse en su acepción amplia e incluye a la prestación de servicios. En consecuencia quedan gravadas las sumas que pague el concesionario para obtener y mantener el derecho de concesión.

Aquí debe citarse también como antecedente al Dictámen 49/96 (DAL), que precisa que está alcanzada por el tributo la subconcesión que una playa de estacionamiento, cuyo contrato de concesión fue otorgado por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, hace de un lugar para explotar un taller mecánico sin darle la tenencia del inmueble, como así también los lugares y el derecho cedidos para la explotación del servicio de lavado de automóviles y de una estación de servicio.

14.3. A las relaciones descriptas en las concesiones para la venta de servicios se pueden agregar otros servicios que el concedente presta al concesionario, y que pueden convertir al contrato de concesión en un contrato de franchising.

No es este el lugar para desarrollar los aspectos jurídicos del mismo, pero es necesario dar una noción sobre sus alcances:

Básicamente el franchising es una suerte de simbiosis: una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas.

Debe tenerse presente que en el contrato de franquicia se aglutinan caracteres o modalidades propias de otros contratos (licencia, know how, uso del nombre comercial, etcétera).

El franchising implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas.

En virtud de este contrato, el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medios y servicios de apoyo que, prácticamente, aseguran el éxito del franquiciado; y una línea de productos y servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado.

En la práctica se suelen presentar tipos distintos de franchising.

a) "Franchising" de servicio. Mediante el cual se suministra un servicio sujeto a una técnica o normativa determinadas (p. ej. servicios de coche, asesoramiento fiscal, inmobiliario y otros, enseñanza, hotelería, tintorería, alquiler de vehículos, mantenimiento corporal, etcétera).

b) "Franchising" de distribución. En estos casos, el franquiciador fija al franquiciado los productos que tiene que vender, con la aportación de una marca o enseña de la cadena de comercialización y varios servicios de organización y venta (p. ej. venta de productos de alimentación, textiles, etcétera).

El franquiciado inclusive podrá fabricar los productos que ha de vender.

Todos estos casos quedan gravados por el IVA, tanto la suma inicial, canon o llave, que se paga por acceder a la red, como los royalties sobre las ventas; por derivar de una cesión de derechos que implica una concesión de explotación industrial o comercial.

Obligaciones de no hacer

15. El reglamento establece que, estando gravada la cesión del uso o goce de derechos que implique una concesión de explotación industrial o comercial, ello determinará también la aplicación del impuesto sobre las prestaciones vinculadas cuando constituyan obligaciones de no hacer.

Estas obligaciones son establecida en el contrato con el fin de proteger la actividad del concesionario. La principal es la obligación de no competencia, asumida por el concedente.

Casos especiales

16. Un interesante efecto que se produce como consecuencia de la aplicación de estas normas es el tratamiento que deben dar los shoppings a los contratos que realizan con los sujetos que explotan los locales que se encuentran en los mismos.

El problema que se suscita para estos emprendimientos inmobiliarios es que si los locales son dados en locación exenta por L. art. 7 inc. h pto. 22, no pueden recuperar los créditos fiscales vinculados con su construcción. Con lo cual pasan a formar parte del costo. En cambio si pudiera, y de hecho la jurisprudencia así lo ha admitido, probarse que los contratos no son meros contratos de arrendamiento de inmuebles, sino que son concesiones otorgadas a los usuarios de los mismos por los propietarios de los shoppings, entonces estas concesiones estarían gravadas, con el beneficio consiguiente para los propietarios del inmueble de computar los respectivos créditos vinculados con la construcción del inmueble contra los débitos que alcanzan los ingresos derivados de las concesiones, en tanto que sus concesionarios no tendrían inconvenientes en computar los créditos fiscales originados en los pagos de la concesión contra sus propias operaciones gravadas.

17. Singular problema se ha presentado para aquellas instituciones privadas, entidades y asociaciones de asistencia social, educación, artísticas, gremiales y de cultura física, mutualistas y deportivas, obras sociales, colegios y consejos profesionales cuando concesionan servicios que no se relacionan con sus fines específicos.

En su tratamiento fiscal será necesario separar aquellas que tienen exenciones de tipo subjetivo que alcanzan a la totalidad de los impuestos como ser los casos previstos en la Instrucción General 28/95 de la Subdirección General de Legal Tributaria, en la que se sostiene que las disposiciones de la ley del impuesto al valor agregado, por tratarse de normas de carácter genérico, no afectan ni derogan beneficios concedidos a determinados sujetos por leyes especiales, las que de hallarse vigentes prevalecen sobre las previsiones de la ley del impuesto, citando a modo de ejemplo las Leyes Nros.:

1) 14.613 (B.O. 10/11/58). "Exención de impuestos a favor de las Asociaciones Cooperadoras Escolares".

