



Humberto Medrano Cornejo^(*)

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales

Income tax on the sale of real estate by natural persons

“POR TANTO, EN LA HIPÓTESIS QUE UNA PERSONA NATURAL AL FALLECIMIENTO DE SU PADRE, HUBIERA HEREDADO UNA NUMEROSA CANTIDAD DE INMUEBLES, PODRÍA VENDER TODOS ELLOS EN EL MISMO EJERCICIO Y NO SER CONSIDERADO COMO HABITUAL”.

Resumen: En el presente trabajo, el autor realiza un análisis de la regulación del Impuesto a la Renta, en cuanto a su aplicación a las transferencias de bienes inmuebles. Asimismo, se centra en los casos en los que el sujeto pasivo sería una persona natural. De esta manera, el autor trata primero el concepto de *renta* y cuándo es aplicable a personas naturales, y, más adelante, trata casos (como la expropiación y la venta de casa-habitación) en los que se cuestiona si es o no aplicable dicho marco teórico a la luz de las normas aplicables.

Palabras clave: Impuesto a la Renta - Persona natural - Renta - Teoría de la fuente - Ganancias de capital - Expropiación - Casa-habitación - Costo computable

Abstract: In this paper, the author analyzes the regulation of income tax, as regards its application to transfers of real property. On the other hand, focuses on cases in which the taxpayer would be a natural person. Thus, the author discusses first the concept of rent and when it is applicable to natural persons, and, later, he analyses cases (such as expropriation and sale of residential home) in which questions whether applicable or not said theoretical framework in the light of the applicable rules.

Keywords: Income Tax - Natural person - Income - Source theory - Capital gains - Expropriation - Residential home - Computable cost

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de la misma casa de estudios. Socio fundador del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales
Income tax on the sale of real estate by natural persons



“SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LA EXPROPIACIÓN NO PRESENTA VENTAJAS A FAVOR DEL TITULAR DEL BIEN, DADA LA AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN PARA TRASMITIR EL DERECHO DE PROPIEDAD, RAZÓN POR LA CUAL NO PODRÍA AFIRMARSE QUE EN SU CONFIGURACIÓN SE PERMITA LA GENERACIÓN DE BENEFICIOS ECONÓMICOS A FAVOR DEL PROPIETARIO”.

tan importante, era imperioso que la propia ley definiera qué debía entenderse por esa expresión. Para el caso específico de los inmuebles, la norma requería que la persona natural hubiera efectuado por lo menos dos compras y dos ventas, en el curso del ejercicio, en el precedente o en ambos. Transacciones con esa periodicidad revelaban al legislador la existencia del carácter *comercial* de las transacciones del sujeto, lo que hacía exigible el impuesto.

De otro lado, tratándose de la enajenación de acciones representativas del capital de sociedades (y otros valores), la habitualidad se configuraba si la persona en el curso del ejercicio había efectuado, al menos, 10 compras y 10 ventas de tales bienes. La condición de renta gravable se aplicaba a la ganancia obtenida a partir de la undécima enajenación.

En los casos citados, las ganancias generadas por tales operaciones, se incorporaban al conjunto de las rentas gravadas, a fin de aplicar sobre el total la escala progresiva prevista en la ley.

1. Acerca del concepto de “Renta”

Como ocurre en otras legislaciones, en el ordenamiento legal peruano el concepto de renta aplicable a las personas naturales, está esencialmente influido por la teoría de la fuente o de la renta producto, conforme a la cual solo tiene ese carácter la utilidad periódica o susceptible de obtenerse periódicamente de una fuente durable. Eso significa que los beneficios que se perciben de manera eventual o aislada, no constituyen renta y, por lo tanto, no dan lugar a la aplicación del tributo.

Hasta hace pocos años, el impuesto no se aplicaba respecto de las ganancias de capital. Estas son las que derivan de la enajenación de bienes no destinados a ser comercializados en el ámbito empresarial. En ese entonces, dichas personas naturales solo estaban gravadas si alcanzaban *habitualidad* en ese tipo de operaciones. Tratándose de una condición



Humberto Medrano Cornejo

Nótese que según el diseño de la norma, la habitualidad se conseguía realizando determinado número de operaciones de compra-venta de los bienes referidos dentro del período indicado. Por lo tanto, no se cumplía el supuesto legal si una persona natural se limitaba únicamente a vender los inmuebles adquiridos en el ejercicio precedente al anterior. En el caso de éstos, sin embargo, había (y hay) lugar a la aplicación del tributo si fueron adquiridos o edificados para propósitos de la enajenación, como señalamos más adelante.

