

RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

Alex Córdova Arce *

1. INTRODUCCIÓN

Una de las críticas más frecuentes que se hace a los sistemas jurídicos se refiere a la lentitud que muestran para adaptarse a los cambios económicos y sociales.

Si bien por un lado es saludable ese afán de permanencia, pues se sustenta en la necesidad de otorgar seguridad jurídica, por el otro, puede convertirse en un serio obstáculo que impide el desarrollo económico y social de los pueblos, cuando el régimen legal no cuenta con la suficiente capacidad de adaptarse a los cambios que operan en el mundo.

Este problema se acentúa en la actualidad como consecuencia del incontenible avance de la tecnología, la globalización de los mercados, el desarrollo de las comunicaciones y en fin, la internacionalización de los instrumentos económicos. Así, por ejemplo, el desarrollo del comercio electrónico ha puesto de manifiesto la carencia de normas jurídicas que determinen las consecuencias, responsabilidades y sanciones aplicables a los agentes que utilizan este mercado, lo cual crea un importantísimo reto para los especialistas del derecho, quienes deben desarrollar una doctrina y correspondiente legislación para regular los efectos de la utilización de este importante avance tecnológico.

Cosa similar ocurre con los instrumentos financieros que vienen implementándose en el mercado de capitales de manera más o menos homogénea en todos los países, como consecuencia del proceso de globalización. El Perú no es ajeno a este fenómeno, lo que le ha permitido incorporar en su legislación operaciones tan novedosas como el caso de los contratos fiduciar-

El fideicomiso de titulación de activos es uno de los mecanismos no tradicionales de financiación que ha alcanzado más auge en el mundo empresarial de nuestros días.

Se trata, sin embargo, de una figura poco convencional en nuestro sistema jurídico. Y es que el fideicomiso mismo, esto es, el género del fideicomiso, es un instituto extrapolado del derecho anglosajón y que, por ello mismo, presenta rasgos distintivos muy marcados que dificultan su asimilación a nuestras categorías legales. Así, por ejemplo, y principalmente, se discute respecto de la naturaleza jurídica de la "transferencia" de bienes que origina el fideicomiso. ¿Es una transferencia de propiedad? Discusión que es clave, por lo demás, en tanto que de sus conclusiones dependerá en gran parte el régimen tributario aplicable a la figura e incluso, como consecuencia de lo anterior, el que ésta resulte útil o no.

A este análisis se dedica, desde la perspectiva de los principales tributos de nuestro medio y con singular orden, el autor en el artículo que sigue.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

rios, fondos mutuos, procesos de titulización de activos, entre otros.

No obstante que es plausible el esfuerzo desarrollado para establecer regulaciones jurídicas para este tipo de operaciones financieras, en muchos casos se ha descuidado el aspecto tributario que resulta fundamental para la ejecución de las mismas, toda vez que la mayor o menor incidencia en costos fiscales puede convertirse en una importante barrera que dificulta o, en algunos casos, hace imposible la realización de estos procesos.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el régimen tributario aplicable al fideicomiso de titulización de activos, instrumento financiero cuya incorporación en nuestra legislación es reciente, con el fin de evidenciar los vacíos legales que aún subsisten y que en muchos casos constituyen una barrera difícil de franquear para la implementación de este tipo de operaciones.

Para ello, se efectuará un breve análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso de titulización de activos, para posteriormente ocuparnos de la revisión del régimen tributario vigente, de los vacíos existentes y de las posibles interpretaciones que podrían adoptarse para cubrir los mismos. Conviene advertir al lector, que el presente trabajo no busca agotar la problemática tributaria que origina la titulización de activos, sino que sólo tiene por finalidad sentar bases preliminares para un análisis más profundo del tema que permita la dación de normas tributarias específicas que faciliten la ejecución de estos procesos.

2. EL FIDEICOMISO DE TITULIZACIÓN DE ACTIVOS – SU NATURALEZA JURÍDICA

Según se advirtió líneas arriba, el análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso de titulización sólo tiene por finalidad destacar las principales características de la operación que resultan relevantes para entender las implicancias tributarias derivadas de la ejecución de este tipo de procesos.

El artículo 291 de la Ley del Mercado de Valores, aprobada por Decreto Legislativo 861, define a la titulización de activos como “el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio...”.

