



VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO TRIBUTARIO

AMBITO DE APLICACION DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL PERU



EL IMPUESTO A LA RENTA SOBRE LAS GANANCIAS DE CAPITAL OBTENIDAS EN LA ENAJENACION DE INMUEBLES

Fernando Zuzunaga del Pino¹
Juan Carlos Zegarra Vílchez²
Ponencia Individual

1. INTRODUCCION

Como consecuencia de la denominada “reforma tributaria” iniciada por el gobierno a fines del año 2003, se estableció un régimen tributario para el caso de las ganancias de capital provenientes de enajenaciones efectuadas por las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales contribuyentes,³ domiciliadas en el país. Producto de dicha “reforma” se expidieron el

¹ Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Profesor de Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

² Asociado del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Profesor de Derecho Tributario en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

³ A lo largo del presente trabajo denominaremos “sociedad conyugal contribuyente” a aquella sociedad conyugal que ha optado por tributar como tal, lo que significa que las rentas producidas por los bienes comunes del matrimonio han sido atribuidas sólo a uno de los cónyuges para efectos de la declaración y pago como sociedad conyugal. Nótese que la norma reglamentaria (artículo 6° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta) precisa los alcances de esta atribución incorporando dentro de la misma a las rentas comunes producidas por “bienes propios” aun cuando en el artículo 16° de la Ley del Impuesto a la Renta no se mencionan a tales rentas. En efecto, en este último artículo sólo se hace referencia a las rentas producidas

Decreto Legislativo 945 y algunas normas reglamentarias contenidas, entre otros, en el Decreto Supremo No. 086-2004-EF.

El presente trabajo tiene como propósito exponer este tratamiento de las ganancias de capital enfatizando el caso de las derivadas de la enajenación de inmuebles, mostrar las particularidades del nuevo sistema de imposición e interpretar sus normas a fin de establecer su sentido y alcance dentro del principio de legalidad.

A fin de cumplir nuestro propósito, repasaremos la doctrina en materia de imposición a las ganancias de capital, para luego, en base al concepto al que arribemos, analizar su tratamiento legislativo y, finalmente, destacar algunos aspectos controversiales que se producen en el caso de las ganancias de capital generadas por la enajenación de inmuebles efectuada por personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales contribuyentes, domiciliadas en el país.

2. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DE IMPOSICION A LAS GANANCIAS DE CAPITAL

Por una cuestión de sistemática hemos creído conveniente desarrollar el concepto doctrinario de “ganancias de capital” para, a partir del mismo, abordar los diferentes tipos de imposición a los que se ve sometido.

2.1. Concepto doctrinario de “ganancias de capital”

La ganancia de capital como renta gravable

La primera cuestión que se debe abordar al tratar el concepto de ganancia de capital en el Impuesto a la Renta, es determinar si la misma califica o no como renta gravable,⁴ tema enfrentado con mucha profundidad por la doctrina especializada, la que en su mayoría concluye que dicha ganancia sí califica como

por “bienes comunes” y no por “bienes propios”. Sin embargo, pese a la literalidad, consideramos que la citada norma reglamentaria, a través de una interpretación extensiva del artículo 16° de la ley, respeta la razón de ser del mismo (*ratio legis*), es decir, que sean las rentas comunes, producidas por bienes propios o comunes, las materia de atribución.

⁴ Siguiendo al profesor García Añoveros, cabe hacer la siguiente precisión: “...con frecuencia se habla de ganancias de capital, de incrementos patrimoniales d (sic) de plusvalías patrimoniales. La denominación ganancias de capital es más característica de la tradición anglosajona. La denominación incremento patrimonial es más típica de la tradición latina...”. García Añoveros, Jaime. Imposición de las Ganancias de Capital. Ponencia General presentada en el coloquio “La doctrina sobre la tributación de las ganancias y pérdidas de capital” dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutualidad benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 87. Para efectos del presente trabajo y dado que nuestra legislación ha optado por dicha denominación, nos referiremos a este tipo de ganancias simplemente como “ganancias de capital”, dejando de lado las denominaciones que la asimilan a incrementos patrimoniales o a plusvalías patrimoniales.

renta gravable y que respecto de la misma se justifica el gravamen por ser una manifestación de capacidad contributiva como cualquier otra renta ordinaria -salvo el caso de aquellas ganancias de capital de origen inflacionario y las que tienen su origen en la modificación de los tipos de interés-.⁵

Pues bien, a fin de determinar si las ganancias de capital constituyen o no renta gravable, es importante tener claro: (i) qué se entiende por ganancia de capital; (ii) mencionar el concepto de renta que se va a aplicar al concepto previamente definido de ganancia de capital;⁶ y, (iii) qué significado tiene la expresión bienes de capital.

Concepto de ganancia de capital

Respecto de la primera cuestión, la doctrina asimila el concepto “ganancia de capital” con el de “incremento patrimonial de un bien”. Así, la ganancia de capital es definida por García Añoveros como el aumento de valor de los elementos patrimoniales poseídos por una persona física o jurídica⁷ y por García Mullín como la ganancia que se produce cuando existe un incremento en la valorización de los bienes de capital.⁸ Asimismo, Batalla y Montero señala que con la denominación de “ganancias de capital”, se designan todos aquellos incrementos patrimoniales que no tienen su origen en la rentabilidad normal del propio capital, sino más bien por vía de capital, o por vía de patrimonio, esto es, en virtud de la modificación cualitativa del referido capital -en su puro aumento de valor-, sin que los elementos

⁵ Un estudio exhaustivo sobre si las ganancias de capital son o no renta se encuentra en la Ponencia General del profesor García Añoveros. *Ibid.*, pp. 89 a 94.

⁶ Cabe señalar que según el profesor Albiñana, el concepto de ganancia de capital es un concepto residual. Es decir, primero debe definirse lo que se entiende por “renta” y luego, por negación, definir lo que es “ganancia de capital”. Así, según señala, el estudio de este concepto plantea el problema de incluir o no la ganancia de capital en el concepto de renta y el de definir -en el caso de incluirse como renta- si debe o no tener el mismo tratamiento tributario. Citado por Batalla y Montero de Espinosa, Alfonso. *El concepto de ganancia de capital*. Ponencia presentada dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutua benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 557. No compartimos la idea expuesta por el profesor Albiñana por cuanto consideramos que no es posible establecer conceptos jurídicos por negación sino que debe hacerse por su verdadera naturaleza jurídica, como lo hacen otros autores. No obstante, exponemos dicha opinión porque resulta ilustrativa de la necesidad de definir previamente los conceptos de “renta” y de “ganancias de capital” antes de iniciar el estudio adecuado de nuestra legislación.

⁷ García Añoveros..., loc. cit.

⁸ Entiende este último autor que la ganancia de capital puede ser entendida en dos sentidos, uno amplio y otro restringido. Si dicho incremento se “realiza”, es decir, se concreta mediante una enajenación, nos encontraremos ante una ganancia de capital en sentido restringido; y, si no se “realiza”, la ganancia de capital debe ser entendida en sentido amplio. García Mullín, Juan Roque. *Manual de Impuesto a la Renta*. Buenos Aires: Centro Interamericano de Estudios Tributarios -CIET-. Doc No. 872. 1978. p. 82.

cuantitativos sufran modificación.⁹

Resumiendo la posición expuesta por los autores, cuando hablamos de “ganancias de capital” estamos refiriéndonos necesariamente a una alteración en la composición del patrimonio de los particulares; esto es: un incremento patrimonial. Sin embargo, no se trata de cualquier incremento patrimonial, sino de uno de “valor” que se genera (independientemente que se realice o no) respecto de determinados bienes, los considerados “de capital”.