2. Habitualidad y ganancias de capital en personas naturales

Respecto de las operaciones con inmuebles y acciones, se han introducido recientemente importantes modificaciones en la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante, LIR), pues la ganancia de capital está ahora sujeta al impuesto en el caso de personas naturales domiciliadas, quienes deben pagar el tributo con la tasa del 5%. Tratándose de la enajenación de acciones, ha desaparecido la condición de *habitualidad*, de manera que el impuesto se aplica siempre con esa tasa sobre la diferencia entre el costo computable y el valor de mercado de los bienes, sea cual fuere el número de transacciones que efectúen tales contribuyentes.

Para el caso de inmuebles, el tratamiento tributario se modifica si es que existe habitualidad, pues el beneficio deja de ser ganancia de capital y se convierte en renta. Dicha condición se presume a partir de la tercera enajenación, inclusive, que se produzca en un ejercicio gravable, tal como señala el artículo 4 de la LIR. Por lo tanto, mientras la persona natural no sea habitual (es decir, durante las dos primeras operaciones del período) la renta está sujeta al 5% de impuesto. La tercera enajenación, y siguientes, en caso de haberlas, darían lugar al tributo con la tasa del 30%.

Como se advierte, a quien incurre en habitualidad se le aplica el tratamiento que corresponde a las ganancias en negocios. Ello es congruente con lo dispuesto en el artículo 28 inciso d) de la LIR, que considera dentro de las rentas empresariales a las que se originan a partir de la referida tercera enajenación.

La norma ha cuidado de puntualizar que, para la determinación de la habitualidad, no se computa la enajenación de inmuebles destinados exclusivamente al estacionamiento de vehículos o cuarto de depósito, siempre que el enajenante haya sido o sea

propietario de un inmueble destinado a un fin distinto a los anteriores y que junto con ellos, estén ubicados en una misma edificación.

La regla pretende evitar que se incluya dentro del supuesto (con las consecuencias reseñadas) a quien enajena inmuebles que, a pesar de integrar funcionalmente una determinada unidad, cuentan con sendas inscripciones registrales independientes. La norma es adecuada. En operaciones de esa clase, carecería de sentido atribuirles carácter mercantil, pues a pesar de ser registralmente bienes separados, es claro que para fines de su utilización, pertenecen en los hechos a un único inmueble. De allí que el legislador señale que su enajenación no implica, para estos propósitos, transferencias inmobiliarias singulares y, por lo tanto, su enajenación en forma conjunta o separada, no origina habitualidad.

Alcanzada dicha condición en un ejercicio, ésta continuará durante los dos periodos siguientes. Si en alguno de ellos se adquiriera nuevamente esa misma calidad, ésta se extenderá por los dos años posteriores.

Ahora bien, es necesario recordar que, según lo señalado en la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 945, las ganancias de capital solo están gravadas si el inmueble enajenado fue adquirido a partir del 1 de enero de 2004, fecha en que se creó el impuesto para esta clase de operaciones. Por lo tanto, quien hubiera sido propietario de estos bienes antes de la referida oportunidad, no estará sujeto al impuesto por el beneficio que obtuviera al efectuar la enajenación.

Sin embargo, debe advertirse que tal exclusión del tributo se limita a las *ganancias de capital*, lo que permite preguntarse si la inafectación sigue operando cuando se enajenan tres o más inmuebles en el curso de un mismo ejercicio, aun cuando ellos hubieran sido comprados antes de la fecha indicada.

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales *Income tax on the sale of real estate by natural persons*

En otras palabras, cabe plantear si el propósito del legislador ha sido excluir del tributo las ganancias obtenidas en la enajenación de todos los inmuebles que hubieran sido adquiridos antes de enero 2004 o si tal régimen solo opera por los beneficios que genera la enajenación de los dos primeros inmuebles en un mismo ejercicio; es decir, hasta antes de alcanzar la habitualidad.

Obsérvese que cuando el citado Decreto Legislativo otorga inafectación, hace referencia a las *ganancias de capital*. Por lo tanto, desde el punto de vista literal, el texto no abarca expresamente el supuesto de renta; es decir el beneficio que obtiene una persona natural luego de haber incurrido en habitualidad. Si nos ceñimos a la expresión gramatical, resultaría válido sostener que el propietario de varios inmuebles adquiridos antes de esa fecha, puede transferir anualmente hasta dos de ellos sin estar obligado al pago del impuesto. Sin embargo, si vende un tercero de igual procedencia, dentro de ese período, la ganancia que esta operación genere tendría que tributar 30% y mantendría la condición de habitual en los términos que hemos reseñado.