En lo que se refiere al fideicomiso de titulización, el artículo 301 de la misma Ley señala lo siguiente:

“En el fideicomiso de titulización una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario. Únicamente, las sociedades tituladoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulización...”.

De acuerdo al texto de la Ley, el fideicomiso de titulización tiene por finalidad la constitución de un patrimonio autónomo conformado por diversos activos transferidos por el fideicomitente, que sirven de respaldo económico (garantía) de los derechos incorporados en valores que se ofertan al mercado.

Este instrumento financiero permite que las sociedades puedan captar recursos del público respaldando los derechos de los inversionistas con un conjunto de activos que, para una mejor protección y seguridad de estos acreedores, se incorporan en un patrimonio autónomo, distinto del que corresponde al fideicomitente o al fiduciario. De esta manera, se impide que el fideicomitente pueda destinar los activos que respaldan la emisión de los valores a finalidades diferentes o que incluso se deshaga de ellos en perjuicio de los acreedores, pues al haber salido de su esfera patrimonial, ya no puede disponer de los mismos, lo que otorga un mayor respaldo a los inversionistas. Asimismo, la constitución del patrimonio autónomo impide que los acreedores individuales del fideicomitente o del fiduciario, pudieran ejecutar los activos que respaldan la emisión de valores para satisfacer sus propios créditos.

En resumen, la titulización de activos constituye un mecanismo que permite a las sociedades obtener nuevas fuentes de financiamiento, mediante un sistema eficaz de respaldo patrimonial para los inversionistas.

Para efectos del presente trabajo, es importante analizar la naturaleza jurídica de la transferencia patrimonial que realiza el fideicomitente a favor del fiduciario. Ello, en razón a que las transferencias de bienes constituyen hechos generadores de obligaciones tributarias de los principales impuestos, como es el caso del Impuesto a la Renta, Impuesto General a las

Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto Predial, Impuesto de Alcabala, entre otros.

De esta manera, de concluirse que las transferencias de bienes en dominio fiduciario constituyen verdaderas transferencias de propiedad (hecho gravado con los tributos mencionados anteriormente), surgiría la obligación de abonar los referidos impuestos, lo que generaría un alto costo que impediría la ejecución de este tipo de procesos.

Sobre la naturaleza jurídica de la transferencia fiduciaria existen opiniones contrapuestas en la doctrina. Sin embargo, la más aceptable es aquella que señala que si bien la transferencia de bienes en dominio fiduciario constituye una efectiva transferencia de propiedad, sin embargo, se trata de una propiedad *sui generis* distinta a aquella a la que se refieren las normas del Derecho Civil, lo que en la práctica implica el surgimiento de un nuevo derecho real.

El artículo 923 del Código Civil define al derecho de propiedad como “el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Añade, que dicho derecho debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley.

Comentando el referido artículo, Max Arias Schreiber señala:

“El texto empleado por el Código vigente refleja mejor el concepto de la propiedad actual al establecer que se trata de un poder jurídico que permite la aplicación de un conjunto de atributos a favor del titular de dicho poder (...) Del artículo 923 se desprende que los atributos o facultades del dueño son:

- a) El derecho de usar o *ius utendi*, en virtud del cual el propietario utiliza el bien de conformidad con su naturaleza o destino. Este atributo presupone, desde luego, el derecho de poseer o *ius possidendi*, pues es la manera como el propietario ejerce los demás atributos y sin ella no puede beneficiarse del bien.
- b) El derecho de gozar o disfrutar o *ius fruendi*, por el cual el dueño tiene para sí el aprovechamiento del bien, se trate de sus frutos como de sus productos e incluye su consumo, cuando el bien es consumible ...
- c) El derecho de disponer o *ius abutendi*, que es el más caracterizado y típico de los atributos del

dominio, dado que el uso y el goce son actos de administración y por cuya virtud el dueño tiene la libertad de disposición, tanto material como jurídica, consumiéndolos, afectándolos, desmembrándolos o desprendiéndose de ellos a título oneroso o gratuito.

