



Raúl Hidalgo Vizcarra^(*)

Tratamiento tributario de la **cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros** por parte de personas naturales

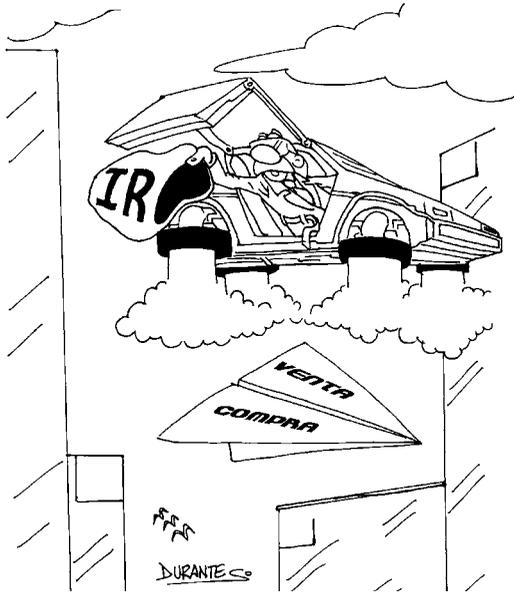
La construcción de edificios de departamentos ha crecido exponencialmente en los últimos años. Es usual que, en estos proyectos inmobiliarios, la empresa constructora inicie la venta de los departamentos cuando la construcción del edificio aún no ha iniciado. En el mercado inmobiliario, se denomina a esta operación como una “venta en planos”, debido a que los compradores celebran el contrato de compraventa cuando solo tienen a la vista los planos de la futura obra. Como explicaremos en las siguientes líneas, este tipo de operaciones configura una compraventa de bien futuro y tiene una regulación particular en nuestro Código Civil.

Ahora bien, no todos los compradores de este tipo de viviendas planean habitarlas. Muchas personas ven estos proyectos como una inversión y, aprovechando el rápido incremento de los precios de los inmuebles, deciden transferir a terceros su posición en aquellos contratos de compraventa, antes de que se culmine la construcción de los inmuebles, a cambio de recibir una contraprestación pecuniaria de parte de ese tercero (logrando obtener un margen de ganancia). Para estos efectos, el comprador original celebra un contrato de cesión de posición contractual con el sujeto que lo reemplazará en el contrato, con la intervención y consentimiento del vendedor (empresa constructora).

Siendo cada vez más común la cesión de contratos de venta en planos, es propósito de este trabajo determinar cuál es el tratamiento tributario que corresponde a este tipo de operaciones, sobre todo en lo que se refiere al Impuesto a la Renta, puesto que no existen precedentes del Tribunal Fiscal ni pronunciamientos de SUNAT sobre el particular. Nos limitaremos a analizar el caso de las cesiones llevadas a cabo por personas naturales que no realizan actividad empresarial, ya que cuando el cedente es una persona jurídica no hay mayor discusión sobre cuál debe ser el tratamiento fiscal. Inicialmente, explicaremos las características de las instituciones civiles involucradas en este tipo de negocio inmobiliario, para, luego, detallar las implicancias fiscales que tendrá la transacción.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT). Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales



1. Aspecto preliminar: instituciones del Derecho Civil involucradas en la operación materia de análisis

1.1. La compraventa de bien futuro

El artículo 1409 del Código Civil establece que: “La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley (...)”.

El citado artículo hace referencia a dos modalidades de contratación: la *emptioeisperatae* (cosa esperada) y la *emptiospei* (esperanza incierta)⁽¹⁾. Para los fines del presente análisis nos interesa la primera de ellas, la cual (en lo que se refiere a la compraventa) está regulada por los artículos 1532 a 1535 del Código Civil.

El artículo 1532 establece la posibilidad de que se vendan bienes “(...) que puedan existir, siempre que sean determinables o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley”. Así, nuestra legislación civil permite que el objeto de la compraventa sea un bien que no tiene existencia “ni en el patrimonio del vendedor ni en ningún otro patrimonio”⁽²⁾.

Los bienes futuros incluyen tanto a los que no tienen existencia material, así como a aquellos que teniéndola no tienen existencia jurídica. En palabras, de Elvira Martínez⁽³⁾ podemos distinguir dos tipos de bienes futuros: “a) Bienes futuros *in rerum natura*: Los que aún no tienen existencia jurídica autónoma, propia, aunque tenga existencia material. Este es el caso de los “lotes por independizar (...)” y “b) Bienes futuros *non in rerum natura*: Aquellos que en el momento de la celebración del contrato no tienen una existencia material. Este es el caso de los edificios por construir”.

Se aprecia, entonces, que la venta que realiza una empresa respecto de un departamento que se encontrará ubicado en el edificio que viene construyendo (es decir, que no tiene existencia al celebrarse el contrato), constituye una compraventa de un bien futuro. Miguel Torres Méndez también menciona que tienen la categoría de bienes futuros “(...) los pisos o departamentos por construir (venta en planos)”⁽⁴⁾.

- (1) Aun cuando en ambos casos el objeto del contrato es un bien futuro respecto del cual no se tiene certeza absoluta de si llegará a existir, se distinguen porque mientras el contrato regulado en el artículo 1532 del Código Civil (cosa esperada) sólo tendrá efectos cuando el bien llegue a existir; el contrato previsto en el artículo 1536 del referido Código (esperanza incierta) surtirá sus efectos llegue o no a tener existencia el bien.
- (2) RIVERA JAEN, Francisco y otros. En: *Estudios de Derecho Privado*. Tomo II. Madrid, 1965; p. 123.
- (3) MARTÍNEZ COCO, Elvira. *Edificios por construir: ¿Compraventa de bien futuro o contrato de obra?* En: *Ensayos de Derecho Civil*. 1era. edición. Lima: Editorial San Marcos, 1997; p. 310.
- (4) TORRES MENDEZ, Miguel. *Estudios sobre el Contrato de Compraventa. La Compraventa de Bien Futuro*. Lima: Grijley, 2002; p. 52.



