



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL  
FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS

CARRERA DE POSGRADO - ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN

TRABAJO FINAL INTEGRADOR PARA OBTENER EL TITULO DE ESPECIALISTA EN  
TRIBUTACIÓN

**TÍTULO:**

**“DERECHO REAL DE SUPERFICIE:  
TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE SU APLICACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN Y AL  
AGRO”**

Alumno: C.P.N. Sebastián M. Zacarias

Tutora: Dra. C.P.N. Esp. Trib. Daniela Veglia

## INDICE

1	DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA. ....	3
2	FUNDAMENTACIÓN DEL TRABAJO. ....	5
3	DEFINICIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.....	5
3.1	Análisis de su definición.....	6
3.2	Características principales .....	7
4	FACULTADES DEL SUPERFICIARIO.....	9
5	BIENES SEGÚN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL .....	10
6	DERECHO REAL VS DERECHO PERSONAL .....	11
6.1	Diferencias con otras figuras .....	12
7	PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS .....	13
8	EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL SECTOR AGROPECUARIO .....	15
8.1	Características particulares del derecho real de superficie en el agro .....	15
8.2	Comparación con contrato arrendamiento rural y la aparcería .....	16
8.3	Casos de éxito de derecho de superficie en el sector agroindustrial .....	17
9	DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN LA CONSTRUCCIÓN .....	17
9.1	Características particulares .....	17
9.2	Casos de éxito de derecho de superficie en el sector de la construcción.....	18
10	TRATAMIENTO IMPOSITIVO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE .....	18
10.1	TRATAMIENTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS .....	18
10.1.1	Constitución del Derecho de Superficie.....	18
10.1.2	Bienes adquiridos o construidos o plantados .....	22
10.1.3	La venta de lo producido.....	23
10.1.4	Extinción del derecho de superficie .....	24
10.2	TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO .....	27
10.2.1	Constitución del derecho de superficie .....	27
10.2.2	Venta de lo construido .....	28
10.2.3	Extinción del derecho real de superficie.....	29
10.3	TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS SANTA FE.....	30
10.3.1	Constitución del derecho de superficie .....	30
10.3.2	Tratamiento de lo construido o loteos sin construir .....	31
10.3.3	Extinción del derecho real de superficie.....	33
11	CONCLUSIÓN .....	33
12	BIBLIOGRAFIA .....	34
13	NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA .....	35

## 1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

El nuevo Código Civil y Comercial ha creado una serie de relaciones jurídicas y ha modificado otras que regulan actos jurídicos con impacto económico. Los hechos imponderables a los que estos dan nacimiento se asimilan a los de las leyes tributarias, algunas de las cuales se han modificado a partir de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (1) pero, sin embargo, otras normas tributarias han permanecido invariables ante semejante acontecimiento jurídico. Es decir que, en ciertas situaciones, el legislador mantuvo los hechos imponderables establecidos para la naturaleza de las leyes anteriores, cuando en realidad los institutos jurídicos que rigen las normas actuales se han modificado a partir de los cambios sancionados en el nuevo plexo. Ante esta situación hay una demora por parte de los organismos en cubrir los vacíos de interpretación y reglamentación. Este *delay* provocado entre las nuevas normas y la adecuación de las anteriores en algunos derechos implicados, genera la necesidad de recurrir no solo a los principios del derecho tributario sino de todo el derecho a fin de determinar la naturaleza jurídica del hecho imponderable, dispuestas en la ley 11683 a los efectos de interpretar y cumplir correctamente la ley. En este sentido, (Cortés, 2017) expresa que “... *de ese silencio del legislador y la labor acotada de la prestigiosa comisión redactora que, sin negar y reconocer la titánica tarea desarrollada, no desarrolló un proceso de elucidación normativo que analizara la trascendencia de los cambios formulados y su impacto en las demás ramas del derecho*”, mientras que Núñez (Núñez, 2016) señala que “*las autoridades gubernamentales y fiscales parecen no haber receptado aún la importancia de adaptar los textos tributarios legales en vigor al verdadero combo resultante de las nuevas normas civiles y comerciales de fondo...*”.

Un ejemplo claro de esa situación es el derecho real de superficie, un derecho real incorporado a nuestro sistema jurídico por el nuevo Código Civil (CCyCo.), sancionado por la ley 26994, con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (su vigencia original se encontraba prevista para el 1 de enero de 2016, la que fue modificada y anticipada por imperio de la L. 27077), del cual se desprenden una gran cantidad de relaciones jurídicas y tributarias que al momento no han sido totalmente instrumentadas o reglamentadas por las normas tributarias.

En el contexto económico actual del país, las empresas constructoras se encuentran en crisis debido al gran aumento de costos de la construcción, producto de la inflación, y a la imposibilidad de aumentar los precios de venta, por un lado, debido a la caída de la demanda por la pérdida de ingresos en términos reales por parte de los compradores y al descenso del número de inversores debido a que otros sectores de la economía también transitan momentos de incertidumbre, y por el otro lado por la gran oferta existente de productos terminados, los cuales fueron construidos a un costo menor en términos reales debido a las variables (principalmente la relación dólar oficial/precio de venta e índice

de la Cámara Argentina de la Construcción/precio de venta) reinantes en otro momento de nuestra economía y por lo tanto hoy son más competitivos que los productos en construcción.

Por su parte, el sector agropecuario ha transitado tres años de sequía debido al fenómeno climático conocido como La Niña, lo cual ha generado pérdidas millonarias tanto en materia agrícola como ganadera y tambara. Esto produjo el endeudamiento de un gran número de productores que con limitadas posibilidades de crédito buscan sobrellevar la situación económica y financiera de sus empresas.

Si a este momento de los sectores de la construcción y agrícola incorporamos las dificultades generadas por la falta de financiamiento mediante créditos hipotecarios y de capital de trabajo, la escasez de inversiones alternativas, el alto costo de incorporar tecnología y la problemática del déficit habitacional estructural se llega a la conclusión que es el momento de ser creativos en la búsqueda de soluciones. En ese sentido, podemos comenzar a pensar en utilizar el derecho real de superficie como nuevo instrumento para estructurar negocios inmobiliarios y agropecuarios debido a las siguientes posibilidades que otorga:

- a- permite aislar el inmueble y así disminuir los riesgos asociados a la construcción y al agro.
- b- reducción de los costos, al no tener que recurrir a la compra del terreno o inmueble rural para llevar adelante un proyecto inmobiliario o agropecuario.
- c- otorga la posibilidad de construir en terrenos de menores dimensiones a partir de lograr parcelas más pequeñas a las que establece la legislación local para dividir un lote de terreno.
- d- las empresas constructoras con problemas financieros para concluir las obras podrían ceder el derecho de superficie por un determinado tiempo a cambio de la terminación de la obra faltante, manteniendo el terreno bajo su propiedad.
- e- posibilidad de combinarlo con otras figuras de auge tanto en el mercado inmobiliario como en los pool de siembra, tal como lo son los contratos de fideicomisos (L. 26994, arts. 1666 a 1689), al estar previsto en los mismos la posibilidad de que el o los fiduciantes aporten bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades. Por lo tanto, el derecho real de superficie puede ser transmitido en el marco del contrato de fideicomiso.
- f- otorgar derechos de superficie a empresas o inversores interesados en desarrollar sistemas de producción de ganadería intensiva, como feedlots. Esto les permite diversificar sus fuentes de ingresos y aprovechar el potencial de sus campos para la producción ganadera.
- g- rehabilitar espacios públicos degradados o abandonados mediante el otorgamiento por parte de los municipios de derechos de superficie a organizaciones públicas o privadas para la

revitalización de áreas urbanas deterioradas, incentivando la inversión y la mejora del espacio público.

Como he analizado, la incorporación del derecho real de superficie a nuestro Código trae nuevas posibilidades e incentivos que permitirían enfrentar este momento del sector de la construcción y del agro, el cual requiere de creatividad y dinamismo por parte de sus actores. En este marco, es fundamental analizar tributariamente a este derecho real ya que, si bien han transcurrido algunos años desde su incorporación a nuestra legislación, aún existen vacíos en materia fiscal que requieren de análisis y respuestas claras con el fin de evitar contingencias respecto de su implementación.

## 2 FUNDAMENTACIÓN DEL TRABAJO.

Expuesta la problemática y los beneficios de implementar el derecho real de superficie, en el presente trabajo se estudiará esta figura jurídica, realizando una descripción de sus características en miras de su vinculación directa con la industria de la construcción y con el sector agropecuario en la Provincia de Santa Fe.

Se examinará el nuevo derecho real respecto del principio tributario de legalidad a fin de identificar el nacimiento o no de los hechos imposables en materia tributaria en cada aplicación particular.

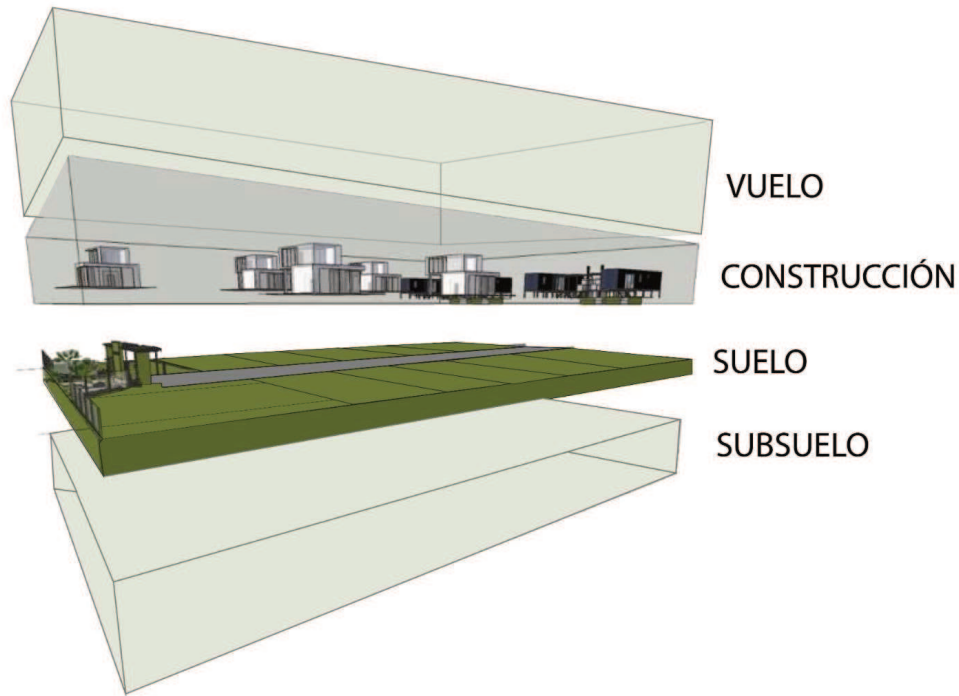
Asimismo, se analizará el impacto que el nuevo derecho real ha tenido sobre las normas del Impuesto a las Ganancias, el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto sobre los Ingresos Brutos de la Provincia de Santa Fe.