No obstante, también podría argumentarse que el propósito del legislador fue no afectar con el tributo el aumento del valor que los bienes hubieran experimentado durante todo el tiempo en que el beneficio no estaba gravado. Desde este punto de vista, sería posible considerar que el texto que otorga la inafectación resulta insuficiente, y que en la interpretación debería primar el espíritu de excluir del gravamen la utilidad que se produzca al enajenar bienes adquiridos antes que se fijara este nuevo hecho imponible. Que sepamos, no existe hasta la fecha ninguna resolución del Tribunal Fiscal o del Poder Judicial que haya abordado este punto.

Asimismo, cabe precisar que no se consideran operaciones habituales, ni se computan para los fines del tributo, las enajenaciones de inmuebles adquiridos por causa de muerte. Esta regulación resulta particularmente importante, pues el legislador no ha dejado dudas: las transferencias de esos específicos bienes no se toman en cuenta para establecer la habitualidad, lo que conduce a una conclusión inversa a la que acabamos de exponer: En este tipo de operaciones únicamente hay ganancias de capital y nunca renta.

Por tanto, en la hipótesis que una persona natural al fallecimiento de su padre, hubiera heredado una numerosa

cantidad de inmuebles, podría vender todos ellos en el mismo ejercicio y no ser considerado como habitual. En otras palabras, sea cual fuere la cantidad de operaciones de venta que realice tal contribuyente, solo tendría que pagar el impuesto a la renta con la tasa del 5%, no siendo aplicable la del 30%. Únicamente tendría ganancias de capital. Nunca sería habitual por dichas operaciones y, en consecuencia, jamás tendría renta ni estaría sujeto a la tasa más elevada, respecto del beneficio producido por ellas.

El tratamiento descrito genera consecuencias muy especiales que obligan a analizar cada situación específica. Podría suceder que una persona ya hubiera realizado en el mismo ejercicio su tercera venta de inmuebles y esté sujeta, como corresponde, al 30% de impuesto a la renta. No obstante, si ella continuara efectuando enajenaciones de inmuebles, pero que versan exclusivamente sobre bienes adquiridos por causa de muerte, tales operaciones posteriores resultarían gravadas con 5% y ya no con la tasa empresarial. En este caso, el número de transacciones no configuraría renta de tercera categoría, con lo que tal persona no se encontraría incluida en la obligación de pagar la tasa más alta.

Inversamente, si se le considera como una persona con negocio, por tener renta generada por la enajenación de inmuebles, tendría derecho a compensarla con las pérdidas que, eventualmente, pudiera haber sufrido en otra empresa unipersonal.

La regulación comentada, podría llevar a interpretar que cuando se ha querido que la habitualidad no alcance a ciertas transacciones, la norma lo ha señalado expresamente, tal como ocurre con los bienes adquiridos por causa de muerte. Esta precisión, como se ha visto, no existe cuando el Decreto Legislativo No. 945 alude a los inmuebles adquiridos antes del 1 de enero de



Humberto Medrano Cornejo

2004, donde se indica que la inafectación está referida a *las ganancias de capital*.

De lo expuesto, es posible concluir que tratándose de inmuebles adquiridos antes de ese día, la enajenación no genera *ganancia de capital*, es decir, no se precipita el impuesto del 5%. Sin embargo, a tales inmuebles no se les ha quitado su capacidad de conferir habitualidad a partir de la tercera enajenación dentro de un mismo ejercicio. En consecuencia, de presentarse este supuesto estaríamos frente a renta de la tercera categoría gravada con la tasa de 30%.

En cambio, si la propiedad de los inmuebles se ha alcanzado por causa de muerte, su transferencia siempre dará lugar al impuesto de 5% y nunca a la obtención de renta empresarial, sea cual fuera el número de operaciones que se realice con los bienes recibidos por esta vía.

Ahora bien, cuando un inmueble se compra o construye con el propósito de transferirlo a título oneroso, carece de importancia el número de operaciones que se lleve a cabo, pues siempre se considerará que existe actividad mercantil, aun cuando se trate de una única operación. Debe recordarse que según el artículo 1 inciso d), numeral 2 de la LIR, se encuentran incluidos dentro del concepto de *renta producto*, los resultados de la enajenación de “inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubieren sido adquiridos o edificados total o parcialmente para efectos de la enajenación”.