- d) El derecho de reivindicar el bien o *ius vindicandi*, mediante el cual el propietario recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno a derecho (ej. recuperación de un bien, reconocimiento de la propiedad, etc.).¹

La transferencia de bienes en dominio fiduciario no implica la de la totalidad de los atributos inherentes a la propiedad reconocidos por el Código Civil, lo que lleva a concluir que el derecho que surge para el fiduciario es uno de naturaleza distinta. Al respecto, Manuel de La Flor Matos señala lo siguiente:

“En el fideicomiso, el fideicomitente transfiere la propiedad del bien al fiduciario, en esta forma este último se convierte en el nuevo propietario del bien, estando limitado su accionar sobre el mencionado bien en función de una finalidad determinada por el fideicomitente al momento del acuerdo que dio nacimiento al fideicomiso. El fiduciario fruto de este acuerdo no tiene el señorío total sobre el bien, pues no tendrá nunca el derecho de goce, por lo que no podrá beneficiarse de los frutos que se recojan del bien; asimismo, podrá tener los derechos de uso y disposición en función de las cláusulas del contrato del fideicomiso y estarán en estricta relación con la estructura finalista del contrato. Además, los bienes fideicometidos ingresarán al patrimonio del fiduciario, pero como una masa económica separada del resto de sus bienes. Lo que sí tendrá es el derecho reivindicatorio sobre el bien como manifestación plena del derecho y deber que posee el fiduciario de realizar todo lo que esté a su alcance para la concreción del fin (...) Como podemos ver, el nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria, de lo que sí dispone quien posee el señorío total sobre algún bien. Lo que sucede con esta figura es que al ingresar el *trust* anglosajón en los sistemas legales inspirados en el Derecho Romano, se ha introducido, desde nuestro punto de vista, un nuevo derecho real, que no posee el poder pleno que da el derecho de propiedad, sino que entrega un poder más reducido, que supone un desmembramiento

¹ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984”, Tomo IV; 1 Edición, Librería Studium, 1991; p. 202 y 203.

del derecho de propiedad, aspecto propio de otros derechos reales, como pueden ser el usufructo, la servidumbre, entre otros.

Consideramos que ésta sería la solución para entender la verdadera naturaleza jurídica de la 'propiedad' entregada en el fideicomiso y que la doctrina ha venido en llamar 'propiedad fiduciaria', teniendo ésta características propias con respecto de los derechos reales clásicos".²

En este mismo sentido, Mario Alberto Carregal sostiene:

"Tenemos, entonces, que el dominio fiduciario es un dominio imperfecto. El propietario fiduciario no tiene la cosa a perpetuidad, pues por definición debe desprenderse de ella al cumplimiento de una condición o de un plazo. Es lo que dispone el artículo 2662, cuando define al dominio fiduciario como '...el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero'".³

Por su parte, Rodolfo Batiza concluye:

"El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad, la que se efectúa, por ejemplo, mediante figuras jurídicas como la compraventa, la permuta, o la donación. En el fideicomiso, por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una 'propiedad fiduciaria', es decir, que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Por su parte, Lepaulle expresa que el trustee es un 'singular' propietario, ya que no puede obtener ninguna ventaja personal de los bienes que se le han transmitido, debiendo cumplir con ellos una misión, y la Suprema Corte afirmó que el fiduciario adquiere un 'dominio restringido'.

Es inevitable concluir que, al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, no sólo se reglamentó una institución jurídica nueva, sino que se importó junto

con ella, pese a la renuncia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real (y de crédito) con caracteres propios, según se trate del fiduciario o del fideicomisario. Estos derechos corresponden imperfectamente a la doble propiedad en el *trust* (legal y de equidad), en que se inspiraron Alfaro y Lepaulle, los dos autores a quienes se recurrió para estructurar legalmente al fideicomiso en México".⁴

De acuerdo con lo expuesto por los tratadistas antes citados, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- a) En la transferencia de bienes en dominio fiduciario, el fideicomitante transfiere al fiduciario la "propiedad" de los bienes materia del contrato. Sin embargo, se trata de una propiedad imperfecta o sui géneris, distinta de la "nuda propiedad" a que se refiere el Código Civil.
- b) Las transferencias en dominio fiduciario dan lugar al surgimiento de un nuevo derecho real denominado "propiedad fiduciaria".
- c) La inclusión de este nuevo derecho real en nuestro ordenamiento legal, es consecuencia de la adaptación del *trust* anglosajón en la legislación de los países cuyo Derecho tiene bases romanistas. En tal sentido, la institución debe ser concebida como una distinta a los conceptos típicos sobre propiedad que provienen del Derecho Romano.

Analizada la naturaleza jurídica de las transferencias en dominio fiduciario, se analizará las implicancias tributarias que las mismas generan.

