



LA HABITUALIDAD EN LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES Y EL IMPUESTO A LA RENTA

Luis Antonio Hernández Berenguel*

In the case of a natural person, conjugal community or an undivided succession domiciled in Peru which generates capital gains by transferring immovable goods, the profit generated is taxed with income tax and may be graded as second category income –capital gain– or third category income –entrepreneurial income.

From the analysis of Peruvian legislation, the author explains how the regularity in the transfer of immovable goods is configured to grade the profit made as second category income –when, over a year’s time, no more than two goods are transferred– and how, from the third transfer onward, the income will qualify as a third category income. Likewise, the author puts in evidence how the transfer of immovable goods occupied as a home is not considered as a capital gain when the seller does not generate third category income.

KEY WORDS: Regularity, alienation of immovable goods, capital gain, income tax.

Tanto las personas naturales cuanto las sociedades conyugales, así como las sucesiones indivisas domiciliadas en el país y que producen ganancias de capital por la enajenación de inmuebles, generan rentas que se encuentran gravadas con el Impuesto a la Renta. Éstas califican como de segunda categoría –renta de capital– o tercera categoría –renta empresarial.

A partir de la legislación vigente, el autor analiza cómo la habitualidad funciona como criterio para calificar las rentas obtenidas por enajenar inmuebles como de segunda categoría –cuando sean no más de dos enajenaciones en un mismo año– y cómo, a partir de la tercera, éstas serán calificadas como de tercera categoría. Asimismo, evidencia que no constituirá ganancia de capital la enajenación de inmuebles ocupados como casa-habitación cuando el enajenante no genere rentas de tercera categoría.

PALABRAS CLAVE: Habitualidad, enajenación de bienes inmuebles, ganancias de capital, Impuesto a la Renta.

* Abogado. Profesor de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Hernández & Cía. Abogados.

I. LAS GANANCIAS DE CAPITAL

La Ley del Impuesto a la Renta, entre los ingresos que considera gravados con el citado tributo, en el inciso b del artículo 1, incluye expresamente las ganancias de capital. A su vez, el inciso a del artículo 1 del Reglamento respectivo precisa que están gravadas dichas ganancias aunque no provengan de actividad habitual.

Una revisión del artículo 1 de la Ley del Impuesto a la Renta nos lleva a comprobar que existen otros tres tipos de ingresos gravados con ese tributo, aparte de las ganancias de capital. Ellos son: (i) Las “rentas producto”, definidas como las que provienen del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, entendiéndose como tales aquellas que provengan de una fuente durable y susceptible de generar ingresos periódicos; (ii) otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por la indicada ley; y (iii) las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por la misma ley.

La primera cuestión que se suscita al respecto es qué se entiende por ganancias de capital, encontrándose la respuesta en el artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta, según el cual la ganancia de capital es el ingreso que proviene de la enajenación de bienes de capital. Estos últimos son “aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa”. Si se trata de una empresa cuyo giro es la extracción y venta de minerales, pero al mismo tiempo es poseedora de uno o más inmuebles y en un momento dado decide vender uno de dichos inmuebles obteniendo una ganancia, ésta califica como una ganancia de capital, porque la empresa en cuestión no se dedica a venta de inmuebles.

García Mullin señala que las ganancias de capital “se originan en la realización de bienes patrimoniales, en tanto la realización de esos bienes no sea el objeto de una actividad lucrativa habitual”, añadiendo que “esos resultados no podrían ser considerados renta producto, puesto que la fuente productora de ellos —el bien vendido— agota, al producirlos, la posibilidad de proporcionar nuevas ganancias al mismo beneficiario”¹. La renta proveniente de

la comercialización de minerales califica más bien como una “renta producto” gravada con el Impuesto a la Renta. La ganancia obtenida por esa empresa al vender un inmueble también está gravada con el citado impuesto, pero como una ganancia de capital.

De otro lado, si una persona natural es propietaria de inmuebles y los arrienda, los ingresos por arrendamientos constituyen una “renta producto” porque provienen del capital, constituyendo los inmuebles la fuente de tales ingresos y porque esa fuente es durable —no se agota por el hecho de estar arrendados y aun estando los inmuebles arrendados siguen en poder del propietario— y, consecuentemente, es susceptible de generar ingresos periódicos. Podría, en algún momento, darse el caso de que los inmuebles no estén siendo arrendados ni explotados de manera alguna, pero potencialmente son generadores de renta, porque en cualquier momento pueden ser arrendados o explotados bajo alguna forma.

En el ejemplo antes citado, la persona natural no se dedica a la venta de inmuebles sino al arrendamiento de los mismos. Si procede a venderlos, la fuente generadora de la renta —es decir, los inmuebles— deja de existir para el vendedor y pasa a ser propiedad de la persona natural o jurídica compradora. Por lo tanto, si al vender la persona natural del ejemplo los inmuebles de que es propietaria obtiene ganancias, éstas resultarán gravadas con el Impuesto a la Renta como “ganancias de capital”.

Ahora bien, como veremos más adelante, es importante establecer si la persona natural o la empresa propietaria de los inmuebles que han sido transferidos —obteniendo la vendedora ganancias de capital—, resulta ser habitual o no en esa transferencia de propiedad.