Desde luego, resulta imposible conocer la intención o finalidad que ha guiado al contribuyente en tales operaciones. En los hechos, se ha considerado que si media un corto tiempo entre la adquisición o construcción de un inmueble y la enajenación del mismo, es procedente sostener que se ha actuado con ánimo mercantil, pero en ausencia de norma expresa, no puede precisarse cuál es el lapso que debe transcurrir para desvirtuar esa presunción. Al respecto, puede citarse la Resolución del Tribunal Fiscal No. 8753-3-2001 del 30 de octubre de 2001. En esa hipótesis, la ganancia se considera renta de tercera categoría, pues al no estar específicamente considerada en otro rubro, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 28 inciso g) de la LIR, conforme al cual califica como tal “cualquier otra renta no incluida en las demás categorías”.

3. La casa-habitación

La LIR ha excluido de las ganancias de capital el resultado de la enajenación de inmuebles ocupados como casa-habitación del enajenante, concepto que según la definición del Reglamento de la LIR, está constituido por el “inmueble que permanezca en su propiedad por los menos dos (2) años y que no esté destinado exclusivamente al comercio, industria, oficina, almacén, cochera o similares”.

Puede considerarse que la definición no es muy precisa y se aleja algo de lo señalado en la ley cuando esta alude “inmuebles *ocupados* como casa-habitación del enajenante”. ¿Eso significa que el propietario debe estar residiendo en el inmueble en la oportunidad de la enajenación? Si ello es así, ¿la exoneración no sería aplicable si el predio ha sido arrendado a un tercero?

Lo inadecuado de la redacción de la norma podría llevar a sostener que un terreno baldío puede quedar incluido absurdamente en la definición de casa-habitación, porque se trata de un inmueble no destinado a ninguno de los fines referidos. Según el texto del Reglamento eso sería suficiente para configurar el concepto. Tal interpretación, obviamente, distorsionaría la finalidad de la norma, pero sirve para poner en evidencia lo defectuoso del texto.

Si el enajenante tuviera en propiedad más de un inmueble, será considerado casa-habitación solo aquel que luego de la enajenación de los demás, resulte como el único de su propiedad.

El carácter de casa-habitación también tiene importancia para la determinación de la habitualidad, pues su enajenación no es computable para dicho propósito (LIR, artículo 4). Por lo tanto, si en el curso de un mismo ejercicio una persona enajena tres inmuebles

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales *Income tax on the sale of real estate by natural persons*

y el último tiene esa condición, la transferencia de éste no solo no configura habitualidad, sino que debido a su condición, tampoco dará lugar al pago del impuesto de 5%.

4. Enajenación y expropiación de inmuebles

El artículo 5 de la LIR, entiende por enajenación “la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se trasmita el dominio a título oneroso”.

A diferencia de las regulaciones anteriores que, como se ha visto, determinaban la habitualidad solo en función de los contratos de compra-venta, las normas vigentes ya no se limitan a ese específico contrato sino que utilizan la expresión genérica *enajenación*, la cual comprende todas las transacciones indicadas.

Nótese que el artículo glosado incluye la expropiación como una de las formas de enajenación, pero no efectúa ninguna salvedad respecto de su incidencia en la aplicación del impuesto o en la calificación de habitualidad. Por lo tanto, en principio, la ganancia que eventualmente obtuviera el expropiado, persona natural domiciliada, generará el impuesto con la tasa del 5%. Es decir, no existiría diferencia con el régimen que opera en una transferencia voluntaria.

Sin embargo, es claro que no se trata de una operación ordinaria y la carencia de matices en la norma, puede llevar a consecuencias tributarias que seguramente no han sido deseadas por el legislador. Así, por ejemplo, podría ocurrir que en el mismo ejercicio en que se produce la expropiación, la persona afectada ya hubiera celebrado dos contratos de venta de inmuebles, de modo que la transferencia forzosa constituiría la tercera operación en el período, con lo cual el eventual beneficio obtenido en ella, quedaría sujeto al 30% de impuesto, porque la LIR no ha introducido regulación alguna que permita excluir del cómputo para la habitualidad a las operaciones en que el contribuyente ha sido compelido por el Estado a efectuar la transferencia. Parece claro que una interpretación de esta naturaleza constituiría un exceso.

De otro lado, cuando se afecta a una persona jurídica, la ganancia obtenida se considera siempre de tercera categoría y, por lo tanto, resulta aplicable el tributo con la tasa del 30%,

lo que también resulta excesivo.

Nosotros consideramos que tales consecuencias ponen de manifiesto que el legislador ha procedido de una manera que podría calificarse como no equilibrada. Debido a la naturaleza de la expropiación, hubiera sido deseable consignar alguna excepción o variante que permita alcanzar mayor justicia en la tributación.