3. RÉGIMEN TRIBUTARIO

El fideicomiso de titulización, analizado desde un punto de vista tributario, genera, principalmente, dos tipos de inquietudes: la primera relacionada con el tratamiento aplicable a las transferencias patrimoniales que se producen en el marco de estos procesos; y, la segunda vinculada con el régimen fiscal que corresponde a los patrimonios autónomos que se constituyen en este tipo de operaciones.

Así, surgen preguntas como las siguientes: ¿se encuentran afectas con los tributos que gravan las enajena-

¹ DE LA FLOR MATOS, Manuel. "El Fideicomiso – Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú"; Primera edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; junio de 1999; p. 105 a la 107.

² CARREGAL, Mario Alberto. "El Fideicomiso – Regulación jurídica y posibilidades prácticas", Editorial Universidad Buenos Aires 1982; p. 63 y 64.

³ BATIZA, Rodolfo, "Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria"; Primera Edición, Editorial Porrúa S.A.; México 1977; p. 33 y 34.

ciones las transferencias de bienes en dominio fiduciario?, ¿qué ocurre cuando el fiduciario realiza la posterior transferencia a terceros de los activos que conforman el patrimonio autónomo?, ¿es el patrimonio autónomo contribuyente por las operaciones afectas que realice a pesar de no tener personería jurídica?, ¿cuál es el tratamiento de las ganancias o beneficios que se derivan para el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario como consecuencia de la realización de procesos de titulización?

Para dar respuesta a las interrogantes antes mencionadas, es necesario que la Ley Tributaria incorpore normas específicas que regulen de manera clara las consecuencias fiscales que se derivan de este tipo de procesos y, en la medida de lo posible, otorguen un régimen de neutralidad que haga viable su realización.

Los vacíos legales en materia tributaria producen inseguridad e incertidumbre en los agentes económicos, lo que muchas veces los lleva a declinar la ejecución de este tipo de procesos ante el riesgo de costos fiscales no previstos y de la aplicación de sanciones por parte de las autoridades tributarias.

En el Perú se han dado algunos pasos para establecer un régimen tributario adecuado en materia de titulización de activos. Sin embargo, aún existen numerosos vacíos que deben ser cubiertos a la mayor brevedad, para incentivar la realización de estos procesos, tan importantes como fuentes de financiamiento no tradicional, sobre todo en épocas de crisis como la que estamos viviendo.

Dicho esto, analizaremos a continuación, las principales implicancias de carácter tributario que generan los fideicomisos de titulización respecto al Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas. Finalmente, haremos un breve análisis de las consecuencias en el Impuesto Predial y en el Impuesto de Alcabala en aquellos casos en los que se transfieran inmuebles en el marco de procesos de titulización.

Impuesto a la Renta

La Ley del Impuesto a la Renta vigente hasta el año 1996, no contenía ninguna disposición que regulara las consecuencias fiscales derivadas de procesos de titulización de activos.

Es recién a través de la Ley 26731, publicada el 31 de diciembre de 1996, que se dictan las primeras disposiciones tributarias en relación a esta materia. Dicha norma tuvo por finalidad regular diversos aspectos vinculados con los instrumentos financieros reciente-

mente creados por la Ley del Mercado de Valores, como la titulización de activos, los Fondos Mutuos de Inversión en Valores y los Fondos de Inversión.

Entre otras disposiciones, la Ley 26731 modificó el artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta, incluyendo bajo la categoría de “personas jurídicas” a los patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras. Ello implica que, a partir del ejercicio 1997, los mencionados patrimonios autónomos constituidos en el marco de procesos de titulización, son contribuyentes del Impuesto a la Renta, resultando obligados al pago del tributo por las rentas que obtengan de manera similar a lo que ocurre con una sociedad anónima, lo que a su vez obliga al cumplimiento de las demás obligaciones formales propias de las personas jurídicas (inscripción en el Registro Unico de Contribuyentes, presentación de declaraciones juradas, obligación de llevar libros contables, entre otras).

Asimismo, la norma establece que, al pagarse el tributo en la fuente, esto es, en cabeza del patrimonio fideicometido, las ganancias o beneficios que éste distribuya a sus partícipes, se encuentran inafectos del Impuesto a la Renta al igual de lo que ocurre con los dividendos que las sociedades anónimas abonan a sus accionistas.