Raúl Hidalgo Vizcarra

Siendo una venta de bien futuro, le resulta aplicable el artículo 1534 del Código Civil, el cual dispone que “en la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”.

Al respecto, Manuel de la Puente señala que “si el bien llega efectivamente a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, quedando el vendedor obligado a transferir la propiedad del bien al comprador y éste quedará obligado a pagar su precio”⁽⁵⁾. Agrega este autor que “si por alguna razón el bien no llegara a tener existencia, la obligación de transferir su propiedad se habrá convertido en imposible, lo que dará lugar a que la compraventa, por ser un contrato de prestaciones recíprocas, quede resuelta de pleno derecho, por aplicación del artículo 1431° del Código Civil”⁽⁶⁾.

De esta forma, la eficacia del contrato de compraventa de un bien futuro está sujeta a que el bien logre tener existencia⁽⁷⁾. Tratándose de departamentos *en planos*, ello significa que recién cuando se verifique tal condición el vendedor quedará obligado a transferir la propiedad del inmueble y el comprador a pagar el precio convenido.

Cabe mencionar que, para algunos autores, el hecho de que el contrato esté sujeto a una condición suspensiva no significa que el mismo no produzca efecto jurídico alguno sobre la esfera de las partes. Para Miguel Torres Méndez, por ejemplo, los contratos crean una “relación contractual” la cual “es más amplia que la relación obligatoria pues está conformada por ésta y por todos los demás efectos que no forman parte de la relación obligatoria”⁽⁸⁾ y, en el caso particular de la compraventa de bienes futuros, si bien en la relación contractual surgida de tal convenio “no existe inicialmente una relación obligatoria

debido al régimen condicional, sí existe una obligación que no forma parte de la relación obligatoria la cual es la obligación de contribuir a la venida a existencia del bien”⁽⁹⁾.

En cualquier caso, lo cierto es que “(...) debemos entender que la trasmisión de la propiedad de los bienes futuros queda diferida y operará *‘ipso iure’* en el momento en el que el bien exista”⁽¹⁰⁾. Así, mientras el bien no cobre existencia, no podría reputarse al comprador como propietario del mismo.

1.2. La cesión de posición contractual

El artículo 1435 del Código Civil establece que “en los contratos de prestaciones recíprocas no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual. Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo (...)”.

Por su parte, el artículo 1437 del Código Civil señala que, en virtud de esta cesión, “el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión”.

De esta forma, el Código Civil regula el contrato que celebran el cedente, cesionario y cedido, en virtud del cual el cedente cede al cesionario la titularidad de determinada

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Compraventa de Bien Futuro*. En: IUS ET VERITAS, Año VIII, No. 15. Lima, 1997; p. 97.

(6) *Ibidem*.

(7) Consideramos que, tratándose de edificaciones nuevas (como los departamentos *en planos*), desde un punto de vista jurídico, recién puede considerarse que el bien existe, cuando se culmina su construcción y se obtiene el certificado de finalización de obra ante la municipalidad correspondiente. Si bien, desde un punto de vista del Derecho Registral, el inmueble tiene existencia desde el momento en que se efectúa su independización y se inscribe la declaratoria de fábrica, no puede olvidarse la finalidad que persigue el proceso de inscripción, esto es la publicidad y oponibilidad frente a terceros de los derechos sobre inmuebles, siendo de carácter facultativo. Entendemos que hay posiciones distintas a ésta pero no es propósito de este trabajo definir ese aspecto.

(8) TORRES MENDEZ, Miguel. *Óp. cit.*; p. 172.

(9) *Ídem.*; p. 178.

(10) MARTINEZ COCO, Elvira. *Óp. cit.*; p. 310.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

relación jurídica obligacional, respecto de un contrato de prestaciones recíprocas celebrado con el cedido (y que aún no ha sido ejecutado en su totalidad).

Sobre los efectos de este tipo de contratos, Manuel de la Puente⁽¹¹⁾ sostiene lo siguiente:

“(E)l cedente deja de ser titular de la relación jurídica obligacional creada por el contrato básico, para ser sustituido por el cesionario, quien resulta ser el nuevo titular de la misma relación, lo que produce como consecuencia que los nuevos titulares de dicha relación son el cedido y el cesionario”.

Agrega este autor que:

“(…) este cambio de titularidad da lugar a que el cedente deje de estar vinculado con el cedido y resulte liberado, en principio, de sus derechos y obligaciones frente a él, y que, por otro lado, el cesionario quede vinculado con cedido y asuma, frente a éste, los derechos y obligaciones que correspondían al cedente, pero este resultado no es el efecto directo de la cesión de posición contractual, que se limita a un cambio de titularidad de la relación obligacional creado por el contrato básico, sino el efecto derivado de ese cambio”.

Nótese, entonces, que, como consecuencia de la cesión de la titularidad en una relación obligacional, el cesionario asumirá los derechos y obligaciones y cualquier otro efecto jurídico que, hasta antes de la cesión, correspondían al cedente.

Este tipo de contratos es el que suele ser usado por las personas que han celebrado contratos de compraventa sobre departamento “en planos” y que pretenden ceder su posición en dicho contrato a un tercero, mientras el inmueble aún se encuentra en construcción, con el consentimiento del vendedor que mantiene su posición en el contrato.

