

Aspectos Tributarios del Contrato de Capitalización Inmobiliaria

Tulio Tartarini Tamburini*

Catedrático de Derecho Tributario del Diplomado de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCIÓN

La implementación de mecanismos que faciliten el acceso a la propiedad inmobiliaria en general y a la vivienda en particular debe constituirse en labor prioritaria para todo Gobierno que busque el dinamismo económico y el bienestar de sus ciudadanos. Un “país de propietarios” es la mejor base para el desarrollo, pues permite que sobre la base de la garantía que la propiedad inmobiliaria representa para el cumplimiento de las transacciones, se fomente la confianza, el crédito y la inversión.

En aras de tal objetivo, con fecha 23 de octubre de 2004 se publicó en el Diario Oficial el Peruano la Ley No. 28364, que regula el Contrato de Capitalización Inmobiliaria (en adelante simplemente la Ley), norma que ha sido reglamentada con fecha 12 de febrero de 2005 mediante Resolución SBS No. 257-2005, que aprueba el Reglamento de Empresas de Capitalización Inmobiliaria (en adelante, el Reglamento de las ECI).

La Ley desarrolla el marco legal aplicable a las Empresas de Capitalización Inmobiliaria (en adelante las ECI) y a los Contratos de Capitalización Inmobiliaria (en adelante los Contratos de CI), incluyendo sus aspectos tributarios. Cabe destacar que el antecedente de este precepto se encuentra en la propia Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702, vigente desde el 10 de diciembre de 1996, que también contiene disposiciones concernientes a estas empresas y contratos¹.

1. ¿En qué Consiste la Capitalización Inmobiliaria?

La Capitalización Inmobiliaria se presenta como una alternativa sumamente interesante frente a los

mecanismos de financiamiento hipotecario tradicionales, pues permite a las personas naturales o jurídicas que no cuenten con recursos suficientes para adquirir un inmueble, ni con la solvencia o historia crediticia necesaria para obtener un préstamo con dicha finalidad, acceder a ocupar un inmueble *en uso* mientras aportan a una cuenta individual que les permitirá cubrir progresivamente el precio del inmueble a adquirir en el futuro.

Se trata de un sistema que, no cabe duda, se presenta conceptualmente idóneo para incentivar el ahorro y posibilitar la adquisición de inmuebles por parte de personas con recursos limitados. Ello por cuanto los aportes se realizan periódicamente (de modo similar al pago de un arrendamiento), no pueden ser retirados por ningún motivo², y están destinados exclusivamente a completar el precio del inmueble objeto del Contrato de CI. Estamos entonces ante un verdadero ahorro obligatorio.

Además, la cuenta de capitalización individual goza de una protección especial, pues los recursos allí acumulados – al igual que el inmueble – no son susceptibles de embargo, afectación ni gravamen por mandato judicial o administrativo, dictado en contra del cliente.

Este mecanismo ya ha sido implantado en otros países de Latinoamérica. Así, en Chile existe el denominado *leasing habitacional*, que ha tenido un desarrollo importante desde el año 1993, contribuyendo sustancialmente al desarrollo del sector vivienda y construcción en dicho país. Asimismo, en marzo de 2002 se creó en Colombia un sistema denominado igualmente *leasing habitacional*, estableciendo una serie de beneficios tributarios para las empresas y las personas que celebren dichos contratos.

* Abogado graduado por la PUCP.

1 De acuerdo con el artículo 295 de la Ley No. 26702: «Empresa de capitalización inmobiliaria es aquella cuya actividad consiste en comprar y/o edificar inmuebles, y con relación a los mismos, celebrar contratos de capitalización inmobiliaria individual con terceros, entregando en depósito al inversionista la correspondiente unidad inmobiliaria. (...)».

2 Conforme al artículo 3º de la Ley, el importe de la capitalización individual no está sujeto a retiro y sólo podrá ser aplicado al pago del precio al contado del inmueble, o recuperado por el cliente mediante la cesión de su posición contractual.

En nuestro país, se ha preferido evitar utilizar la denominación de *leasing habitacional* para referirse al nuevo mecanismo creado, con la finalidad de diferenciarlo de la figura del arrendamiento financiero, conocido comúnmente como *leasing*, modalidad de financiamiento existente en nuestro ordenamiento desde hace varios años, diseñado, fundamentalmente, para que las empresas adquieran bienes de capital de utilización en su proceso productivo.

2. El Contrato de Capitalización Inmobiliaria

El mecanismo de financiamiento regulado por la Ley consiste, esencialmente, en la celebración de un Contrato de CI en virtud del cual la ECI entrega a la persona natural o jurídica (el Cliente) un inmueble en calidad de depositario, concediéndole además un derecho de uso sobre el mismo.