Por último, haciendo un racconto de la normativa, la bibliografía y la jurisprudencia, se expondrán las conclusiones respecto a aquellos vacíos tributarios que requieren hoy más que nunca de precisiones sobre la gravabilidad y el nacimiento de los hechos imposables a partir de los hechos económicos que se desprenden de la aplicación del derecho real de superficie en el sector de la construcción y en el sector agropecuario.

## 3 DEFINICIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación define al derecho de superficie como “*un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades*

*de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.”*



Molineris Juan Pablo - REVISTA CIFRAS N°307 OCTUBRE - 2021 Pag 28-29. Modificado con la colaboración de Constanza Güena.

### 3.1 Análisis de su definición

- Existen dos partes en el derecho de superficie: el Superficiante (denominación definida por la doctrina), titular del dominio pleno del inmueble que decide constituir el derecho de superficie a favor de la otra parte, el Superficiario, quien adquiere el derecho de superficie a cambio de un canon.

- El artículo 2115 del CCyCo establece dos modalidades de ejercer el derecho real de superficie y establece dos conceptos:

\* en la primera, el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante (suelo), vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido (“**derecho de superficie**”).

\* en la segunda, el objeto son las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (“**propiedad superficiaria**”).

- La norma dispone que, en ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

-El titular del derecho de superficie denominado superficiario no solo recibe el uso y goce del bien como en el caso de usufructo, sino que también se le otorga la disponibilidad jurídica y material sobre la superficie, permitiéndole realizar plantaciones, forestar y realizar todo tipo de construcción, incluso bajo el régimen de propiedad horizontal:

Disposición Jurídica de un Inmueble: se refiere al conjunto de derechos y obligaciones reconocidos por la ley que regulan la propiedad y el uso del inmueble. Esto incluye aspectos como la titularidad del dominio (en este caso del dominio útil como se analizará a continuación), las limitaciones impuestas por normativas urbanísticas o ambientales, las servidumbres, las restricciones de uso, las hipotecas u otros gravámenes que puedan afectar el inmueble. La disposición jurídica establece los derechos y responsabilidades de los propietarios y de terceros en relación con el inmueble, así como los mecanismos legales para su protección y resolución de conflictos.

Disposición Material de un Inmueble: se refiere al control físico y el uso efectivo que se hace del mismo. Esto incluye todas las acciones relacionadas con la ocupación, la utilización y la explotación del inmueble, como la construcción de edificaciones, el cultivo de tierras, la instalación de infraestructuras, entre otras actividades. En resumen, la disposición material se refiere a la posesión y el aprovechamiento físico del inmueble por parte de su titular o de terceros.

### 3.2 Características principales

- El Código Civil y Comercial de la Nación regula al Derecho de Superficie en los artículos 2114 a 2128.
- Puede cederse a título oneroso o título gratuito.
- Requiere de título suficiente para su constitución. Deben ser otorgados por escritura pública: los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles
- Es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.
- Permite constituir derechos reales de garantía sobre el derecho a construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria.
- Es temporario. No establece plazo mínimo, pero sí un plazo máximo. Se puede prorrogar siempre que dicha prórroga no supere el plazo máximo para cada modalidad.
- Si bien la definición del CCyCo lo define como un derecho sobre inmueble ajeno, se diseñan dos planos en el derecho de superficie. Según (Zizzias, 2017) “*En el primero se asiste a un*

*derecho real sobre cosa ajena: el derecho real de construir o forestar, y en el segundo a un derecho real sobre cosa propia: la propiedad superficiaria”<sup>1</sup>.*

Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta Chacón (Carlucci, 1989) señalan que *“el derecho real de superficie es sobre cosa ajena desde la perspectiva de la titularidad del suelo; mientras que es un derecho sobre cosa propia si lo consideramos desde la perspectiva de lo edificado o plantado”*

Sin embargo, el artículo 1888 del CCyCo establece que *“son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena”*.

- El derecho real de superficie es una excepción al principio de accesión. El CCyCo establece<sup>2</sup> que las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo son parte del inmueble (construcciones, siembras o plantaciones existentes y todo lo adherido o anexado al suelo) y consecuentemente pertenecen al dueño del inmueble, excepto lo dispuesto respecto del derecho de superficie y de la propiedad horizontal. Consecuentemente, en el derecho real de superficie, por excepción al principio de accesión, las construcciones, siembras, plantaciones y todo lo adherido o anexado natural o artificialmente al suelo no pertenecen al propietario del inmueble, sino al superficiario quien va a ejercer el uso y el goce del inmueble, pero además tanto la disposición material como la disposición jurídica sobre los siguientes derechos que recaen sobre el inmueble:
  - Derechos de plantar, forestar o construir
  - Derechos sobre lo ya plantado, forestado o construido (antes de adquirir el derecho real de superficie)
  - Derechos sobre el vuelo (espacio aéreo)
  - Derechos sobre el rasante (suelo)
  - Derechos sobre el subsuelo (corteza terrestre por debajo del suelo)
  
- En el derecho de superficie también ocurre la particularidad del desmembramiento de su dominio. Similar a lo que ocurre en el usufructo, el derecho real de superficie separa el dominio en:

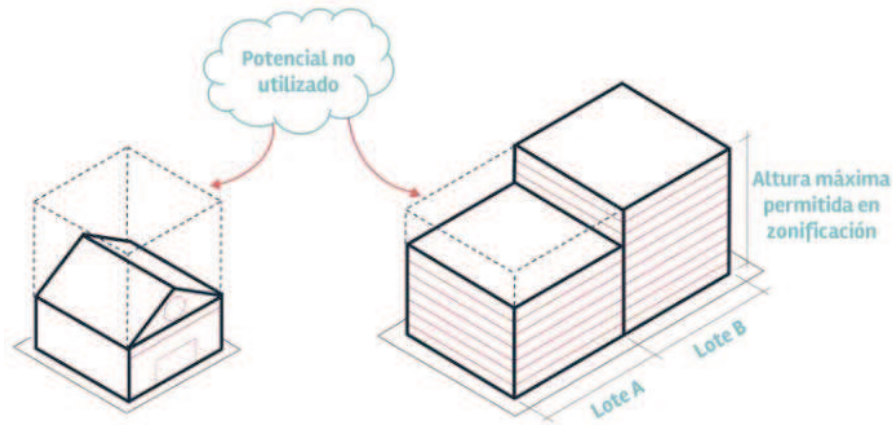
---

<sup>1</sup> M. L. de Urrutigoity e I. P. de Zizzias - Objeto del derecho real de superficie – Revista del Notario 867 - 2017

<sup>2</sup> Arts. 226 del CCyCo



- Dominio directo: arrojado al propietario (superficiante).
- Dominio útil: cedido al superficiario.



Fuente: <https://transecto.com/3>

- Se extingue por destrucción de lo plantado o construido si el superficiario no vuelve a plantar o construir dentro del plazo establecido. También se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante el plazo definido para cada actividad.
- El Art. 2116 del CCyCo permite que el derecho se constituya sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada del mismo, con proyección en el espacio aéreo, o bien solo sobre el subsuelo o sobre construcciones existentes. Con lo cual podría haber distintos superficiarios sobre el mismo inmueble, donde uno podría tener un derecho de superficie pleno sobre una parte del inmueble, otro podría tener solamente el derecho sobre el espacio aéreo sobre el resto del inmueble y finalmente otro podría tener el derecho sobre el subsuelo en esa misma área del inmueble.
- Finalmente, tengamos presente que existen diferentes modalidades del derecho de superficie (de construcción, de plantación, de forestación) y cada una tiene características particulares.

#### 4 FACULTADES DEL SUPERFICIARIO

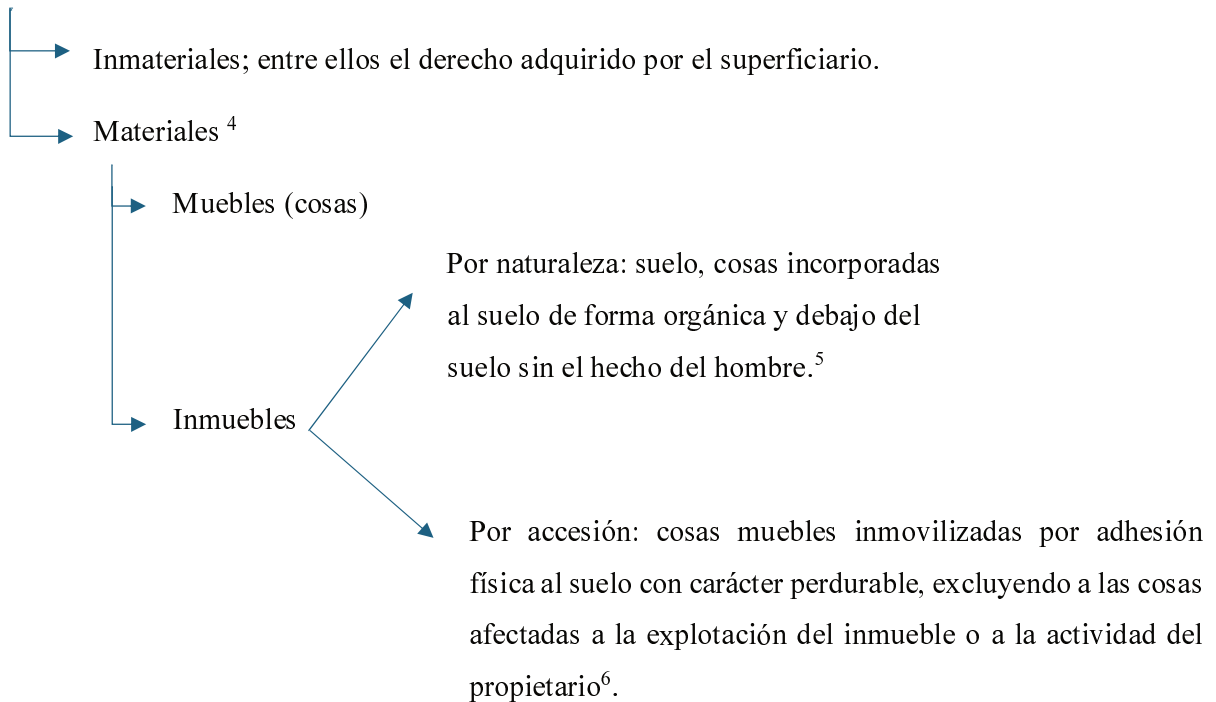
Según lo establecido por el CCyCo, el superficiario tiene atribuciones para:

<sup>3</sup> <https://transecto.com/2020/08/si-no-hay-mas-suelo-disponible-se-puede-comprar-el-aire/>

- usar, gozar y disponer material y jurídicamente del inmueble sobre el cual posee el dominio útil.
- constituir derechos reales de garantía de hipoteca y anticresis sobre el derecho a construir, plantar o forestar, o bien sobre la propiedad superficiaria. A decir de (Fernández Cossini, 2016), “*En el primer caso sería sobre cosa ajena y en el segundo sobre cosa propia*”.
- constituir derechos reales sobre la propiedad superficiaria, en ambos casos, el plazo de duración no podrá exceder el plazo del derecho de superficie.
- afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, sin autorización del superficiante.
- transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario.