2) 16.656, art. 3º, inciso d), (B.O. 30/12/64). Exime del impuesto a los réditos y de todo otro gravamen nacional a entidades civiles sin fines de lucro dedicadas a la educación, asistencia social y salud pública.

3) 20.321 (B.O. 10/5/73). "Mutualidades Ley Orgánica".

4) 23.569, art. 25, (B.O. 20/7/88). "Universidades Nacionales - Régimen Económico Financiero".

Pero en los demás casos, aún cuando en el art. 7º inc. h pto. 6º de la ley se reconozca también como exentas a otra serie de instituciones, ello es sólo por las actividades vinculadas con sus fines específicos, por lo tanto no estarían exentos del IVA los ingresos de colegios y consejos profesionales originados en

el otorgamiento de concesiones destinados a la explotación de playas de estacionamiento, de comedores, etc.

18. La mera cesión de derechos en cementerios privados y tiempo compartido no está alcanzada por el impuesto.

19. En la transferencia de fondos de comercio regulada por la Ley 11.867 se entrega la propiedad de mercaderías y bienes de uso cuyos precios están alcanzados por el impuesto.

La cesión de créditos estará alcanzada por el importe del descuento concedido si implica un servicio financiero, es decir si se reconoce un valor actual que resulta de vincular el valor nominal de los créditos con su vencimiento y la tasa de interés pactada. Distinto tratamiento correspondería otorgar si el precio que se pagara por la cesión tuviera otras connotaciones. Tal es el caso en que se ceden créditos de dudosa cobrabilidad donde quien los adquiere supone tener mejores armas para percibirlo o está dispuesto a asumir el riesgo en la medida que la diferencia entre el precio pagado y el valor nominal sea sustancial. Aquí no estaríamos frente a un servicio financiero sino ante una mera y pura cesión de derechos creditorios, excluida por lo tanto del hecho imponible.

La cesión de las marcas y patentes, propiedad del fondo de comercio tampoco está gravada pues su transferencia es una cesión del uso y goce de derechos y no implica una concesión de explotación industrial o comercial en los términos que hemos venido explicando. Si el reglamentador pretendiera gravarlos, en la ocasión de ser vendidos formando parte de un fondo de comercio, por intuir que asignándoles mayores valores a los mismos se podría disminuir la base imponible de los bienes gravados, deberá decirlo expresamente.

Similar consideración a la del párrafo anterior corresponde efectuar respecto del precio atribuido al valor llave del negocio que reconoce su clientela, posición en el mercado y expectativa de utilidades futuras.

Por último, igual criterio debe emplearse, en los términos en que está redactado el reglamento, para las sumas que sean pagadas como contraprestación por la obligación de no hacer asumida por el vendedor y que normalmente implica la obligación de no competir durante determinado período de tiempo en la zona de influencia del negocio vendido.

IV. Honorarios en el ámbito judicial y situaciones análogas

Desde febrero de 1990 la ley 23.765 introdujo un segundo párrafo al art. 4 creando como sujetos a las UTE, agrupamientos de colaboración empresaria, consorcios, agrupamientos no societarios, o cualquier otro ente individual o colectivo.

La norma también estableció que el Poder Ejecutivo reglamentaría la no inclusión en dicha disposición de los trabajos profesionales realizados ocasionalmente en común y situaciones similares que existieran en materia de prestaciones de servicios.

Es así que fue reglamentado que dicha exclusión sólo sería procedente cuando los trabajos profesionales o las prestaciones de servicios análogas fueren realizados y facturados a título personal por cada uno de los responsables intervinientes en tanto se tratare de personas físicas.

No se solucionaba, de esta manera, el problema que enfrentaban, al momento de ser regulados sus honorarios, los grandes estudios de profesionales, abogados, contadores, etc. que intervienen en casos sometidos a decisiones judiciales. Si bien el ejercicio profesional es *intuitu personae*, sin embargo, quienes actúan lo hacen como miembros del estudio en el cual están agrupados y el trabajo es llevado a cabo por la organización en su conjunto bajo la orientación, conducción y supervisión de sus socios y la actividad de sus empleados profesionales.