Concepto de renta

Respecto de la segunda cuestión, resulta imprescindible recurrir a las definiciones de García Mullín, quien por su claridad y capacidad de síntesis, logra resumir los conceptos que sobre el particular maneja la doctrina especializada. Así, para el presente trabajo basta con remitirnos a su famoso Manual del Impuesto a la Renta e identificar los conceptos de renta bajo los mismos criterios empleados por dicho autor, esto es, entendida como “renta - producto”, “flujo de riqueza” y “consumo más incremento de patrimonio”.^{10,11}

⁹ Para este autor, la denominación de “ganancias de capital” corresponde a la traducción literal de la expresión inglesa “*capital gains*” y también es usada como “plusvalía”, “incremento patrimonial” o “incremento de valor”, de ahí que tenga que delimitar su verdadero alcance. Así, distingue las siguientes tres acepciones para dicho concepto: (i) los “incrementos patrimoniales”, con el que se designaría todo aumento del patrimonio, sea cual sea su origen, ya sea interno - aumento en el valor o plusvalía- o externo -aumento de unidades o elementos del patrimonio-; y cualquiera fuese su causa (gratuita, onerosa o aleatoria). Obviamente, se trata de incrementos que no pueden ser calificados como “renta” entendida esta última como rendimiento normal del patrimonio; (ii) ganancias de capital en sentido lato, comprensivas de todos los incrementos de capital, exceptuados los obtenidos a título gratuito; y, (iii) ganancias de capital en sentido estricto, comprensivas de los incrementos en el valor de los bienes y derechos ya integrados en el patrimonio. De tales acepciones, dicho autor prefiere la tercera acepción. No obstante, precisa aún más el concepto de incremento patrimonial en los términos siguientes. Señala que dicho incremento (acrecentamiento del patrimonio) puede tener doble causa: (a) por vía de renta, entendida en el sentido clásico de renta producto; o, (b) por vía de capital, es decir, el acrecentamiento del capital en sí mismo. En este último caso los incrementos de capital pueden a su vez, tener un doble origen: externo e interno. En el primero (externo), se incluyen todos los incrementos de capital de orden cuantitativo, es decir, la adición de nuevas unidades de capital. En el segundo (interno), se incluirían los incrementos de orden cualitativo, es decir, la única cualidad que se altera del patrimonio es su valor. Es en esta última categoría en la cual Batalla y Montero ubica a las “ganancias de capital” en sentido técnico, distinguiéndolas de otros tipos de “incrementos de patrimonio por vía de capital” como son las adquisiciones a título gratuito, las aleatorias o ganancias de azar; y las adquisiciones a título oneroso. Es decir, a decir del referido autor, se trata de un puro incremento de valor. Batalla y Montero..., loc. cit.

¹⁰ García Mullín define “renta-producto” como “el producto periódico que proviene de una fuente durable en estado de explotación”. Por “flujo de riqueza” entiende “al total del flujo de riqueza que desde los terceros fluye hacia el contribuyente, en un período dado”. Se trata entonces de un enriquecimiento proveniente de terceros (que obviamente incluye a la renta-producto pero no se agota en ella). Finalmente, señala que el criterio de “consumo más incremento de patrimonio” busca captar la totalidad del enriquecimiento del individuo (capacidad contributiva) a

Dentro de tales conceptos, la doctrina ha ubicado a las ganancias de capital como renta gravable dentro de los criterios de “flujo de riqueza” (cuando dicha ganancia se realiza a través de la enajenación del bien de capital) y como “consumo más incremento de patrimonio” (cuando dicha ganancia no se realiza).¹²

lo largo de un período. El énfasis es, entonces, en las satisfacciones de que dispone el individuo a lo largo de un período. “Estas satisfacciones, en definitiva, tienen dos formas de manifestarse; o se transforman en consumo o terminan incrementando el patrimonio al fin del período. Por eso, la suma algebraica de lo consumido más los cambios en el valor del patrimonio, constituyen la renta del período”. García Mullín..., op.cit., pp. 16 a 23.

¹¹ Según García Añoveros, dentro de los conceptos de renta, durante mucho tiempo se ha adoptado, para efectos tributarios, un concepto tomado de la teoría económica de la distribución o de la teoría económica del producto nacional, en el sentido que la renta es el producto de una fuente. Esta es, por ejemplo, a decir de García Añoveros, la tesis del derecho tradicional inglés. Este concepto es el mismo que García Mullín denomina como “renta-producto”. Como quiera que muchas ganancias quedaban fuera del concepto de “renta-producto”, se definió la renta para efectos tributarios como “acrecimiento o acrecentamiento”, es decir, el aumento del valor neto del patrimonio, más el consumo, durante un período de tiempo. García Añoveros señala que este último concepto fue formulado por primera vez por Davidson en 1889 y de manera más definida por Schanz en 1896, y es aceptado por numerosos hacendistas como Musgrave, Griziotti, Pugliese, Haig, Simons, Romani, Hewet, David y el Informe Carter (informe rendido por la Comisión Real de Imposición que presidió Kenneth LeM. Carter en 1966 para dotar al Canadá de un nuevo y revolucionario sistema fiscal. Al respecto ver Nieto Fernández, Julián. El problema de la tributación de las ganancias de capital en el Informe Carter. Comunicación técnica presentada dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutualidad benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 614). Este segundo concepto es el que García Mullín denomina “criterio de consumo más incremento de patrimonio”. Sin embargo, como lo señalan Due y Friedlaender, si bien este último concepto es el que de forma más satisfactoria define el concepto de renta, no es el que aplican las leyes impositivas, por el contrario, señalan, el concepto de renta más común es el de flujo de riqueza -de ingresos monetarios en especie- hacia una persona. (Ver Due John y Friedlaender, Ann. Análisis Económico de los impuestos y del sector público. Cuarta Edición. Reimpresión. Buenos Aires: El Ateneo. 1981. p. 237). Este sería pues el tercer concepto de renta que coincide con lo que García Mullín denomina “criterio de flujo de riqueza”.

¹² Tal y como lo señala DUE, “las ganancias de capital caen lógicamente dentro de la categoría de rédito, ya sea que éste se define como consumo más incremento de patrimonio o como flujo de riqueza, salvo que no sea una mera manifestación de los aumentos en el nivel general de precios” John F. Due, Análisis económico de los impuestos. Segunda Edición. Buenos Aires: El ateneo. 1968. p. 165. Citado por Juan Linares Martín de Rosales en Las ganancias del capital y la capacidad contributiva. Ponencia presentada dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutualidad benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 123. Asimismo, García Mullín señala que “En el criterio de “flujo de riqueza”, las simples valorizaciones no resultarán alcanzadas, puesto que nada nuevo ha llegado desde terceros al patrimonio del contribuyente. En cambio quedarían comprendidas todas las ganancias de capital realizadas, las que deberían sumarse a las rentas comunes del año.”. Asimismo señala, “En un criterio de renta como equivalente a “consumo más incremento de patrimonio”, las ganancias de capital, tanto entendidas en sentido restringido como amplio, quedan inequívocamente comprendidas dentro del concepto gravado. El impuesto recaería, no solamente sobre las ganancias de capital realizadas sino también sobre aquellas resultantes de simples valorizaciones.” García Mullín..., op.cit., p. 80.

