

Título: Impacto impositivo del matrimonio igualitario. Solución de la AFIP. Circular 8-2011

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2011 (julio), 01/07/2011, 14

Cita: TR LALEY AR/DOC/1915/2011

Sumario: 1. Introducción. 2. La ley de impuesto a las ganancias. 3. La interpretación dada por la CSJN al pago del impuesto a las ganancias sobre bienes gananciales. 4. Pago de impuesto a las ganancias en el caso de matrimonio homosexual. 5. El impuesto a los bienes personales. 6. La circular n° 8/2011 de la AFIP. 7. La vigencia temporal de la circular y su aplicación al ejercicio 2010.

"La ley 20.628 (t.o. 1997) (Adla, LVII-D, 4262) se aparta del régimen del Código Civil en la forma de determinación del carácter de los bienes de los cónyuges, así en el artículo 28 establece que las disposiciones del Código Civil sobre el carácter ganancial de los beneficios de los cónyuges no rigen a los fines del Impuesto a las Ganancias, siendo en cambio de aplicación las normas contenidas en los artículos 29 y 30 del citado cuerpo legal."

### 1. Introducción

La ley 26.618 (Adla, LXX-D, 3065) reforma el Código Civil eliminando el requisito de la diversidad de sexos, permitiendo de este modo que puedan casarse entre sí los homosexuales y las lesbianas.

Esta reforma impactó sobre todo el sistema jurídico argentino, que está elaborado sobre la base del matrimonio heterosexual. La norma lógicamente, no podía prever todas las consecuencias que la eliminación de la diversidad sexual matrimonial podía provocar. Para impedir que se produjeran situaciones discriminatorias entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, estableció una cláusula omnicompresiva en su artículo 42, que dice concretamente:

Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos -2- personas del mismo sexo como al constituido por dos -2- personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos -2- personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos -2- personas de distinto sexo.

En virtud del artículo transcrito, no deben existir diferencias en la forma de pagar los impuestos de las parejas casadas en forma tradicional y las casadas entre personas de similar sexo.

Sin embargo existen distinciones en orden a la manera de tributar el impuesto a las ganancias y el impuesto a los bienes personales [\(1\)](#) que analizaremos a continuación.

### 2. La ley de impuesto a las ganancias

Existen dos sistemas antagónicos de imposición de las rentas obtenidas por los cónyuges, estos son, aquel que considera la sociedad conyugal una unidad económica y por ende justifica la sujeción del núcleo familiar en forma conjunta al impuesto, y aquel que grava en forma separada a sus integrantes.

Nuestro sistema impositivo no se inclina por ninguno de los dos sino que adopta un temperamento híbrido, pues si bien por una parte grava individualmente a los cónyuges, otra parte torna más gravosa la carga fiscal del marido en virtud de la acumulación de ciertas rentas gananciales sobre sus espaldas, dando lugar a la aguda observación de que no participa de las bondades propias de cada uno de esos sistemas, pero sí puede recibir las críticas que se formulan a cualquiera de ellos. [\(2\)](#)

La ley de Impuesto a las Ganancias establece en sus artículos 28, 29 y 30 la forma como se van a atribuir los ingresos a las personas casadas a fin de que paguen este impuesto.

En este aspecto la ley 20.628 (t.o. 1997) (Adla, LVII-D, 4262) se aparta del régimen del Código Civil en la forma de determinación del carácter de los bienes de los cónyuges, así en el artículo 28 establece que las disposiciones del Código Civil sobre el carácter ganancial de los beneficios de los cónyuges no rigen a los fines del Impuesto a las Ganancias, siendo en cambio de aplicación las normas contenidas en los artículos 29 y 30 del citado cuerpo legal.

Por su parte el artículo 29 establece corresponde atribuir a cada cónyuge las ganancias provenientes de:

a. Actividades personales (profesión, oficio, empleo, comercio, industria);

b. Bienes propios;

c. Bienes adquiridos con el producto del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria.