II. EL CONCEPTO DE ENAJENACIÓN

Como se ha visto ya, para que exista una ganancia de capital la fuente generadora del ingreso —esto es, en el presente caso, el inmueble del que se es propietario— pasa a ser de propiedad de una persona distinta. La fuente se agota para quien era el propietario hasta el momento de la transferencia de propiedad y ya no es para él, después de ese momento,

¹ GARCÍA MULLIN, Roque. “Impuesto sobre la Renta: Teoría y técnica del impuesto”. Santo Domingo: Instituto de Capacitación Tributaria. 1980. p. 21.

una fuente susceptible de generar ingresos periódicos. En consecuencia, en el caso de inmuebles, las ganancias de capital se configurarán siempre que estemos frente a bienes de capital cuya propiedad es transferida.

La transferencia de propiedad es entendida en la Ley del Impuesto a la Renta bajo el nombre de “enajenación” y es definida en el artículo 5 como “la venta, permuta, cesión definitiva, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso”². Es decir, para dicha ley, no es enajenación la transferencia de propiedad a título gratuito, sino exclusivamente la realizada a título oneroso.

III. LA CATEGORIZACIÓN DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL EN LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES

La Ley del Impuesto a la Renta clasifica las rentas en rentas de fuente peruana y en rentas de fuente extranjera. Sólo las primeras están divididas en categorías³. Las categorías son cinco y se denominan de primera, segunda, tercera, cuarta y quinta categoría, pudiendo agruparse también en rentas del capital (primera y segunda categoría), rentas empresariales (tercera categoría) y rentas del trabajo (cuarta y quinta categoría). De otro lado, los contribuyentes domiciliados en el país para fines del Impuesto a la Renta, con excepción de las sucursales, agencias y otros establecimientos permanentes en el país de contribuyentes no domiciliados, tributan sobre rentas de fuente mundial, mientras que los contribuyentes domiciliados en el exterior, así como las sucursales, agencias y otros establecimientos permanentes en el país de contribuyentes no domiciliados, sólo tributan sobre rentas de fuente peruana.

La renta será de fuente peruana si el inmueble que se enajena está físicamente ubicado en el país. *Contrario sensu*, si el inmueble está ubicado fuera del territorio nacional, la ganancia de capital es una renta de fuente extranjera, que estará gravada con el Impuesto a la Renta sólo si quien la ha obtenido es un contribuyen-

te domiciliado en el país, distinto a las sucursales, agencias y otros establecimientos permanentes en el país de entidades del exterior.

Las ganancias de capital de fuente peruana obtenida en la enajenación de inmuebles pueden clasificarse como rentas de segunda o de tercera categoría. Si califica como renta de segunda categoría, la renta neta es igual al 80% de la renta bruta y sobre esa renta neta incide el impuesto con la tasa del 6.25% (lo cual equivale a decir que la tasa efectiva del impuesto es del 5% sobre la ganancia bruta). Empero, si califica como renta de tercera categoría, formará parte de los ingresos gravables del respectivo período anual, de forma tal que al final del período la renta imponible determinada por el contribuyente, integrada por la ganancia de capital, quedará afectada al impuesto con la tasa del 30%.

Si la ganancia de capital ha sido obtenida por un contribuyente no domiciliado, o por una sucursal, agencia u otro establecimiento permanente en el país de contribuyentes no domiciliados, por la enajenación de un inmueble ubicado en el exterior, la renta calificará como de fuente extranjera, no sujeta a tributación en el Perú.

En el caso que la ganancia de capital hubiera sido obtenida por un contribuyente domiciliado, distinto a una sucursal, agencia u otro establecimiento permanente en el país de contribuyentes no domiciliados, por la enajenación de un inmueble ubicado en el exterior, la renta calificará como de fuente extranjera, pero quedará sujeta a tributación en el Perú debido a que ese contribuyente debe pagar el impuesto sobre sus rentas de fuente mundial. Empero, como las rentas de fuente extranjera no se ubican en categoría alguna, resultará de aplicación el artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta que, excluyendo la renta de fuente extranjera proveniente de ciertos bienes muebles —a los que se refiere el segundo párrafo de dicho artículo—, obliga al contribuyente a sumar y compensar entre sí sus resultados de fuente extranjera obtenidos en cada período anual; y sólo si, como consecuencia de ello,

² Transmitir el dominio implica conceder el derecho de propiedad. El artículo 923 del Código Civil define la propiedad como “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien”. Empero, la definición de “enajenación” contenida en la Ley del Impuesto a la Renta excluye los actos de transmisión del dominio a título gratuito.

³ Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley del Impuesto a la Renta según el cual: “[...] Las rentas afectas de fuente peruana se clasifican en las siguientes categorías [...]”.

se obtiene una renta neta —es decir, después de deducir los gastos necesarios para obtener esos resultados—, ella deberá ser sumada para el pago del Impuesto a la Renta con tasa progresiva, según la magnitud de las rentas, del 15%, 21% o 30%, a la renta neta del trabajo de fuente peruana —rentas de cuarta y quinta categorías—, o con la tasa del 30% a la renta neta empresarial de fuente peruana —renta de tercera categoría.