A su vez, el Cliente se obliga frente a la ECI al pago de un número determinado de cuotas periódicas que se abonan a una cuenta de capitalización individual (la Cuenta), perteneciente al Cliente, hasta completar un monto equivalente al precio al contado del inmueble objeto del Contrato de CI. Asimismo, el cliente abona una suma – integrada en la cuota – que retribuye el derecho de uso que le ha sido concedido sobre el inmueble.

Además, la ECI otorga al Cliente una opción de compra sobre el inmueble, la que podrá ser ejercida en cualquier momento durante la vigencia del Contrato de CI. Ejercida la opción, el precio del inmueble es cubierto con los fondos que permanecen en la Cuenta, más las cantidades adicionales que el Cliente deba pagar si es que “lo ahorrado” no cubre el valor del bien. En dicho instante, el Cliente pasa a ser propietario del inmueble.

La figura del depositario

De una primera aproximación a la figura planteada, es fácil advertir que su definición adolece de una aparente incongruencia: ¿Por qué declarar al Cliente como depositario del inmueble, para luego concederle un derecho de uso sobre el mismo?

Como sabemos, según el artículo 1814 del Código Civil Peruano, el depositario es aquél que “*se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo*

solicite el depositante”, encontrándose entre las principales características del dicho contrato que el mismo (i) se presume gratuito, salvo pacto en contrario, o que por la profesión o actividad del depositario u otras circunstancias se deduzca que existe contraprestación – a favor del depositario, se entiende –, (ii) prohíbe el uso del bien por parte del depositario, en provecho propio o de tercero, salvo autorización expresa del depositante o del juez, y (iii) impone un deber de diligencia ordinaria en la custodia y conservación del bien.

Existe entonces una anomalía al calificar al Cliente como depositario del bien, a la vez que se le otorga un derecho de uso sobre el mismo, aún cuando éste se pueda limitar contractualmente³. El artículo 1829 del Código Civil señala que “*cuando el depositante permite que el depositario use el bien, el contrato se convierte en comodato o mutuo, según las circunstancias*”. En tal sentido, tratándose de un inmueble –bien no consumible–, el contrato de depósito devendría en uno de comodato, pero como este, según el Código Civil, es aquél en el cual “*el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o a cierto fin y luego lo devuelva*”⁴, el tipo legal que caracterizaría mejor esta relación sería el del contrato arrendamiento⁵. ¿Por qué forzar las figuras jurídicas hasta el punto de desnaturalizarlas?

Existen otros aspectos en la Ley vinculados con características de los inmuebles que son objeto de los Contratos de CI, las personas facultadas a celebrarlos, los supuestos de resolución y conclusión de estos convenios. De todos ellos, centémonos en el régimen tributario que la Ley ha previsto para estos instrumentos.

3. Régimen Tributario

Fundadamente puede dudarse que la Capitalización Inmobiliaria llegará a tener un atisbo de desarrollo en nuestro país, si es que no se dictan normas que tengan por objeto aclarar o modificar las gruesas inconsistencias que presenta su régimen fiscal.

Así, lo que, a nuestro entender, podría ser un sistema que, en forma eficiente, beneficie y promueva el crecimiento del mercado inmobiliario nacional, encuentra, como seguidamente veremos, un gran escollo en las gruesas paradojas que la Ley contiene con relación al tratamiento tributario del Contrato de CI.

3 Y legalmente, pues la Ley señala que el Cliente que es parte de un Contrato de CI está prohibido de dar en arrendamiento el inmueble a terceros.

4 Artículo 1728° del Código Civil. Subrayado nuestro.

5 Artículo 1666° del Código Civil.- *Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.*



3.1 Impuesto a la Renta

3.1.1. Depreciación del inmueble. Diferencias con el arrendamiento financiero

Siendo que, en principio, ambos contratos constituyen esquemas de financiamiento para la adquisición de activos, es necesario destacar las principales diferencias existentes entre el régimen tributario previsto para los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* y los Contratos de CI.

El régimen tributario vigente para los contratos de arrendamiento financiero o *leasing* fue aprobado por la Ley 27394⁶ y se aplica para los contratos de *leasing* que se celebren a partir del 1 de enero de 2001. Los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha se someten al tratamiento tributario previsto por el texto original del Decreto Legislativo No. 299, el cual resulta así de aplicación ultraactiva para dichos convenios⁷.

En síntesis, se establece para los contratos de *leasing* que los bienes objeto de arrendamiento financiero se contabilizan como activos fijos del arrendatario, quien tiene derecho a depreciarlos de conformidad con las regulaciones contenidas en la Ley del Impuesto a la Renta y su Reglamento. No obstante, puede aplicar una depreciación acelerada, en función a una tasa máxima anual que se determina de manera lineal en función a la cantidad de años que comprende el contrato, siempre que éste cumpla con determinados requisitos; a saber: (i) que tenga por objeto exclusivo la cesión de bienes que cumplan con el requisito de ser considerados como costo o gasto, para efectos de la Ley del Impuesto a la Renta, (ii) los bienes deben ser usados por el arrendatario únicamente en el desarrollo de actividad empresarial, (iii) el contrato debe tener un plazo mínimo de cinco años, para el caso de bienes inmuebles, y de dos para bienes muebles⁸; y (iv) la

opción de compra sólo pueda ser ejercida al término del contrato.