En lo que se refiere a los efectos tributarios de las transferencias de bienes en dominio fiduciario, el artículo 7 de la Ley 26731 estableció lo siguiente:

“Tratándose del Fideicomiso de Titulización y de las Sociedades de Propósito Especial a que se refiere el Decreto Legislativo 861, el fideicomitente u originador, en su caso, mantendrá dentro de su activo el valor de los activos transferidos al patrimonio de propósito exclusivo. El fideicomitente u originador no considerará en su activo el valor de los bienes y/o derechos que le entregue a cambio la Sociedad Tituladora o la de Propósito Especial, según corresponda...”.

Esta norma ha dado lugar a dos interpretaciones. Hay quienes sostienen que el artículo bajo comentario únicamente tenía por finalidad establecer que los bienes transferidos en fideicomisos de titulización, permanecen en el activo del fideicomitente u originador sólo para efectos del derogado Impuesto Mínimo a la Renta. Señalan que lo que se buscaba era evitar que estos procesos se convirtieran en un mecanismo para eludir el pago del tributo, en vista que la propia norma había exonerado a los patrimonios fideicometidos del pago del Impuesto Mínimo a la Renta.

Sin embargo, la norma en ningún momento señala que la disposición está referida exclusivamente “para efectos del Impuesto Mínimo a la Renta”, sino que, por el contrario, se trata de una norma de carácter general que válidamente permite concluir que resulta aplicable para todo efecto tributario. En apoyo a esta tesis, cabe invocar el principio jurídico conforme al cual “no debe distinguirse donde la Ley no lo hace”.

A partir de dicha premisa, analizaremos las implicancias que, en materia de Impuesto a la Renta, genera el hecho que los bienes transferidos en dominio fiduciario, permanezcan en el activo del fideicomitente u originador, no obstante que para efectos mercantiles y contables, los bienes efectivamente salen de su esfera patrimonial.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta, tienen el carácter de rentas gravadas, entre otros, los resultados provenientes de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que constituyen activos de personas jurídicas o empresas constituidas en el país. Según el artículo 5 de la misma 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 transmite el dominio a título oneroso.

Las transferencias de dominio, por su propia naturaleza, implican la salida de los bienes de la esfera patrimonial (activo) del enajenante, por lo que es imposible concebir una transferencia de propiedad en la cual los bienes permanezcan en el activo de aquél.

De esta manera, cuando el artículo 7 de la Ley 26731 señala que los bienes transferidos en fideicomisos de titulización permanecen en el activo del fideicomitente, permite interpretar que la intención del legislador ha sido la de no considerar como “enajenación” a las transferencias de bienes en dominio fiduciario que se verifican en el marco de estos procesos. Consecuentemente, los resultados que se generen para el fideicomitente (ganancia o pérdida) producto de las citadas transferencias, no son computables para fines del Impuesto a la Renta, ya que, por ficción de la Ley, los bienes no salen de la esfera patrimonial de este último.

Esta interpretación encuentra sustento en la propia naturaleza de las transferencias en dominio fiduciario, pues, como se indicó anteriormente, éstas, en realidad, no implican la transmisión del “dominio” a que se refiere el artículo 5 de la Ley del Impuesto a la

Renta, sino que sólo otorgan un derecho real sui géneris a favor del fiduciario. Dicho tratamiento es similar al establecido para el caso del fideicomiso bancario.⁵

Esta conclusión, además, guarda relación con la finalidad económica que persiguen este tipo de operaciones, pues las transferencias fiduciarias que se producen en el marco de procesos de titulización, más que buscar una utilidad o ganancia inmediata para el transferente, en realidad sólo constituyen el vehículo para crear un patrimonio autónomo que sirve de respaldo a los derechos de las personas que realiza inversiones con cargo al mismo.

Lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 26731, si bien parece solucionar el problema de los efectos tributarios que generan las transferencias de bienes para la constitución de patrimonios fideicometidos, no resuelve de manera clara el tratamiento de las depreciaciones, amortizaciones, castigos y otros que corresponden a los activos materia de la titulización y que, por mandato de la Ley, permanecen en la esfera patrimonial del fideicomitente.

Es así que surgen nuevas interrogantes: ¿a quién corresponde deducir la depreciación de los activos transferidos en dominio fiduciario, al fideicomitente o al patrimonio autónomo que es contribuyente del Impuesto a la Renta?; ¿quién debe efectuar las provisiones y castigos por malas deudas respecto de los activos transferidos en dominio fiduciario?; ¿a quién corresponde el derecho de amortizar las inversiones?, entre otras.