Ahora bien, estando frente a una ganancia de capital proveniente de la enajenación de inmuebles, que califica como renta de fuente peruana de segunda o de tercera categoría, interesa entonces determinar cuándo corresponde a una u otra categoría.

Las rentas son de tercera categoría, según el inciso a del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta cuando, entre otras, se derivan del comercio, la industria o minería; y, en general, cuando se derivan de cualquier actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes. En consecuencia, cualquier persona jurídica que tenga como objeto social la compra y venta de inmuebles o de todo tipo de bienes, deberá considerar como renta gravable los resultados de tal actividad pero, en este caso, dichos bienes inmuebles no son bienes de capital, por lo que su transferencia de propiedad a título oneroso no generará ganancias de capital, sino rentas producto gravadas con el impuesto.

¿Cuándo se está entonces frente a una ganancia de capital que califica como renta de tercera categoría? La respuesta la encontramos en el inciso e del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta. Dicho inciso establece que son rentas de tercera categoría: “Las demás rentas que obtengan las personas jurídicas a que se refiere el artículo 14 de esta ley y las empresas domiciliadas en el país, comprendidas en los incisos a y b de este artículo o en su último párrafo, cualquiera sea la categoría a la que debieran atribuirse” (entre las demás rentas están las ganancias de capital).

Las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta son todas las sociedades reconocidas por la Ley General de Sociedades y las cooperativas, incluyendo las agrarias de producción; las empresas de propiedad social; las empresas de propiedad total o parcial del Estado; las aso-

ciaciones, las comunidades laborales, incluidas las de compensación minera y las fundaciones no consideradas en el artículo 18; las empresas unipersonales, las sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban rentas de fuente peruana; las empresas individuales de responsabilidad limitada constituidas en el país; las sucursales, agencias y cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior; las sociedades agrícolas de interés social; las sociedades irregulares previstas en el artículo 423 de la Ley General de Sociedades; la comunidad de bienes; los *joint venture*; y los consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que llevan contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes.

Serán, pues, ganancias de capital que califiquen como rentas de tercera categoría las obtenidas por cualquiera de las personas consideradas jurídicas para fines del Impuesto a la Renta, en tanto provengan de la enajenación de inmuebles si éstos son bienes de capital por no estar destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa. Igualmente, en general, las obtenidas por empresas que realizan negocios cuyo giro no es la compra y venta de inmuebles. Estas ganancias no están comprendidas en el inciso a del artículo 28 antes mencionado, puesto que allí se incluyen las “rentas producto”, es decir, las que forman parte del giro del negocio —por ejemplo, la empresa cuyo objeto social es la compra y venta de inmuebles, caso en que los inmuebles no son bienes de capital sino mercaderías.

De otro lado, las empresas a las que se refiere el inciso a del artículo 28 de la Ley del Impuesto a la Renta ya han sido citadas. Las empresas a que se refiere el inciso b de dicho artículo son los agentes mediadores de comercio. El último párrafo del artículo 28 contempla el caso de actividades incluidas en la cuarta categoría por la Ley del Impuesto a la Renta —ejercicio individual de una profesión, ciencia, arte, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría; y el desempeño de funciones de director de empresas, síndico, mandatario, gestor de negocios, albacea y actividades similares—incluyendo el desempeño de las funciones del regidor municipal o consejero regional, por las cuales perciben dietas— que se complementen con explotaciones

comerciales o viceversa, hipótesis en la cual la totalidad de las rentas serán calificadas como de tercera categoría.

La cuestión que falta por dilucidar es cuándo califican como rentas de segunda o de tercera categoría las ganancias de capital que obtenga una persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa, domiciliadas en el país, por la enajenación de bienes inmuebles, aspecto que veremos a continuación.

IV. LAS GANANCIAS DE CAPITAL QUE CALIFICAN COMO RENTAS DE SEGUNDA CATEGORÍA

Nos encontramos aquí en el caso de una persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa, domiciliadas en el país, que obtiene ganancias de capital en la enajenación de inmuebles ubicados en territorio nacional, de forma tal que esas rentas son de fuente peruana. Esas ganancias de capital son rentas gravadas con el Impuesto a la Renta pero pueden calificar como rentas de segunda categoría o como rentas de tercera categoría.

Plantaremos, en primer lugar, el caso de una persona natural domiciliada en el país, que obtiene ingresos por la enajenación de inmuebles ubicados en territorio nacional. El artículo 4 de la Ley del Impuesto a la Renta establece una presunción de habitualidad en la enajenación de inmuebles efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, a partir de la tercera enajenación –inclusive– producida en el ejercicio gravable. Es decir, el supuesto de la norma es el de una persona natural –o de una sociedad conyugal o de una sucesión indivisa– que no realiza actividades generadoras de rentas de tercera categoría y que, por lo tanto, ha venido pagando el Impuesto a la Renta como una persona natural sin negocio. Se puede decir, entonces, que esa persona natural ha obtenido rentas del capital y/o rentas del trabajo, mas no así rentas empresariales, y nunca ha efectuado más de dos enajenaciones de inmuebles en un solo ejercicio anual –el ejercicio anual, para efectos del Impuesto a la Renta, coincide con el año calendario.