Si bien el contrato de compraventa de bien futuro no ha surtido efecto y, por lo tanto, no ha nacido la relación jurídica obligatoria materia de tal acuerdo, ello no es impedimento, en nuestra opinión, para que el comprador ceda su posición

contractual. Ciertamente, la compraventa de bien futuro es un contrato válido, aún cuando su eficacia haya quedado condicionada, por lo que cualquiera de las partes puede ceder su posición en tal acuerdo. Claro que, en este caso particular, el cesionario asumirá los derechos y obligaciones que corresponden al titular de tal relación una vez que el bien objeto de venta llegue a existir.

Nótese que aunque el texto del artículo 1437 del Código Civil pueda llevar a interpretar equivocadamente que lo que es materia de cesión son todos los derechos y obligaciones del cedente, de modo que sería necesario que existiesen los mismos (lo que supone que el contrato fuese eficaz) para que pudiera celebrarse la cesión de posición contractual; en estricto, lo que es materia de cesión es la posición contractual, conforme lo expresa el artículo 1435 del Código Civil. Dicha posición sí existe en el caso de una compraventa de bien futuro, por cuanto, reiteramos, estamos frente a un contrato plenamente válido, de modo que no existe inconveniente para que aquel contrato sea materia de cesión.

2. Tratamiento respecto del Impuesto a la Renta

2.1. El Impuesto a la Renta en el caso de transferencia de inmuebles por personas naturales

2.1.1. Ganancia de capital gravada con el Impuesto a la Renta en el caso de personas naturales

Con la dación del Decreto Legislativo 945, vigente a partir del 1 de enero de 2004, se modificó el régimen tributario aplicable a la transferencia de inmuebles por parte de personas naturales.

(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Segunda Parte. Tomo V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; p. 75.



Raúl Hidalgo Vizcarra

Hasta antes de dicha modificación, las personas naturales solo tributaban en las transferencias de inmuebles cuando habían sido adquiridos con el propósito de enajenarlos⁽¹²⁾; cuando se trataba de terrenos rústicos o terrenos, enajenados por el sistema de lotización o urbanización; o cuando fueran “habituales” en ese tipo de operaciones, presumiéndose en este último caso que adquirirían tal calidad cuando (en el curso del ejercicio, en el precedente o en ambos) hubiesen realizado dos compras y dos ventas⁽¹³⁾. En todos estos supuestos⁽¹⁴⁾, las personas naturales generaban renta de tercera categoría, debiendo cumplir con las obligaciones formales y sustantivas propias de los perceptores de rentas empresariales.

Con los cambios introducidos por el Decreto Legislativo 945 no solo se varió la regla de habitualidad en la transferencia de inmuebles (estableciéndose que se configura a partir de la tercera enajenación en un mismo ejercicio⁽¹⁵⁾), sino que también se incorporó un nuevo supuesto gravado con el Impuesto a la Renta: la ganancia de capital originada en la enajenación de inmuebles por personas naturales.

Así, el nuevo texto del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta define a la ganancia de capital como “cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital”. Para estos efectos, esta norma entiende por bienes de capital “a aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o empresa”.

El artículo 2 de la Ley prosigue listando una serie de ejemplos que constituyen operaciones que generan ganancias de capital. El inciso a) de dicho artículo menciona a la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital y otros valores mobiliarios, mientras que el inciso b) hace referencia a la enajenación de otro tipo de bienes (muebles cuya depreciación o amortización admite la Ley; derechos de llave, arcas y similares; bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas constituidas en el país; entre otros supuestos).

Finaliza esta norma señalando en su último párrafo que “no constituye ganancia de capital gravable por esta Ley el resultado de la enajenación de los siguientes bienes, efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no genere renta de tercera categoría: i) Inmuebles ocupados como casa habitación del enajenante. ii) Bienes muebles, distintos a los señalados en el inciso a de este artículo”.

- (12) El numeral 2) del inciso b) del artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada por el Decreto Legislativo No. 774, establecía que constituía renta gravada con el impuesto los resultados derivados 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”.
- (13) El artículo 2 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, modificado por el Decreto Supremo 017-2003-EF, indicaba que la operación a partir de la que se encontraban gravadas con el Impuesto a la Renta las enajenaciones de inmuebles por personas naturales, era la siguiente luego de realizadas las dos compras y dos ventas.
- (14) Como se podrá advertir, todos estos supuestos evidencian el desarrollo de una actividad empresarial, razón por la cual estas enajenaciones de inmuebles fueron incluidas expresamente como supuestos gravados con el impuesto, de tal modo que si eran realizados por personas naturales les generaban a éstas renta de tercera categoría. Claro está que si la persona natural realizaba cualquier otra enajenación de inmueble (distinta a las antes mencionadas) en el desarrollo de una actividad empresarial tendrían el mismo tratamiento.
- (15) Cabe precisar que, inicialmente, el Decreto Legislativo 945 omitió incluir una definición de habitualidad para el caso de inmuebles en la Ley del Impuesto a la Renta, como lo había hecho el artículo 4 del texto anterior de dicha Ley. Esta omisión fue subsanada, posteriormente, a través de la incorporación del inciso d) del artículo 17 del Reglamento, realizada por el Decreto Supremo 086-2004-EF, en el cual se dispuso que la habitualidad se generaba a partir de la tercera enajenación de inmuebles en el ejercicio gravable. Finalmente, mediante la Ley 29492, se incluyó esta definición de habitualidad en el artículo 4 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

Estas ganancias de capital, cuando son obtenidas por personas naturales que no realizan actividad empresarial, constituyen rentas de segunda categoría, conforme lo dispone el inciso j) del artículo 24 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Cabe añadir que el Decreto Legislativo 945 (en su Primera Disposición Complementaria y Final) señala que “las ganancias de capital proveniente de la enajenación de inmuebles distintos a la casa habitación efectuadas por personas naturales constituirán renta gravada de la segunda categoría siempre que la adquisición y enajenación de tales bienes se produzca a partir del 01.01.2004”. De esta forma, sólo estarán afectas con el impuesto la ganancia de capital derivada de la enajenación de inmuebles realizadas por personas naturales, cuando aquellos bienes hayan sido adquiridos a partir del ejercicio 2004. La enajenación de los inmuebles adquiridos antes de esa oportunidad no generarán ganancia de capital afecta, aunque sí podrían dar lugar a otros supuestos gravados con el impuesto como rentas de tercera categoría (por ejemplo, si la enajenación es la tercera que realiza la persona en un ejercicio gravable).