Artículo 30. Corresponde atribuir totalmente al marido los beneficios de bienes gananciales, excepto:

a. Que se trate de bienes adquiridos por la mujer en las condiciones señaladas en el apartado c. del artículo anterior;

b. Que exista separación judicial de bienes;

c. Que la administración de los bienes gananciales la tenga la mujer en virtud de una resolución judicial.

De los artículos transcritos, se infiere que las rentas de bienes gananciales adquiridos por cualquiera de los esposos o por ambos, con bienes diferentes a los productos de su profesión, oficio, empleo o comercio se atribuyen al marido, salvo en la medida que la mujer pruebe fehacientemente que el origen de los fondos o la parte correspondiente cumple con algunas de las causales constitutivas de las excepciones.

Cabe señalar que la ley no admite la prueba de presunciones para demostrar que la inversión fue realizada con fondos de la mujer, ya que el artículo 51 del Decreto Reglamentario de la Ley 20.628 establece el requisito de la comprobación fehaciente.

Para exponerlo en forma mas clara y en términos más familiares para los abogados, podemos afirmar que el marido y la mujer pagan impuesto a las ganancias en forma separada sobre los ingresos provenientes de su profesión industria y comercio y sobre las rentas de los bienes comprados con tales ingresos.

3. La interpretación dada por la CSJN al pago del impuesto a las ganancias sobre bienes gananciales

La CSJN se expidió sobre la forma en que deben pagarse el impuesto a las ganancias sobre bienes gananciales en el caso "Marchese" cuya doctrina se encuentra vigente. [\(3\)](#)

En ese precedente los esposos Marchese demandaron a la Nación sosteniendo que el impuesto a los réditos de la sociedad conyugal no podía cobrarse al marido, sino que los esposos debían tributar por separado, invocaron entre otros fundamentos el principio de la igualdad contenido en la Constitución Nacional.

La CSJN resolvió en contra de lo peticionada por los "Marchese" diciendo que la ley de Impuesto a Las Ganancias establecía que el impuesto a los réditos debía ser liquidado prescindiendo de lo que dispone el Código Civil acerca del carácter de bienes gananciales de los réditos de los cónyuges.

Lo resuelto por la CSJN en el año 1938 sigue teniendo vigencia en la actualidad y ello justifica que el régimen impositivo argentino se desentienda de la calificación de bienes propios y gananciales y establezca un criticable sistema de imposición, que podía justificarse a mediados del siglo XX pero que carece de razón de ser en la actualidad.

Según el criterio sentado por la CSJN en el referido precedente y mantenido en la actual ley de Impuesto a las Ganancias, los réditos de los bienes gananciales deben ser considerados, a los efectos de la liquidación del impuesto, como réditos propios del marido.

En el año 1938 esta solución tenía sentido porque era el marido quien tenía el poder de disposición sobre los bienes gananciales. En el siglo XXI carece completamente de razón de ser porque ambos cónyuges mantienen un poder de administración y disposición separado, sin embargo la ley de impuesto a las ganancias mantiene este principio en los artículos 29 y 30.

Resulta de toda obviedad que la regla contenida en los artículos 29 y 30 de la Ley 20.628, no puede ser aplicada al matrimonio igualitario, porque cuando el matrimonio es de dos hombres, no se podría atribuir la totalidad de las rentas a ninguno de ellos y en el caso de casamiento de lesbianas, no se puede presumir que ninguna de ellas cumpla el rol de esposo, a los fines del pago del impuesto a las ganancias.

4. Pago de impuesto a las ganancias en el caso de matrimonio homosexual

Es claro que en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, no se puede aplicar el artículo 30 de La Ley de Impuesto a las Ganancias porque no existe ningún "marido" a quien atribuir totalmente los beneficios de los bienes gananciales. De allí que los cónyuges homosexuales tributan por separado.

Esta situación por una parte producía injusticias, ya que quienes se hubieran casado con una persona de su mismo sexo tributaban menos que los cónyuges heterosexuales y por otra parte generaba confusión en los operadores contables acerca de cómo debían pagar el impuesto a las ganancias los cónyuges heterosexuales ya que en virtud del art. 42 de la Ley 26618 no puede existir diferencias entre ambos tipos de nupcias, en orden a los derechos y obligaciones.