Ocurre que por un lado, los profesionales individualmente no se encuentran inscriptos en el IVA y por lo tanto no tienen créditos fiscales que computar. Por el otro, el agrupamiento que los une, está inscripto y, en consecuencia, los gastos incurridos en su actividad profesional le generan créditos fiscales. La regulación que practicaban los jueces era al miembro del estudio, aquél que había actuado como

apoderado o patrocinante de sus clientes. Así, los individuos tenían un hecho imponible propio y un débito fiscal respecto del cual no podían computar crédito fiscal alguno, y además el importe de los honorarios que eventualmente se les asignaba los convertía, por un caso específico, en sujetos obligados a inscribirse en el IVA con el acarreo de los costos de administración que ello implica.

La cuestión se suscitaba frecuentemente cuando la contraparte perdedora, en el litigio judicial, era un consumidor final, sujeto exento, o responsable no inscripto en el IVA. Su abogado pedía al juez que constate la condición en el impuesto del profesional ganador y sostenía que debía considerarse la situación individual de éste y no la del agrupamiento o estudio. Debe tenerse en cuenta que los perdedores podían llegar a ser el propio fisco nacional o alguna provincia. En esas circunstancias se rechazaba alegremente el planteo de considerar, a efectos tributarios, al estudio como sujeto del IVA.

Es por eso que el decreto reglamentario incorpora un segundo párrafo al artículo 15 y establece pautas para el tratamiento de dichas situaciones, planteando dos condiciones para quedar amparados en el nuevo régimen: 1) una de índole temporal: que el trabajo en común no sea ocasional; 2) otra condición de índole subjetiva: que el profesional actuante proceda no a título personal sino trabajando como miembro de un estudio y asuma la representación del mismo. Para esos casos la norma reconoce la calidad de sujeto al ente colectivo que agrupa a los profesionales o demás prestadores, aún en los casos en que la contraprestación deba fijarse judicialmente. De estas circunstancias y, para determinar la correcta incidencia del impuesto en la correspondiente regulación de honorarios, deberá dejarse expresa constancia en el respectivo expediente en la forma que oportunamente la AFIP determinará.

Creemos que quedan amparados por la norma tanto los profesionales socios del estudio como sus empleados.

V. Contratos a ensayo o prueba

Este tipo de contratos es aquél contemplado en el artículo 455 del Código de Comercio. El comprador se reserva el derecho de examinar lo comprado, y someter el bien adquirido a ensayos o pruebas para confirmar que es de la calidad esperada. Sujeto al resultado satisfactorio de los mismos quedará confirmada o no la operación.

También el artículo 1336 del Código Civil dispone que "La venta hecha con sujeción a ensayo o prueba de la cosa vendida, o la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumen hechas bajo la condición suspensiva de si fuesen del agrado personal del comprador".

En este aspecto el dictamen 23/78 (D.A.T.J.) opinó que dichos contratos se realizan bajo una condición suspensiva y que como tal, una vez cumplida ésta, los efectos se retrotraen al momento en que se celebraron. Por lo tanto el nacimiento del hecho imponible, cumplida la condición, debe considerarse retrotraído al momento en que hubiera correspondido de haber sido puros y simples.

El art. 19 del decreto reglamentario, siguiendo esta línea, establece que para los contratos a ensayo o prueba en que hubiera venta de cosa mueble o trabajos realizados sobre cosas muebles, el hecho imponible se perfeccionará con la entrega provisional de los bienes.

Ahora bien, si a la finalización del período de prueba se produjera la devolución total o parcial de los bienes o una reducción del precio originariamente pactado, en ese caso ello implicará en ese momento.

1) Para el vendedor la necesidad de emitir una nota de crédito por la reducción operada a los efectos de computar el correspondiente crédito fiscal.

2) Para el comprador haya sido o no emitida la nota de crédito por parte del proveedor, la obligación de computar el débito fiscal respectivo.

VI. Operaciones financieras. Endoso o cesión de documentos

Desde que en julio de 1992 quedaron gravadas las operaciones financieras fue necesario reglamentar diversos aspectos en relación a las mismas, tales como los casos de compra, descuento mediante endoso

o cesión de documentos: letras, prendas, papeles comerciales, contratos de mutuo, facturas, etc. cuando estos instrumentos incluyeran intereses de financiación. El primer aspecto definido fue considerar como sujetos pasivos del gravamen, por los intereses sujetos a devengamiento, a quienes resulten titulares del crédito al momento de producirse el perfeccionamiento de los hechos impositivos previstos para este tipo de prestaciones.