Aunque la norma no lo establezca expresamente, en el mismo caso está una persona natural domiciliada en el país que, hasta el 31 de diciembre de 2012, no ha obtenido rentas afectas al Impuesto a la Renta y que, asimismo,

tampoco ha tenido negocio alguno hasta esa fecha, por lo que ni siquiera ha tributado como persona natural. Pues bien, esa persona natural no puede ser calificada todavía como habitual, sobre la base de la presunción de habitualidad contenida en el artículo 4 de la Ley del Impuesto a la Renta. La habitualidad sólo se va a configurar en el ejercicio anual en que realice más de dos enajenaciones de inmuebles –es decir, a partir de la tercera enajenación.

Imaginemos el siguiente ejemplo. Antes del 1 de enero de 2013, la persona natural nunca ha realizado en el mismo ejercicio anual más de dos enajenaciones de inmuebles, y tampoco ha tenido una actividad o negocio generador de rentas de tercera categoría, por lo que ha venido declarando, para fines del impuesto, como persona natural sin negocio, incluyendo rentas de las dos primeras categorías y de cuarta y quinta categoría. Si en los años anteriores a 2013 efectuó en cada ejercicio una o dos enajenaciones de inmuebles y obtuvo por ello ganancias de capital, éstas, al no ser esa persona habitual, calificaron como rentas de segunda categoría.

Esa persona natural, ¿a partir de qué momento será considerada habitual en la enajenación de inmuebles, generando ganancias de capital que califiquen como rentas de tercera categoría? A partir del momento en que realice, en el mismo ejercicio anual, una tercera enajenación de inmuebles. Si esa tercera enajenación de inmuebles genera ganancias de capital, éstas constituirán rentas de tercera categoría, al igual que las ganancias de capital que obtenga por cualquier enajenación posterior que en el mismo ejercicio anual realice. En cambio, las ganancias de capital obtenidas en el mismo ejercicio anual por las dos primeras enajenaciones de inmuebles son rentas de segunda categoría. Si, en el año 2013, esa persona natural realiza tres o más enajenaciones, las ganancias de capital a partir de la tercera enajenación son rentas de tercera categoría, y las ganancias de capital que hubiera obtenido por las dos primeras enajenaciones de inmuebles serán rentas de segunda categoría.

A partir, pues, de la tercera enajenación de inmuebles en el mismo ejercicio anual, la persona natural es considerada habitual, y las ganancias de capital que obtenga a partir de esa enajenación de inmuebles, y por las enajenaciones de inmuebles posteriores producidas en el mismo ejercicio anual, son rentas de

tercera categoría. ¿Qué pasará a partir del 1 de enero de 2014? Habiendo calificado como habitual en el 2013, cuando se produjo la tercera enajenación de inmuebles, dicha condición lo acompañará durante los dos ejercicios anuales siguientes –esto es, durante los años 2014 y 2015–, independientemente del número de enajenaciones de inmuebles que realice en estos dos años. Así lo señala expresamente el artículo 4 de la Ley del Impuesto a la Renta al establecer que alcanzada la condición de habitualidad en un ejercicio, esta continuará durante los dos ejercicios siguientes.

El propio artículo 4 señala: (i) Que la condición de habitualidad deberá verificarse en cada ejercicio gravable; y, (ii) que alcanzada la condición de habitualidad en un ejercicio, no solamente ésta continuará durante los dos ejercicios siguientes sino que, si en alguno de ellos se adquiriera nuevamente esa misma condición, ésta se extenderá por los dos ejercicios siguientes.

Siguiendo el ejemplo planteado, pueden ocurrir diferentes situaciones en los años 2014 y 2015.

Puede ocurrir que en ninguno de los años 2014 y 2015, la persona natural realice más de dos enajenaciones de inmuebles, con lo cual la condición de habitual cesará el 31 de diciembre de 2015, y como la condición de habitual debe verificarse en cada ejercicio gravable, habrá que ver qué sucede en el ejercicio 2016. Si en este ejercicio se produce más de dos enajenaciones de inmuebles, a partir de la tercera enajenación la persona natural calificará como habitual y esta condición lo acompañará durante los años 2017 y 2018.

También puede ocurrir que en uno cualquiera de los años 2014 o 2015, la persona natural realice más de dos enajenaciones. Si ello ocurre en el 2014, a partir de la tercera enajenación la persona natural será habitual y esa condición se extenderá hasta el ejercicio 2016. En caso que ello no ocurra en el 2014 sino en el 2015, a partir de la tercera enajenación la persona natural será habitual y esa condición se extenderá hasta el ejercicio 2017.

La habitualidad se configura, pues, según el artículo 4 de nuestra Ley del Impuesto a la

Renta, a partir de una presunción. Heleno Taveira, sobre el uso de presunciones legales, señala que: “En vista de la necesidad de pruebas que la Administración debe producir en los actos de aplicación del Derecho, surge el recurso a la presunción en materia tributaria, que actualmente dista de ser poco usual por cuanto favorece la simplificación de procedimientos y la velocidad de la decisión. En este campo la presunción ha sido aplicada tanto como medio de prueba, en sus versiones de presunción simple y presunción legal relativa, cuanto también como medio de ampliación de alguno de los criterios de la hipótesis de incidencia de las normas tributarias impositivas, en la medida que califica ciertos hechos como verídicos sin admitir prueba alguna en contrario –presunciones absolutas–, lo que nos parece un recurso de grave repercusión, por confundirse con el concepto de ficción y trabajar con criterios que no están informados por el principio de búsqueda de la verdad material”⁴.