Como se aprecia, el concepto “bien de capital” ha sido definido de manera bastante amplia por la Ley del Impuesto a la Renta, debido a que puede ser objeto de operaciones realizadas tanto por empresas como por personas naturales. Respecto a este asunto, tómesese en cuenta que el concepto de “bien” no debe identificarse con el concepto “cosa”, puesto que es más amplio que este último. Así, “el concepto de bien es la expresión de mayor amplitud patrimonial, el cual por la gama de bienes que van apareciendo conforme avanza la ciencia y la tecnología, jurídicamente adquiere la necesidad de ser identificado como objeto corporal con valor económico, involucrando a los derechos (bienes inmateriales)”⁽¹⁶⁾.

Por ello, podrían ser “bienes de capital” los bienes corporales así como los incorporeales, lo que incluye a los derechos con contenido patrimonial, en la medida que no sean mercadería, esto es, que no estén destinados a ser comercializados. Entendemos que esos son los alcances que ha pretendido darle el legislador a aquel concepto⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, para el caso de las personas naturales no generadoras de rentas de tercera categoría, el último párrafo del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta ha limitado el ámbito de aplicación de las ganancias de capital a la enajenación de solo dos tipos de bienes de capital.

En efecto, dicha norma ha establecido que ciertos muebles (los distintos a las acciones y demás valores mobiliarios) e inmuebles (los que califiquen como casa habitación⁽¹⁸⁾) no generan ganancia de capital para las personas naturales, de lo cual se desprende que los resultados de la enajenación de los otros muebles e inmuebles no excluidos expresamente sí deben estar comprendidos en el ámbito de aplicación del impuesto. En consecuencia, la intención del legislador tributario (para el caso de las personas naturales que no generan renta empresarial) fue gravar únicamente la enajenación de los valores mobiliarios y los inmuebles (que no constituyeran casa habitación).

No podría interpretarse, en nuestra opinión, que existen otros bienes distintos a los antes

(16) GONZALES LINARES, Nerio. *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*. Lima: Palestra Editores, 2007; p. 105.

(17) En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 945 se señaló que los bienes de capital son “aquellos bienes que son distintos a las mercaderías o bienes de cambio, que por su naturaleza se transan en el ámbito de un negocio o empresa”.

(18) El artículo 1-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, introducido por el Decreto Supremo 086-2004-EF, definió a la casa habitación en los siguientes términos:

“(…) se considera casa habitación del enajenante, al inmueble que permanezca en su propiedad por lo menos dos (2) años y que no esté destinado exclusivamente al comercio, industria, oficina, almacén, cochera o similares.

En caso el enajenante tuviera en propiedad más de un inmueble que cumpla con las condiciones señaladas en el párrafo anterior, será considerada casa habitación sólo aquél que, luego de la enajenación de los demás inmuebles, resulte como el único inmueble de su propiedad”.



Raúl Hidalgo Vizcarra

mencionados (por ejemplo, derechos que no califiquen como derechos reales) cuya enajenación puede generar ganancia de capital para las personas naturales, por cuanto ello no se desprende de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 945.

Así, en la Exposición de Motivos de la norma bajo mención se señaló lo siguiente:

“La ganancia de capital obtenida por personas jurídicas seguirá el mismo tratamiento a la fecha vigente, esto es, se consideran como rentas ordinarias de la tercera categoría. En el caso de personas naturales, el tratamiento es distinto. Se mantiene la exoneración a la ganancia de capital por enajenación de valores mobiliarios en rueda de bolsa, pero se amplía la exoneración al resto de enajenaciones de los mismos bienes cuando se realicen fuera de bolsa. La ganancia de capital de inmuebles realizada por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales recibirá por primera vez, el tratamiento propio de estos ingresos, esto es, se encontrarán gravadas, eliminándose la referencia a la habitualidad”.

Como se advierte, las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 945, en lo que se refiere a las ganancias de capital de las personas naturales, buscan gravar únicamente los resultados de la enajenación de valores mobiliarios y de inmuebles que no califiquen como casa habitación.

En consecuencia, la enajenación de otro tipo de bienes por parte de las personas naturales no genera una ganancia de capital gravada con el Impuesto a la Renta que constituya renta de segunda categoría.

2.1.2. La enajenación de inmuebles

El artículo 5 de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que “para los efectos de esta Ley, se entiende por enajenación la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, toda acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso”.

La norma hace referencia a la transmisión de “dominio”, pero no ha definido qué debe entenderse por este último concepto. Tratándose de un término proveniente del Derecho civil, sus alcances deben determinarse de acuerdo a lo que establezca esa rama del Derecho. Ciertamente, conforme lo ha señalado el Tribunal Fiscal en diversos pronunciamientos (como la Resolución No. 2116-5-2006 del 25 de abril de 2006), si es que las normas tributarias no contienen una definición especial de cierto concepto que lo aparte de su definición civil (como ocurre con ciertos institutos a los que se le concede una definición distinta en virtud del principio de autonomía del Derecho tributario), entonces, corresponde aplicar la definición prevista en el Derecho civil.

Sobre este particular, conviene señalar que nuestro Código Civil no ha recogido el concepto “dominio”, como otras legislaciones, al desarrollar el Libro V que versa sobre los derechos reales. La doctrina, sin embargo, ha considerado que “el dominio es, pues, el derecho (o mejor aún, el poder jurídico) en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona”⁽¹⁹⁾.