En sentido estricto, la expropiación no debería ser considerada como enajenación para los fines del tributo. Debe recordarse que el artículo 70 de la Constitución establece que el derecho de propiedad es inviolable. A nadie puede privarse de ella sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley “y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (...)”.

Por lo tanto, los resultados de la expropiación no deberían estar sujetos al tributo, porque ello implica reducir el monto de la indemnización acordada. Desde este ángulo, puede afirmarse que lo dispuesto por la LIR desvirtúa por completo el sentido de la garantía constitucional. En la expropiación el titular del bien no ha tenido, obviamente, el propósito de cederlo y conseguir una utilidad, sino que se encuentra obligado a vender. Por una parte, es claro que el ingreso que obtiene no deriva de una fuente durable y, de otro lado, resulta forzado considerar que se produce una ganancia de capital en la acepción que contiene el artículo 2 de la LIR que la define como “el ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital. Se entiende por bienes de capital aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa (...)”.

Ahora bien, para la interpretación de los alcances de la LIR (o cualquier otra norma)



Humberto Medrano Cornejo

no puede prescindirse del análisis de la citada garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad.

Resulta insostenible argumentar que el Estado que, a través de una ley autoritativa, procede a la expropiación y al pago de una indemnización puede, de otro lado, exigirle al afectado la devolución, a título de tributo, de una parte del importe recibido, ya que la aplicación de ese mecanismo hace evidente que se entrega al propietario una suma inferior a la que realmente le corresponde, si nos ceñimos al espíritu de la Carta.

Este tema ha sido abordado recientemente por la Ley 30025, precisando que la respectiva tasación debe comprender:

“(U)na indemnización por el perjuicio causado que incluya, en caso corresponda, el daño emergente y lucro cesante. El monto de la indemnización debe considerar, entre otros, el resarcimiento de los gastos tributarios, incluyendo el impuesto a la renta... en que deberá incurrir el sujeto pasivo como consecuencia de la expropiación”.

La norma transcrita tiene consecuencias jurídicas importantes pues, según el artículo 3 de la LIR, están gravadas “las indemnizaciones (...) que no impliquen la reparación de un daño (...)”, norma que es aclarada por el Reglamento (artículo 1, inciso e), señalando que “(...) no se consideran ingresos gravables, a la parte de las indemnizaciones que se otorgue por daños emergentes”.

En esta materia, el Tribunal Fiscal ha tenido reiterados pronunciamientos señalando que las indemnizaciones por daño emergente no están incluidas en el concepto de renta diseñado por el legislador. En efecto, en la RTF No. 879-2-2001, se indica que las indemnizaciones que no se encuentran gravadas con el impuesto a la renta son las destinadas a compensar un daño o perjuicio sufrido y hasta el límite del perjuicio, esto es, indemnizaciones relacionadas con daños emergentes, de modo que el exceso de la indemnización sobre el importe del daño causado al agraviado constituye renta gravable, salvo las excepciones contempladas por la ley, ya que si la indemnización supera el daño, esta situación revertirá en un beneficio adicional para su receptor, gravado con el impuesto a la renta.

El mismo precedente puntualiza que la indemnización por lucro cesante sí se encuentra gravada, toda vez que está referida

a incrementos patrimoniales no percibidos por incumplimiento del deudor, los que en circunstancias normales estarían sujetos al tributo.

Asimismo, en la RTF No. 6973-5-2003 del 28 de noviembre de 2003, se señala que las indemnizaciones destinadas a compensar un daño o perjuicio sufrido, que implique un menoscabo del patrimonio actual de una empresa, no se encuentran gravadas con el impuesto a la renta, de donde se tiene que la indemnización percibida a fin de cubrir el denominado lucro cesante sí está gravada, toda vez que está dirigida a sustituir ingresos que, en principio, darían lugar al pago del tributo, implicando un acrecentamiento patrimonial.

Por su parte, la RTF No. 2116-5-2006 recuerda que las normas tributarias no contemplan definiciones especiales sobre daño emergente o lucro cesante, que las aparten de su carácter civil, siendo por lo tanto conceptos coincidentes, a diferencia de lo que ocurre con otros institutos, a los que se conceden definiciones diferentes en virtud de la autonomía propia del Derecho Tributario. En el caso analizado, ya existía una calificación efectuada desde el ámbito civil donde a través de un laudo se dispuso el pago de una indemnización por concepto de daño emergente, razón por la cual el ingreso no calificaba como renta dentro de nuestro ordenamiento.