V. OPERACIONES QUE NO SE COMPUTAN PARA LA DETERMINACIÓN DE LA HABITUALIDAD

Existen operaciones que no se computan para efectos de la determinación de la habitualidad. Por otro lado, hay operaciones que no se consideran habituales y que, además, tampoco se computan para efectos de la determinación de la habitualidad. Ello está regulado en el artículo 4 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Entre las primeras –es decir, entre las que no se computan para determinar la habitualidad– se encuentra la enajenación de inmuebles destinados exclusivamente a estacionamiento vehicular y/o a cuarto de depósito. Para ello, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) Que el enajenante haya sido o sea, al momento de la enajenación, propietario de un inmueble distinto a los anteriores; y, (ii) que este inmueble junto con los destinados a estacionamiento vehicular y/o a cuarto de depósito, estén comprendidos en el Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común regulado por el Título III de la Ley 27157 –Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobi-

⁴ TAVEIRA TORRES, Heleno. “Pruebas y presunciones en materia tributaria”. En: “Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller”. Lima: Palestra Editores. 2006. p. 527.

liarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. Estas operaciones no son computables aun cuando los inmuebles se enajenen por separado, a uno o a varios adquirentes, e incluso cuando el inmueble destinado a un fin distinto no se enajene.

Así, por ejemplo, la persona natural “X” puede ser propietaria de un departamento comprendido en el citado régimen. Además, puede ser propietario de dos cocheras y de dos depósitos en el mismo edificio. Tanto el departamento cuanto las cocheras y los depósitos están considerados como unidades inmobiliarias independientes y registradas por separado en los Registros Públicos. Si “X” vende una de las cocheras y uno de los cuartos de depósito, ambas operaciones no son computables para efectos de determinar la habitualidad. Es decir, a pesar de haber efectuado dos ventas de inmuebles, la ley considera que no ha hecho ninguna venta de inmuebles para efectos de establecer si esa persona es habitual. Si, con anterioridad a esas ventas y en el ejercicio en que éstas se efectuaron, “X” no hubiera realizado ninguna otra enajenación de inmuebles, para convertirse en habitual tendría que efectuar más de dos enajenaciones de inmuebles que sean computables, de forma tal que la tercera de ellas la efectuaría ya como habitual.

La misma consecuencia se produce si en el ejercicio en cuestión “X” ya no fuera propietario del departamento, sino solamente de los dos estacionamientos y de los dos depósitos, además de otros inmuebles. En efecto, en este supuesto las dos ventas –de un estacionamiento y de un depósito– no serían computables para determinar la habitualidad de “X”.

De otro lado, existen enajenaciones de inmuebles que no se consideran habituales y que tampoco se computan para fines de determinar la habitualidad.

Es decir, se presentan dos supuestos. Un primer supuesto se daría cuando la persona natural ya es habitual y, en consecuencia, cualquier otra enajenación de inmuebles que realice –y por la cual genere ganancia– mientras esté vigente la habitualidad, obligaría al pago del Impuesto a la Renta sobre la ganancia con la tasa del 30% como renta de tercera categoría. Empero, si a pesar de ser habitual se realiza alguna de las enajenaciones de inmuebles que a continuación mencionaremos, la ganancia no

estaría gravada con la tasa del 30% sino solamente con la tasa efectiva del 5%, por no ser considerada tal enajenación como habitual.

En el segundo supuesto, nos estamos refiriendo a una persona natural que todavía no es habitual y que realiza una enajenación de inmuebles que le genera ganancia pero que está comprendida dentro de las operaciones que a continuación mencionaremos. Esa enajenación no se computa para determinar la habitualidad, con lo cual se aplicaría la tasa efectiva del 5% sobre la ganancia, como si el transferente no fuera habitual.

Las enajenaciones de inmuebles que no se consideran habituales y que tampoco son computables para efectos de determinar la habitualidad son las siguientes: (i) Las transferencias fiduciarias, que conforme al artículo 14-A de la Ley del Impuesto a la Renta no constituyen enajenaciones; (ii) las enajenaciones de inmuebles efectuadas a través de Fondos de Inversión y Patrimonios Fideicomitidos de Sociedades Tituladoras y de Fideicomisos Bancarios, sin perjuicio de la categoría de rentas que sean atribuidas por dichas enajenaciones; (iii) **las enajenaciones de bienes adquiridos por causa de muerte**; y, (iv) la enajenación de la casa habitación de la persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal.