## 5 BIENES SEGÚN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

### BIENES



El nuevo Código excluye de los inmuebles por adquisición a las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario, justamente a los efectos de identificar a las plantaciones y construcciones que serán objeto, entre otros del derecho real de superficie.

<sup>4</sup> Art. 16 del CCyCo

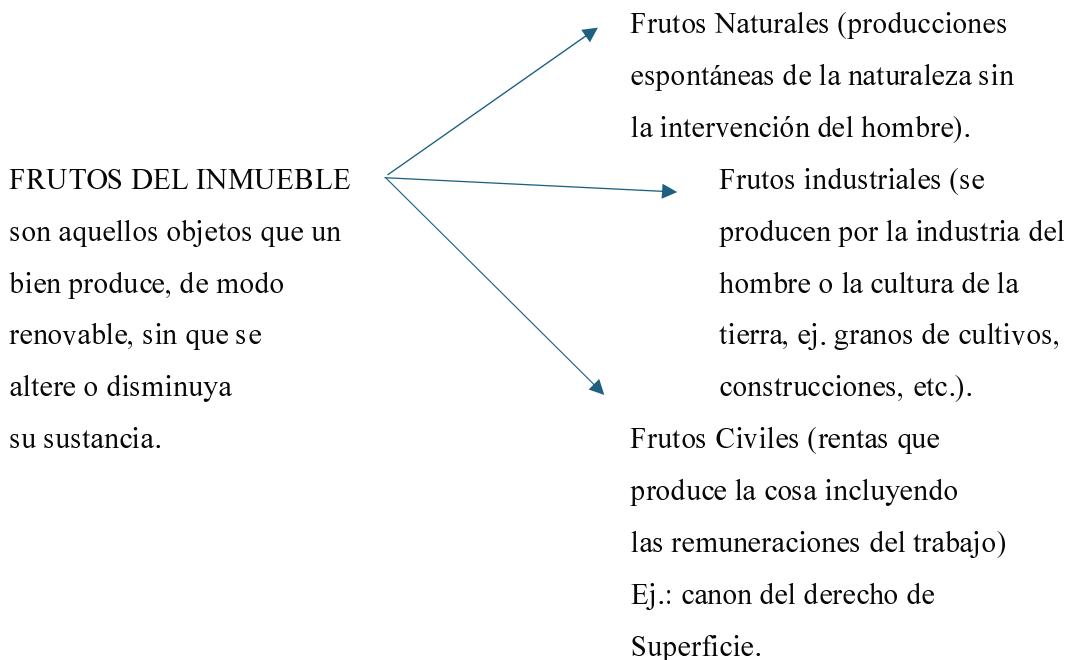
<sup>5</sup> Art. 225 del CCyCo

<sup>6</sup> Art. 226 segundo párrafo del CCyCo

Cuando la legislación incorpora al derecho real de superficie, como indica (Cortés, 2017), “*no modifica la naturaleza de la cosa inmueble, es decir, que el Código no ha creado una nueva cosa llamada superficie, sino que ha posibilitado el desmembramiento del derecho real de dominio*”.

El “dominio desmembrado” es aquel que abandona su condición de perfecto cuando su dueño se ha desprendido temporalmente de alguno de los atributos esenciales del dominio en virtud de la concesión de un derecho real temporario a un tercero. Ejemplos de dominio desmembrado son los derechos reales de superficie y usufructo.

El Código define a los productos como aquellos objetos no renovables que, separados o sacados de la cosa, alteran o disminuyen su sustancia.



## 6 DERECHO REAL VS DERECHO PERSONAL

El derecho personal consiste en la facultad de exigir a otro una obligación de dar, de hacer o de no hacer, mientras que el derecho real, según el artículo 1882 del CCyCo. “*es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código*”, en otras palabras, es la facultad o poder de aprovechar autónoma o directamente una cosa.

Los personales, según (Cura Grassi, 1996), “*son derechos imperfectos*”, menos fuertes y relativos, la forma en que se instrumentan no es determinante, no es necesaria una ley para crearlos y son oponibles contra determinados obligados. Ejemplo de estos son los adquiridos en la locación de inmuebles. Por su parte, los derechos reales, a decir del mismo (Cura Grassi, 1996), “*son derechos*

*perfectos, más fuertes y absolutos*”, solo pueden ser creados por ley, “requieren de un formulismo (escritura pública, tradición y registro)” y son oponibles contra todos”.

Cabe mencionar que el desarrollo inmobiliario del Puerto de Santa Fe se llevó a cabo en base a otorgar a los beneficiarios finales de las unidades construidas derechos personales, que como se ha dicho, no son oponibles contra todos. A partir de una concesión estatal otorgada a una sociedad que administra los espacios del puerto, esta cede los mismos a empresas que realizan desarrollos inmobiliarios. Finalmente, estas empresas otorgan a sus clientes derechos personales sobre las unidades habitacionales y comerciales que estos adquieren. Jurídicamente esta figura no solo es más endeble que un derecho real como ya se ha comentado, sino que además disminuye la capacidad de defensa del titular de derechos personales, en relación a la protección que posee el titular de un derecho real como el de superficie.

### 6.1 Diferencias con otras figuras

A fin de caracterizar correctamente a este nuevo derecho real, cabe diferenciarlo de algunas figuras jurídicas afines.

#### **Usufructo**

Tienen en común que ambos son derechos reales de uso y goce sobre una cosa de propiedad ajena y en ambos existe desmembramiento del dominio. Se diferencian en que mientras que el usufructo tiene como plazo máximo la muerte del usufructuario (indeterminado en el tiempo), el derecho de superficie estará sujeto al plazo que pacten las partes, y en su defecto al máximo establecido por la ley. Además, el usufructo no puede gravarse, mientras que el superficiario puede constituir derechos reales sobre el objeto afectado constituyendo garantías de hipoteca y anticresis. El usufructo se extingue con el fallecimiento del beneficiario y no se transmite *mortis causa*, como sí ocurre con la superficie.

#### **Locación**

La primera diferencia estriba en que mientras que la locación se constituye en un contrato y se trata de un derecho personal, la superficie es un derecho real autónomo. En el caso de la locación además el locatario no es dueño de las mejoras introducidas en la cosa ajena como sí lo es el superficiario quien cuenta con un derecho de dominio distinto al del dueño del suelo por el tiempo que dura la afectación.

Pero quizás la principal diferencia con las dos figuras antes mencionadas radica en que mientras que en el derecho de usufructo y en la locación, el usufructuario y el locatario respectivamente, solo pueden hacer uso y goce del inmueble, en la superficie el superficiario puede además realizar mejoras,

plantaciones y construir (incluso sometiendo dicha construcción a propiedad horizontal) sin solicitar previa autorización al superficiante.

**Enfiteusis** (no existe en nuestro derecho, pero sí en otros países)

Ambos son derechos reales, pero mientras que la enfiteusis el beneficiario no se encuentra limitado en el ejercicio de sus derechos sobre la cosa ajena, en la superficie el superficiario sólo puede ejercer su derecho limitado al objeto para el que se hubiera afectado (forestar, plantar o construir). Por último, la enfiteusis sólo puede ser onerosa, debiendo abonar al dueño de la cosa un canon, mientras que el derecho de superficie puede ser de naturaleza gratuito.

## 7 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN CON EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Ante la basta modificación del Código Civil y Comercial de la Nación mediante la Ley 26.994, nos encontramos con cambios en el régimen jurídico que originaron situaciones inéditas respecto de ciertos actos y nuevas relaciones contractuales y extracontractuales de las cuales se derivaron nuevos hechos con significación económica que debemos analizar a fin de establecer si los mismos cumplen con las condiciones y características previstas en las leyes impositivas para que se produzca el nacimiento de la obligación tributaria. Dentro de esos cambios se encuentra la incorporación del derecho real de superficie al cuerpo normativo con todas las relaciones y actos económicos que genera. Por esto, en el marco del presente trabajo es necesario revisar el alcance del principio de legalidad a fin de determinar el alcance de la norma en cada momento. A decir por (Cortés, 2017), *“La fuerza jurídica de este principio sobrepasa la opinión de la doctrina más calificada para alcanzar el más encumbrado lugar al integrar el texto de nuestra Carta Magna en su artículo 18: ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio fundado en ley anterior al hecho del proceso.”*

Cuando pensamos el principio de legalidad en términos del derecho real de superficie se plantean dos momentos que debemos distinguir:

- a) Desde la incorporación del derecho real de superficie al nuevo CCyCo el 01/08/2015, hasta la entrada en vigor de la reforma impositiva Ley 27.430 el 29/12/2017.

Antes de la reforma del CCyCo de la Nación el derecho real de superficie no formaba parte de la legislación argentina. Vélez Sarsfield, en nota al artículo 2503, expresó que no incorporaba este derecho real a fin de evitar problemas y pleitos con los propietarios de los terrenos con el objeto de preservar la propiedad privada. Dado el contexto de 1871, seguramente fue una decisión correcta. Pero en 2015 con las instituciones en otro estadio, la sociedad y las empresas requerían de nuevos derechos reales que permitieran llevar a cabo nuevos negocios y satisfacer otras necesidades públicas

y privadas. En este contexto se incorpora el derecho real de superficie en el nuevo Código Civil y Comercial.

El *delay* tributario que aún existe entre la reforma del CCyCo y la sanción de la Ley 27.430, provocó controversia en la doctrina respecto de si la contraprestación recibida por el superficiante ante la constitución del derecho real de superficie se encontraba o no gravada con el impuesto a las ganancias en cabeza de persona humana o sucesión indivisa (no así para el caso de los sujetos empresa del artículo 73 (t.o. 2019) por quedar estos alcanzados por la teoría del balance (inc 2) del artículo 1 de la LIG).

Algunos doctrinarios entendían que dicha contraprestación debería quedar grabada en este período debido a que se trataba de un derecho real originado en un inmueble por aplicación supletoria del derecho de usufructo establecido por el art 2127 del CCyCo. Sin embargo, otros miembros de la doctrina como (Caranta, 2015), con quien coincido, opinan en sentido contrario. Según (Jarach, 1971) *“el principio constitucional de legalidad en materia tributaria rige plenamente y decir que no debe existir tributo sin ley significa que solo la ley puede establecer la obligación tributaria y los elementos de la relación tributaria”*. Así la jurisprudencia ha expresado en distintas causas que *“del mismo modo que el principio de legalidad impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, también veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención situaciones que tienen cabida en ella”*<sup>7</sup>.