Recordemos que en estos casos tal nacimiento se produce con el vencimiento del plazo previsto para el pago del rendimiento o con la percepción de los intereses, que fuere anterior.

Quedaba así instituido, en los casos generales, el cesionario del crédito como sujeto pasible del tributo, y de existir sucesivas cesiones sería sujeto aquél que fuere su titular al momento de producirse alguno de los acontecimientos que hemos mencionado.

Pero, a poco de haberse resuelto estos aspectos se advirtió que existían casos especiales donde si bien el titular del crédito pasaba a ser el cesionario sin embargo respecto de terceros, fundamentalmente respecto de los deudores, el cedente seguía aparentando ser su titular, ya que asumía el ejercicio de las facultades de cobranza del mismo. Por otro lado, en los casos en que los cesionarios estuvieran en el exterior era de imposibilidad práctica designarlos como sujetos del gravamen. En consecuencia la norma general debía ser modificada.

En ese sentido, aunque ilegítimamente, pues modificó el alcance de un decreto reglamentario, la resolución N° 3827 de la DGI (17.5.94) -que ahora es elevada a la jerarquía de norma reglamentaria por el art. 16 del Decreto 692/98- estableció en su art. 1° una modificación a las reglas generales que hemos comentado, disponiendo que no serían aplicables cuando un banco local fuera cedente o cesionario de dichos créditos, siempre y cuando se dieran las siguientes circunstancias:

1. cuando el banco local fuera el cedente, y el cesionario un sujeto radicado en el exterior.

Cabe afirmar en este caso, teniendo en cuenta los efectos temporales que hemos comentado en el Capítulo I, que si un banco local hubiera vendido o descontado créditos a cesionarios del exterior y no hubiera practicado los ingresos de IVA correspondientes, recién estaría obligado a ello a partir del 17 de junio de 1998.

2. si el banco local fuera el cesionario y el cedente, -que continúa como agente perceptor designado a tales efectos-, es un sujeto radicado en el país que asume formalmente la calidad de cobrador de los documentos negociados.

Ello es así porque en la práctica quien cobra es quien en definitiva sabe cuánto hay de IVA incorporado, cuánto de impuestos se está devengando.

A los fines de mantener un control de las operaciones el decreto reglamentario establece que en estos casos las entidades financieras deben cumplir con la formalidad de suministrar mensualmente a la AFIP la nómina de las operaciones realizadas en las condiciones que hemos comentado.

VII. Operaciones financieras. Intereses que se convengan y facturen discriminados del precio de venta

El artículo 10 de la Ley establece, para determinar la base sobre la cual se calculará el débito fiscal, que son integrantes del precio neto gravado - aunque se facturen o convengan por separado - los intereses, actualizaciones, comisiones, recupero de gastos y similares percibidos o devengados con motivo de pagos diferidos o fuera de término. Pero acto seguido el mismo artículo plantea que quedan excluidos de lo dispuesto precedentemente:

1. los conceptos aludidos que se originan en deudas con los proveedores y contratistas del Estado, resultantes de las leyes 13064, 21391, 21392 y 21667 y del Decreto 1652/86 y sus similares emergentes de leyes provinciales u ordenanzas municipales dictadas con iguales alcances. (inc.2)

2. los intereses, actualizaciones u otros ingresos que, pactados expresamente, derivaren del pago diferido de la venta de obra sobre inmueble propio. (parr. 7°).

3. los recargos financieros en el caso de operaciones de seguro o reaseguro.(parr. 9°).

A pesar que en julio de 1992 había entrado en vigencia el Decreto de necesidad y urgencia 879/92 extendiendo el ámbito del impuesto a los servicios financieros, existía un consenso generalizado, basado en la subsistencia íntegra del art. 10 de la ley que el mismo no había sido modificado y que por lo tanto se mantenían totalmente vigentes las exclusiones de precio neto gravado enunciadas anteriormente.

Sin embargo, el 31 de diciembre fue publicado el Decreto 2633/92 que introdujo en el reglamento el actual artículo 10 disponiendo que "los intereses originados en la financiación o en el pago diferido o fuera de término del precio correspondiente a las ventas, obras, locaciones o prestaciones resultan alcanzados por el impuesto aún cuando las operaciones que dieron lugar a su determinación se encuentren exentas o no gravadas".