Si la persona natural tiene negocios y los inmuebles que enajena están asignados al negocio, la ganancia de capital es renta de tercera categoría –inciso h del artículo 1 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

VI. EL IMPUESTO A LA RENTA EN EL CASO DE SUCESIONES INDIVISAS

En el caso de sucesiones indivisas el artículo 17 de la Ley del Impuesto a la Renta establece tres períodos:

- a. El primer período se inicia a partir de la muerte del causante y termina en el momento que se dicte la declaratoria de herederos o se inscriba en los Registros Públicos el testamento. En este período, las rentas de la sucesión indivisa se consideran, para fines del Impuesto a la Renta, como de una persona natural.
- b. El segundo período se inicia una vez dictada la declaratoria de herederos o ins-

crita el testamento y termina en la fecha en que se adjudiquen judicial o extrajudicialmente los bienes que constituyen la masa hereditaria. En este período, el cónyuge superviviente, los herederos y los demás sucesores a título gratuito deben incorporar a sus propias rentas la proporción que les corresponda en las rentas de la sucesión, de acuerdo con su participación, salvo en los casos en que los legatarios deban computar las producidas por los bienes legados.

- c. El tercer período se inicia a partir de la fecha en que se adjudiquen judicialmente o extrajudicialmente los bienes que constituyen la masa hereditaria. A partir de ese momento, cada uno de los herederos deberá computar las rentas producidas por los bienes que se les haya adjudicado.

Nótese que las sucesiones indivisas que optaron por tributar como tales están sujetas, durante los dos primeros períodos antes señalados, a las reglas sobre habitualidad en la enajenación de inmuebles. En el tercer período ya no existe la sucesión indivisa, porque se ha producido la adjudicación de los bienes que constituyen la masa hereditaria a cada uno de los herederos.

VII. IMPUESTO A LA RENTA DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES

El artículo 16 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que, en el caso de sociedades conyugales, las rentas que obtenga cada cónyuge serán declaradas independientemente por cada uno de ellos. Agrega el citado artículo que las rentas producidas por bienes comunes serán atribuidas, por igual, a cada uno de los cónyuges, pero que, sin embargo, éstos podrán optar por atribuirlos a uno solo de ellos para efectos de la declaración y pago como sociedad conyugal. Finalmente, el artículo 16 señala que las rentas de los hijos menores de edad deberán ser acumuladas a las del cónyuge que obtenga la mayor renta o, de ser el caso, a la sociedad conyugal.

El artículo 6 del Reglamento del Impuesto a la Renta contiene una serie de normas relativas al Impuesto a la Renta a cargo de la sociedad conyugal. Nótese que las reglas de habitualidad también se aplican a la sociedad conyugal que haya optado por tributar como tal. En

nuestro concepto, es en la medida en que se esté tributando como sociedad conyugal que a ella le serán aplicables tales reglas.

VIII. ¿CÓMO SE DETERMINA LA GANANCIA BRUTA EN LOS CASOS DE ENAJENACIÓN DE INMUEBLES?

Cuando se enajenan bienes inmuebles, según el artículo 20 de la Ley del Impuesto a la Renta, la renta bruta estará dada por la diferencia entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo computable de los bienes enajenados.

El ingreso neto total resultante de la enajenación es el precio obtenido por ella —dicho precio, para efectos del Impuesto a la Renta, debe ajustarse al valor de mercado de los bienes— menos las devoluciones, bonificaciones, descuentos y conceptos similares que respondan a la costumbre de la plaza. El costo computable, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley del Impuesto a la Renta, cuando la adquisición ha sido a título gratuito será igual a cero, respecto de inmuebles adquiridos a partir del 1 de agosto de 2012, conforme a lo previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1120 y en el primer párrafo de la primera disposición complementaria transitoria de dicho decreto legislativo, aun cuando, alternativamente, se permite considerar como costo computable el que correspondía al transferente antes de la transferencia, siempre que dicho costo se acredite de manera fehaciente.

Ahora bien, tratándose de bienes inmuebles adquiridos a título gratuito antes del 1 de enero de 2012, cuando sean transferidos, con arreglo a la norma vigente con anterioridad al 1 de agosto de 2012, el costo computable estará dado por el valor de ingreso al patrimonio. Dicho valor es el que resulta de aplicar las normas de autoavalúo para el Impuesto Predial del año en que se adquirió el inmueble, reajustado por los índices de corrección monetaria que establece el Ministerio de Economía y Finanzas sobre la base de los índices de precios al por mayor proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), salvo prueba en contrario constituida por el contrato de fecha cierta inscrito en Registros Públicos o en cualquier otro documento fehaciente a criterio de la Administración Tributaria —numeral 2 del literal a del artículo 21.1 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, por enajenación se entienden únicamente las transferencias a título oneroso. Cuando se enajenen inmuebles que han sido adquiridos a título gratuito habrá que establecer, igualmente, si la enajenación es computable para determinar la habitualidad o si no se considera como operación habitual y tampoco se computa para determinar la habitualidad, con arreglo a lo anteriormente expuesto.

En el caso de inmuebles que hayan sido adquiridos 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 sobre la base de los índices de precios al por mayor proporcionados por el INEI, incrementado con el importe de las mejoras incorporadas con carácter permanente –numeral 2 del literal a del artículo 21.1 de la Ley del Impuesto a la Renta.