Con un cuadro trataremos de demostrar la diferencia cuantitativa en orden al pago del impuesto a las

ganancias que se produce si se atribuye la totalidad de las rentas al marido o si solo se atribuye el 50%.

| Ganancia neta Impositiva calificada (GNIC) | Impuesto del marido sobre GNIC Previo a la Ley (I) | Impuesto conjunto (sobre GNIC Luego de la Ley (II) | Diferencia Impuesto sobre GNIC (III)=(I)-(II) |
|--|--|--|---|
| \$500.000                                  | \$175.000  | \$157.300  | \$17.700                                      |
| \$264.000                                  | \$ 92.400  | \$ 74.700  | \$ 17.700                                     |
| \$100.000                                  | \$ 35.000  | \$ 23.540  | \$ 11.460                                     |
| \$ 50.000                                  | \$ 17.500  | \$ 10.070  | \$ 7.430                                      |

En la profesión contable se generó un debate sobre si correspondía mantener la consolidación a efectos impositivos. (4)

Cualquiera que fuera la forma que se eligiera había riesgos ya que si se optaba por pagar los gravámenes de la sociedad conyugal en cabeza del marido, la esposa podía incurrir en una omisión o viceversa si se optaba por atribuir los gravámenes en forma separada, como lo deben pagar los matrimonios homosexuales, el marido podía incurrir en una omisión fiscal ya que la ley de impuesto a las ganancias no había sido derogada ni declarada inconstitucional

#### 5. El impuesto a los bienes personales

La ley de impuesto a los bienes personales aplica el mismo criterio que la ley de impuesto a las ganancias para determinar el monto imponible, salvo que en un caso se grava el valor de los bienes y en otro caso el valor de las ganancias.

Así el artículo 18 de la ley 23.966 (t.o. 1998) (Adla, LVIII-B, 1765) establece

En el caso de patrimonios pertenecientes a los componentes de la sociedad conyugal, corresponderá atribuir al marido además de los bienes propios, la totalidad de los que revisten el carácter de gananciales, excepto:

- a. Que se trate de bienes adquiridos por la mujer con el producto del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria.
- b. Que exista separación judicial de bienes.
- c. Que la administración de todos los bienes gananciales la tenga la mujer en virtud de una resolución judicial

Rigen entonces las mismas críticas para el impuesto a los bienes personales que las ya hechas para el impuesto a las ganancias e igual necesidad de reforma legislativa.

#### 6. La circular n 8/2011 de la AFIP

Para solucionar esta situación se propugnaba que se produjera una reforma legislativa. (5)

Para dar respuesta a esta situación la Administración Federal de Ingresos Brutos (AFIP), dictó la Circular N° 8/2011, que establece como se debe pagar tanto el impuesto a las ganancias como el impuesto a los bienes personales: Expresamente dice

- a. Impuesto a las ganancias: Corresponde atribuir a cada cónyuge las ganancias provenientes de:
  1. Actividades personales (profesión, oficio, empleo, comercio, industria).
  2. Bienes propios.
  3. Bienes gananciales adquiridos con el producto del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria.
  4. Bienes gananciales adquiridos con beneficios provenientes de cualquiera de los supuestos indicados en los puntos 2. y 3. precedentes, en la proporción en que cada cónyuge hubiere contribuido a dicha adquisición.

b. Impuesto sobre los bienes personales: corresponde atribuir a cada cónyuge:

1. La totalidad de los bienes propios.

2. Los bienes gananciales adquiridos con el producto del ejercicio de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria.

3. Los bienes gananciales adquiridos con beneficios provenientes de los bienes indicados en los puntos anteriores, en la proporción en que hubiere contribuido a su adquisición.

7. Naturaleza y vigencia temporal de la circular y su aplicación al ejercicio 2010

Lo primero que debemos determinar es cual es la naturaleza jurídica de la Circular 8-2011, ello es de crucial importancia para establecer su alcance, en tal sentido hay que precisar si se trata de una mera interpretación interna de la AFIP o si constituye una resolución interpretativa.