Por otra parte, ni la Ley 26731 ni la Ley del Impuesto a la Renta establecen qué es lo que ocurre cuando el patrimonio autónomo transfiere a terceros de manera definitiva los bienes titulizados que permanecen en el activo del fideicomitente o cuando se realizan los créditos transferidos en dominio fiduciario. ¿Es en ese momento recién en que el fideicomitente u originador debe reconocer los resultados obtenidos por la transferencia de los activos?; en tal supuesto ¿la transferencia se entiende producida en favor del patrimonio autónomo o, por el contrario, ésta se verifica directamente en favor del tercero adquirente?

Como dijimos anteriormente, las normas tributarias vigentes no contienen disposición alguna que regule estas materias que, como podrá observar el lector, son de fundamental importancia para el

⁵ No se explica la norma en el caso de transferencias de activos en favor de Sociedades de Propósito Especial, pues en estos casos, sí se produce una transferencia de dominio definitiva de los bienes titulizados.

desarrollo y ejecución de los procesos de titulación de activos.

A pesar del vacío legal existente, intentaremos -dentro del marco legal vigente- en las próximas líneas esbozar algunas soluciones a las inquietudes antes detalladas, no sin antes advertir que se tratan de simples planteamientos que buscan resolver de la forma más adecuada posible los problemas expuestos, teniendo en consideración la naturaleza jurídica y económica de los procesos de titulación de activos y la finalidad perseguida por las normas que regulan la imposición sobre la renta. Sin embargo, resulta indispensable que las deficiencias legislativas sean cubiertas a la mayor brevedad, pues mientras ello no ocurra, se mantendrán las barreras de carácter fiscal que dificultan la ejecución de estos procesos.

El problema de la depreciación de los activos surge cuando en el marco de procesos de titulación, se transfieren negocios en marcha, bienes en arrendamiento financiero, inmuebles destinados al alquiler a terceros y, en fin, en todos aquellos casos en los cuales los bienes que se transfieren en dominio fiduciario para respaldar la emisión de valores, son materia de desgaste o agotamiento como consecuencia del uso. Si bien en la actualidad la mayoría de titulaciones que se han realizado en el mercado han estado vinculadas con la transferencia de activos crediticios (cuentas por cobrar), sin embargo, nada impide que tales procesos se lleven a cabo en base a bienes como los señalados anteriormente y que, mayormente, son objeto de titulaciones en otros países.

El inciso f) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta señala que, para la determinación de la renta neta imponible de los contribuyentes, éstos pueden deducir, entre otros conceptos, las depreciaciones por desgaste u obsolescencia de los bienes del activo fijo.

El requisito fundamental para deducir dichas depreciaciones, consiste en la explotación efectiva de los bienes del activo por parte del contribuyente. Así lo establece el artículo 38 de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme al cual “el desgaste o agotamiento que sufran los bienes del activo fijo que los contribuyentes utilicen en negocios, industria, profesión u otras actividades productoras de rentas gravadas de tercera categoría, se compensará mediante la deducción por las depreciaciones admitidas por esta Ley”. La misma norma añade que, cuando los bienes de los activos sólo se afectan parcialmente a la producción de rentas, las depreciaciones se efectuarán en la proporción correspondiente.

En el caso de bienes transferidos en dominio fiduciario en el marco de procesos de titulación, si bien el fideicomitente los mantiene en sus activos para propósitos tributarios, sin embargo, no los explota directamente, toda vez que los mismos han sido entregados al fiduciario para la constitución del patrimonio autónomo. De otro lado, el patrimonio fideicometido explota directamente los bienes que le ha “transferido” el fideicomitente, pero no los tiene en sus activos para fines fiscales.

Lo dicho anteriormente, en principio, lleva a pensar que ni el fideicomitente ni el patrimonio fideicometido podrían deducir las depreciaciones por el desgaste o agotamiento de los bienes, pues en el primer caso, el fideicomitente no es el que explota los bienes y en el segundo, los activos no figuran en el balance -para efectos tributarios- del patrimonio fideicometido. No obstante, es evidente que no puede llegarse a la conclusión que los bienes no son susceptibles de depreciación por ninguno de los dos contribuyentes, pues ello no sólo sería contrario a la realidad económica de la cual no puede alejarse la tributación, sino que perjudicaría a los sujetos que intervienen en procesos de esta naturaleza.