El inciso 1 del artículo 21 de la Ley del Impuesto a la Renta contiene en sus literales b y c reglas para determinar el costo computable de inmuebles que se enajenan: (i) Cuando el inmueble ha sido adquirido mediante contrato de arrendamiento financiero o retro arrendamiento financiero o *lease back*, celebrado por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no genere rentas de tercera categoría, en cuyo caso el costo computable para el arrendatario será el de adquisición correspondiente a la opción de compra, incrementado en los importes por amortización del capital, mejoras incorporadas con carácter permanente y otros gastos relacionados, reajustados por los índices de corrección monetaria que establece el Ministerio de Economía y Finanzas sobre la base de los índices de precios al por mayor proporcionados por el INEI; y, (ii) cuando el inmueble ha sido adquirido mediante contrato de arrendamiento financiero o retro arrendamiento financiero o *lease back*, celebrado por una persona jurídica antes del 1 de enero de 2001, en cuyo caso el costo computable para el arrendatario será el correspondiente a la opción de compra, incrementado con los costos posteriores incorporados al activo.

Interesa, para el presente caso, lo expuesto en el párrafo anterior sobre adquisición por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales y que no generen rentas de tercera

categoría, pues serán ellas, cuando enajenen dichos inmuebles, las que tengan que someterse a las reglas de habitualidad.

IX. ENAJENACIÓN DE INMUEBLES OCUPADOS COMO CASA-HABITACIÓN DEL ENAJENANTE

Según el último párrafo del artículo 2 de la Ley del Impuesto a la Renta, no constituye ganancia de capital gravable el resultado de la enajenación de inmuebles ocupados como casa-habitación del enajenante cuando éste es una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no genere rentas de tercera categoría. El artículo 1-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta define lo que se entiende por casa-habitación del enajenante, señalando que, para ello, el inmueble debe haber permanecido en propiedad del enajenante por lo menos dos años y no estar destinado exclusivamente al comercio, industria, oficina, almacén, cochera o similares.

Si el enajenante es propietario de más de un inmueble que reúna las condiciones señaladas en el párrafo anterior, será considerada casa-habitación sólo aquel inmueble que, después de la enajenación de los demás inmuebles, quede como único inmueble de su propiedad. Si la enajenación se produce en un solo contrato o en aquellos casos en los que no es posible determinar las fechas en que dichas operaciones se realizaron, se considerará como casa-habitación del enajenante al inmueble de menor valor.

Adicionalmente debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- a. Tratándose de sucesiones indivisas, se deberá considerar únicamente los inmuebles de propiedad de la sucesión.
- b. Tratándose de inmuebles sujetos a copropiedad, se debe considerar en forma independiente si cada copropietario es a su vez propietario de otro inmueble, reputándose como casa-habitación sólo la parte que corresponda a los copropietarios que no sean propietarios de otros inmuebles.

Todas las reglas que anteceden sobre inafectación por enajenación de casa-habitación incluyen a los derechos sobre inmuebles.

X. CONCEPTO DE PREDIOS SITUADOS EN EL TERRITORIO DE LA REPÚBLICA Y DE LOS DERECHOS RELATIVOS A LOS MISMOS

El inciso a del artículo 4-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta precisa el concepto de predios situados en el territorio de la República y los derechos relativos a los mismos, en la forma siguiente:

- a. Por predios debe entenderse: A los predios urbanos y rústicos –comprende los terrenos, incluyendo los terrenos ganados al mar; los ríos y otros espejos de agua; así como las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan parte integrante de dichos predios que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la edificación⁵.
- b. Por derechos relativos a los predios se entiende: Todo derecho sobre un predio que surja de la posesión, coposesión, propiedad, copropiedad, usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre y otros regulados por leyes especiales.

XI. OTRAS GANANCIAS DE CAPITAL PROVENIENTES DE LA ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DISTINTOS A LA CASA-HABITACIÓN QUE NO CONSTITUYEN RENTAS GRAVADAS DE LA SEGUNDA CATEGORÍA

La primera disposición transitoria y final del Decreto Legislativo 945 –incorporada como trigésimo quinta disposición transitoria y final del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta– establece lo siguiente: “Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles distintos a la casa-habitación, efectuadas por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, constituirán rentas gravadas de la segunda categoría, siempre que la adquisición y enajenación de tales bienes se produzca a partir del 1 de enero de 2004”.

Nótese que, aunque dicha ganancia califica como “ganancia de capital”, la norma contenida en la primera disposición transitoria y final

del Decreto Legislativo 945 sólo incluye a las personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, y señala que se está frente a una renta gravada de segunda categoría, siempre que la adquisición y enajenación del inmueble se produzca a partir del 1 de enero de 2004.

El Reglamento de la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo 945 fue dado por la primera disposición transitoria del Decreto Supremo 086-2004-EF que, al efecto, señala en su numeral 1 –que es la parte que nos interesa: “No estará gravada con el impuesto la enajenación de inmuebles cuya adquisición se haya realizado con anterioridad al 1 de enero de 2004, a título oneroso o gratuito, mediante documento de fecha cierta”. Para comprender a cabalidad la razón por la cual el legislador introdujo la primera disposición transitoria y final del Decreto Legislativo 945, es necesario remitirse a la Ley del Impuesto a la Renta vigente con anterioridad al 1 de enero de 2004. Es a partir de esa fecha que entró en vigencia el Decreto Legislativo 945.

El Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo 054-99-EF, vigente tratándose de la habitualidad, establecía en el inciso a de su artículo 4 que se presumiría la existencia de habitualidad en la enajenación de inmuebles cuando el enajenante hubiera efectuado en el curso del ejercicio, en el ejercicio precedente o en ambos, por lo menos dos compras y dos ventas de inmuebles, salvo que fuera de aplicación el inciso b del artículo 3. Este inciso b consideraba rentas gravadas, entre otras, los resultados provenientes de la enajenación (i) de terrenos rústicos o urbanos por el sistema de urbanización o lotización; (ii) 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; y (iii) de bienes adquiridos en pago de operaciones habituales o para cancelar créditos provenientes de las mismas.

Agregaba el artículo 4 del Texto Único Ordenado que las personas naturales que no hubiesen tenido la condición de habituales o

⁵ El artículo 887 del Código Civil define la parte integrante de un predio como: “Lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien”.

que habiéndola tenido la hubiesen perdido en uno o más ejercicios gravables, computarán para efecto del impuesto el resultado de las enajenaciones de inmuebles sólo a partir de la operación en que se presuma la habitualidad. Es decir, a diferencia de lo que ocurre ahora, las ganancias obtenidas por personas naturales que no tenían la condición de habituales no estaban gravadas con el Impuesto a la Renta, siendo así que ahora, en tal caso, la renta es de segunda categoría y tributa con la tasa efectiva del 5%.

El referido artículo 4 del Texto Único Ordenado señalaba, también, que en ningún caso se considerarían operaciones habituales ni se computarían para determinar la habitualidad las enajenaciones de bienes cuando éstos hubieren sido adquiridos por causa de muerte. Por lo demás, el concepto de enajenación vigente hasta el 31 de diciembre de 2003 es el mismo que actualmente se aplica.

Nótese que, con arreglo al Texto Único Ordenado, para efectos de determinar la habitualidad únicamente se consideraban las compras y las ventas de inmuebles, mas no así los demás casos de adquisición o de enajenación de inmuebles. De otro lado, de acuerdo al citado Texto Único Ordenado, si una persona natural había recibido en herencia 100 inmuebles y, por ejemplo, no era propietario de ningún otro inmueble, al enajenar los citados inmuebles –inclusive realizando 100 operaciones de enajenación– no llegaría a ser considerado como habitual y, por lo tanto, las ganancias que pudiera obtener por las referidas enajenaciones no estaban gravadas con el Impuesto a la Renta.

Es en este contexto que debe ser analizada la norma contenida en la primera disposición transitoria y final del Decreto Legislativo 945. Cualquier inmueble adquirido por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que hubieran optado por tributar como tales, con anterioridad al 1 de enero de 2004, distintos a la casa-habitación, al ser enajenados en el ejercicio 2004 o después –de manera tal que dicha enajenación arrojará una ganancia de capital–, quedaría inafecta al Impuesto a la Renta. Sólo si los inmuebles hubieran sido adquiridos a partir de 1 de enero de 2004, la ganancia de capital obtenida por su posterior enajenación constituirá renta gravada de la segunda categoría, tributando con la tasa efectiva del 5% sobre la ganancia obtenida.

Es importante tomar en consideración, en primer lugar, que el Decreto Legislativo 945 se refiere a ganancias de capital que provienen de la enajenación de inmuebles distintos al de la casa-habitación. Con arreglo a las normas vigentes, si se enajena la casa-habitación y se obtiene por ello una ganancia de capital, esta no está gravada con el Impuesto a la Renta.

El Reglamento de la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo 945 revela claramente la intención del legislador de excluir del campo de aplicación del Impuesto a la Renta toda enajenación de inmuebles adquiridos con anterioridad al 1 de enero de 2004, a título oneroso o a título gratuito, siempre, claro está, que con documento de fecha cierta pudiera demostrarse la oportunidad de la adquisición.

En este orden de ideas, como consecuencia de lo establecido en la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo 945 y en el Reglamento de dicha Disposición, contenido en la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo 086-2004-EF, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a. Si el inmueble fue adquirido a partir del 1 de enero de 2004 por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optaron por tributar como tales y, posteriormente, dicho inmueble se enajena generando una ganancia de capital, ésta constituirá una renta gravada de la segunda categoría si el enajenante no es habitual. Si el enajenante fuera habitual, la ganancia será una renta de la tercera categoría.
- b. Si en la actualidad se enajena la casa-habitación, sin importar cuándo ésta fue adquirida, y la enajenación es efectuada por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optaron por tributar como tales y que no generan rentas de tercera categoría, la ganancia de capital proveniente de esa enajenación no estará afecta al Impuesto a la Renta.
- c. Si el inmueble fue adquirido antes del 1 de enero de 2004 por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optaron por tributar como tales, y posteriormente dicho inmueble se enajena generando una ganancia de capital, ésta constituirá una renta inafec-

- ta al Impuesto a la Renta, aún cuando en la fecha de la enajenación el enajenante genere rentas de la tercera categoría.
- d. Las conclusiones a y c resultan aplicables tratándose de enajenación de in-

muebles distintos a la casa-habitación, pues si se trata de casa-habitación en tal caso la ganancia obtenida en la enajenación estará inafecta al Impuesto a la Renta de acuerdo con la conclusión b precedente.