Por su parte, la entidad bancaria o de financiamiento que otorga los bienes debe contabilizar la operación como una colocación, esto es, como un simple préstamo. Esto último trae como consecuencia que, para el arrendador financiero, el único ingreso para fines fiscales que debe reconocer está constituido por los intereses derivados de la colocación otorgada, los que, a su vez, constituyen gasto para el arrendatario, en adición a la depreciación que, conforme se ha dicho, tiene derecho a tomar.

“(...) en los Contratos de CI (...) la Ley establece que el inmueble materia del contrato es considerado (...) como activo fijo del Cliente.”

Pues bien, en los Contratos de CI, al igual que lo que sucede en el caso del *leasing*, la Ley establece que el inmueble materia del contrato es considerado, para efectos tributarios, como activo fijo del Cliente. Señala también que será el Cliente quien tenga derecho a deducir la respectiva depreciación, si es que genera rentas gravadas de la tercera categoría y destina los bienes a la generación de las mismas⁹.

No obstante, es importante destacar que, a diferencia de lo que sucede en la regulación de los contratos de *leasing*, la Ley no admite para los inmuebles materia de Contratos de CI la posibilidad de que el Cliente se acoja a algún mecanismo de depreciación acelerada.

En consecuencia, desde la óptica fiscal, resultaría más beneficioso para una empresa o entidad que genere rentas de tercera categoría el adquirir un inmueble para afectarlo a su actividad empresarial (como activo fijo) a través de un contrato de arrendamiento financiero y no a través de un Contrato de CI, pues en el primer caso, podrá depreciar los edificios y construcciones en 5 años (aplicando por tanto una tasa de depreciación lineal anual del 20%) si ese ha sido el plazo del contrato de *leasing*; mientras que, en un

6 Publicada con fecha 30 de diciembre de 2000.

7 El régimen fiscal previsto y regulado por el texto original del Decreto Legislativo No. 299, establece, en esencia, que es el arrendador (entidad financiera o bancaria) quien debe considerar como activos fijos los bienes que entregue en arrendamiento financiero, teniendo derecho a deducir la depreciación respectiva durante el plazo del contrato, siendo el plazo mínimo de depreciación de 3 años. Las cuotas convenidas por el arrendamiento financiero tienen la condición de ingreso - en su integridad - para el arrendador, y de gasto para el arrendatario. No cabe entonces, bajo este régimen fiscal discriminar la composición de la cuota, distinguiendo entre capital e intereses.

8 Este plazo puede ser variado por Decreto Supremo.

9 Cabe destacar que el numeral 2.4 del artículo 2° de la Ley establece que la Superintendencia de Banca y Seguros puede disponer el establecimiento de provisiones preventivas específicas anuales por desvalorización inmobiliaria, adicionales a la depreciación lineal, con el fin de proveer el deterioro del valor de esos inmuebles en el mercado. Estas provisiones no tienen efecto tributario, como lo dispone la propia norma.

Contrato de CI, la depreciación se somete al régimen general del Impuesto a la Renta, que implica aplicar sobre las edificaciones la tasa anual de depreciación lineal de 3%, con lo cual la inversión se recuperaría en el plazo 33 años.

Estimamos que la falta de un incentivo tributario como el anotado claramente podría inclinar la balance hacia la figura legal del *leasing* en aquellos casos en que los que los interesados en adquirir bienes inmuebles sean empresas. Este diseño ratificaría además que la clara intención del legislador al momento de concebir el Contrato de CI ha sido la de establecer un esquema que privilegie la adquisición de propiedad inmobiliaria por parte de personas naturales, tal como ocurre en los países donde opera el denominado *leasing habitacional*.

En todo caso, no cabe duda que otorgar un incentivo tributario adicional a las empresas que hubieran optado por este mecanismo de adquisición inmobiliaria hubiera contribuido a su consolidación en el mercado peruano.

3.1.2. Pago por derecho de uso

Como se ha dicho, el contrato de CI implica un sistema de ahorro forzoso para la adquisición de inmuebles, en donde el Cliente capitaliza una cuenta individual a la que aporta periódicamente hasta completar un importe equivalente al precio de venta al contado del bien. Una vez concluido el cronograma del pago de cuotas, el cliente - si ejerce la opción de compra - adquiere el inmueble por un precio equivalente al importe de su cuenta de capitalización, perfeccionándose, en dicha oportunidad, la transferencia de propiedad.