En el marco de este análisis es importante mencionar que la legalidad no puede aplicarse solamente a partir de que exista coincidencia total en los términos que establecen las normas jurídicas con relación a los hechos imposables, sino que debemos considerar el criterio general de significación económica y de realidad económica aplicable para determinar la naturaleza jurídica del hecho imponible, dispuestos en la ley 11683.

En efecto, si bien el nuevo CCyCo se refiere a las “personas humanas” mientras que las normas tributarias continúan utilizando el término “personas físicas”, claramente esto no implica que a partir del nuevo Código estos ya no sean sujetos del impuesto a las ganancias. No hay dudas respecto a que no fue intención del legislador modificar los sujetos tributarios.

A fin de analizar si la contraprestación obtenida por el superficiante persona física y sucesión indivisa cumplía en este período con el principio de legalidad quedando en tal caso gravada con el impuesto a las ganancias, es fundamental verificar si la renta obtenida por este se encontraba dentro de la enumeración de las rentas calificadas en las cuatro categorías de ganancias. El artículo 44 inc

---

<sup>7</sup> Instituto de Apoyo a la A. C. de la Manz. de las Luces c/ DGI”, expte. 22.708/2003, conf. “Cerealfa SA (TF 23993-I) c/DGI” - CNCont. Adm. Fed. - Sala III

b) del t.o.2019 que en el período en cuestión correspondía al artículo 41, inciso a) de la ley, establecía la gravabilidad de la contraprestación por la cesión de derechos reales de usufructo, uso, habitación o anticresis. En este caso la norma es taxativa en la enumeración de derechos reales alcanzados. Es decir, no se trata de un análisis literal de la norma dado que, además, antes de la reforma del CCyCo existían otros derechos reales como la servidumbre que tampoco está individualizado en este artículo de la ley de impuesto a las ganancias. Por lo tanto, al no mencionar a estos derechos y, por supuesto, a partir del respeto al principio de legalidad, la contraprestación recibida por el superficiante persona física o sucesión indivisa no se encuentra alcanzada por el impuesto a las ganancias en este período.

b) Desde la reforma impositiva Ley 27.430 en fecha 29/12/2017 hasta la actualidad.

Con la sanción de la ley 27.430, se incorporó al inciso b) del artículo 44 (t.o.2019) la constitución del derecho de superficie como renta gravada cuando el superficiante sea una persona humana o sucesión indivisa. Esta incorporación, por un lado, dejó en claro que antes de la reforma dicho hecho no estaba incorporado a la norma y por tanto no cumplía con el principio de legalidad, y por el otro, que ahora sí era intención del legislador gravar este hecho económico.

La ley también aclaró que la contraprestación que recibe el superficiante constituye una renta de primera categoría.

Más allá de que el delay mencionado por parte del legislador se encuentre resuelto en el impuesto a las ganancias respecto de esta renta puntual del derecho de superficie, como se analizará más adelante en este trabajo, aún se encuentran sin aclarar ni reglamentar cuestiones vinculadas al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto sobre los Ingresos Brutos entre otros.

## 8 EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL SECTOR AGROPECUARIO

### 8.1 Características particulares del derecho real de superficie en el agro

Si bien en el año 2001 se dictó la ley 25509 que incorporó la superficie en su artículo 2503, este se limitaba a lo forestal y se relacionaba con la ley 25080 de inversiones para bosques cultivados. El nuevo Código Civil y Comercial introduce la posibilidad de plantar y construir.

Tal como lo expresa (Facciano, 2015), el concepto de “plantar” debe ser entendido en el sentido amplio, es decir que comprende el de “sembrar”, que según la Real Academia Española<sup>8</sup> se define como “poner semillas en la tierra para que germinen”. Es decir que, constituido el derecho real de superficie con esa finalidad, la superficie podrá ser destinada para cualquier finalidad agrícola y los frutos percibidos serán propiedad del superficiario.

---

<sup>8</sup> RAE, Diccionario de la Real Academia Española.

El plazo máximo por el cual se puede constituir derecho de superficie específicamente para plantaciones es de 50 años.

La norma prevé que se puede destruir la propiedad superficiaria (es decir se destruye lo plantado), sin que se produzca su extinción, siempre que el superficiario vuelva a sembrar dentro del plazo de tres años. Caso contrario se extinguirá la propiedad superficiaria, salvo pacto en contrario<sup>9</sup>. A diferencia de la actividad forestal o de construcción, en el agro esto es habitual, ya que el período que transcurre entre la siembra y la cosecha de un cultivo siempre es menor a un año.

El derecho de superficie se puede extinguir si el superficiario renuncia, mediante el no uso del derecho de plantar, durante un plazo de cinco años. Tanto esta como las demás causas de extinción son importantes a los efectos tributarios debido a que:

- c) en dicho momento el superficiante recupera el dominio pleno del inmueble y por lo tanto incorpora a su patrimonio todo lo plantado.
- d) nace la obligación por la cual superficiante debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario.

## 8.2 Comparación con contrato arrendamiento rural y la aparcería

La ley 13.246 regula en Argentina los arrendamientos rurales y las aparcerías. En ambos casos, arrendamiento y aparcería (en esta las partes comparten los aportes de recursos, los riesgos y se distribuyen los frutos), se tratan de derechos personales, mientras que el derecho de superficie es un derecho real, con las ventajas y desventajas que ya se han analizado.

En el caso puntual de la actividad agropecuaria, una de las ventajas que podría tener para el propietario del inmueble rural sobre el cual se otorga derecho real de superficie a un productor agropecuario, es la inoponibilidad al propietario de la extensión de la solidaridad por las obligaciones laborales y previsionales del productor superficiario. En cambio, dicha responsabilidad solidaria sí sería extensible al propietario en el caso de celebrarse un contrato de arrendamiento o aparcería respecto de las obligaciones del arrendatario o aparcerero ya que así lo establece el artículo 12 de la ley 26.727 de trabajo agrario.

Otra gran ventaja con impacto tributario es que, a diferencia del contrato de arrendamiento o la aparcería, el derecho real de superficie puede ser constituido a título gratuito.

Como desventaja podemos observar que al igual que los demás derechos reales, la superficie debe constituirse mediante escritura pública, lo cual conlleva un mayor costo que los contratos de arrendamiento o aparcería que pueden ser celebrados mediante instrumento privado.

---

<sup>9</sup>Art 2122 CCyCo



### 8.3 Casos de éxito de derecho de superficie en el sector agroindustrial

En el sector agropecuario, se han desarrollado proyectos exitosos de agroindustria mediante el uso del derecho real de superficie. Por ejemplo, en la provincia de Córdoba, se han otorgado derechos de superficie a empresas agroindustriales para la instalación de plantas de procesamiento de granos y oleaginosas. Estas plantas han permitido agregar valor a la producción agrícola de la región, creando empleo y dinamizando la economía local.

## 9 DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN LA CONSTRUCCIÓN

El derecho real de superficie abre una variedad de posibilidades para el sector de la construcción. Ya no es necesario ser propietario del terreno para iniciar un desarrollo inmobiliario o un emprendimiento comercial, lo cual flexibiliza una variable de tan alto costo como es la tierra, principalmente en las grandes urbes. También existen casos en los cuales por alguna situación legal el propietario no puede vender el inmueble, con lo cual el derecho de superficie también trae solución a estos casos particulares.

Si lo miramos desde el punto de vista del propietario del terreno, esto podría resultar muy atractivo ya que por un lado tendría la posibilidad de percibir una renta mensual quizás más elevada que en el caso de un alquiler, y por el otro al extinguirse el derecho de superficie pasaría a ser el propietario de las mejoras que se construyeron sobre su inmueble.

### 9.1 Características particulares

El plazo máximo por el cual se puede constituir derecho de superficie específicamente para construcciones es de setenta años.

Tal como lo mencionamos en el caso del sector agro, la norma prevé que se puede destruir la propiedad superficiaria (es decir se destruye lo construido), sin que se produzca su extinción. Sin embargo, en el derecho de superficie de construcción el plazo que el superficiario dispone para construir lo destruido es de seis años. Caso contrario se extinguirá la propiedad superficiaria, salvo pacto en contrario. En la construcción resulta frecuente que el superficiario necesite demoler un inmueble existente (ej. una casa) para construir los edificios que serán la fuente de su actividad como podrían ser por ejemplo un edificio, locales comerciales, un supermercado, etc.

Algunos autores como (Balán, 2015) exponen dudas sobre la posibilidad de constituir el derecho de superficie para construcción a título gratuito. Debo señalar que no comparto la postura debido a que, por un lado, dicha posibilidad está establecida por el CCyCo, y por el otro, es una necesidad y una

realidad. Se han constituido derechos de superficie tanto sobre espacios públicos (plazas que son protegidas por empresas), como así también sobre espacios privados (barrios de terrenos reducidos constituidos bajo la figura de derechos de superficie dentro de la figura jurídica de fideicomisos al costo). En ninguno de los casos mencionados se podría pensar que existió ánimo de lucro.

En el caso particular de la construcción, el derecho de superficie se puede extinguir si el superficiario renuncia, mediante el no uso del derecho de construir, durante un plazo de diez años.

## 9.2 Casos de éxito de derecho de superficie en el sector de la construcción

**Proyectos de Desarrollo Urbano:** en varias ciudades argentinas, se han llevado a cabo proyectos exitosos de desarrollo urbano utilizando el derecho real de superficie. Un ejemplo destacado es el proyecto Puerto Madero en la ciudad de Buenos Aires. En esta zona, se han otorgado derechos de superficie a empresas desarrolladoras para la construcción de modernos complejos residenciales, comerciales y de oficinas. Este proyecto ha transformado una antigua zona portuaria en un distrito urbano de alta gama, generando empleo, atrayendo inversión extranjera y revitalizando la zona ribereña de la ciudad.

**Revitalización de Espacios Públicos:** otra experiencia exitosa en Argentina es la revitalización de espacios públicos mediante el uso del derecho real de superficie. En la ciudad de Rosario, por ejemplo, se han otorgado derechos de superficie a organizaciones sin fines de lucro y empresas privadas para la recuperación y puesta en valor de espacios verdes y recreativos. Estas iniciativas han permitido la creación de parques, plazas y áreas de esparcimiento que antes se encontraban abandonadas o subutilizadas, mejorando la calidad de vida de los ciudadanos y promoviendo la cohesión social.

## 10 TRATAMIENTO IMPOSITIVO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

### 10.1 TRATAMIENTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

#### 10.1.1 Constitución del Derecho de Superficie

Como ya se ha mencionado, la constitución puede ser a título oneroso o a título gratuito. En este último caso no quedaría este acto económico gravado con el impuesto a las ganancias ni con otros tributos (con la salvedad del impuesto a la herencia que está vigente en algunas jurisdicciones). En consecuencia, nos vamos a referir en adelante a la constitución del derecho de superficie a título oneroso.