En consecuencia, si en el procedimiento de expropiación se establece determinada indemnización para compensar esa específica forma de daño, como expresamente puntualiza la Ley No. 30025, el importe correspondiente no tendría la naturaleza jurídica de renta y, por ello, no habría lugar al pago del impuesto. Según lo señalado, si la entidad expropiante otorga determinado monto por lucro cesante, éste formaría parte de la base gravable.

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales *Income tax on the sale of real estate by natural persons*

La ley citada también tiene importancia porque precisa que el pago del impuesto de la renta por el particular, constituye un perjuicio que debe *resarcirse*. En otras palabras, el texto parecería indicar que es necesario determinar la materia imponible, establecer la tasa aplicable siguiendo los lineamientos que hemos señalado y pagar el impuesto para luego obtener el reembolso por la entidad expropiante. Solo así podría hablarse de *resarcimiento* del tributo, aun cuando cabe expresar que la norma no establece el mecanismo específico para obtener tal devolución lo que, probablemente, será materia de detalle en el reglamento correspondiente.

Sin embargo, el solo hecho de haber dictado tal regulación, revela con toda claridad el propósito perseguido por el legislador: el impuesto no puede ser un factor para disminuir el monto de la suma a recibir por la persona que ha sufrido la expropiación. Ella tiene derecho a conservar para sí la totalidad de la indemnización acordada.

Atendiendo al espíritu de la norma, también podría establecerse que, al abonarse la indemnización, el Estado puede otorgar al afectado notas de crédito negociables, que son válidas para satisfacer las obligaciones frente a las autoridades tributarias. Con este mecanismo, se cumpliría con efectuar el pago del impuesto, pero sin afectar la indemnización recibida.

Asimismo, una alternativa simple para reducir la incidencia del gravamen consistiría en un cálculo adecuado de la indemnización por daño emergente que, según lo expuesto, no tiene la condición de renta y, por lo tanto, su importe no daría lugar al impuesto. Una fórmula complementaria o sustitutoria sería establecer que por la parte que no compensa el daño emergente (100) se considere una indemnización igual a 143, de modo que si la expropiación incide en una empresa o en una persona natural que ha incurrido en habitualidad, el impuesto de 30% (42.9) no reduciría el monto en que se cuantificó el derecho de propiedad del afectado.

Al margen de los vacíos, que podrían ser cubiertos reglamentariamente, es claro que la referida ley pretende otorgar un tratamiento tributario más justo, pues resultaba irónico que la persona obligada por el Estado a privarse de un bien, terminara siendo deudora del fisco a raíz de una operación que no quería realizar.

Sin embargo, en nuestra opinión, para evitar el efecto fiscal, que es lo que desea el legislador, lo más sencillo habría sido disponer que la expropiación de un bien no constituye enajenación para efectos tributarios. Es decir, debería modificarse el texto del citado artículo 5 de la LIR, con lo cual resultaría claro que la indemnización recibida no tendría la condición de renta gravable, sin necesidad de analizar si la expropiación comprende o no lucro cesante o daño emergente. Tampoco, sería necesario diseñar el procedimiento que conduzca al *resarcimiento* del impuesto.

Sobre este particular, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de junio de 2013, donde se analiza el tratamiento tributario que corresponde en el caso de la expropiación de un inmueble de propiedad de una empresa. Allí se señala que el procedimiento expropiatorio genera un pago justo, que para la legislación peruana se determina por dos elementos. Uno de ellos es el valor comercial actualizado del bien y el otro la compensación por los daños que dicha pérdida forzosa le genera al titular del derecho.

Planteadas así las cosas, en el considerando 20 de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional se pregunta: ¿existe la posibilidad de producción de ganancia, utilidad o mejora, en los términos que el artículo 1 de la LIR regula, ante una enajenación forzosa como lo es el procedimiento expropiatorio? Allí mismo, se responde que tal procedimiento da lugar a una indemnización justa, limitada al valor comercial actualizado del inmueble expropiado y a una compensación por daños “sin embargo no podría afirmarse que dicho monto genera algún tipo de renta o ganancia por su sola recepción o que dicha enajenación obligatoria genere los mismos efectos que una enajenación voluntaria (...)”

Según el Tribunal Constitucional, la expropiación no presenta ventajas a favor del



Humberto Medrano Cornejo

titular del bien, dada la ausencia de negociación para transmitir el derecho de propiedad, razón por la cual no podría afirmarse que en su configuración se permita la generación de beneficios económicos a favor del propietario. Todo lo contrario, produce en él la obligación de traslación de un inmueble sin encontrar alguna forma de beneficio que se pueda identificar como ganancia, utilidad o ingreso adicional que se configure como un hecho imponible del impuesto a la renta en los términos que la ley regula.