Tal definición parece ser similar al concepto de propiedad establecido por el artículo 923 del Código Civil, según el cual “la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”.

No obstante lo anterior, entendemos que no se trata de sinónimos, sino que, como señala Gonzales Linares, “(...) la palabra ‘dominio’ hace referencia, de manera limitada, sólo a la titularidad de los bienes materiales (...)”⁽²⁰⁾, y, en cambio, “la palabra propiedad, utilizada por nuestro Código Civil, guarda precisión

(19) CLERC, Carlos Mario. *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*. Buenos Aires. Abaco, 1982; p. 50.

(20) GONZALES LINARES, NERIO. *Óp. cit.*; p. 266.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

jurídica, denotando utilidad técnica, mayor adecuación e idóneo tratamiento científico; pues abarca de manera general a los bienes corporales e incorporales⁽²¹⁾. Por estas razones, nuestro Código Civil habría preferido utilizar el término “propiedad”.

Sucede que el texto de la Ley del Impuesto a la Renta peruano ha recogido diversos dispositivos de legislaciones extranjeras, como la argentina, las cuales (en concordancia con su normativa civil) utilizan el término “dominio”. Pero, consideramos que el legislador tributario peruano no ha pretendido con ello hacer referencia a que el concepto “enajenación” solo comprenda a operaciones sobre bienes corporales, sino que ha sido usado por el legislador (aunque con imprecisión) como un sinónimo de “propiedad”.

Tan es así, que el propio artículo 2, numeral 3) del inciso b), de la Ley del Impuesto a la Renta hace mención a la enajenación de “derechos de llaves, marcas y similares”, que, precisamente, son bienes incorporales.

Al definir de tal manera la enajenación, la Ley del Impuesto a la Renta limita el ámbito de aplicación de las ganancias de capital a aquellas transacciones que tienen por objeto transmitir el derecho de propiedad sobre bienes, excluyendo de ese campo a otras operaciones que no tienen esos efectos sino que solo tienen por objeto la creación o modificación de derechos obligacionales o de crédito.

Atendiendo a lo anterior, es claro que solo calificarán como enajenación de inmuebles aquellas operaciones mediante las cuales *se transfiera la propiedad* de dichos bienes a título oneroso, tales como la compraventa, la permuta, la dación en pago, el aporte societario, entre otros.

2.2. La cesión de posición contractual en la compraventa de inmuebles futuros no constituye un supuesto de enajenación que genere ganancia de capital

Líneas atrás concluimos que una persona natural obtendrá una ganancia de capital (proveniente de una enajenación de inmuebles) gravada con el Impuesto a la Renta, cuando la operación que realice constituya un acto de disposición

mediante el cual se transfiere la propiedad de un bien que califique como un inmueble.

Cuando una persona natural cede a un tercero su posición de comprador en un contrato de compraventa de un inmueble futuro (que se encuentra en construcción) y este tercero le retribuye dicha cesión, tal negocio no tiene por objeto la transferencia de propiedad de aquel bien.

En efecto, el objeto de la cesión es la posición en el contrato de bien futuro. Es cierto que lo que pretende el cesionario es, en última instancia, adquirir la propiedad del inmueble cuando este llegue a existir, pero tal adquisición no se logrará en virtud del contrato de cesión, sino de la compraventa de bien futuro una vez que ésta surta efectos. Celebrada la cesión, lo único que habrá conseguido el cesionario es poder reemplazar al comprador original en la venta del inmueble futuro.

Es más, el cesionario no adquirirá el derecho de propiedad de parte del cedente (el comprador original), sino que lo adquirirá directamente del vendedor cedido. Esto abona a favor de la tesis de que la cesión de posición contractual no transfiere propiedad alguna.

No existe en este contrato prestación de dar o transferir bien alguno de cargo del cedente, pues “en las relaciones entre el cedente y el cesionario, éste cumple su obligación respecto de aquél cediéndole la posición contractual que tenía en el contrato básico, de tal manera que el cesionario viene a ocupar en este contrato la situación que ocupaba el cedente⁽²²⁾. Lo que cambia es la titularidad de la posición de comprador en la compraventa de bien futuro. No podría

(21) *Ídem.*; p. 267.

(22) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Segunda Parte. Tomo V. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; pp. 77 y 78.



Raúl Hidalgo Vizcarra

sostenerse, entonces, que la celebración de este tipo de contratos transfiere propiedad.

Se aprecia, hasta aquí, que el acuerdo por el cual el comprador cede a un tercero su posición en la compraventa de un inmueble futuro no constituye un supuesto de enajenación a que se refiere el artículo 5 de la Ley del Impuesto a la Renta, puesto que no es un acto mediante el cual se pueda disponer del derecho de propiedad sobre aquel bien.

Existe un pronunciamiento oficial de SUNAT que contiene una concepción mucho más amplia (que no compartimos) de lo que debe entenderse por ganancia de capital y enajenación en el caso de personas naturales, razón por la cual consideramos relevante comentarlo.

Es el Informe No. 094-2008-SUNAT/2B0000, en el cual SUNAT indica que *“cuando se enajenan inmuebles o derechos sobre los mismos, por los cuales se generan rentas de segunda categoría, existe la obligación de efectuar el pago a cuenta por tales rentas, no habiéndose establecido excepciones o tratamientos diferenciados en función de la existencia o no del inmueble cuyos derechos son objeto de la enajenación”* (el énfasis es nuestro).