Este fue el pecado original que en definitiva dará lugar al artículo 22 del reglamento. El fisco, o por lo menos quienes redactan los reglamentos, interpretaron que desde julio de 1992 la financiación es una prestación de servicios autónoma que en todos los casos se ha independizado de las operaciones a las que accede, que no importa si los hechos impositivos principales están gravados o exentos, los intereses en todos los casos están gravados, salvo que expresamente se los exima en el artículo 7° inc. H punto 16 de la ley. En consecuencia y a falta de normas sustantivas en la Ley que regulen la gravabilidad de las colocaciones y prestaciones financieras las establecieron a través del Reglamento.

Oportunamente nos opusimos a esta exégesis de la norma, pues sostuvimos la existencia de un principio de unicidad en el IVA, vigente claramente desde la Ley 23.349, y que se ratifica en la norma positiva, en el caso la subsistencia de los intereses como una extensión del precio neto de la operación principal que conduce a su gravabilidad o no según sea el tratamiento de la misma.

Para atenuar la regresividad del impuesto, el legislador eximió las cuotas de colegios privados y prepagos médicos, pero en aras de una supuesta búsqueda de la equidad horizontal se asiste a la paradoja que el reglamentador grava los intereses punitivos cuando por dificultades económicas el usuario incurre en el pago fuera de término de las mismas.

Mediante el art. 22 del Decreto 692/98 se establece que cuando los intereses se convengan y facturen discriminados del precio de la venta, obra o locación o prestación, el hecho imponible que los mismos originen se perfeccionará de acuerdo a la regla general, es decir al producirse el vencimiento del plazo previsto para el pago del rendimiento o con su percepción, lo que fuere anterior y que idéntico tratamiento debe darse a los intereses que identificamos en el primer párrafo de este Capítulo como excluidos del precio neto de venta.

A través de una norma referida al nacimiento del hecho imponible para los servicios financieros, el reglamentador parece definir subrepticamente aspectos distintos a la mera cuestión de la imputación temporal, puesto que trata de establecer, siempre que no se discuta la legitimidad de la interpretación, que los intereses que enunciamos en los puntos anteriores están en todos los casos gravados, salvo que se los exima en el artículo 7°, inc h) punto 16. De manera oblicua insiste en la orientación adoptada al dictar el Decreto 2633/92.

Seguros

Por el Decreto N° 171/92 se había eliminado la exención en el IVA a las operaciones de seguro, reaseguro y retrocesión. Esa misma norma, modificada por el Decreto N° 355/92, y con vigencia a partir del 1° de abril de 1992 estableció que la base imponible estaría dada por el precio total de emisión de la póliza, o en su caso, de suscripción del respectivo contrato, neto de los recargos financieros.

Posteriormente el Decreto N° 879/92 eliminó la exención a las operaciones financieras y dio lugar a la peregrina interpretación reglamentaria del Decreto N° 2633/92.

Pareció existir consenso, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia administrativa (Dict. N° 56/93 - DAL, 30/11/93; Dict. N° 118/94 - DAT, 11/7/94; Dict. N° 55/97 - DAT, 26/11/97; Dict. 4/98 - DAT, 16/1/98) que siendo el anteúltimo párrafo del art. 10 de la Ley del IVA una norma específica para los

contratos de seguro, la misma prevalecía sobre la norma general que grava la actividad financiera aún cuando ésta fuere posterior, y en consecuencia eran excluidos expresamente de una base imponible, en la que de otra manera hubieran estado naturalmente incluidos por ser accesorios a una operación gravada.

El único disenso se generaba en el tratamiento de los créditos fiscales, pues en tanto algunos contribuyentes absorbían la totalidad de sus créditos fiscales indirectos, el organismo recaudador sostenía (Dict. N° 55/97 - DAT) que esos ingresos financieros constituyen una prestación autónoma pero con tratamiento exentivo y que por lo tanto resultaba aplicable el principio de prorrata instituido en el art. 13 de la Ley.

Autorizada doctrina⁹ entiende que del juego de las normas analizadas sólo puede concluirse que el Decreto fija pautas de imputación temporal del ingreso exento para permitir la impugnación de los créditos fiscales indirectos asociados y que en todo caso, el concepto "recargos financieros" en el ámbito de los seguros es distinto al de intereses de financiación.

Sólo queda por esperar una nueva interpretación que aclare el alcance de la norma, puesto que su oscuridad afecta las condiciones de competencia.