#### 10.1.1.1 Superficiante:

##### I) Superficiante sujeto empresa

Según lo establecido por el artículo 2, apartado 2 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, la constitución del derecho de superficie a título oneroso por parte de personas jurídicas está gravada por el impuesto. En principio los sujetos empresa deben computar sus rentas y gastos al año fiscal por el criterio de lo devengado.

Considerando que el canon se pague a lo largo del plazo por el cual se constituyó el derecho de superficie y este plazo supere un período fiscal, el sujeto empresa podrá aplicar el criterio de lo devengado exigible según lo establece el artículo 65 del DR. Si bien la ley sólo establece la aplicación del devengado exigible para la venta de mercaderías a plazos, lo cual no es aplicable a este caso, también prevé que mediante el decreto reglamentario sea aplicable en otros casos previstos. El inciso b) del artículo 65 del reglamento, dispone la aplicación del método para la enajenación de bienes no comprendidos en el inciso a) del mismo, el cual refiere a ventas de mercaderías realizadas con plazos de financiación superiores a diez (10) meses. Con lo cual, considerando que la reglamentación en el inciso b) se refiere a bienes en general, *“la aplicación del método del devengado exigible alcanza tanto a los materiales como a los inmateriales”*<sup>10</sup>, siempre que las cuotas de pago convenidas se hagan exigibles en más de un período fiscal.

Tanto en la causa “Alto Palermo SA” CNCAF, Sala I, 2008 como en la causa Montes de la Paz S.A., TFN Sala B año 2006, se plantea la aplicación del criterio de lo devengado exigible para el caso de derecho de admisión y del derecho de uso de parcelas respectivamente. En ambos casos el Tribunal falló a favor de la aplicación del criterio de lo devengado exigible toda vez que *“consideró que los derechos patrimoniales están incluidos dentro de los bienes a los que alude el artículo 65 del DR citado ... y que el derecho transmitido se encuadra dentro del concepto de bienes...”*. También determina que se cumple con el concepto de enajenación, ya que *“...si bien la actora conserva el dominio perfecto del predio, enajena el dominio útil sobre las parcelas, el que es pleno en el único sentido en que éste puede ser ejercitado”*<sup>11</sup>.

Si bien la renta originada en la constitución del derecho de superficie se devengaría en el mismo momento de la constitución del derecho, queda claro tanto por el Decreto Reglamentario como por la Jurisprudencia que se podrá utilizar en estos casos la opción del devengado exigible, siempre que las

---

<sup>10</sup> ALTO PALERMO SA - CNCAF Sala I del 23/12/2008 - TFN Sala A del 15/12/2006.

<sup>11</sup> Montes de la Paz S.A., TFN, Sala B, del 18/12/2006.

cuotas del canon sean exigibles en más de un período fiscal. Es dable recordar que el uso del criterio de lo devengado exigible debe ser comunicada al Fisco en tiempo y forma.

Cabe mencionar que el canon cobrado por el superficiante no puede ser inferior al de mercado dentro de la zona donde se ubica el inmueble, aunque el artículo 45 de la ley admite prueba en contrario, teniendo el superficiante la carga de la prueba.

## II) Superficiante Persona Física o Sucesión Indivisa

A partir de las modificaciones introducida por la ley 27.430 a la ley de Impuesto a las Ganancias, el inciso 5 del artículo 2 grava los “resultados derivados de la enajenación de inmuebles y de la transferencia de derechos sobre inmuebles, cualquiera sea el sujeto que las obtenga”. Esta modificación se separa de aquel precepto rector en materia de atribución de la renta a personas humanas y sucesiones indivisas, al no requerir de la periodicidad y permanencia anunciada por inciso 1) del mismo artículo. Incluso estas rentas se encuentran gravadas sin importar si los bienes se encontraban o no afectados a una actividad gravada.

En el sector agropecuario es común establecer el ingreso del propietario del inmueble rural en función del rendimiento del cultivo. En la construcción puede ocurrir que el propietario del inmueble reciba un porcentaje de lo producido, es decir, del edificio o desarrollo inmobiliario terminado. Por ello, al analizar la imposición sobre el derecho de plantar o construir que se le otorga al superficiario, es importante determinar si la contraprestación que recibe el superficiante se establece en función del total a producir o vender, o bien sobre un valor absoluto determinado o determinable respecto de otras variables.

En opinión de parte de la doctrina, en el primer caso podríamos estar en presencia de una regalía, definida por el artículo 51 (t.o.2019) de la ley como “... *toda contraprestación que se reciba en dinero o en especie, por la transferencia de dominio, uso o goce de cosas o por la cesión de derechos, cuyo monto se determine con relación a una unidad de producción, de venta de explotación...*”. En caso de que la contraprestación recibida por el superficiante se trate de una regalía, deberíamos utilizar el criterio de lo percibido para imputar las ganancias y los gastos, ya que estaríamos en presencia de una renta de segunda categoría.

En el segundo caso, es decir, si el precio de la contraprestación no se define en función de la producción o venta sino con un importe determinado o determinable, que puede ser tanto en dinero como en especie, se trataría de una renta de primera categoría regulada por el artículo 47 inciso b) de la ley y el criterio a utilizar a fin de imputar la ganancia sería el de lo devengado.

Cuando la constitución del derecho real de superficie incluya plantaciones o construcciones que pasarán a integrar la propiedad superficiaria a favor del superficiario, la contraprestación en favor del superficiante estará compuesta por:

- el derecho que se le otorga al superficiario de plantar y construir, el cual ya fue analizado.
- el valor de las plantaciones y/o construcciones cuya propiedad superficiaria se transmite, es decir, aquellas que se encontraban en el inmueble al momento de la constitución del derecho.

Este último, no cumple con los requisitos de la teoría de la fuente, respecto de que, *según* indica el Dr. Horacio (García, 1967), la renta debe “*provenir de una fuente susceptible por su naturaleza de producir frutos repetidamente y que sea durable en el tiempo*”, y por tanto haría pensar que no estaría gravado con el impuesto para el caso de las personas físicas y sucesiones indivisas. Sin embargo, en este caso es de aplicación el artículo 8 del Decreto Reglamentario, el cual establece que “*las ganancias a que se refiere la ley en el apartado 1) de su artículo 2 comprenden, asimismo, a las que se obtienen como una consecuencia indirecta del ejercicio de actividades que generen rentas que encuadren en la definición de dicho apartado, siempre que estén expresamente tratadas en la ley o este reglamento*”. En consecuencia, cuando el superficiante sea persona física o sucesión indivisa, dicha renta proveniente del valor de construcciones o plantaciones seguirá la suerte de lo principal, siendo en general una renta de primera categoría, con la salvedad, como hemos analizado, de aquellos casos en los que se trate de una regalía, cuando quedará gravada como renta de segunda categoría.

Determinación de la ganancia neta para el superficiante:

Independientemente de si el superficiante sea una persona física, sucesión indivisa o un sujeto empresa, a fin de determinar la ganancia neta podrá deducir los gastos necesarios para obtener, mantener o conservar la fuente según lo establece el artículo 83 (t.o.2019) de la ley. Entre las deducciones también incluimos la escritura pública mediante la cual se instrumenta la cesión del derecho real de superficie y la comisión de corresponder. En ningún caso el superficiante podrá deducir la amortización del inmueble ni de las mejoras o instalaciones adheridas al suelo ya que, como he comentado previamente, al ceder el derecho real de superficie ha cedido la propiedad superficiaria.

#### 10.1.1.2 Superficiario

Para el superficiario el pago de la contraprestación al superficiante confiere un costo por la adquisición del derecho de superficie. Este derecho, según se ha analizado previamente, se trata de un bien inmaterial (por oposición al bien material definido por el CCyCo), el cual se supone estará afectado a la obtención de rentas gravadas. Si bien el artículo 92 inciso h) de la ley (t.o. 2019)

establece que no son deducibles “las amortizaciones de llaves, marcas y activos similares”, se entienden por ellos activos intangibles con una duración indeterminada. Por su parte, el artículo 85 inciso e) (t.o. 2019) de la ley de impuesto a las ganancias establece como deducción admitida a las “*amortizaciones de bienes inmateriales que por sus características tengan un plazo de duración limitado...*”, mencionando “*...patentes, concesiones y activos similares*”, dentro de los cuales interpreto que fue intención del legislador incluir al derecho real de superficie. Es decir, que considerando que el derecho real de superficie es temporario ya sea por el plazo establecido en la escritura o bien por el límite temporal que fija la ley, el costo por el pago de la contraprestación es para el superficiario una deducción admitida por el impuesto. El superficiario podrá amortizar el derecho de superficie calculando la amortización a partir de dividir el valor total acordado por el canon al inicio del contrato, por la cantidad de meses por el que se otorga el derecho.

#### 10.1.2 Bienes adquiridos o construidos o plantados

Cuando la adquisición del derecho real de superficie incluya bienes materiales, la proporción de estos en el precio abonado al superficiante para la adquisición de la propiedad superficiaria debe activarse como un bien de cambio si se tratara por ejemplo de sementeras o una obra de construcción en curso o terminada con destino a la venta. Tengamos presente que el superficiario puede afectar la construcción recibida al régimen de propiedad horizontal y puede comercializar las unidades durante el plazo del derecho de superficie.

En cambio, si dichos bienes materiales incluidos al adquirir el derecho de superficie fuesen bienes de uso como por ejemplo molinos, galpones, locales u oficinas no destinados a la venta, estos se deberán amortizar conforme a los artículos 86 inc. f), 87 y 88 (t.o.2019) de la ley de impuesto a las ganancias. En estos casos, el superficiario debería prorratar los importes abonados considerando la incidencia del bien inmaterial y de los bienes materiales (de cambio y de uso), a fin de calcular correctamente cada amortización.

Con relación a las amortizaciones deducibles por parte del superficiario, encontramos, por un lado, y como ya se mencionó en el párrafo anterior, las construcciones adquiridas por él en forma intrínseca al derecho de superficie, y por el otro las construcciones realizadas por el superficiario con posterioridad a la adquisición del derecho de superficie. Tanto en el caso de bienes adquiridos con la superficie como de aquellos bienes construidos por el superficiario, dichas construcciones pueden ser amortizadas en 50 años tal como lo establece el artículo 87 de la ley (t.o. 2019), salvo que el plazo de duración del derecho de superficie (o bien el plazo restante cuando se construya con posterioridad al inicio) sea menor, en cuyo caso deberá tomarse este último como vida útil de las construcciones. Se

debe mencionar que también se podría plantear una vida útil menor ya que como se estableció en la causa Alto Palermo Shopping S.A., lo que se debe ponderar es la utilización económica del inmueble para los fines para los cuales fue construido.

Cabe destacar que para las construcciones realizadas con posterioridad al 01/01/2018, las amortizaciones se actualizarán por el índice de precios al consumidor (IPC), tal como lo prevé el artículo 93 (t.o. 2019) de la ley, aunque actualmente dicho índice es 1, con lo cual no existe actualización de hecho.