En esta reflexión se advierte una clara discrepancia con la LIR, que no habría tomado en cuenta el propósito perseguido por la Carta cuando otorga la garantía de inviolabilidad de la propiedad. SUNAT argumenta que, en el ingreso por expropiación, estamos ante un impuesto que grava la ganancia que pueda derivarse del mayor valor recibido respecto a lo que costó adquirir el mismo “lo que se conoce como ganancia de capital, según la Ley del Impuesto a la Renta (...)”.

Frente a tal fundamento, el Tribunal Constitucional señala que dicha afirmación no podría sostenerse, pues los hechos imponibles en el tributo sobre la renta, están relacionados con la presencia de una ganancia generada como producto del trabajo, el capital o de ambos factores, situación que no se identifica con el desarrollo de una expropiación, dado que este procedimiento carece de una etapa de negociación que permita al Estado y al expropiado obtener un beneficio económico, lo que sí sucede en las enajenaciones voluntarias.

En la sentencia se precisa que, aun cuando entre el costo computable y el monto de la expropiación pudieran existir diferencias, los factores aplicados para la determinación de dicho pago solo buscan el equilibrio económico del sujeto pasivo por la pérdida que sufre. Por ello, no se puede equiparar recibir la indemnización justipreciada con la transferencia voluntaria de un bien.

En otras palabras, para el alto Tribunal la ley no debe incluir la expropiación como una de las formas de enajenación para efectos fiscales, pero, a la vez, no puede ignorar que el artículo 5 de la LIR contiene una regulación opuesta, que contradice esa posición. No obstante lo cual, en la sentencia se indica que ese supuesto, no se identifica como un hecho imponible del tributo sobre la renta, por lo que finalmente resuelve “inaplicar el artículo 5 del Texto Único Ordenado de

Ley del Impuesto a la Renta (...) referente a la imposición del impuesto (...) sobre el pago de la indemnización recibida (...) por la empresa expropiada demandante”.

La jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, permite sostener que no constituye renta la diferencia entre el costo computable del bien y la indemnización justipreciada pagada con motivo de la expropiación. Con ello parecería que la Administración ya no podrá invocar ese artículo de la LIR para exigir el pago del tributo en una circunstancia similar. Además, también quedaría sin objeto la regulación prevista por la Ley No. 30025, pues ya no sería necesaria la *restitución* del impuesto, sino que no existiendo hecho imponible, no surgiría la obligación de tributar. En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal produce una suerte de *sustracción de la materia* y, por tanto, dicha ley carecería de aplicación práctica en el campo tributario.

Si para estos propósitos el artículo 5 de la LIR ha quedado sin eficacia jurídica para fines impositivos, es claro que en ninguna expropiación habrá lugar al impuesto a la renta. En otras palabras, para este tributo, la expropiación no califica como hipótesis de incidencia, pues a pesar del texto expreso de la norma, la sentencia del Tribunal Constitucional desactiva los efectos de aquella.

Sin embargo, la referida sentencia, a pesar de su construcción genérica, solo incide en el expediente que la generó, pues se trata de una acción de amparo y no de inconstitucionalidad. Tal circunstancia pone en evidencia que por razones de orden y de seguridad jurídica, sería deseable que, tomando en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el Poder Legislativo decida modificar el artículo 5 de la LIR, a fin de no considerar la expropiación como una de las formas de enajenación de inmuebles.

Impuesto a las ganancias en la enajenación de inmuebles por personas naturales *Income tax on the sale of real estate by natural persons*

Desde esta óptica, si la modificación se concretara o, si en cada caso específico, los afectados iniciaran un proceso similar al que originó dicha sentencia, carecería de sentido regular el mecanismo de *restitución* del impuesto a la renta a favor del expropiado, en la forma prevista por la Ley No. 30025. Conforme a la jurisprudencia sentada, el tributo simplemente no resulta aplicable en los casos expuestos, de modo que el particular expropiado debe recibir el íntegro del justiprecio que se hubiera acordado al producirse la transferencia forzosa.

5. Sobre la fecha de adquisición de los inmuebles

Recordemos que no hay lugar al impuesto respecto de la enajenación de inmuebles que han sido adquiridos antes del 1 de enero de 2004. Sin embargo, si tal adquisición antes de esa fecha se hubiera efectuado por una sociedad conyugal que, posteriormente, decide cambiar de régimen patrimonial pasando de la sociedad de gananciales a la separación bienes y adjudicando sendos inmuebles a cada uno de los cónyuges, ¿resulta aplicable el impuesto si cualquiera de ellos decide vender alguno de los bienes recibidos luego de la fecha indicada?