De ello se desprende que el “principio de realización”, esto es, las “ganancias materializadas por un acto de disposición”, debe cumplirse en el primer caso de manera imprescindible,¹³ mientras que, en el segundo, dicho principio no resulta necesario pues más bien las rentas se producirán ante el mero hecho que el patrimonio incremente su valor.¹⁴

Es claro que el único criterio bajo el cual las ganancias de capital no se encuentran gravadas es el criterio de “renta - producto”.¹⁵ Ello se entiende por

¹³ En este caso, el mismo principio de realización -por coherencia- debería también aplicarse para las pérdidas de capital. La consecuencia de ello es que el contribuyente podría elegir el momento más oportuno para realizar las ganancias o las pérdidas, evitando con ello impactos tributarios no deseados, de ser el caso. Cabe anotar que, en este punto, estamos adoptando un concepto de “realización” en sentido jurídico, esto es, que se identifica con “enajenación” y no en sentido económico contable de certidumbre y permanencia del acrecentamiento de capital. Esta distinción la realiza Linares Martín..., op.cit., p. 153.

¹⁴ Esta última alternativa lleva implícito un elevado costo administrativo para fiscalizar tales incrementos, en lugar de fiscalizar un momento determinado como es el de la disposición. También se tiene el problema que sin realización, el incremento de valor puede ser sólo ficticio o subjetivo. Sobre el problema de la realización de la ganancia de capital así como los efectos económicos de este tipo de imposición puede verse García Añoveros..., op. cit., pp. 97 a 99.

¹⁵ Cabe señalar que no siempre fue tan claro que las ganancias de capital se encontraban incluidas dentro del concepto de renta. Este razonamiento ha sido producto de toda una evolución en el tratamiento de las ganancias de capital. Así, señala García Margallo: “El debate sobre la sujeción de estas ganancias al impuesto sobre la renta se inició en 1867 en Estados Unidos y no se cerró en este país hasta 1921 con una sentencia (MERCHANTS LOAN and TRUST Co. Vs. SMIETANKA) que constituye un hito en la historia del gravamen.”, continúa diciendo que: “El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció en los primeros años de vida del impuesto en contra de la sujeción al impuesto sobre la renta de las ganancias derivadas de la enajenación de bienes por estimar que “puesto que el incremento gradual y paulatino del valor de los bienes durante una serie de años no puede ser imputado a ningún año en particular, ni siquiera a aquel en que dicho incremento se materialice por enajenación de los activos revaluados, las plusvalías no son, en sentido jurídico, renta, sino, simplemente, aumentos de valor del patrimonio no sujetos al impuesto.” (Ver GRAY Vs. DARLINGTON, 15 Wall, 63 (1872), reproducida en Stanley Surrey, Federal Income Taxation, p. 816. Citado por García – Margallo).

Recién con la sentencia que resuelve el caso MERCHANTS LOAN and TRUST Co. Vs. SMIETANKA se establece -hasta ahora- que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes están sujetas al impuesto sobre la renta. En dicha sentencia, según cita García - Margallo, se señala: “Se ha argumentado que la palabra renta, tal como ha sido utilizada en la Dieciséisava Enmienda y en la Ley que regula el impuesto sobre la renta, no incluye las ganancias derivadas del capital que se obtengan por una enajenación ocasional, sino, exclusivamente, los beneficios obtenidos por quienes habitualmente se dedican al comercio”, continúa la sentencia: “La construcción precedente no puede apoyarse ni en el texto de la ley, que no efectúa distinción alguna..., ni en principios lógicos convincentes, puesto que no se aprecia ninguna diferencia, ni en cuanto a la naturaleza de las transacciones, ni en cuanto a la relación entre los beneficios y el capital que los genera, entre una operación aislada y otra que constituya una más entre otras muchas de la misma naturaleza”. Un análisis más detallado se puede consultar en García - Margallo y Marfil, José Manuel. Estructura Técnica de la imposición sobre las ganancias de capital: la experiencia americana. Ponencia presentada dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutualidad benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 180.

el hecho que el incremento patrimonial (de valor) que se verifica en las ganancias de capital debe producirse de una fuente-patrimonial y no de una fuente-actividad (trabajo, industria). Por ello, en los supuestos mixtos de aplicación de una actividad a un capital (como son las actividades empresariales), tampoco existe ganancia de capital.¹⁶

Concepto de bien de capital¹⁷

Siguiendo al tratadista uruguayo García Mullin,¹⁸ el concepto de ganancia de capital que hemos mencionado supone estar de acuerdo en dividir previamente la totalidad de bienes que integran el patrimonio de los particulares en dos clases: los bienes de cambio y los bienes de capital.

Los primeros (bienes de cambio) suponen que el titular de tales bienes desarrolle una actividad empresarial o de negocios en forma habitual, dentro de la cual tales bienes se encuentren destinados a ser comercializados, de ahí que García Mullín señale que se trata de bienes que “son objeto de comercio por parte del titular, y por ende están en su patrimonio destinados a ser enajenados”.¹⁹ Por el contrario, en los segundos (bienes de capital), lo relevante es que el destino de tales bienes no sea su comercialización, independientemente que el titular realice o no actividad empresarial habitual respecto de otros bienes. Por ello García Mullín sostendrá -de un modo algo exagerado- que tales bienes “no son objeto de comercio”.²⁰ Entonces, en este último caso, lo importante es que se trate de bienes respecto de los cuales no exista un ánimo de comercialización sino de permanencia en el patrimonio del titular de los mismos.

¹⁶ De esta opinión son Juan Linares Martín de Rosales y John Due. También es de esta opinión César Albiñana García-Quintana en su obra “Tributación de las ganancias del capital en España”. Madrid: Guadiana de publicaciones. 1970; para quien, según cita de José Ignacio Olivares Zarzosa: “(...) ganancia es todo ingreso que no constituya renta, y a su concepto ha de llegarse por vía residual. Y ha de adscribirse al capital porque todo rendimiento o utilidad cuya fuente no es el trabajo personal ni la explotación económica, ha de ser atribuido al capital. Este autor (*refiriéndose a Albiñana*) define las ganancias de capital como todas aquellas que de él emanan de un modo accidental o aperiódico, esto es, desconectadas de una fuente estable, aunque atribuibles al capital en su más amplio concepto económico”. Ver Olivares Zarzosa, José Ignacio. El problema de las ganancias de capital en los impuestos generales sobre las sucesiones y transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Ponencia presentada dentro de la XXIII semana de Estudios de Derecho Financiero organizada por la Mutualidad benéfica del cuerpo de inspectores técnicos fiscales del Estado. Madrid: Derecho Financiero. 1976. p. 438.

¹⁷ Cabe anotar que la doctrina limita en forma mayoritaria este tipo de ganancias sólo a incrementos patrimoniales en inmuebles y en valores mobiliarios por considerar que en estos casos es donde se produce el mayor incremento patrimonial.

¹⁸ García Mullín..., op. cit., pp. 80 a 87.