Pues bien, otra diferencia radical con las operaciones de *leasing* es que la ECI no considera, para fines tributarios, el Contrato de CI como una colocación. No se ha previsto regulación fiscal expresa en ese sentido, sino sólo en lo concerniente al tratamiento financiero - contable, para efectos, por ejemplo, de las provisiones que ordena realizar la Superintendencia de Banca y Seguros¹⁰.

Por el contrario, conforme se desprende de Ley, para efectos tributarios, la ECI debe tratar la operación, inicialmente, como una suerte de "arrendamiento", y, posteriormente, ejercida la opción, como una venta o enajenación definitiva. Sin embargo, de ser esa la conclusión, las inconsistencias del diseño fiscal no podrían ser mayores, como veremos enseguida.

En primer lugar debe recordarse que el artículo 5° de la Ley califica al Cliente como depositario con derecho a uso del inmueble materia del contrato de CI, uso que debe realizarse en provecho propio y en el lugar, forma y demás condiciones estipuladas en el Contrato. Dicho derecho a uso no es gratuito sino remunerado, estableciendo el artículo 8° de la Ley que cada cuota abonada por el cliente debe distinguir, entre sus componentes, "*el pago a la ECI por derecho de uso del inmueble*".

El pago por derecho de uso que realice el Cliente a favor de la ECI constituirá renta gravada para esta última y gasto deducible para el primero, si realiza actividad empresarial y afecta el inmueble al negocio. Así lo establece el numeral 13.1 del artículo 13° de la Ley cuando prescribe que "*constituyen ingresos de la ECI y gasto deducible para el Cliente que perciba rentas de tercera categoría, los importes a que se refiere el numeral 8.1 (...), con excepción del inciso a), hasta que se ejerza la opción de compra*".¹¹

El pago por concepto de "derecho al uso", como cualquier operación, debería realizarse, para efectos tributarios, a valor de mercado, en cumplimiento del mandato imperativo que contiene la Ley del Impuesto a la Renta¹², y que no ha sido materia de excepción para el caso de los contratos de CI.

Pues bien, parece ilógico que se le permita al Cliente que genera rentas de tercera categoría deducir un doble gasto como consecuencia de la explotación del bien recibido en uso. En efecto, por una parte, como se ha visto, la Ley señala que él es quien tiene derecho a considerar los inmuebles como activos fijos, pudiendo depreciarlos para fines tributarios. Por la otra, como cualquier "arrendatario" tendrá un gasto

10 El Reglamento de la ECI establece, al regular las medidas prudenciales, específicamente lo concerniente a la Administración del Riesgo Crediticio, Límites Globales e Individuales y ponderación por riesgo crediticio, que los contratos de CI deben considerarse por la ECI como créditos otorgados a sus clientes para la adquisición de inmuebles. Se señala también que *«la parte de las cuotas de los contratos de capitalización inmobiliaria correspondientes al aporte a la capitalización individual del cliente, se consideran como pagos a cuenta del crédito recibido por los clientes»*

11 Además del pago por derecho de uso, el artículo 8° de la Ley establece que cada cuota periódica que pague el Cliente estará constituida por el aporte a la capitalización individual, los tributos correspondientes al Cliente conforme a lo señalado en el numeral 14.1, cuando corresponda, la prima de seguro, la contribución al mantenimiento del inmueble, cuando este sea parte de un conjunto inmobiliario y otros importes pactados de común acuerdo entre las partes.

12 Artículo 32° de la Ley del Impuesto a la Renta.- *En los casos de ventas, aportes de bienes, y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaloración o subvaloración, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente».*



deducible derivado del pago por el derecho de uso que le ha sido otorgado.

Por su parte, por increíble que parezca, la ECI registrará como ingreso el importe del derecho al uso – a valor de mercado -, pero no podrá deducir depreciación alguna, a pesar de que como propietaria, está explotando el bien y generando rentas gravadas con dicha explotación. La ECI tributaría entonces sobre renta bruta.

Nos parece que esta anomalía podría ser corregida por la vía de permitir que sea la ECI quien contabilice el bien como activo fijo y deduzca la depreciación correspondiente.

3.1.3. Resultados obtenidos en la enajenación del inmueble

El artículo 13° de la Ley establece que *«una vez ejercida la opción de compra a que se refiere el párrafo anterior, la diferencia constituida entre el costo computable del inmueble y el importe total pagado por el Cliente durante la vigencia del Contrato de CI, se encontrará gravada con el Impuesto a la Renta»*.

Entendemos que cuando la Ley alude al *«importe total pagado por el cliente»* se refiere única y exclusivamente a los aportes a la capitalización individual, pues los demás conceptos integrados en la cuota periódica ya generaron los efectos tributarios correspondientes (fueron gasto del Cliente e ingreso de la ECI en el ejercicio respectivo).