### 10.1.3 La venta de lo producido

En el caso de tratarse de la actividad agropecuaria el superficiario comercializará lo plantado y por tanto se tratará de un sujeto empresa cuyas ventas se encuentren gravadas. También podrá hacer un pool de siembra mediante un fideicomiso de producción, quedando las ventas también gravadas con el impuesto.

Si el superficiario se dedica a la actividad de construcción, entonces podría ser un sujeto empresa que comercializa las unidades quedando dichas ventas gravadas en todos los casos posibles. De tratarse de una persona física o sucesión indivisa podría quedar encuadrada dentro de la tercera categoría si, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 inciso f) de la ley (t.o.2019), obtiene ganancias *“derivadas de loteos con fines de urbanización, provenientes de la edificación y enajenación de inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal... y del desarrollo y enajenación de inmuebles bajo el régimen de conjuntos inmobiliarios...”*. En caso de que las personas físicas y sucesiones indivisas no encuadren en el concepto de empresa constructora definido por el inciso f) citado, a fin de analizar el tratamiento de las rentas por la venta de inmuebles o cesión de derechos sobre inmuebles debemos considerar si dichos inmuebles o los derechos sobre ellos fueron adquiridos:

- Antes del 01/01/2018 (es decir, antes de la entrada en vigencia de la ley 27430): tributan ITI (Impuesto a la Transferencia de Inmuebles), cuya alícuota es del 1,5%.
- A partir del 01/01/2018: según lo establece el artículo 99 de la ley (t.o.2019) *“la ganancia de las personas humanas y de las sucesiones indivisas derivada de la enajenación de o de la transferencia de derechos sobre inmuebles situados en la República Argentina, tributará a la alícuota del quince por ciento (15%)”*, aunque podrán computarse *“comisiones, honorarios, impuestos, tasas, etcétera, directa o indirectamente relacionados con las operaciones”* a que refiere el mencionado artículo de la ley. En caso de tratarse de inmuebles afectados a la actividad gravada, adicionalmente podrán deducirse las amortizaciones correspondientes.

Tengamos presente que, tratándose de inmuebles, se considerará configurada la enajenación o adquisición, según corresponda, cuando mediare boleto de compraventa u otro compromiso similar, siempre que se diere u obtuviere -según el caso- la posesión o, en su defecto, en el momento en que este acto tenga lugar, aun cuando no se hubiere celebrado la escritura traslativa de dominio.

#### 10.1.4 Extinción del derecho de superficie

Al momento de la extinción, generalmente es el superficiario quien recibe una renta con motivo de la indemnización que percibe, salvo pacto en contrario, por las plantaciones y construcciones realizadas sobre el inmueble, tal como lo establece el artículo 2126 del CCyCo. Esta indemnización se puede pactar en el momento del acto constitutivo del derecho de superficie o bien en posteriores acuerdos. Pero analicemos las distintas posibilidades ya que, como se ha mencionado, los motivos de extinción de la superficie son los siguientes:

- a) Extinción anticipada por destrucción sin reconstrucción del objeto (plantación, construcción, etc.).

En el caso de destrucción de lo plantado o construido, como se ha mencionado, el superficiario debe volver a plantar dentro de los tres años o a construir dentro de los seis años, bajo pena de que de no hacerlo se produzca la extinción del contrato. Producida la extinción, cabe analizar si las inversiones realizadas por el superficiario son deducibles o no. Dicha deducción será admitida si la pérdida se encuentra dentro de los supuestos del artículo 86 inciso c) (t.o.2019) de la ley, la cual expresa que se podrán deducir *“las pérdidas extraordinarias sufridas por caso fortuito o fuerza mayor en los bienes que producen ganancias, como incendios, tempestades u otros accidentes o siniestros, en cuanto no fuesen cubiertas por seguros o indemnizaciones.”* También podría admitirse la deducción del costo de las inversiones por parte del superficiario en los casos en que la destrucción haya sido provocada por empleados que hayan tenido una conducta delictiva, siempre que a juicio de la AFIP las pérdidas estén comprobadas y cuando estas que no sean cubiertas por seguros o indemnizaciones, tal como lo expresa el inciso d) del citado artículo de la ley. Ahora, si en lugar de tratarse de una conducta antijurídica, la destrucción hubiese ocurrido por impericia o negligencia de los empleados, en este caso estaríamos ante un gasto inherente al giro del negocio, y por tanto también sería deducible tal como le regula el artículo 91 inc. a) (t.o.2019).

- b) Extinción por renuncia expresa del superficiario, cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria y extinción por el no uso (durante 10 años en caso del derecho a construir y de 5 años del derecho a plantar).



Provocada la extinción del derecho real de superficie, el superficiante recupera el dominio pleno, pero esto no constituye una enajenación por parte del superficiario al superficiante dado que el inmueble siempre fue propiedad del superficiante, es decir, este no incorpora una cosa nueva a su patrimonio sino que solo vuelve a unificar el dominio directo que nunca dejó de ostentar, al dominio útil que temporalmente poseía el superficiario, con lo cual no se genera un resultado gravado en cabeza del superficiante.

Si el superficiante, además de recibir el inmueble en el mismo estado en que lo entregó al momento de la constitución del derecho real de superficie, recibe sementeras, construcciones de viviendas, locales comerciales u otros bienes plantados o construidos, puede ocurrir que:

b1) no exista indemnización alguna debido a que dichos bienes son parte de la retribución que el superficiario paga al superficiante por el derecho real de superficie ejercido:

En este caso el superficiante deberá incorporar los bienes a su patrimonio a costo cero, y por tanto al momento de enajenar las sementeras o inmuebles bienes de cambio, el resultado de dicha venta será igual al precio de venta. En caso de tratarse de inmuebles bienes de uso, también ingresarán al patrimonio del superficiante sin costo, por tanto, este no podrá deducir ningún tipo de amortización de estos bienes de uso y al momento de la venta de los mismos la ganancia será igual al precio de venta.

b2) exista indemnización a pagar por el superficiante al superficiario.

Como se ha mencionado, excepto pacto en contrario, producida la extinción del derecho de superficie, el superficiante debe indemnizar al superficiario. Si el contrato nada dice al respecto, la ley prevé que, para determinar el monto de la indemnización, se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años descontada la amortización. También podría ocurrir que el contrato establezca la forma de calcular dicha indemnización, lo cual siempre es complejo dados los cambios de las variables durante el plazo del derecho real de superficie, así como también por el hecho de que es difícil saber a ciencia cierta al inicio cuáles serán los bienes que finalmente se van a entregar al superficiante al momento de finalización.

Si analizamos la renta por la indemnización en función de las posibilidades del sujeto superficiario:

I) Superficiario sujeto empresa:

Como ya se ha mencionado, los sujetos empresa por aplicación del apartado 2 del artículo 2 de la ley que define la teoría del balance, toda renta se encuentra gravada salvo que expresamente la ley la exima del objeto del impuesto.

II) Superficiario persona física o sucesión indivisa:

La mencionada indemnización claramente se encuentra gravada con el impuesto según lo establecido por el artículo 44 inciso b) (t.o.2019). Por lo tanto, el costo de esta sería deducible para el superficiante.

Es decir, que en los casos en los cuales el superficiario cobra una indemnización, dicho resultado se encuentra alcanzado por el impuesto, incluso si el superficiario es una persona física o sucesión indivisa, dado que se trata de una contraprestación cuyo origen es el contrato de adquisición del derecho real de superficie. No se comparte el criterio esgrimido por una parcialidad de la doctrina que considera esta indemnización como exenta a partir de asimilar la misma a una indemnización laboral, dado que no fue en ningún caso la intención del legislador eximir esta contraprestación del objeto del impuesto y la mera analogía no cumple con el principio de legalidad. Tampoco se comparte el criterio respecto de que el nacimiento de la indemnización es posterior a la vigencia del contrato, dado que la indemnización se encuentra expresamente en el contrato o bien la determina la ley como norma supletoria.

Para el superficiante, el importe abonado en concepto de indemnización será un costo y representará el valor de compra de los bienes de cambio, sementeras o costo de construcción de inmuebles que serán para él bienes de cambio, o bien el costo de los inmuebles en caso de que resulten para el superficiante bienes de uso una vez extinguido el derecho de superficie.

Más allá de las distintas posibilidades comentadas, en ninguno de los casos los bienes recibidos por el superficiante resultan una ganancia gravada para el superficiante, toda vez que este recupera el dominio pleno de un inmueble que ya le pertenecía.

Si lo observamos desde el lado del superficiario, a lo largo del plazo del derecho de superficie este generó por un lado ingresos gravados por las enajenaciones de los frutos de la propiedad superficiaria (ventas, alquileres, etc), y por el otro tuvo gastos y costos invertidos en la obtención de dichos frutos (costos de plantación, de construcción, etc), y adicionalmente dedujo la amortización del bien inmaterial como ya se ha analizado. En consecuencia, el valor de los bienes materiales incorporados a la propiedad superficiaria no constituye una liberalidad ni queda encuadrado en los supuestos del artículo 76 de la ley<sup>12</sup>, sino que se trata de un costo adicional de la explotación.

---

<sup>12</sup> Art. 76 de la LIG (t.o. 2019) Disposición de fondos o bienes en favor de terceros.

## 10.2 TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

### 10.2.1 Constitución del derecho de superficie

Como se ha mencionado al inicio del trabajo, algunas normas tributarias han permanecido invariables ante el acontecimiento jurídico que significó la modificación del CCyCo y la correspondiente instrumentación del derecho real de superficie.

El artículo 1° de la ley del Impuesto al Valor Agregado menciona que se encuentran alcanzados:

- a) Las ventas de cosas muebles situadas o colocadas en el país.
- b) Las obras, locaciones y prestaciones de servicios incluidas en el artículo 3, realizadas en el país.
- c) Las importaciones definitivas de cosas muebles.
- d) Las importaciones de servicios
- e) Los servicios digitales

Considerando que el derecho de superficie es un derecho real, este no encuadra dentro del objeto del artículo 1° del tributo.

El artículo 3, inciso e), apartado 21 que habitualmente llamamos la “generalización del IVA” establece que también quedarán alcanzadas con el impuesto “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”. Sin embargo, se reafirma que el derecho de superficie no encuadra dentro de locaciones y prestaciones (derechos personales), sino que se trata de un derecho real. En opinión de (Caranta, 2015), “*la operatoria no debe ser asimilada a un contrato de locación o de arrendamiento, sobre la base de que concede la posibilidad de uso de un inmueble durante un plazo determinado y a cambio de un valor, y por ello no debe someterse al impuesto*”. Así también, el mismo autor señala que “*pretender someter a impuesto una situación no contemplada será contrario al principio de legalidad*”.