¹⁹ Ibid., p. 82.

²⁰ Loc. Cit.

Como puede apreciarse, atendiendo a los conceptos de “bienes de cambio” y “bienes de capital” antes mencionados, resulta evidente que la intencionalidad del titular de tales bienes resulta ser un elemento indispensable para definir y distinguir ante qué tipo de bien nos encontramos. En otras palabras, los bienes no son de “cambio” o “de capital” en sí mismos, sino que dicha característica la establece el sujeto titular de los mismos cuando decide “destinarlos” al comercio o a su explotación como cualquier otro consumidor.²¹

Esta constatación, sin duda, trae serios problemas de caracterización para los bienes de capital, pues tener un criterio subjetivo como la “intención” no garantiza un mismo tratamiento para igual tipo de bienes, de ahí que ha resultado indispensable para la doctrina, establecer criterios objetivos para distinguir cuándo nos encontramos ante bienes de capital que generan ganancias de capital y cuándo no. Tales criterios son:

- (i) según la naturaleza del contribuyente (titular del bien). Esto es, si se trata de una sociedad de capital (que por ser lucrativa no tiene ganancias de capital pues éstas se confunden con las demás rentas empresariales); o, si se trata de personas naturales, empresarias o no;
- (ii) según el tipo de operación. Esto es, se trata de distinguir entre operaciones que, aunque aisladas, denotan “un espíritu de empresa” o “ánimo mercantil”, de las que no lo hacen;
- (iii) la naturaleza del bien enajenado. Se trata de bienes a los que la propia legislación define como de capital o no, independientemente de la naturaleza del contribuyente, del tipo de operación o de la habitualidad;
- (iv) habitualidad en la operación. Nuevamente, se busca descubrir el “ánimo empresarial” o esporádico en la enajenación de los bienes, a través de analizar el período de tenencia del bien; la frecuencia de las operaciones, la inclusión de la actividad en el objeto social; y, la

²¹ En este mismo sentido se pronuncia Omar Fernández quien define las ganancias de capital como aquellas que “...se producen por enajenación o valorización de bienes que no se han adquirido con intenciones de comercializarlos...”, señalando adicionalmente que “En realidad, la caracterización es realmente complicada porque, como en otros casos, un elemento fundamental de estas ganancias es la intención del sujeto propietario del bien cuya venta o valorización la produce; según cuál sea esta intención, será la naturaleza de la ganancia: habitual o de capital”. Finalmente, distingue las ganancias de capital de las ganancias eventuales señalando que “...en lo único que se parecen ambos tipos de ganancia es en su diferenciación con las ganancias periódicas o habituales. Las últimas difieren de éstas en el elemento aleatorio que las origina, mientras que las ganancias de capital están originadas en un bien que, al momento de ser adquirido, no lo fue con ánimo de venderlo” continúa señalando que en las ganancias eventuales “hay un elemento aleatorio determinante, que es lo que las identifica”, mientras que en las ganancias de capital “existe de algún modo el deseo o intención del sujeto de utilizar o disfrutar el bien que las produce y que, además, las origina”. Omar Fernández, Luis. El Impuesto Personal. Capítulo III de la Parte III de Tratado de Tributación. Política y Economía Tributaria. Tomo II. Obra dirigida por Vicente O. Díaz. Buenos Aires: Astrea. 2004. pp. 122 a 124.

importancia y relación de la operación con el giro del negocio.²²

Las ganancias de capital provenientes de bienes de capital como rentas gravables: conclusión

De tales criterios se desprende que lo relevante al momento de determinar si una ganancia es de capital o no, es distinguirla del concepto de ganancia o renta empresarial producidas por una fuente-actividad (trabajo, industria). Las ganancias de capital son rentas gravables derivadas de la fuente patrimonial que gravan las ganancias (realizadas o no) por personas naturales como consecuencia del incremento de valor de sus bienes de capital y no derivan de una fuente-actividad (trabajo, industria).

2.2. Tratamientos fiscales en las ganancias de capital

Definido en términos doctrinarios el concepto de “ganancia de capital”, corresponde otorgarle un tratamiento tributario específico dentro de la legislación de cada país. Para ello, es opción legislativa tratar dicha ganancia como: (i) un ingreso inafecto (por ser una ganancia irregular, inesperada; o, por ser meramente nominal y no real, etc.); o, (ii) un ingreso afecto (en tanto incrementa la capacidad contributiva como cualquier otra renta y por tanto debe tributar).²³

De optarse por esta segunda alternativa, corresponde al legislador decidir la forma de imposición. Esto es:

- (i) Si se reconocerá sólo la “ganancia de capital” realizada (bajo el criterio de flujo de riqueza) o si también se considerarán las que aún no se realizan en el ejercicio (bajo el criterio de consumo más incremento de patrimonio);
- (ii) Si se le impondrá un impuesto cedular (es decir, tratarla como un ingreso sujeto a un gravamen específico en función a su origen) o si será parte de un impuesto global (tratarla como un ingreso adicional que forma parte de la totalidad de las rentas gravadas con un mismo impuesto);
- (iii) Si se gravará toda la ganancia de capital (realizada o no) o sólo parte de la misma.

La opción legislativa que adopta nuestro país se describe en el punto siguiente.

²² Para una explicación en detalle de estos criterios, revisar García Mullín..., op.cit., pp. 81-83.

²³ Una exposición más detallada sobre cuáles son las alternativas que se proponen para gravar las ganancias de capital se encuentra en García Mullín..., op. cit., p. 83.

3. MODELO DE IMPOSICION A LAS GANANCIAS DE CAPITAL ADOPTADO POR NUESTRA LEGISLACION

Los principales cambios introducidos por el Decreto Legislativo 945, en vigor desde el 1º de enero de este año, en el tratamiento de las ganancias de capital, son: la inclusión de una definición de ganancias de capital,²⁴ la ampliación del ámbito de aplicación del impuesto y la sistematización de la regulación de las ganancias de capital.

Así, de acuerdo con el inciso b) del artículo 1º de la Ley del Impuesto a la Renta, se incluye en forma expresa a las ganancias de capital como un supuesto generador de la obligación tributaria, hipótesis distinta de las rentas ordinarias que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores (actividades empresariales); de otros ingresos que provengan de terceros; y, de las rentas imputadas establecidas en la ley.²⁵

Asimismo, el artículo 2º del citado Decreto señala que *“Para efectos de esta Ley, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital”*.²⁶

²⁴ Se ha sostenido extraoficialmente que las ganancias de capital en el Perú han carecido de una sistemática propia que defina y precise sus alcances conceptuales y su determinación, así como regule el tratamiento de las respectivas pérdidas de capital. Este vacío normativo respecto a una regulación específica considerándolas como un tipo de ingreso distinto a la renta ordinaria, es lo que habría originado la inclusión del concepto de “ganancia de capital” como un supuesto expreso de “renta gravable” y una definición legal de la misma.

²⁵ “Artículo 1.- El Impuesto a la Renta grava:

a) Las rentas que provengan 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.

b) Las ganancias de capital.

c) Otros ingresos que provengan de terceros, establecidos por esta Ley.

d) Las rentas imputadas, incluyendo las de goce o disfrute, establecidas por esta Ley. (...)” (El subrayado es nuestro).