Entonces, es sólo el monto total de la capitalización individual, equivalente al precio al contado del inmueble objeto del Contrato de CI, el ingreso que deberá reconocer la ECI con ocasión del ejercicio de la opción de compra por parte del Cliente, pues en dicha oportunidad se verificará la enajenación. En ese momento, el vendedor (ECI) considerará ganado el precio, debiendo reconocer para efectos tributarios el íntegro del mismo como ingreso gravable.

Pero ¿qué sucede con el costo computable del activo vendido? Es evidente que aquí el régimen presenta un error que resulta imperdonable, pues – increíblemente – la literalidad del diseño fiscal de este contrato nos llevaría a concluir que, ejercida la opción, la ECI tendría que reconocer tributariamente el íntegro del precio, pero no tendría derecho a deducir costo alguno. Ello ya que, como se ha visto, los inmuebles objeto del contrato de CI no pertenecen, para efectos tributarios, a la ECI, pues por disposición de la Ley

deben considerarse activos fijos del Cliente. En consecuencia, la ECI no mantiene en su contabilidad un costo computable del inmueble a ser deducido en la enajenación, lo que resultaría inadmisibles.

Es evidente que esta no ha podido ser la intención del legislador y que se trata de un error en el régimen tributario que debería ser inmediatamente corregido.

3.1.4. Deducción de provisiones

Interesa destacar, para fines del Impuesto a la Renta, el tratamiento que la Ley otorga a las provisiones que las ECI realicen por las operaciones de CI. Siendo que, para efectos contable – financieros, el Contrato de CI debe considerarse como una colocación o préstamo concedido por la ECI a sus clientes para la adquisición de inmuebles, dichas operaciones están sujetas a las medidas de prudencia que dicta la Superintendencia de Banca y Seguros y a la formulación de las provisiones que ordena dicha entidad.

Cabe mencionar en esta parte que el Reglamento de las ECI establece la obligación de la ECI de efectuar provisiones (i) por desvalorización inmobiliaria adicionales a la depreciación lineal de los inmuebles, a fin de prevenir la disminución de su valor, (ii) por la diferencia entre el valor de ingreso a la contabilidad de bienes restituidos por resoluciones de Contratos de CI que aún no hubieran sido entregados a un nuevo Cliente, y (iii) en inmuebles entregados a Clientes, por el monto en que la diferencia entre el precio de mercado de los inmuebles al celebrarse el Contrato de CI y su valor de mercado a la entrega exceda el monto acumulado en la respectiva Cuenta.

En este orden de ideas, ¿dichas provisiones son deducibles para fines del Impuesto a la Renta? Conforme a lo dispuesto por el artículo 13, numeral 5 de la Ley, no son deducibles por la ECI las provisiones que correspondan a operaciones de CI, con excepción de las provisiones específicas a que se refiere el inciso h) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta. Esto es, las ECI se someten, para efectos del tratamiento tributario de las provisiones, al régimen que la Ley del Impuesto a la Renta prevé para la generalidad de empresas del Sistema Financiero.

Como se sabe, el inciso h) del artículo 37° de la Ley del Impuesto a la Renta permite deducir, para el caso de las empresas del Sistema Financiero *“las provisiones que, habiendo sido ordenadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, sean autorizadas*

por el Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión técnica de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, que cumplan conjuntamente los siguientes requisitos:

- 1) Sean provisiones específicas.
- 2) Se trate de provisiones que no formen parte del patrimonio efectivo.
- 3) Se trate de provisiones vinculadas exclusivamente a riesgos de crédito, clasificados en las categorías de problemas potenciales, deficiente, dudoso y pérdida”.

La misma norma señala que se considera a operaciones sujetas a riesgo crediticio a las colocaciones y a las operaciones de arrendamiento financiero y a aquellas que establezca el Reglamento.

Siendo que el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta establece que no son provisiones vinculadas con riesgos de crédito, entre otras, “las provisiones que se constituyan en relación a los bienes adjudicados o recuperados, tales como las provisiones por desvalorización y las provisiones por bienes adjudicados o recuperados”, consideramos que puede concluirse que las provisiones a las que alude el Reglamento de las ECI no resultan deducibles tributariamente.

3.2. Impuesto General a Las Ventas

Como se sabe, este tributo grava, entre otras operaciones, la venta en el país de bienes muebles, la prestación de servicios, los contratos de construcción, la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos y la importación de bienes. Analizaremos las implicancias de este impuesto desde la perspectiva de las obligaciones a las que ambas partes se obligan en el Contrato de CI (pago de la cuota, entrega en uso y venta del inmueble).

3.2.1. La cuota periódica

La Ley señala que el aporte a la capitalización individual del Cliente contenido en cada cuota periódica no está afecto al I.G.V., “salvo cuando se impute al valor de la opción de compra y siempre que la transferencia se encuentre gravada”.