Si bien la AFIP no se ha expedido aún sobre el derecho real de superficie en particular, si lo ha hecho respecto de otros derechos reales similares. En el Dictamen DAL 55/2001 se indicaron las diferencias entre usufructo oneroso y la locación de inmuebles, donde se concluye que “*los contratos formalizados mediante escritura pública, en los cuales las partes constituyen expresamente un usufructo, sometiendo la relación al régimen que para éste establece el Código Civil, sin que existan cláusulas que lo desnaturalicen convirtiéndolo en una locación*”, no son asimilables a la locación gravada por la Ley del IVA. Mientras que en el Dictamen DAT 57/98 se llegó a la conclusión de que

“las servidumbres onerosas no quedan alcanzadas por el IVA, siempre que no resulten conexas con locaciones que sí se encuentren gravadas”<sup>13</sup>.

El propio CCyCo. Diferencia claramente a la superficie del arrendamiento, cuando a la primera la incorpora en el Libro IV de “Derechos reales” mientras que al arrendamiento en el Libro III de “Derechos personales”. Así también el plexo dispone que a la superficie le serán de aplicación supletoria las normas de la compraventa y no las de la locación.

Por lo expuesto, se concluye que la constitución del derecho real de superficie está fuera del ámbito de imposición del gravamen, sin importar si el superficiante es persona física o sujeto empresa.

### 10.2.2 Venta de lo construido

Es necesario mencionar que como consecuencia del desmembramiento del derecho real de dominio en dominio directo y dominio útil al cual se ha aludido precedentemente, es importante resaltar que, a decir de (Nuñez, 2016), *“ninguno de ellos es asimilable al dominio pleno o perfecto con el alcance que corresponde atribuir a los hechos imponderables previstos en los incisos a) y b) del artículo 3° de la ley. El “flamante” instituto introducido por el código obliga necesariamente a una profunda reforma fiscal que lo incorpore de manera explícita”*.

El dilema que define el tratamiento de esta situación ante el IVA consiste en determinar si para el superficiario el inmueble sobre el cual construye se trata de un inmueble propio o de un inmueble ajeno. En el primer caso estaríamos ante el hecho imponderable establecido por el artículo 3 inciso b) de la ley de IVA, mientras que en el segundo supuesto estamos ante la situación de trabajos sobre inmueble ajeno reguladas en el inciso a) del mismo artículo.

En la doctrina tenemos opiniones en los dos sentidos. Por un lado (Balán, 2015) entiende que debería encuadrarse en el artículo 3, inciso a), debido a que “el inmueble sobre el cual se está realizando la obra pertenece al superficiante y no al superficiario desde el punto de vista jurídico”, y tanto si se trata de un bien de cambio o de un bien de uso de la construcción, en ninguno de los dos casos el superficiario es el dueño de la tierra, sino solo de la obra realizada.

Otra parte de la doctrina (Gonzalez, 2022) concluye, por el contrario, que estamos frente al hecho imponderable definido en el artículo 3, inciso b), de la ley de IVA, obra sobre inmueble propio.

Ante la clara indefinición de la ley, el CCyCo como norma supletoria establece en su artículo 1888, como ya se ha mencionado, que “son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales

---

<sup>13</sup> DAT 57/98

recaen sobre cosa ajena”. Tengamos presente que existe propiedad superficiaria cuando el objeto del derecho real en cuestión son las plantaciones o construcciones ya existentes al momento de constituirse el derecho.

Consecuentemente, en mi opinión si el superficiario enajena las obras que recibió al momento de la constitución del derecho de superficie (propiedad superficiaria) estamos ante un derecho real sobre cosa propia y por tanto me alinee a la postura de (Gonzalez, 2022), respecto de que el hecho quedaría gravado con el artículo 3 inciso b) de la Ley de IVA.

En cambio, si las construcciones que enajena el superficiario son las construidas por él en uso de su derecho de superficie, en este caso no existe propiedad superficiaria, y por tanto, según lo establece el CCyCo estaríamos ante un derecho real sobre cosa ajena y, en consecuencia, se generaría el hecho imponible del artículo 3 inciso a) de la ley, en línea con la opinión de (Balán, 2015),

Siguiendo el criterio, de tratarse de bienes de uso construidos por el superficiario, los créditos que resulten serán computables contra los débitos fiscales generados por la actividad gravada del contribuyente. En caso de desafectación de los bienes de uso construidos, dado que no se trata de obras sobre inmueble propio, no se aplicaría el tercer párrafo del artículo 11 de la ley, respecto a la restitución de los créditos fiscales oportunamente computados, en tanto aquellos sean vendidos o desafectados de la actividad gravada dentro de los 10 años contados a partir de su finalización.

Si el superficiario construye departamentos o casas para alquiler, el crédito fiscal de la construcción no debería computarse, o bien habría que devolverlo, ya que según el Art. 7º inciso h) punto 22 de la ley está exenta la locación de inmuebles destinados exclusivamente a casa habitación del locatario y su familia.

Por último, tanto (Balán, 2015) como (Rajmilovich, 2016) concuerdan que, si la construcción queda en poder del superficiante por extinción del contrato y luego es vendida por éste, le puede caber el hecho imponible sobre inmueble propio del Art. 3º inciso b) del gravamen, siempre que el superficiante revista el carácter de empresa constructora, según el Art. 4º inciso d) de la ley del gravamen.

### 10.2.3 Extinción del derecho real de superficie

Al momento de producirse la extinción del derecho de superficie, el superficiante, es decir, quien antes de constituir derecho de superficie era el titular del dominio pleno del inmueble, vuelve a recuperarlo.

Al igual que lo comentado en el apartado anterior, existen dudas en la doctrina ante la falta de determinación de la ley de IVA ante el cambio del plexo normativo.

Según (Caranta, 2015), *“aun habiendo realizado una construcción que, producto de la extinción, pasara luego a manos del superficiante, no se estaría frente a una enajenación, sino a una extinción y por lo tanto lo que se estaría abonando no es un precio sino una indemnización, no configurándose de esta manera hecho imponible alguno”*.

Con relación a la indemnización que, salvo pacto en contrario, le corresponderá al superficiario una vez producida la extinción del derecho de superficie, según (Balán, 2015) *“una posibilidad es considerarla justamente como un concepto indemnizatorio, la cual que estaría fuera del ámbito del gravamen”*.

Por su parte, (Rajmilovich, 2015) sostiene que la entrega de las obras por parte del superficiario no tributaría el IVA *“al integrar dicha entrega la operatoria, toda vez que la citada entrega al superficiante reviste una consecuencia directa e inherente que forma parte del régimen legal derecho de superficie, por lo que se aplica el mismo tratamiento tributario de este último (excluido de IVA)”*.

Otra parte de la doctrina indica la posibilidad de que se trate a la indemnización de la superficie como una mejora del inmueble por asimilarlo a un *“trabajo sobre inmueble ajeno a título oneroso”* el cual sería retribuido con la indemnización. No se comparte esta postura por cuanto tal como lo explica (Caranta, 2015), no se trataría de una situación encuadrable en el Art. 3° inciso a), obra sobre inmueble ajeno, por cuanto *“la construcción que se realice sobre la superficie adquirida dará lugar a un inmueble que será del superficiario, tratándose de un derecho real sobre cosa propia.”*

### 10.3 TRATAMIENTO EN EL IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS SANTA FE

#### 10.3.1 Constitución del derecho de superficie

El Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe en su artículo 174 generaliza el objeto del impuesto sobre los Ingresos Brutos cuando además de detallar las actividades en general, agrega que también estará sujeta al impuesto *“cualquier otra actividad a título oneroso -lucrativa o no- cualquiera sea el sujeto que la preste...”*. A diferencia de la ley de IVA donde se generaliza el impuesto para todas las *“locaciones y prestaciones”* de servicios, el Código de Santa Fe lo generaliza para todas las actividades posibles. Si bien, la redacción de dicho artículo inicia indicando que solo serán alcanzadas las actividades cuando se realice *“el ejercicio habitual”* de las mismas en el territorio de la Provincia de Santa Fe, el último párrafo del artículo 175 del citado Código expresa que, en caso de que se trate de sujetos empresa *“se considerarán alcanzados por el impuesto independientemente de la frecuencia o periodicidad y naturaleza de la actividad, rubro, acto, hecho u operación que los genere”*.

Cabe mencionar que la ley provincial N°4965 sancionada el 29 de diciembre de 2016 incorpora el derecho de superficie en el Código Provincial. Sin embargo, si bien realiza modificaciones en el

Impuesto Inmobiliario citando expresamente al derecho real de superficie, no lo hace en el articulado que refiere al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, Una vez más se menciona la necesidad imperiosa respecto a que el legislador deje expresada su intención sobre el tratamiento a dar al derecho de superficie.

Una mención especial merece la figura del Fideicomiso (L. 26994, arts. 1666), la cual según (Di Paolo, 2023) “*no fue incorporada por el legislador en el último párrafo del artículo 175*” y, dado el carácter taxativo del mismo, dejaría a esta figura fuera de los sujetos empresa. Recordemos que tanto el superficiante como el superficiario pueden ser fideicomisos al estar prevista la posibilidad de que el o los fiduciantes aporten bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades. Por lo expuesto y dejando de lado la posibilidad de incluir a los fideicomisos en este impuesto con el tratamiento de los sujetos empresa, debemos analizar si los mismos cumplen o no con el concepto de habitualidad que el Código establece para gravar los ingresos de las personas físicas.

Según el Código Fiscal, las personas físicas requieren de habitualidad para ser sujetos obligados en ingresos brutos. El artículo 175 define en sus tres primeros párrafos el concepto de habitualidad para este tributo y para esto el legislador antepone la realidad económica cuando indica que “*se tendrá en cuenta especialmente la índole y naturaleza específica de las actividades que generan el hecho imponible, el objeto de la empresa, profesión o locación y los usos y costumbres de la vida económica*”. Considerando que la constitución del derecho de superficie bajo ningún punto de vista reviste habitualidad para las personas físicas ni para los fideicomisos, en mi opinión estos sujetos no quedan gravados con el impuesto ante este acto.

### 10.3.2 Tratamiento de lo construido o loteos sin construir

Más allá de la discusión zanjada respecto de si la construcción se realiza sobre inmueble propio o sobre inmueble ajeno, la venta de inmuebles en general está gravada con Ingresos Brutos en la jurisdicción Santa Fe, salvo que se tratara de bienes de uso, cuya venta queda exenta por el inciso a) del artículo 212, sin importar si el superficiario que los construyó fuera una persona física, sucesión indivisa o sujeto empresa.

Ahora, si lo construido por el superficiario son bienes de cambio, la venta estaría gravada siempre para sujetos empresa, tal como se ha comentado precedentemente.