²⁶ En este sentido se sigue un tratamiento similar al que dispensa la legislación española a las ganancias de capital, las mismas que son definidas en dicha legislación -conjuntamente con las pérdidas de capital- como “las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta ley se califiquen como rendimientos”. Estas ganancias se derivan de la transmisión de titularidad de los elementos patrimoniales, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio. Para tal efecto la legislación española define los rendimientos íntegros de capital como “la totalidad de las utilidades o contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que provengan, directa o indirectamente, de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente y no se hallen afectos a actividades económicas realizadas por éste”. Ver numeral 1 del artículo 19º, concordado con el numeral 1 del artículo 31º de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las

Dicho tratamiento y definición nos merece los siguientes comentarios:

- (i) En primer lugar, se trata a las ganancias de capital como una renta distinta a otras rentas gravables, reconociendo que se trata de una ganancia que se deriva del desprendimiento del capital. Así, se distingue de aquellas ganancias que tienen su origen en la rentabilidad normal del propio capital (rendimientos de capital); la rentabilidad del trabajo (rentas del trabajo); y de la rentabilidad de una actividad empresarial (aplicación conjunta de capital y trabajo). Adicionalmente, se la distingue de “otros ingresos que provengan de terceros” y de las “rentas imputadas”, todos, conceptos cuyo contenido ha sido regulado expresamente por la Ley del Impuesto a la Renta.
- (ii) En segundo lugar, la definición legal recurre al término de “ingreso” y de “costo computable” cuya renta, de existir un mayor ingreso, calificará como renta bruta, lo que significa que se trata de un aumento de valor en un elemento patrimonial de titularidad (propiedad) del contribuyente.
- (iii) En tercer lugar, se trata de una ganancia “realizada”, es decir, de una ganancia materializada a través de un acto de disposición. De ahí que resulte imprescindible la “enajenación” del patrimonio cuyo valor se ha incrementado.²⁷ Ello significa que el incremento de valor producido con anterioridad a la enajenación sólo se manifiesta como renta gravable en el momento de su realización y no en el de su generación, pese a que dicho incremento debió haberse producido en momentos previos a la enajenación. Se opta entonces por gravar las ganancias de capital bajo el concepto de “flujo de riqueza” y no bajo el de “consumo más incremento de patrimonio”; y,
- (iv) En cuarto lugar, se trata de un incremento en la valorización de bienes de capital y no en bienes de cambio. Para este efecto, el artículo 2º de la Ley del Impuesto a la Renta define como bienes de capital a *“aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa”*, lo que en nuestro concepto califica como una definición amplia. Adicionalmente, dicho artículo -en sus incisos a, b y c- establece un listado de bienes cuya enajenación genera ganancias de capital, lo que vendría a calificar como una lista enunciativa,²⁸ hecha con el sólo propósito de

Personas Físicas de España, cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004 de 5 de marzo de 2004.

²⁷ Si bastase sólo la “generación” del valor patrimonial, no existiría mucha diferencia entre un impuesto al patrimonio y el impuesto a la renta, pues se estaría gravando el sólo incremento patrimonial y no la ganancia efectivamente obtenida y generada por el contribuyente.

²⁸ “Artículo 2.- (...) Entre las operaciones que generan ganancias de capital, de acuerdo a esta Ley, se encuentran:

ejemplificar la definición amplia.

En consecuencia, nuestra legislación ha optado por tener una definición amplia de bienes de capital y, a su vez, tener un listado expreso de bienes de capital. En ambos casos, su enajenación originará ganancias de capital, según lo señala el artículo 2º de la Ley del Impuesto a la Renta.

De otro lado, nuestra legislación ha definido a los sujetos que pueden generar ganancias de capital así como los tipos de renta a los que tales ganancias pueden ser atribuidas:

- (v) En cuanto a lo primero, esto es los sujetos que pueden generarla, el tratamiento legal podría dejar duda si se trata de una ganancia prevista sólo para personas físicas que no desarrollan actividad empresarial (en las que incluiremos a las sucesiones indivisas y sociedades conyugales contribuyentes) o si también resulta aplicable para personas jurídicas y otras entidades que desarrollan actividad empresarial.

Dicha interrogante surge porque en doctrina se señala que uno de los criterios para determinar si una ganancia es de capital o no, es atender a la naturaleza del contribuyente.²⁹ Así, si éste es una empresa,

-
- a) La enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios.
- b) La enajenación de:
- 1) Bienes adquiridos en pago de operaciones habituales o para cancelar créditos provenientes de las mismas.
 - 2) Bienes muebles cuya depreciación o amortización admite esta Ley.
 - 3) Derechos de llave, marcas y similares.
 - 4) Bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país, de las empresas unipersonales domiciliadas a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 14º o de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior que desarrollen actividades generadoras de rentas de la tercera categoría.
 - 5) Negocios o empresas.
 - 6) Denuncios y concesiones.
- c) Los resultados de la enajenación de bienes que, al cese de las actividades desarrolladas por empresas comprendidas en el inciso a) del Artículo 28º, hubieran quedado en poder del titular de dichas empresas, siempre que la enajenación tenga lugar dentro de los dos (2) años contados desde la fecha en que se produjo el cese de actividades.”

²⁹ Como hemos ya señalado, si bien la doctrina propone los criterios de naturaleza del contribuyente; el tipo de operación; la naturaleza del bien enajenado y la habitualidad de la misma; los únicos de tales criterios que ha sido adoptados en nuestra legislación es el de la naturaleza del bien enajenado (por cuanto se ha establecido un listado de los bienes cuya

se entiende que respecto de la misma sólo existen rentas ordinarias (renta-producto) careciendo de lógica distinguir en ellas las ganancias de capital.

Nuestra regulación ha adoptado una posición distinta a la expuesta en el párrafo anterior, pues concibe que las ganancias de capital son generadas tanto por personas físicas que no desarrollan actividad empresarial como por personas jurídicas y otras entidades que desarrollan actividad empresarial. Lo expuesto se sustenta en lo siguiente:

- a) De la propia definición de bienes de capital (bienes no destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o empresa), se desprende que los mismos pueden ser: (a) bienes de propiedad de personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales contribuyentes que no realizan actividad empresarial, porque no existe un giro de negocio o empresa; y, (b) activos fijos de personas jurídicas y otras entidades que desarrollan actividad empresarial, que por su funcionalidad dentro del negocio, no están siendo destinados a ser comercializados.
- b) Dentro del listado de bienes de capital se incluyen bienes (activos fijos) que sólo pueden ser de propiedad de personas jurídicas o de entidades que desarrollan actividad empresarial, lo cual evidencia que dicha regulación también resulta aplicable a tales sujetos.³⁰

enajenación genera ganancias de capital) y la habitualidad en la enajenación de bienes. El resto de criterios no nos resultan útiles debido a que:

- (a) respecto de la naturaleza del contribuyente, tanto las personas físicas como las jurídicas pueden tener rentas consideradas ganancias de capital, por lo que este criterio no resulta de utilidad para definir si en base al sujeto existe o no ganancia de capital;
- (b) respecto del tipo de operación, tampoco resulta un criterio útil por cuanto nuestra legislación no establece ninguna operación distinta de la “enajenación” que conlleve a la obtención de una ganancia de capital;

Respecto de la habitualidad, la misma es utilizada para identificar cuándo la enajenación de bienes que se consideran “de capital” -por naturaleza del bien- genera una renta empresarial y cuándo generan una renta de segunda categoría.