Para entender esta regulación es necesario recordar que, conforme al numeral 8.1 del artículo 8° de la Ley, la cuota periódica que pague el Cliente a la ECI estará integrada por:

- I) el aporte a la capitalización individual del cliente;
- II) el pago a la ECI por el derecho de uso del inmueble;
- III) la prima de seguro de cargo del Cliente;
- IV) la contribución al mantenimiento del inmueble cuando sea parte de un conjunto inmobiliario;
- V) los tributos correspondientes al Cliente conforme a lo señalado en el numeral 14.1 cuando corresponda. Esto es, integra cada cuota la parte proporcional del I.G.V. que gravará en el futuro la venta del inmueble a favor del Cliente, si es que dicha transferencia califica como la primera venta de inmuebles que realice el constructor del mismo;
- VI) Otros importes pactados de común acuerdo entre las partes.

De todos los conceptos enumerados, señala la disposición que el aporte a la cuenta individual de capitalización es el único que no se encuentra gravado con el I.G.V., pues en tanto que constituyen simples contribuciones a un sistema de ahorro obligatorio, no configuran hipótesis de incidencia de este tributo.

No obstante, entendemos que de esta disposición no puede desprenderse que todos los demás conceptos que componen la cuota periódica sí estarían afectos al I.G.V.. Así, tampoco corresponde aplicar el tributo sobre la parte proporcional del I.G.V. que gravará en el futuro la potencial enajenación del inmueble y que integra cada cuota, pues se trata – en definitiva – de parte del ahorro obligatorio que realiza el cliente para completar el precio al contado del bien. Más adelante desarrollaremos este aspecto.

El pago por el derecho de uso que la ECI otorga al cliente implica, para fines de este tributo, la prestación de un servicio, el cual es entendido por la Ley del I.G.V. como “toda prestación que una persona realiza para otra y por la cual percibe una retribución o ingreso que se considere renta de tercera categoría para los efectos del Impuesto a la Renta, aún cuando no esté afecto a este último impuesto; incluidos el

“(…) Así, tampoco corresponde aplicar el tributo sobre la parte proporcional del I.G.V. que gravará en el futuro la potencial enajenación del inmueble (…)”



arrendamiento de bienes muebles e inmuebles y el arrendamiento financiero” (Artículo 3, literal c), numeral 1 de la Ley de I.G.V.). Dicho pago por el derecho de uso puede equipararse a la retribución por la cesión o arrendamiento de un bien, lo que constituye “hipótesis de incidencia”, bajo el supuesto de prestación de servicios en el país, del I.G.V.

En cuanto a los demás conceptos que componen la cuota – pagos por concepto de seguros y mantenimiento - los mismos integrarían la base imponible al tratarse de gastos en los que la ECI ha incurrido por cuenta de sus Clientes (usuarios de los inmuebles) y, por lo tanto, se encuentran sustentados en comprobantes de pago emitidos (por las compañías de seguros o Juntas de Propietarios, por ejemplo) a nombre de la ECI. En este sentido, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 14° de la Ley del I.G.V., que señala que *“los gastos realizados por cuenta del comprador o usuario del servicio forman parte de la base imponible cuando consten en el respectivo comprobante de pago emitido a nombre del vendedor, constructor o quien preste el servicio”*.

3.2.2. La venta del inmueble

Como hemos indicado, el aporte a la capitalización individual no se encuentra gravado con I.G.V., salvo, señala la Ley, cuando se ejerza la opción de compra y se produzca la enajenación definitiva del inmueble a favor del Cliente, ocurrido lo cual los aportes se imputarán al precio y se precipitará el tributo, siempre que se trate de una venta comprendida dentro del ámbito de aplicación de este impuesto.

Sobre este último aspecto, debe tenerse presente que el I.G.V. considera como operación gravada a *“la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos”*, así como *“la posterior venta que realicen las empresas vinculadas con el constructor, cuando el inmueble haya sido adquirido directamente de este o de empresas vinculadas con el mismo”*¹³.

Dado que las ECI constituyen empresas del sistema financiero *“cuyo objeto social consiste en realizar promoción inmobiliaria, comprar y/o edificar inmuebles, y con relación a tales inmuebles, celebrar contratos de capitalización inmobiliaria”* (Artículo 1° del Reglamento de las ECI), es muy probable que

califiquen como constructores para fines de las transferencias inmobiliarias que realicen a favor de sus Clientes. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 3° literal e) de la Ley del I.G.V., se considera como “constructor” a *“cualquier persona que se dedique en forma habitual a la a la venta de inmuebles construidos totalmente por ella o que hayan sido construidos total o parcialmente por un tercero para ella”*.¹⁴

Para fines de la definición de constructor, se considera que existe habitualidad cuando el enajenante realiza la venta de, por lo menos, dos inmuebles dentro del un período de doce meses, aplicándose a la segunda transferencia del inmueble. No obstante, siempre se encontrará gravada con el I.G.V. la transferencia de inmuebles que hubieran sido mandados a edificar o edificados, total o parcialmente, por el vendedor para fines de su enajenación (numeral 1° del artículo 4° el Reglamento de la Ley del I.G.V.).