Se aprecia que, para SUNAT, pueden ser materia de enajenación que genere renta de segunda categoría tanto los inmuebles como los “derechos sobre los mismos”, incluso si estos recaen sobre inmuebles futuros. Ello a partir de que el artículo 84-A de la Ley del Impuesto a la Renta, en la versión vigente hasta antes del ejercicio 2009, establecía que “en los casos de enajenación de inmuebles o derechos sobre los mismos, el enajenante abonará con carácter de pago a cuenta del impuesto que en definitiva le corresponda por el ejercicio gravable y dentro del mes siguiente de suscrita la minuta de compra venta o del negocio jurídico que corresponda, un importe equivalente al 0.5% del valor de venta”.

Preocupa que la Administración Tributaria considere que pueden ser objeto de una enajenación bienes que no

constituyen inmuebles, sobre todo, si se toma en cuenta que el vigente artículo 84-A de la Ley del Impuesto a la Renta⁽²³⁾ es muy similar al anterior texto en el que SUNAT basó la opinión citada precedentemente. Como la norma parece distinguir a los “inmuebles” de “los derechos sobre los mismos”, SUNAT podría interpretar, equivocadamente, que también se encuentra gravada con el impuesto cualquier *enajenación* de derechos sobre inmuebles (que serían bienes de capital), aún cuando no califiquen tales derechos como inmuebles. Bajo esta tesis, podría entenderse que en tanto la cesión del contrato supone la transferencia de un derecho a recibir la propiedad del inmueble cuando éste llegue a existir, entonces, tal transferencia generaría ganancia de capital sujeta al pago del Impuesto a la Renta.

Nosotros consideramos que esa interpretación resultaría incorrecta por las siguientes consideraciones:

- a) El artículo 84-A de la Ley del Impuesto a la Renta regula el pago del impuesto, pero la norma que define qué ganancias provenientes de la enajenación se encuentran gravadas con el impuesto para el caso de las personas naturales es el artículo 2 de la Ley. Por lo tanto, el artículo 84-A sólo será aplicable en la medida que se haya generado ganancia gravada conforme a las reglas contenidas en el referido artículo 2.
- b) Como lo hemos indicado, el artículo 2 de la Ley soloconsidera como ganancia de capital, que constituye renta de segunda categoría, a la proveniente de la enajenación de inmuebles o valores mobiliarios.

(23) El primer párrafo del artículo 84-A de la Ley del Impuesto a la Renta fue sustituido por el Decreto Legislativo 972, vigente a partir del 1 de enero de 2009. El único cambio que se produjo consiste en que el enajenante del inmueble ya no realizará un pago a cuenta de 0.5% sobre el valor de venta, sino que abonará con carácter de pago definitivo el monto que resulte de aplicar la tasa de 6.25% sobre el importe que resulte de deducir el 20% de la renta bruta.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

- c) No puede asimilarse una cesión de posición contractual a una enajenación, por cuanto el objeto de este contrato es la posición contractual y no la transferencia de propiedad de un bien.
- d) En todo caso, incluso si se admitiese que la cesión de la posición contractual supone la transferencia definitiva de un bien de capital (un derecho sobre el inmueble futuro), tal bien no calificaría como un inmueble. Y, tratándose de personas naturales que no realizan actividad empresarial, solo la enajenación de inmuebles puede dar lugar a una ganancia de capital gravada con el impuesto.

El Código Civil peruano no contiene una definición general de bien inmueble, pero en su artículo 885 establece una relación de bienes que son considerados de esa forma. Así, esta norma señala que son inmuebles: (i) el suelo, el subsuelo y el sobresuelo; (ii) el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales; (iii) las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; (iv) los diques y muelles; (v) las concesiones para explotar servicios públicos; (vi) las concesiones mineras obtenidas por particulares; (vii) los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro; y, (viii) los demás bienes a los que la ley les confiere esa calidad.

Ninguno de estos bienes es materia de transferencia en la cesión de un contrato de venta de un departamento en planos. En el caso particular de “los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro”, el Código Civil ha pretendido referirse a derechos reales sobre bienes inmuebles que son pasibles de ser inscritos en los Registros Públicos, como por ejemplo, la alícuota que tiene un copropietario respecto de un predio o la superficie que se constituye a favor del superficiario. No podría otorgarse esta categoría al derecho que (de acuerdo a la tesis bajo análisis) se transferiría en la cesión de una compraventa de un departamento en planos, ya que ni estamos frente a un derecho real y tampoco es pasible de inscripción en los Registros Públicos.

En nuestra opinión, una lectura correcta del artículo 84-A de la Ley del Impuesto a la Renta debe llevarnos a concluir que cuando tal norma menciona que la enajenación de derechos sobre inmuebles se encuentra gravada, pretende referirse a aquellos derechos que recaen sobre bienes inmuebles y que son inscribibles en los Registros Públicos, es decir, a aquellos derechos que, por lo dispuesto por el inciso 10 del

artículo 885 del Código Civil, califican como inmuebles. Ello ocurre, por ejemplo, cuando una persona natural que es copropietaria de un inmueble transfiere su alícuota sobre el mismo, supuesto en el cual se verifica la enajenación de un inmueble que podría generar ganancia de capital gravada con el Impuesto a la Renta.

No hay duda que la persona que celebra la compraventa de un departamento en planos y, antes que concluya la construcción del inmueble, cede a un tercero su posición de comprador a cambio de una contraprestación, obtendrá un beneficio patrimonial derivado de esa transacción. Sin embargo, tal beneficio no será resultado de la enajenación de un inmueble, motivo por el cual esta operación se encontrará fuera del ámbito de aplicación del impuesto.

Una interpretación distinta que pretenda extender los alcances del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta a este tipo de operaciones, pese a que no constituye una enajenación que tenga por objeto la transferencia de propiedad de un inmueble, significaría una vulneración de lo dispuesto por el último párrafo de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario, según el cual “en vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la Ley”.