³⁰ “Artículo 2º.- (...) Entre las operaciones que generan ganancias de capital, de acuerdo a esta Ley, se encuentran:

- b) la enajenación de: “4) Bienes de cualquier naturaleza que constituyan activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país, de las empresas unipersonales domiciliadas a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 14º o de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior que desarrollen actividades generadoras de rentas de la tercera categoría”.

“c) Los resultados de la enajenación de bienes que, al cese de las actividades desarrolladas por empresas comprendidas en el inciso a) del Artículo 28º, hubieran quedado en poder del titular de dichas empresas, siempre que la enajenación tenga lugar dentro de los dos (2) años contados desde la fecha en que se produjo el cese de actividades.”

- c) De la propia regulación surge que determinadas enajenaciones no estarán gravadas para el caso de personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales contribuyentes, lo que por argumento a contrario demuestra que tales sujetos sí están incorporados en el tratamiento.
- (vi) En cuanto a lo segundo, esto es, respecto de los tipos de renta que las mismas pueden generar, nuestra legislación establece que las ganancias de capital pueden ser consideradas como rentas de segunda o de tercera categoría.³¹

Son rentas de segunda categoría cuando el sujeto que las genera es una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente que no desarrolla actividad empresarial. Este es el supuesto del inciso j) del artículo 24º de la Ley del Impuesto a la Renta.

Son rentas de tercera categoría cuando dicho sujeto es una persona jurídica u otras entidades que desarrollan actividad empresarial (incluso la persona natural que califica como empresa unipersonal y que enajena, por ejemplo, parte de su activo fijo). En ellas, el resultado de la enajenación de todo activo fijo (en tanto es un bien de capital) calificará como ganancia de capital. Este es el supuesto del inciso d) del artículo 28º de la Ley del Impuesto a la Renta.³²

Cabe señalar que si la persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente desarrolla enajenaciones habituales de determinados bienes de capital las rentas que las mismas generen no constituyen ganancias de capital sino ganancias empresariales. Ello se sustenta en el hecho que los bienes de capital dejarían de serlo por

A todas estas entidades nos referiremos en el presente artículo como “personas jurídicas u otras entidades que desarrollan actividad empresarial”, para de esta forma evitar repetir innecesariamente las mismas.

³¹ “Artículo 24.- Son rentas de segunda categoría: (...)

j) Las ganancias de capital.”

“Artículo 28.- Son rentas de tercera categoría: (...)

d) Las ganancias de capital y los ingresos por operaciones habituales a que se refieren los Artículos 2 y 4 de esta Ley, respectivamente.” (El subrayado es nuestro).

³² No es materia del presente artículo distinguir estas ganancias de capital con las ganancias a que se refiere el último párrafo del artículo 3º de la Ley del Impuesto a la Renta que señala que cualquier ganancia o ingreso derivado de operaciones con terceros, así como el resultado por exposición a la inflación determinado conforme a la legislación vigente, constituyen renta gravada de las empresas. Tampoco compete en este momento analizar que las mismas rentas de las personas jurídicas o empresas pueden estar gravadas como renta-producto (inciso a) del artículo 1º); como flujo de riqueza (incisos b) y c) del artículo 1º) o como consumo más incremento de patrimonio. (inciso d) del artículo 1º).

estar destinados a ser comercializados y los resultados de dicha actividad estarán incluidos en otro concepto de renta (renta-producto) por tratarse de la venta, cambio o disposición habitual de bienes (numeral 3 del segundo párrafo del artículo 1º de la Ley del Impuesto a la Renta).

Si tales sujetos desarrollan actividad empresarial como empresa unipersonal que por ejemplo se dedica a la comercialización, obviamente la enajenación de sus bienes de capital (activos fijos) sí tendrá el tratamiento de las ganancias de capital, al igual que las personas jurídicas. En este caso, la ganancia derivada de la enajenación de otros bienes (no los de capital) estará incluida dentro del concepto de renta-producto porque tales rentas provendrían de la aplicación conjunta de capital y trabajo (inciso a) del artículo 1º de la Ley del Impuesto a la Renta).

En resumen, en el caso de las personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales contribuyentes, resulta importante definir previamente: (a) si las mismas desarrollan actividad empresarial o no; y, (b) si la enajenación de los denominados bienes de capital es habitual o no -pues producida la habitualidad se configurará el supuesto de actividad empresarial-. En función a ambos elementos podremos definir si los resultados obtenidos califican o no como ganancias de capital y cuál es su régimen de determinación del Impuesto a la Renta.

4. ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERSIALES QUE SE PRODUCEN EN EL CASO DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL DERIVADAS DE LA ENAJENACION DE INMUEBLES EFECTUADA POR PERSONAS NATURALES, SUCESION INDIVISA O SOCIEDAD CONYUGAL CONTRIBUYENTE

Fluye de lo expuesto en el numeral anterior que el Impuesto a la Renta de la persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente ha ampliado su campo de aplicación al incorporarse, como hecho gravado, a la “renta” que se deriva de la enajenación no habitual de inmuebles, salvo los que se ocupan como casa habitación. No está demás señalar que encontrándonos en un tributo como el Impuesto a la Renta, la ampliación del hecho generador, como obligación “ex-lege”, debe cuidar que la norma con rango de ley, en este caso el Decreto Legislativo 945, delimite los lineamientos del hecho gravado, estableciendo celosamente los aspectos material, mensurable, personal, temporal y espacial. Como quiera que esta extensión en el campo de aplicación se produce dentro de la estructura del propio Impuesto a

la Renta aplicable a la persona natural³³ y conforma una renta más que se sumará a las demás a fin de determinar la renta neta y global de la misma, no es necesario que se distingan los aspectos temporal y espacial. Empero, sí es necesario que el Decreto Legislativo haya establecido en forma explícita a qué nuevas rentas (aspecto material), a qué sujetos se imputan (aspecto personal) y sobre qué base se determinan (aspecto mensurable).

En cuanto a los aspectos del hecho generador tratados por el Decreto Legislativo 945 llegamos a las siguientes conclusiones preliminares: (i) que las nuevas rentas comprendidas son, pues, las “ganancias de capital” derivadas de la enajenación de inmuebles, salvo la casa habitación; (ii) que las personas comprendidas son las naturales³⁴ no habituales; y, (iii) la base imponible está dada por el ingreso menos el costo computable. En las líneas siguientes trataremos, sobre la base de estas conclusiones, algunos puntos que debió tomar en cuenta el legislador al formular los aspectos material y personal, señalaremos algunos problemas de índole interpretativo y, en cada uno de los subacápites, formularemos las recomendaciones del caso.

4.1 La habitualidad en el caso de inmuebles: persona natural versus empresa unipersonal

Como hemos señalado, la habitualidad en la enajenación de bienes resulta ser un tema fundamental en la calificación de la renta obtenida por las personas naturales.³⁵

Para el caso que nos ocupa, tratándose de tales sujetos, la habitualidad define si una ganancia estará gravada como ganancia de capital (inciso a) del artículo 1º) o como renta-producto (inciso b) del artículo 1º). Es decir, dicho concepto, que tiene que ver con una característica de la persona (aspecto personal), incide directamente en la calificación del tipo de renta gravable.