En tal sentido, dada la frecuencia con que las ECI deberían realizar operaciones de CI respecto de proyectos inmobiliarios nuevos, mandados a edificar para efectos de su venta a través de esta modalidad, es casi seguro que, respecto de tales proyectos, las ECI serán consideradas “constructores” para fines del I.G.V., por lo que la venta de los inmuebles a favor de los Clientes será una operación gravada.

El I.G.V. no será aplicable respecto de los inmuebles que hubieran sido adquiridos por la ECI mediante compraventa u otra modalidad de adquisición, pues en tales casos la enajenación del bien al Cliente constituirá la segunda venta, inafecta al pago del I.G.V., con la excepción de aquellas adquisiciones realizadas de empresas constructoras con las cuales la ECI guarde vinculación económica, en cuyo caso la venta que la ECI realice al Cliente sí estará gravada, salvo que pueda demostrarse que el precio por el cual el inmueble fue vendido a la ECI por la empresa constructora fue igual o superior al valor de mercado.

3.2.3. Recaudación del I.G.V. que grava la enajenación

Resulta singular la regulación prevista por la Ley para la recaudación y pago del I.G.V. que pudiera resultar aplicable por la transferencia de los inmuebles

¹³ Artículo 1°, inciso d), segundo párrafo de la Ley del I.G.V.

¹⁴ Para estos efectos, se entiende que el inmueble ha sido construido parcialmente por un tercero, cuando este último construya alguna parte del inmueble y/o asuma cualquiera de los componentes del valor agregado de la construcción.

gravados. Así, conforme al artículo 13, numeral 13.2 de la Ley, el I.G.V. que incide sobre esta operación sólo nacería al momento de ejercerse la opción de compra. Antes del ejercicio de dicha opción, no hay venta, sólo hay aportes a un fondo de capitalización individual (ahorro voluntario) y pagos por un derecho de uso, operaciones inafectas y afectas al I.G.V. respectivamente.

Sin embargo, ejercida la opción, surge la obligación de abonar el precio, constituido por el total de las cuotas integradas a la cuenta de capitalización individual. En ese momento, entonces, todo lo aportado por el cliente más la suma que falte para completar el valor del bien tendrán la condición jurídica de precio, y, en consecuencia, se precipitará el I.G.V. que grava *“la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos”*.

No obstante, a pesar de que el I.G.V. nacerá en la oportunidad en que se ejerza la opción, el artículo 14° de la ley señala que el I.G.V. correspondiente a la primera venta de inmuebles *“se dividirá en tantas avas partes cuantas cuotas corresponda pagar al cliente”*. Esto significaría que, a pesar de no existir venta y de existir declaración expresa del legislador en el sentido que el aporte a la capitalización individual del cliente no es operación gravada, cada una de las cuotas que aporte el Cliente contendrá un componente por concepto de I.G.V., lo que queda ratificado por el literal c) del artículo 8° de la Ley, antes mencionado¹⁵.

A pesar de la oscuridad de esta regulación, consideramos que la misma debe ser correctamente interpretada, en el sentido de no entender que cada cuota califique como una operación afecta al I.G.V., sino que, dentro del ahorro obligatorio que representan los aportes para la capitalización individual y cuya suma total equivale al precio al contado del inmueble, debe estimarse, como parte de dicho precio, el I.G.V. que – de ser el caso – gravaría la operación de transferencia.

Sin embargo, es claro que, frente al Fisco, el I.G.V. sólo se precipitará en el momento en que se verifique la transferencia, caso en el cual el pago de la obligación tributaria así nacida deberá ser afrontado por la ECI con los recursos proporcionados por el cliente existentes en la cuenta de capitalización individual. Recién en ese momento, en que se precipite el pago del precio, la ECI deberá emitir el comprobante

de pago correspondiente por la venta del inmueble, permitiéndose que el Cliente haga uso del crédito fiscal respectivo, si corresponde.

3.2.4. Base imponible – exclusión del valor del terreno

Las normas contempladas en la Ley no contienen ninguna regulación concerniente a la determinación de la base imponible del I.G.V. que grava la primera venta de inmuebles en el marco de los contratos de CI, la que, como se sabe, sólo está conformada por el valor de la edificación y no por el valor del terreno. Se entiende que el valor del terreno, inafecto al pago del I.G.V., representa el 50% del precio pactado por el bien.