VIII. Geriátricos

En el art. 40 del se da jerarquía reglamentaria a opiniones vertidas con anterioridad en dictámenes. Los servicios prestados por los establecimientos geriátricos pueden ser abonados directamente por las obras sociales en cuyo caso están exentos por art. 7° inc. h) punto 25. Pero era controvertido el tratamiento de los pagos indirectos.

¿Cuándo se dan estas situaciones?. Ocurre que los familiares del paciente internado son quienes pagan al establecimiento geriátrico pero lo hacen con subsidios financiados por la obra social a la que están afiliados o mediante reintegros que ésta abona posteriormente.

En ese sentido el dictamen 33/94 (D.A.T.) de la DGI había planteado inicialmente que los pagos indirectos estaban gravados. Sin embargo, un dictamen posterior, el 68/94 (D.A.T.) originado en una opinión en contrario vertida por la Secretaría de Ingresos Públicos reconoció finalmente su exención hasta el importe de los mismos.

En este aspecto se asimilan al tratamiento que el primer párrafo del art. 12 del decreto reglamentario otorga a los pagos por asistencia sanitaria.

Vale la pena recordar que en dictámenes 117/95 y 96/96 (D.A.T.) se interpretó que, por el contrario, los pagos por "coseguro" realizados a establecimientos geriátricos están gravados, por no estar expresamente incluidos por la ley en los límites de la exención. Se entiende por coseguro el pago complementario que debe efectuar el beneficiario cuando la prestación se encuentra cubierta por el sistema sólo en forma parcial. Aquí sí se suscita una diferencia con el tratamiento que se da a los servicios de asistencia sanitaria, médicos, paramédicos, etc.. Para los mismos está exento no sólo el pago cubierto por la obra social o prepago médico, sino también los importes del coseguro.

IX. Medios de comunicación

Al tiempo de escribir estas líneas el autor sólo posee el Dictamen de la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación referido al Proyecto de Reforma Tributaria enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso. En dicho dictamen se mantiene el art. 49 de la ley que establece la exención para los ingresos obtenidos por la prensa escrita, las emisoras de radio y televisión, las agencias informativas y la publicidad en la vía pública, en razón del desarrollo de sus actividades específicas. El decreto reglamentario aclara que esta liberalidad no comprende a los ingresos atribuibles a los bienes gravables que se comercialicen conjunta o complementariamente con dichas actividades, en tanto tengan un precio diferenciado de la venta o prestación principal y no constituyan un elemento sin el cual esta última no podría realizarse. Receta de esta manera los argumentos esgrimidos en el Dictamen N° 11/96 (DAL) en el que se afirma la gravabilidad en el IVA de videos, discos compactos y video juegos que se acompañan a ciertas revistas editadas por la empresa, por entender que la norma no

autoriza una exención subjetiva para una empresa periodística en términos absolutos, desgravando cualquier clase de operación, pues asume que sólo se refiere a los ingresos naturales y específicos de la actividad de prensa, que es la venta de ejemplares y la publicidad.

Cuatro condiciones deben perfilarse para que el ingreso esté gravado :

1. que el bien que se comercializa esté gravado, por lo tanto la norma no comprende la venta de libros, folletos e impresos similares, diarios y publicaciones periódicas impresos, incluso ilustrados. Está apuntando, de acuerdo a la experiencia corriente a los videos, "CD", disquetes y otros productos.
2. la comercialización debe ser efectuada conjunta o complementariamente. Según el Dictamen 42/81 (D.A.T.J.), el requisito "conjunta" es de orden temporal y esa forma adverbial significa "al mismo tiempo" de acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española; en tanto que "complementariamente" implica que debe existir entre las prestaciones una relación vinculante de orden natural, funcional, técnica o jurídica de la que se derive necesariamente la anexión de unas a otras. Lo "complementario" es "lo que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa" (Diccionario citado).
3. el mismo reglamento se encarga de aclarar que los bienes tienen precio diferenciado cuando poseen un valor propio de comercialización, aún cuando el mismo integre el precio de las operaciones que complementan incrementando los importes habituales de negociación de las mismas.
4. los bienes deben ser accesorios a la prestación principal o independientes de ella de manera tal de no constituir por si mismos una condición para su existencia.

Una de las consecuencias de esta interpretación es que convierte en responsables del gravamen a los revendedores, canillitas, kioscos de revistas, etc. que comercializan estos productos, los que deberán asumir su condición de inscriptos en el IVA o eventualmente de ser sujetos del Régimen Simplificado.