Dentro de este orden de ideas tenemos que si la persona no fuese habitual, la ganancia se tratará como una de capital dentro del régimen de renta global de persona natural (por ser una renta de segunda categoría adicional a las otras rentas de primera, segunda, cuarta y quinta categorías). Empero, si la persona fuese habitual, la ganancia será de corte empresarial por ser renta de tercera categoría (aplicable a las rentas cuya fuente son las actividades empresariales).

En consecuencia, siendo la habitualidad un atributo del aspecto subjetivo del hecho generador, el mismo debe estar regulado expresamente en una norma

³³ Entiéndase que incluye persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente.

³⁴ Entiéndase que incluye persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente.

³⁵ Entiéndase que incluye persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente.

de rango legal, conforme lo establece el principio de reserva de ley recogido en el artículo 74º de la Constitución Política del Perú y desarrollado en el inciso a) de la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario vigente, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo No. 135-99-EF.

Pues bien, tratándose de personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales contribuyentes, domiciliadas, la Ley del Impuesto a la Renta sólo ha establecido un concepto de habitualidad para el caso de los valores mobiliarios.³⁶ Así, en el caso de la enajenación habitual de valores mobiliarios, la ganancia que se genere no calificará como ganancia de capital sino como ganancia empresarial que tributará bajo las reglas de las rentas de tercera categoría. La Ley del Impuesto a la Renta no contempla ninguna otra definición de habitualidad.

A diferencia del caso de los valores, es el reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta el que incorpora un concepto de habitualidad³⁷ para las ganancias de capital derivadas de enajenación de inmuebles.

De esta manera, en nuestra opinión, contrariando la Constitución y el inciso a) de la Norma IV antes citada, es una norma reglamentaria como el primer párrafo del inciso d) del artículo 17º del Reglamento de dicha Ley (incorporado

³⁶ “Artículo 4.- Sólo se presumirá que existe habitualidad, en la enajenación de bienes hecha por una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, en el caso de enajenación de acciones y participaciones representativas del capital de sociedades, acciones del trabajo, bonos, cédulas hipotecarias y otros valores: cuando el enajenante haya efectuado en el curso del ejercicio, por lo menos diez (10) operaciones de compra y diez (10) operaciones de venta. Para esos fines, tratándose de valores cotizados en bolsa, se entenderá como única operación la orden dada al Agente para comprar o vender un número determinado de valores, aun cuando el Agente, para cumplir el encargo, realice varias operaciones hasta completar el número de valores que su comitente desee comprar o vender.

La persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, que no hubiesen tenido la condición de habituales o que habiéndola tenido la hubiesen perdido en uno o más ejercicios gravables, computarán para los efectos del Impuesto el resultado de las enajenaciones a que se refieren los párrafos precedentes sólo a partir de la operación en que se presuma la habitualidad.

En ningún caso se considerarán operaciones habituales ni se computarán para los efectos de este artículo, las enajenaciones de bienes cuando éstos hayan sido adquiridos por causa de muerte.”

³⁷ “Artículo 17.- RENTAS BRUTAS DE TERCERA CATEGORÍA (...)

d) En el caso de enajenación de inmuebles, el negocio habitual a que se refiere el inciso a) del Artículo 28º de la Ley, de una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal se configura a partir de la tercera enajenación, inclusive, que se produzca en el ejercicio gravable. Se perderá la condición de negocio habitual de una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, si es que en los dos (2) ejercicios gravables siguientes de ganada dicha condición, no se realiza ninguna enajenación.

En ningún caso, la enajenación de la casa habitación se computará para efectos de determinar la existencia de un negocio habitual”.

por el Decreto Supremo No. 086-2004-EF) la que atenta directamente contra el principio de reserva de ley contenido en la Constitución y en el Código Tributario. Por ello, consideramos que dicho artículo debiera derogarse e incorporarse a nivel de rango de ley.

4.2. Inmuebles adquiridos por causa de muerte

Como sabemos, para efectos de la Ley del Impuesto a la Renta, todo acto de disposición por el que se transmite el dominio a título oneroso califica como enajenación.³⁸ Por “acto de disposición” debe entenderse un acto jurídico celebrado entre partes vivas. Entonces, bajo este concepto, las adquisiciones por causa de muerte (*“mortis causa”*) no están dentro del concepto de “enajenación” que recoge nuestra legislación y, por tanto, los inmuebles adquiridos por causa de muerte no se computan como enajenaciones para efectos del Impuesto a la Renta.

Es el caso que la regulación de las ganancias de capital vinculada con los inmuebles ha establecido un momento en el tiempo a partir del cual debe aplicarse el nuevo tratamiento tributario. Así, tratándose de personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales contribuyentes, dicho tratamiento se aplica a los inmuebles -distintos de casa habitación- que se hubiesen “adquirido” y “enajenado” a partir del 01 de enero de 2004.³⁹ Se establecen así dos conceptos distintos, el de “adquisición” y el de “enajenación”, siendo que la fecha de la adquisición debe probarse mediante documento de fecha cierta, de acuerdo con el numeral 1 de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo No. 086-2004-EF.⁴⁰

Pues bien, tratándose de sucesiones indivisas se presentaba el problema de

³⁸ “Artículo 5.- Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación 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”.

³⁹ PRIMERA DISPOSICION TRANSITORIA Y FINAL.- GANANCIAS DE CAPITAL DEVENGADAS A PARTIR DEL 1.1.2004.

“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 1.1.2004”.

⁴⁰ Primera Disposición Transitoria.- GANANCIAS DE CAPITAL DEVENGADAS A PARTIR DEL 1.1.2004

“Para efecto de lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 945, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. No estará gravada con el Impuesto la enajenación de inmuebles cuya adquisición se haya realizado con anterioridad al 1.1.2004, a título oneroso o gratuito, mediante documento de fecha cierta. (...)”

definir cuándo éstas habían “adquirido” un inmueble para efectos de determinar si se encontraban o no gravadas con el nuevo tratamiento por concepto de ganancias de capital. Como hemos dicho, no se podía entender que existiera respecto del causante “enajenación”. Así, el numeral 2 de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo No. 086-2004-EF⁴¹ precisó que respecto de tales contribuyentes debía entenderse como fecha de “adquisición” la fecha del fallecimiento del causante.

Igualmente debía regularse el caso de los herederos y demás sucesores, quienes para efectos tributarios “adquirían” inmuebles de la sucesión indivisa una vez que ésta se extinguía como contribuyente al dictarse la declaratoria de herederos -procedimiento que hoy en día se denomina sucesión intestada-, supuesto en el cual tampoco podía hablarse de “enajenación” en el sentido de la Ley. Así, el numeral 3 de la Primera Disposición Transitoria del Decreto Supremo No. 086-2004-EF,⁴² precisó que estos contribuyentes “adquirían” en la fecha en que se dicte la sucesión intestada o se inscriba el testamento en los Registros Públicos.

Nótese que estas precisiones sólo tienen por objeto definir el concepto de “adquisición” para efectos de determinar el momento a partir del cual se aplica el nuevo tratamiento a tales contribuyentes. Hasta aquí queda claro que lo que hace el Reglamento no tiene como propósito ampliar el concepto de “enajenación” contenido en la Ley.