La diferencia no es menor porque de ser una resolución interpretativa es vinculante para los contribuyentes y es apelable en los términos del artículo 8 del decreto 618.

Cabe recordar que el decreto 618 del año 1997 en su artículo 8 establece:

\* El Administrador Federal tendrá la función de interpretar con carácter general las disposiciones de este decreto y de las normas legales que establecen o rigen la percepción de los gravámenes a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuando así lo estime conveniente o lo soliciten los contribuyentes, importadores, exportadores, agentes de retención, agentes de percepción y demás responsables, entidades gremiales y cualquier otra organización que represente un interés colectivo, siempre que el pronunciamiento a dictarse ofrezca interés general. El pedido de tal pronunciamiento no suspenderá cualquier decisión que los demás funcionarios de la Administración Federal de Ingresos Públicos hayan de adoptar en casos particulares.

Las interpretaciones del Administrador Federal se publicarán en el Boletín Oficial y tendrán el carácter de normas generales obligatorias si, al expirar el plazo de quince (15) días hábiles desde la fecha de su publicación, no fueran apeladas ante el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos por cualquiera de las personas o entidades mencionadas en el párrafo anterior, en cuyo caso tendrán dicho carácter desde el día siguiente a aquel en el que se publique la aprobación o modificación de dicho Ministerio. En estos casos, deberá otorgarse vista previa al Administrador Federal para que se expida sobre las objeciones opuestas a la interpretación.

Las interpretaciones firmes podrán ser rectificadas por la autoridad que las dictó o el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo precedente, pero las rectificaciones no serán de aplicación a hechos o situaciones cumplidas con anterioridad al momento en que tales rectificaciones entren en vigor.

Fernando García sostiene que es una resolución interpretativa interna de la AFIP basándose en que fue publicada dentro de los avisos oficiales y no dentro de la parte de legislación del Boletín Oficial y además en que la AFIP no hizo referencia expresa a que dictaba la circular en razón de sus facultades de interpretación

Igual opinión sostiene Luis Omar Fernández quien señala que es una mera Circular de la autoridad de aplicación que, como es sabido, no tiene más valor que el de una instrucción a sus empleados, careciendo de todo efecto vinculante para los contribuyentes. (6)

La circular 8/2011 fue dictada con posterioridad al vencimiento general para presentar las declaraciones juradas del año 2010, esto suscita una primera duda, cual es determinar cual es su alcance temporal ello, implica especificar si es retroactiva y se debe rectificar el 2010.

Estimamos que esta circular de la AFIP no puede ser interpretada retroactivamente y que dado la fecha en que fue dada a conocer, se aplica para el ejercicio 2011 y no para el 2010.

(1) RAJMILOVICH, Darío M., "Nueva ley de matrimonio y sus implicancias en el sistema de imposición de las personas físicas", p. 59; KALEMKERIAN, Fernando Carlos, "El impuesto a la renta y sobre los bienes personales y la reciente modificación del régimen matrimonial", p. 55. Sup. Especial La Ley. Matrimonio Civil entre personas del mismo sexo.

(2) KALEMKERIAN, Carlos Fernando, "El impuesto a las rentas y sobre los bienes personales y la reciente modificación del régimen matrimonial", En suplemento especial La Ley "Matrimonio Civil entre personas del mismo sexo", p 56.

(3) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/12/1938, Natalio L. Marchese y Angela Safforini de Marchese c. La Nación, La Ley Online; Fallos Corte: 182:486, Cita Online: AR/JUR/4/1938.

(4) GARCÍA, Fernando "Nace polémica sobre el tratamiento impositivo de bienes gananciales", Errepar 10 de Mayo del 2010.

(5) FERNÁNDEZ, Luis Omar, "Las modificaciones a la legislación civil y los impuestos", Doctrina Tributaria

ERREPAR agosto 2010.

(6) FERNÁNDEZ, Luis Omar, La atribución de los bienes gananciales, Publicado en: Práctica Profesional 2011-141, 3 - Sup. Act. 17/05/2011, 1.