Para el caso del superficiario persona física (recordemos que debemos incluir a los fideicomisos), las ventas de inmuebles quedarán gravadas con Ingresos Brutos, conforme lo establece el artículo 177 inciso f), si se cumplen algunos de los siguientes condiciones:

1) El primer punto grava los loteos, cuando un inmueble se fraccione en más de 10 lotes, o bien tratándose de loteos de distintos inmuebles o del mismo inmueble, pero fraccionados en distintas fechas, cuando dentro de los dos años desde la fecha de iniciación de las ventas se enajenen más de diez lotes. Es decir que, si el superficiario adquirente del derecho de superficie fracciona el inmueble recibido en más de diez lotes, o bien vende más de diez lotes en el término de dos años, la venta quedaría gravado con el impuesto a los ingresos brutos. La norma aclara que los ingresos brutos provenientes de dichos loteos quedarán siempre gravados, sin perjuicio del momento en el cual se realice la venta.

2) En el segundo punto del inciso f) la ley grava a quienes hayan construido bajo el régimen de propiedad horizontal.

3) Finalmente, la norma grava a aquellas personas físicas (y fideicomisos) que vendan inmuebles dentro de los dos años de su adquisición. Es decir que, si un fideicomiso superficiario adquiere la propiedad superficiaria donde se incluyen construcciones, en caso de enajenar dichas construcciones a terceros, estas ventas quedarán gravadas con ingresos brutos si no han transcurrido más de dos años entre la fecha de adquisición de la propiedad superficiaria y el momento de la venta.

Más allá de lo analizado, el artículo 212 del Código establece dos exenciones:

- el inciso p) del artículo 213 del Código provincial establece que estarán exentos del gravamen quienes realicen la actividad de construcción de inmuebles, cuando sus ingresos brutos anuales totales (incluye ingresos no gravados y exentos) en el período fiscal inmediato anterior al considerado sean inferiores o iguales a dos millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 2.250.000), importe que ha quedado irrisorio debido a la falta de su actualización.
- mientras que el inciso q) exime del tributo a *“la primera venta de inmuebles nuevos destinados a vivienda, cualquiera sea el sujeto que la hubiere construido y financiado”*. Es decir, que esta exención es aplicable a todos los sujetos, siempre que se trate de un inmueble destinado a vivienda y solo en el caso de la primera venta. Puede gozar de esta exención el superficiario que ha construido sobre el inmueble objeto de la superficie y enajena unidades habitacionales por primera vez, incluso si lo hace conforme a la ley 13512 de propiedad horizontal. En cambio, en caso de inmuebles construidos por el superficiante y transferido su dominio útil al superficiario, la venta de este último a terceros quedaría gravada con el impuesto debido a que no se trata de la primera venta. Por su parte, la primera venta de cocheras y bauleras seguirá la suerte de lo principal siempre que se incluyan en el mismo instrumento público y con un precio único para el acto según lo establecido por el Dictamen API 198/2013.



Es dable mencionar que, a diferencia de la mayoría de los Códigos Fiscales del país, el de la Provincia de Santa Fe no incorpora el criterio de lo devengado exigible para el caso de venta de inmuebles en cuotas. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que existiría la posibilidad de que dicho criterio pueda ser considerado debido a que la Provincia de Santa Fe adhirió a la ley 23548 de Coparticipación Federal, la cual en su artículo 9º establece la posibilidad de adoptar el criterio del devengado exigible cuando se trate de venta de inmuebles en cuotas por plazos mayores a doce meses.

### 10.3.3 Extinción del derecho real de superficie

Como se ha mencionado previamente, al momento de producirse la extinción del derecho de superficie, el superficiante recupera el dominio pleno del inmueble y, salvo pacto en contrario establecido en la escritura de constitución del derecho o en acuerdos posteriores, debe pagar una indemnización al superficiario.

Si el superficiario es un sujeto empresa, como ya se ha indicado, el Código Fiscal grava todos los ingresos brutos, con lo cual no hay dudas de que dicha indemnización estaría gravada con el impuesto. En cambio, de tratarse de personas físicas y Fideicomisos, sería nuevamente necesaria la condición de habitualidad establecida en la norma. Debido a que la indemnización en cuestión no cumple con la condición del artículo 175 del Código Fiscal, no existen dudas respecto a que el pago de la indemnización que efectúa el superficiante al superficiario persona humana o fideicomiso no está gravada con el Impuesto a los Ingresos Brutos de la Provincia de Santa Fe.

## 11 CONCLUSIÓN

En este estudio se ha demostrado que el derecho real de superficie en Argentina es una figura jurídica con un potencial significativo para promover el desarrollo urbano, la inversión inmobiliaria y la utilización eficiente del suelo. Sin embargo, su aplicación se ve limitada por ciertas ambigüedades y deficiencias en la legislación tributaria. Resultarán en vano los esfuerzos interpretativos que ensayemos, si previamente no apreciamos en un marco general la significación que el legislador ha atribuido al nuevo Código, por lo que no es posible concebir al derecho tributario sin conocer el alcance del comportamiento pretendido por la norma. Tanto el Congreso en materia legislativa como las Autoridades de Aplicación a nivel nacional y provincial (AFIP y API respectivamente) a las que se le delega la responsabilidad por los aspectos técnicos, deberán promover reformas que clarifiquen y fortalezcan el marco legal del derecho real de superficie, así como implementar medidas que incentiven su utilización por parte de inversores y desarrolladores. De esta manera, se podría

aprovechar plenamente el potencial de esta figura para contribuir al crecimiento económico y al bienestar social en Argentina.

## 12 BIBLIOGRAFIA

- Alaníz José Antonio – Ingresos Brutos. Encuadre del Derecho real de superficie sobre un inmueble rural - Dir. Téc. Trib. DPR Bs. As. / ARBA ERREPAR - 28/11/2019
- Balán, Osvaldo.: “El nuevo derecho de superficie y su tratamiento impositivo” - Ed. Thomson Reuters – 2015
- Caranta, M. A.: “Un ensayo sobre el tratamiento tributario del derecho real de superficie en el nuevo Código Civil y Comercial” - ERREPAR - DTE - N° 426 - setiembre/2015
- Carlucci, Aída Kemelmajer de y Chacón, Alicia Puerta – Derecho Real de Superficie – Ed. Astrea – 1989
- Cortés, Cristóbal D.: “Análisis normativo del derecho real de superficie y su incidencia en el impuesto a las ganancias” - ERREPAR - Consultor Agropecuario - N°23 - febrero/2017
- Cossari, Nelso G.A.: “El derecho real de superficie: las regulaciones legales del siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina” - en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) - pág. 5
- De Bianchetti, Alba E.: “Derecho de superficie para plantar y forestar: ¿una opción para el sector agrario?” en “Derecho agrario y ambiental. Perspectivas (homenaje al Dr. Osiris Jantus)” - Ed. ConTexto - Resistencia – 2015
- Di Paolo Horacio – El Impuesto sobre los Ingresos Brutos en la Provincia de Santa Fe – Errepar – 2023
- García Belsunce, Horacio: “El concepto de rédito en la doctrina y el derecho tributario” - Ed. Depalma – 1967
- Gonzalez Lucía – El derecho real de superficie en la construcción y su incidencia en el impuesto al valor agregado – Errepar 2022
- Cura Grassi, Domingo C. – “Derechos Reales. Diferencia con los derechos personales.” - Revista del Notario 853 - 1996
- ERREPAR (DTE) XXXVI - Doctrina Tributaria– A propósito del Derecho real de superficie - noviembre 2015
- Facciano Luis A. – El nuevo derecho real de superficie. Su aplicación para la actividad agraria. - Consultor Agropecuario – ERREPAR - octubre 2015
- FERNÁNDEZ COSSINI, Elda, HEFLING, Mariana. RÍOS, Bárbara María, VÁSQUEZ, Gonzalo Matías - JORNADA NOTARIAL ARGENTINA. Agosto 2016.

- Fernández, Luis O. - “Posible tratamiento del derecho de superficie en el impuesto a las ganancias” en “15º simposio sobre legislación tributaria argentina” - Ed. Edicon - 2013 - págs. 205/5
- Gómez, Gustavo A.: “La actividad de la construcción y el nuevo Código Civil y Comercial. A propósito del derecho real de superficie” - ERREPAR - DTE - N° 428 - noviembre/2015
- JARACH, Dino, "El hecho imponible. Teoría general del Derecho tributario sustantivo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.
- Kiper Claudio – Derecho Real de Superficie – Rubinzal-Culzoni Editores – 2021
- Lorenzetti, Ricardo; Highton de Nolasco, Elena y Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Fundamentos del Anteproyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos valorativos”
- Molineris, Juan Pablo - REVISTA CIFRAS N°307 - OCTUBRE 2021 Pag 28-29
- Núñez, E. J.: “El derecho real de superficie y el IVA. Una aproximación sobre el tema con especial énfasis en la actividad inmobiliaria” - Ed. Thomson Reuters - LL - julio/2016
- Rajmilovich, D.: “Efectos en el IVA del derecho real de superficie. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26994” - 9/8/2015
- Rajmilovich Darío. El derecho real de superficie y los beneficios impositivos que genera su utilización. [www.abogados.com.ar](http://www.abogados.com.ar)

### 13 NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
- L. 23966 de impuesto sobre los bienes personales, art. 17
- Dict. DAL 55/2001 AFIP
- Dict. DAT 57/98 AFIP
- Dict. (DATJ) 23/1970 de la DGI - 20/3/1970
- Dict. (DAT) 24/2008 - 24/4/2008
- Dict. API N° 198/2013
- “Fideicomiso Torre de las Naciones c/EN - ME (L. 25063) - AFIP-DGI s/proceso de conocimiento” - Sala V - 16/10/2015
- Fallos CSJN: 310:290; 311:1642; 312:912 y 316:2329, entre otros.
- “Banca de Junín SRL s/recurso de apelación” - TFN - Sala C - 6/11/2015
- Fallo Instituto de Apoyo a la A. C. de la Manz. de las Luces c/ DGI”, expte. 22.708/2003, conf. “Cerealfa SA (TF 23993-I) c/DGI” - CNCont. Adm. Fed. - Sala III



- “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA c/Tucumán, Provincia de s/acción declarativa” – CSJN - 9/5/2006
- “Obras Sanitarias de la Nación c/Colombo, Aquilino s/ejecución fiscal” - 11/12/1990
- Duwin Wadin s/apelación - impuesto a las ganancias” - TFN - Sala A - 20/11/1997 - ap. VIII
- Ferreri, Juan Carlos c/AFIP-DGI s/proceso de conocimiento - CNFed. Cont. Adm. - Sala II - 7/4/2015
- ALTO PALERMO SA - CNACAF Sala I del 23/12/2008 - TFN Sala A del 15/12/2006
- Montes de la Paz S.A., TFN, Sala B, del 18/12/2006.

#### DATOS DEL CONTACTO

CPN Sebastián M. Zacarias

Tel. del contacto: (0342) 15-5043218

Correo electrónico: [szacarias@grupoelas.com](mailto:szacarias@grupoelas.com)