Es dentro de esta lógica que el inciso i) del artículo 1º del Reglamento, sustituido por el artículo 2º del Decreto Supremo No. 086-2004-EF,⁴³ precisa

⁴¹ Primera Disposición Transitoria.- GANANCIAS DE CAPITAL DEVENGADAS A PARTIR DEL 1.1.2004.

“Para efecto de lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 945, se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

2. Tratándose de sucesiones indivisas a que se refiere el primer párrafo del Artículo 17º de la Ley, se reputará como fecha de adquisición del inmueble a la fecha de fallecimiento del causante. (...).”

⁴² Primera Disposición Transitoria.- GANANCIAS DE CAPITAL DEVENGADAS A PARTIR DEL 1.1.2004

“Para efecto de lo dispuesto en la Primera Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 945, se tendrá en cuenta lo siguiente:

(...)

3. En el caso de personas naturales a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 17º de la Ley, se considera como fecha de adquisición a la fecha en que se dicte la sucesión intestada o se inscriba el testamento en los Registros Públicos.”

⁴³ “Artículo 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO

que las ganancias de capital pueden producirse incluso respecto de inmuebles enajenados que hayan sido previamente adquiridos por causa de muerte. En otras palabras, no interesa la forma de adquisición de los inmuebles -por causa de muerte o actos entre vivos-, su enajenación siempre se computa para efectos del Impuesto a la Renta que aplica a las ganancias de capital y también sirve para el cómputo de la habitualidad.

Otra corriente de opinión afirma que el inciso i) del artículo 1° del Reglamento actual vulnera el numeral ii) del artículo 2° de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporando el Impuesto a la Renta a las ganancias de capital derivadas de la enajenación de bienes muebles que fueren adquiridos por personas naturales por causa de muerte.

Dicha opinión supone que el referido inciso i) está regulando el caso de los bienes muebles adquiridos por causa de muerte. Sin embargo, sobre la base del principio de jerarquía normativa, una interpretación lógica descarta esta interpretación y nos lleva a concluir que el citado artículo del Reglamento sólo está regulando el caso de los inmuebles.

En efecto, los únicos bienes que podría estar regulando el inciso en cuestión son: (i) bienes muebles distintos a los valores mobiliarios; o, (ii) los bienes inmuebles. El primer caso no es un supuesto admisible, precisamente, porque bajo esta interpretación, se concluiría sin duda en la ilegalidad del inciso i), ya que la Ley expresamente excluye a los bienes muebles. Por el contrario, el segundo caso es el supuesto que regula el Reglamento, el mismo que resulta absolutamente coherente con la legislación vinculada con las adquisiciones por causa de muerte que hemos mencionado al inicio de este punto.

Nótese -en favor de nuestra interpretación- que el inciso en cuestión hace referencia expresa al acápite i) del último párrafo del artículo 2° de la Ley, esto es, hace referencia expresa a los inmuebles ocupados como casa habitación, lo cual ratifica que el inciso i) del artículo 1° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta no es ilegal y que sólo está regulando el caso de los inmuebles adquiridos por causa de muerte que luego son enajenados.

A fin de determinar los ingresos comprendidos en el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta, se aplicarán las siguientes reglas: (...)

- i) Las enajenaciones de bienes distintos a los señalados en el inciso a) del Artículo 2° de la Ley que hayan sido adquiridos por causa de muerte, serán computables a efectos del Impuesto a la Renta, salvo lo dispuesto en el acápite i) del último párrafo del Artículo 2° de la Ley.

Lo dispuesto en este inciso es de aplicación a las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedad conyugal que haya optado por tributar como tal”.

5. CONCLUSIONES

De lo expuesto en los acápite anteriores fluyen las siguientes conclusiones:

- 5.1. Cuando hablamos de “ganancias de capital” estamos refiriéndonos necesariamente a una alteración en la composición del patrimonio de los particulares; esto es: un incremento patrimonial. Sin embargo, no se trata de cualquier incremento patrimonial, sino de uno de “valor” que se genera (independientemente que se realice o no) respecto de determinados bienes, los considerados “de capital”.
- 5.2. El incremento patrimonial (de valor) que se verifica en las ganancias de capital debe producirse de una fuente-patrimonial y no de una fuente-actividad (trabajo, industria). Por ello, en los supuestos mixtos de aplicación de una actividad a un capital (como son las actividades empresariales), no existen ganancias de capital.
- 5.3. Los bienes de cambio suponen que el titular de los mismos desarrolle una actividad empresarial o de negocios en forma habitual, dentro de la cual tales bienes se encuentren destinados a ser comercializados. Por el contrario, en los bienes de capital, lo importante es que se trate de bienes respecto de los cuales no exista un ánimo de comercialización sino de permanencia en el patrimonio de su titular, independientemente que el mismo realice o no actividad empresarial habitual respecto de otros bienes.
- 5.4. Surge de las conclusiones anteriores que las ganancias de capital son rentas gravables derivadas de la fuente patrimonial que gravan las ganancias (realizadas o no) por personas naturales como consecuencia del incremento de valor de sus bienes de capital y no derivan de una fuente-actividad (trabajo, industria).
- 5.5. Nuestra legislación ha adoptado el siguiente tratamiento en cuanto a las ganancias de capital se refiere:
 - (i) se trata a las ganancias de capital como una renta distinta a otras rentas gravables, reconociendo que se trata de una ganancia que se deriva del desprendimiento del capital;
 - (ii) nuestra definición legal de ganancia de capital recurre al término de “ingreso” y de “costo computable” cuya renta, de existir un mayor ingreso, calificará como renta bruta, lo que significa que la ganancia de capital implica un aumento de valor en un elemento patrimonial de titularidad (propiedad) del contribuyente;

- (iii) se trata de una ganancia “realizada”, es decir, de una ganancia materializada a través de un acto de disposición;
- (iv) se trata de un incremento en la valorización de bienes de capital y no en bienes de cambio;
- (v) hemos optado por tener una definición amplia de bienes de capital y, a su vez, tener un listado enunciativo de los mismos;
- (vi) son generadas tanto por personas físicas que no desarrollan actividad empresarial como por personas jurídicas y otras entidades que desarrollan actividad empresarial;
- (vii) pueden ser consideradas como rentas de segunda o de tercera categoría. Son rentas de segunda categoría cuando el sujeto que las genera es una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal contribuyente que no desarrolla actividad empresarial. Son rentas de tercera categoría cuando dicho sujeto es una persona jurídica u otras entidades que desarrollan actividad empresarial (incluso la persona natural que califica como empresa unipersonal y que enajena, por ejemplo, parte de su activo fijo).

6. RECOMENDACIONES

- 6.1. Con relación al concepto de habitualidad para el caso de inmuebles, consideramos que el primer párrafo del artículo 17° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Supremo No. 086-2004-EF, debiera derogarse e incorporarse al texto de la Ley del Impuesto a la Renta, debido a que atenta directamente contra el principio de reserva de ley contenido en la Constitución y en el Código Tributario.
- 6.2. Con relación a los bienes adquiridos por causa de muerte cuya posterior enajenación puede generar ganancia de capital, consideramos conveniente precisar que el inciso i) del artículo 1° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta sólo está regulando el caso de los inmuebles adquiridos por causa de muerte que luego son enajenados, evitando con ello la interpretación que sostiene que dicha norma reglamentaria es ilegal.

Lima, noviembre de 2004