Finalmente, debemos señalar que, en el caso bajo análisis, tampoco se presenta el supuesto de renta - producto previsto en el acápite (ii) del numeral 2) del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta, el que establece que constituye renta gravada con el impuesto los resultados de la enajenación de “inmuebles, comprendidos o no bajo el régimen de propiedad horizontal, cuando hubiesen sido adquiridos o edificados, total o parcialmente, para efectos de la enajenación”.



Raúl Hidalgo Vizcarra

Aun cuando el comprador original, desde que celebró la compraventa en planos, haya tenido la intención de ceder su posición a un tercero con el fin de obtener un beneficio patrimonial, la disposición bajo mención no resultaría aplicable, ya que dicha norma supone que exista la adquisición y enajenación de un inmueble y ninguna de esas operaciones es realizada por aquel comprador. Efectivamente, éste nunca llega a adquirir inmueble alguno, puesto que cede su posición en el contrato de compraventa antes de que opere la transferencia de propiedad. Además, por las razones expuestas anteriormente, la cesión de la posición contractual que celebra con el cesionario no implica la enajenación de un inmueble a favor de este último.

3. Tratamiento respecto del Impuesto General a las Ventas (IGV)

De acuerdo al artículo 1 de la Ley del IGV, se encuentran gravadas con este impuesto las siguientes operaciones: (i) la venta en el país de bienes muebles; (ii) la prestación o utilización de servicios en el país; (iii) los contratos de construcción; (iv) la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos; y, (v) la importación de bienes.

Ninguno de dichos supuestos comprende a la cesión de posición contractual de la venta en planos de un inmueble. Es sumamente claro que esta operación no constituye un contrato de construcción, una venta de inmuebles por el constructor o una importación. Tampoco califica como una venta de bienes muebles ni como una prestación de servicios, como lo explicaremos a continuación.

En lo que se refiere a la venta de bienes muebles, por esta se entiende a “todo acto por el que se transfieren bienes a título oneroso, independientemente de la designación que se dé a los contratos o negociaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes”, conforme lo dispone el numeral 1, inciso a) del artículo 3 de la Ley del IGV⁽²⁴⁾.

Mientras que el inciso b) del artículo 3 de dicha Ley define como bienes muebles a “los corporales que pueden llevarse de un lugar a otro, los derechos referentes a los mismos, los signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares, las naves y aeronaves, así como los documentos y títulos cuya transferencia implique la de cualquiera de los mencionados bienes”.

Se observa que son dos las consideraciones esenciales para que se presente la hipótesis de incidencia “venta de bienes” en materia de IGV: (i) que se trate de un acto traslativo del *derecho de propiedad* y (ii) que se transfiera la propiedad de *bienes muebles*. En la cesión de posición contractual de la venta de un departamento en planos creemos que no se presenta ninguna de dichas condiciones.

En efecto, en primer lugar, el cambio en la titularidad de la posición de comprador en la venta en planos que se produce como consecuencia de la referida cesión de posición contractual no se equipara a una transferencia de propiedad sobre bienes, pues se trata de instituciones que, civilmente, tienen una naturaleza distinta, por las consideraciones expuestas anteriormente en este trabajo.

De otro lado, en nuestra opinión, la titularidad de la posición contractual no califica como bien mueble para efectos del IGV, concretamente como bien intangible. Ello, ya que la titularidad de una relación contractual no tiene la naturaleza de bien (ya sea mueble o inmueble), sino que constituye una situación jurídica (a la que se le atribuyen una suma de derechos y obligaciones), lo que en todo caso, le otorga un contenido crediticio y no real (de exigir y

(24) Por su parte, el inciso a), numeral 3 del artículo 2 del Reglamento de la Ley del IGV aclara que el concepto venta comprende “todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la denominación que le den las partes, tales como venta propiamente dicha, permuta, dación en pago, expropiación adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, adjudicación por remate o cualquier otro acto que conduzca al mismo fin”.

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

cumplir respectivamente las prestaciones debidas, ejercer los derechos y cumplir las obligaciones)⁽²⁵⁾.

Cabe agregar que el Tribunal Fiscal, en su Resolución No. 2983-2-2004⁽²⁶⁾, de 12 de mayo de 2004, también consideró gravada con el IGV una operación de cesión de posición contractual de arrendatario en un contrato de leasing, no por considerar que se trataba de una venta de intangibles sino por considerar que se estaba transfiriendo un “derecho sobre un bien mueble corporal” (la embarcación). Por las consideraciones señaladas anteriormente discrepamos del criterio vertido en dicha Resolución. Además, este fallo fue revocado por la Corte Suprema en la Sentencia Casatoria dictada en el expediente No. 2080-2009⁽²⁷⁾, que confirmó los pronunciamientos previos de la Sala Civil Permanente y de la Quinta Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Lima. Conviene resaltar que el Poder Judicial consideró que la cesión de posición contractual no transfiere la propiedad sobre el bien, sino que se transmiten una serie de derechos, entre los cuales puede encontrarse el de usar aquel bien.

En todo caso, nótese que, de acuerdo al criterio expuesto por el Tribunal Fiscal en la Resolución No. 2983-2-2004, la cesión de posición contractual constituiría una operación gravada con el IGV. En la medida que mediante ella se transfiera el derecho sobre un bien mueble corporal. Sin embargo, en el presente caso, el contrato que es materia de cesión versa sobre un inmueble futuro y no sobre un bien mueble, de tal modo que, incluso si aplicáramos el criterio del Tribunal, tampoco podríamos concluir que la cesión de una compraventa de un departamento en planos configura una venta de bienes muebles para efectos del IGV.

Por otra parte, la cesión de la posición contractual no puede calificar como prestación de servicios para fines del IGV, puesto que esta, conforme lo ha definido la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, sólo comprende a las prestaciones de hacer, no hacer, y dar bienes en uso temporalmente, lo que tampoco se verifica en el caso analizado.