El numeral 13.6 del artículo 13 de la Ley señala que *“para efectos de la transferencia del inmueble por parte de la ECI al Cliente, para propósitos tributarios, se considera como valor de la operación el monto pactado por concepto de la opción de compra”*. Resultan absolutamente imprecisos los alcances de esta disposición, y si la misma implicaría que, *“para propósitos tributarios”*, tenga que considerarse como base imponible del I.G.V. que grave la transferencia del inmueble por parte de la ECI al Cliente, el valor de la opción de compra, sin excluir el valor del terreno.

Entendemos que esa no es la finalidad de la disposición cuya aplicabilidad aparece sumamente difícil. Estimamos que ella alude a que debe considerarse como precio del inmueble, para propósitos de la determinación del costo computable y valor depreciable, al valor de la opción de compra, pero, de ninguna manera, pretende que sobre dicho monto se aplique el I.G.V. si es que la transferencia se encuentra gravada con este impuesto. También para los Contratos de CI entonces, el I.G.V. sólo se aplicará sobre el cincuenta por ciento del precio del bien, imputándose el remanente al valor del terreno.

3.2.5. Cesión de la posición contractual

Finalmente, conviene destacar que la Ley ha señalado, correctamente, que la cesión de la posición contractual en Contratos de CI no constituye una operación gravada con el I.G.V. al no calificar como venta de bienes ni prestación de servicios. Nos parece que esta regulación lejos de importar una innovación

¹⁵ Esta norma señala que la cuota periódica que pague el Cliente estará integrada, por, entre otros conceptos, *“los tributos correspondientes al Cliente conforme a lo señalado en el numeral 14.1. cuando corresponda”*.



legislativa o declarar expresamente una inafectación, lo que hace es expresar lo que, a todas luces, fluye de la propia legislación del I.G.V., pues es claro que la transferencia de derechos y obligaciones en el marco de un contrato de cesión de la posición contractual no califica como la enajenación definitiva de un bien considerado mueble o como una prestación (de dar, hacer o no hacer) que una persona realice para otra, que pudiera configurar un servicio para fines del I.G.V.

La cesión de la posición contractual es, por el contrario, *“la operación jurídica mediante la cual uno de los titulares originales de una determinada relación contractual cede a un tercero dicha titularidad a fin de que, manteniéndose objetivamente intacta la relación contractual, ello vincule al nuevo titular con el otro titular original, desde luego con el asentimiento de éste”*¹⁶.

Al respecto, Manuel García Amigo señala que por cesión de contratos se entiende al *“negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva”*. El mismo autor define la posición de parte contractual como *“una serie de derechos y facultades junto a deberes de prestación y de otra naturaleza, de distinta categoría y tipo; pero todos ellos formando un conjunto unitario imbricados en la relación contractual”*¹⁷.

De lo señalado por la doctrina, puede concluirse que el objeto de la cesión de posición contractual es la titularidad de la relación jurídica entendida como un todo (conjunto de derechos y obligaciones), titularidad que es transferida del cedente al cesionario, con

asentimiento del cedido. La transferencia de esta titularidad no importa ni la enajenación definitiva de un bien mueble, ni la ejecución de una prestación de dar hacer o no hacer (prestación entendida en el marco de una relación obligacional, que implique un comportamiento humano o su abstención), que pudiera configurar un servicio, por lo que no nos encontramos ante una operación afecta al I.G.V.

CONCLUSIÓN

La reciente regulación de los Contratos de CI trae a nuestro sistema financiero una nueva vía de acceso a la propiedad que, si bien adolece de algunas deficiencias normativas, cuenta con elementos favorables que podrían permitir su desarrollo, incentivando tanto la adquisición de inmuebles por parte de personas con dificultades en acceso al crédito, así como el crecimiento de la industria de la construcción.

No obstante, el régimen tributario de los Contratos de CI contenido en la Ley se convierte, a nuestro entender, en un gran desincentivo para el desenvolvimiento de este tipo de negocios en el corto plazo. La regulación fiscal presenta contradicciones que requieren de aclaraciones o modificaciones urgentes.

A pesar de las buenas intenciones de los dadores de la norma, consideramos que si en el futuro la misma no es objeto de una reformulación – por lo menos parcial – en el aspecto tributario, pocos agentes económicos – y nos referimos fundamentalmente a las entidades llamadas a financiar estos proyectos – optarán por la aventura de establecer una ECI que ejecute operaciones de Capitalización Inmobiliaria en nuestro país.

¹⁶ Manuel de la Puente y Lavalle: El Contrato en General: Biblioteca para leer el Código Civil, volumen XV, tomo V; Fondo Editorial de la PUCP 1993; pp. 30.

¹⁷ Manuel García Amigo: La Cesión de Contratos en el Derecho Español, editorial revista de Derecho Privado, Madrid; pp. 35 y 80.