Sobre este extremo, ha habido un pronunciamiento de la Administración Tributaria (Informe No. 134-2006, del 31 de mayo de 2006) donde se sostiene que para ambos cónyuges se estima que la adquisición de los bienes ocurrió antes de la referida fecha y, por lo tanto, la venta de los mismos no daría lugar al pago del tributo. Ello es así porque en el régimen de gananciales el patrimonio pertenece a la sociedad conyugal como tal, lo cual implica que los titulares de los bienes son los esposos considerados conjuntamente. No obstante, como quiera que el patrimonio social carece de personería jurídica, no es posible que al producirse la división de los gananciales por la razón indicada, se configure una enajenación de inmuebles o derechos sobre los mismos. Ello significa que la adquisición ocurrió cuando los inmuebles ingresaron al patrimonio de la sociedad conyugal y, en consecuencia, la venta que efectúe cualquiera de ellos, da lugar a ganancia inafecta.

También existía incertidumbre respecto del tratamiento que correspondía a la persona natural que no generaba rentas de tercera categoría, que adquirió un terreno antes del mes de enero de 2004, pero que después de esa fecha, llevó a

cabo una construcción y vendió todo el predio en conjunto, ¿se inafecta solo la ganancia derivada de la venta del terreno, pero se grava la que genera la transferencia de la edificación?

Sobre el particular, SUNAT ha interpretado (Informe No. 58-2012 del 7 de junio de 2012) que tal persona no se encuentra obligada a tributar porque no puede sostenerse que el inmueble, entendido como terreno y construcción, haya sido adquirido después de la referida fecha, que es el supuesto básico para configurar la hipótesis de incidencia.

6. El costo computable

Conforme a lo previsto por el artículo 20 de la LIR, cuando se trata de enajenación de bienes, la renta bruta está dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de tales bienes, debidamente sustentado con comprobante de pago. Según el artículo 21 de la misma norma, en el caso de inmuebles adquiridos por una persona natural a título oneroso, el costo computable será el valor de adquisición o construcción, reajustado por los índices de corrección monetaria que establece el Ministerio de Economía y Finanzas.

Asimismo, cabe advertir que según el artículo 21.8 de la LIR, en el caso de separación de patrimonios en una sociedad conyugal, o partición de una copropiedad, el costo computable se atribuirá a cada parte en la proporción en que se efectuó la respectiva separación o partición. Ello significa que tratándose de una enajenación que da lugar a ganancia gravada, cada uno de los cónyuges o copropietarios tiene que considerar la parte del costo total que corresponde a su participación en la separación o partición.

Debe destacarse que las adquisiciones a título gratuito dieron lugar a distorsiones en el costo



Humberto Medrano Cornejo

computable a tomar en cuenta, produciéndose en algunos casos elusión del tributo. En efecto, en el caso de inmuebles adquiridos a título gratuito, se consideraba como costo computable el valor del auto avalúo para el impuesto predial, reajustado por los índices de corrección monetaria, establecido por el Ministerio de Economía y Finanzas, salvo prueba en contrario constituida por contrato de fecha cierta inscrito en Registros Públicos y otros que señale el Reglamento. El artículo 11 inciso a) de dicho Reglamento permitía que en tales adquisiciones se considerara como costo computable el que figure en cualquier documento público, documento privado de fecha cierta o cualquier otro documento fehaciente a criterio de la Administración Tributaria.

En consecuencia, si un padre efectuaba anticipo de legítima de un determinado inmueble a su hijo, valorizándolo a esa fecha,

como exige el Código Civil, y luego el beneficiario lo vendía en ese mismo valor (asumiendo que fuera el de mercado) no había materia imponible ni tributo o, en todo caso, se reducía de manera sensible el monto del impuesto aplicable. Como puede apreciarse, se trataba de un mecanismo que al permitir el incremento del costo, podía llevar a eliminar la materia imponible y, consecuentemente, la obligación de pago del tributo.

Al efectuarse las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo No. 1120, y con el objeto de neutralizar eventuales maniobras elusivas, se precisó que si la adquisición del inmueble se efectúa a título gratuito, el costo computable será igual a cero. Ello significa que en la ulterior venta, el impuesto debe establecerse aplicando la tasa sobre el íntegro del precio, con lo cual, en los hechos, estaríamos frente a un tributo sobre el ingreso bruto.

Sin embargo, la ley ha cuidado de señalar que, alternativamente, se puede considerar el costo que correspondía al transferente antes de la transferencia, siempre que se acredite de manera fehaciente. 