Se advierte, entonces, que la cesión de posición contractual no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del IGV, al no constituir venta de bienes ni prestación de servicios y tampoco alguno de los otros supuestos contenidos en el artículo 1 de la Ley de la materia.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que, conforme lo dispone el artículo 9, numeral 9.2, de la Ley del IGV, tratándose de personas naturales que no realicen actividad empresarial, como sucede en el caso materia del presente trabajo, serán consideradas sujetos del IGV cuando importen bienes afectos o realicen de manera habitual las demás operaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del impuesto. Como se ha explicado, la cesión de posición contractual no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de este impuesto, razón por la cual no resulta relevante si el cedente realiza de manera habitual este tipo de operaciones, ya que, en cualquier caso, no se encontrará gravado con el IGV.

(25) Y tampoco debería considerarse que la posición contractual tiene la condición de bien intangible, puesto que la Ley que rige este tributo sólo considera como tales “los signos distintivos, invenciones, derechos de autor, derechos de llave y similares”. La expresión “similares” hace referencia a aquellos bienes intangibles semejantes a los contemplados por el inciso b) del artículo 3 de la Ley.

Bajo esta perspectiva, es que la titularidad de una relación contractual no puede considerarse “similar” pues no tiene la naturaleza de un signo distintivo, una invención, un derecho de autor o un derecho de llave, ni es semejante a cualquiera de dichos intangibles, por lo que puede concluirse que no califica como “bien mueble” para efectos de la configuración de la hipótesis de incidencia del IGV.

(26) En la Resolución No. 2983-2-2004, el Tribunal Fiscal concluyó lo siguiente: “Tal como se ha señalado en el punto 5 de la presente resolución la venta en el país de bienes muebles así como los derechos referentes a éstos, está gravada con el Impuesto General a las Ventas. Dado que en el presente caso el derecho del arrendatario (usar temporalmente un bien ajeno) está referido a un bien mueble (embarcación pesquera Zorritos 2), su transferencia constituye una operación gravada con el Impuesto General a las Ventas”.

(27) La sentencia casatoria bajo referencia fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de marzo de 2011.



Raúl Hidalgo Vizcarra

4. Tratamiento respecto de la Alcabala

El artículo 21 de la Ley de Tributación Municipal, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 156-2004-EF, establece que la Alcabala “es de realización inmediata y grava las transferencias de propiedad de inmuebles urbanos o rústicos a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad, inclusive las ventas con reserva de dominio (...)”.

El artículo 23 de dicha Ley agrega que “es sujeto pasivo en calidad de contribuyente, el comprador o adquirente del inmueble.”

Nótese que la obligación tributaria respecto a la Alcabala nace con la transferencia de la propiedad, siendo el contribuyente de este impuesto el adquirente del inmueble.

Tratándose de una venta de departamento en planos (compraventa de inmuebles futuros), la transferencia de propiedad a favor del comprador se difiere hasta que dicho bien llegue a tener existencia. Por esa razón, en este tipo de ventas, el nacimiento de la Alcabala también se verificará cuando el bien materia de venta exista.

Así también lo ha entendido el Servicio de Administración Tributaria de la Municipalidad Metropolitana de Lima (SAT), pues en el numeral 5 del apartado IV de su Directiva No. 001-006-0000012, que regula el procedimiento para la aplicación de la Alcabala en su jurisdicción, ha señalado que, en la transferencia de bienes futuros, la obligación tributaria nace en la fecha del documento que acredite la existencia del bien.

En la oportunidad que el comprador original cede a un tercero su posición contractual respecto de una venta en planos, el inmueble materia de venta aún no existe y, por lo tanto, todavía no se ha producido la transferencia del inmueble que gatilla el nacimiento de la Alcabala. Tampoco se precipitará el impuesto como consecuencia de la cesión de posición contractual, pues, como lo hemos explicado, a través de ese acuerdo no se transfiere la propiedad del inmueble.

La transferencia de propiedad se producirá directamente desde el vendedor original (la parte cedida) hacia el tercero que asumió la posición de comprador (el cesionario), una vez que el inmueble llegue a existir. En esa oportunidad surgirá la obligación de pago de la Alcabala, siendo el contribuyente del impuesto el cesionario que ya ostenta la posición de comprador y de adquirente del predio.

Como se aprecia, el comprador original nunca llegará a tener la condición de contribuyente de la Alcabala, puesto que, al desprenderse de su calidad de comprador antes de que se produzca la transferencia de propiedad, en ningún momento llegará a adquirir la propiedad del inmueble.

5. Conclusiones

El contrato mediante el cual una persona natural cede su posición de comprador en un contrato de compraventa de un departamento en planos (un inmueble futuro) a un tercero, a cambio de una contraprestación pecuniaria, es fiscalmente neutro, pues:

- a) Tal operación no genera una ganancia de capital para efectos del Impuesto a la Renta para el cedente, ya que no constituye la enajenación de un inmueble, pues tiene por objeto la cesión de la posición en un contrato.
- b) Tampoco puede considerarse que se verifica el supuesto gravado como renta – producto, previsto en el en el acápite (ii) del numeral 2) del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta, ya que para que dicha norma sea aplicable es necesario que el enajenante haya adquirido un inmueble con el propósito de enajenarlo. El comprador

Tratamiento tributario de la cesión de contratos de compraventa de inmuebles futuros por parte de personas naturales

que cede su posición contractual ni adquirió un inmueble y mucho menos enajena un bien de ese tipo con motivo de la cesión.

- c) La cesión de posición contractual no se encuentra comprendida en alguno de los

supuestos gravados con el IGV.

- d) La celebración de tal cesión no genera el nacimiento de la Alcabala, impuesto que recién surgirá cuando el cesionario (sujeto que asumió la posición de comprador) adquiera la propiedad del inmueble, una vez que éste exista. (1)