Si bien para resolver el problema, pueden esgrimirse diversas alternativas dado el vacío legal existente, lo más coherente con el régimen legal establecido en el artículo 7 de la Ley 26731, consiste en concluir que es el fideicomitente quien debe deducir las depreciaciones que corresponden a los activos transferidos en dominio fiduciario, toda vez que -desde el punto de vista tributario- es él quien continúa en poder de los bienes.

En efecto, para propósitos fiscales no se ha producido ningún tipo de transferencia a favor del patrimonio fideicometido, lo que implica que, por ficción de la Ley, el fideicomitente continúa utilizando económicamente los activos. De esta manera, la explotación de los mismos que realiza el patrimonio autónomo, debe entenderse efectuada por el propio fideicomitente, pues la transferencia de los bienes no se ha producido para propósitos fiscales.

Esta opinión coincide con las conclusiones adoptadas en relación a esta materia en las V Jornadas Nacionales de Tributación organizadas por el Instituto Peruano de Derecho Tributario, en las que se señaló lo siguiente:

“Que, conforme a la Ley 26731 el fideicomitente u originador, al mantener en su activo los bienes transferidos al patrimonio de propósito exclusivo, tiene la

condición de sujeto pasivo respecto de los tributos que gravan el patrimonio de los activos...

Que, en el mismo contexto, para efectos tributarios, la condición del titular de los bienes transferidos faculta al fideicomitente u originador para, en su caso, formular la provisión para malas deudas, depreciar sus activos, amortizar sus inversiones y, en general, para actuar tributariamente, como si no se hubiera producido ninguna transferencia al patrimonio de propósito exclusivo".⁶

Es importante hacer referencia a la norma recientemente introducida en el inciso b) del artículo 22 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, conforme a la cual, "la depreciación aceptada tributariamente será aquélla que se encuentre contabilizada dentro del ejercicio gravable en los libros y registros contables, siempre que no exceda el porcentaje máximo establecido en la presente tabla para cada unidad del activo fijo, sin tener en cuenta el método de depreciación aplicado por el contribuyente".

Dicha norma genera un problema adicional al caso materia de análisis, pues de acuerdo con ella, para deducir la depreciación de los bienes del activo, es necesario que la misma se encuentre contabilizada en los libros del contribuyente, a diferencia de lo que ocurría hasta el ejercicio 1999, en que la depreciación tributaria se deducía vía declaración jurada. Como es evidente, el fideicomitente no podría cumplir con la norma reglamentaria, toda vez que los activos transferidos en dominio fiduciario se encuentran registrados en los libros de contabilidad del patrimonio fideicometido, en vista que, para fines mercantiles y contables, los bienes se han transferido a este último. Si bien la norma comentada constituye un nuevo escollo que sortear para solucionar el problema de la depreciación, la misma no puede enervar la conclusión expuesta anteriormente, en el sentido que es el fideicomitente quien tiene el derecho a deducir las depreciaciones correspondientes.

Ello en razón a que la norma prevista en el inciso b) del artículo 22 del Reglamento constituye una disposición de carácter general que, evidentemente, no ha contemplado los supuestos de titulización de activos que sí han sido regulados por el artículo 7 de la Ley 26731, norma específica y de mayor jerarquía cuyo sentido y finalidad debe prevalecer sobre la reglamentaria.

En efecto, no obstante que los bienes transferidos en dominio fiduciario salen de la esfera patrimonial del

fideicomitente para fines mercantiles y contables, la Ley tributaria ha establecido que los mismos permanecen en el activo de este último, con las consecuencias fiscales que de ello se deriva, entre las que se encuentran la posibilidad de que sea el fideicomitente quien deduzca las depreciaciones correspondientes. Sería absurdo sostener que la norma reglamentaria de carácter general, que evidentemente no ha tomado en cuenta a estas operaciones al momento de ser emitida, se convierta en un obstáculo que impida la deducción de las depreciaciones por desgaste de los bienes.

Situación similar se presenta en el caso de los contratos de fideicomiso bancario regulados por la Ley de Bancos, en los cuales los activos transferidos en dominio fiduciario se excluyen de la contabilidad del fideicomitente. Así lo establece el artículo 273 de la Ley 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), el cual señala que "la empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros de la empresa, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquélla".

Sin embargo, el artículo 6 de la Ley 26731 ha precisado que, en el caso del fideicomiso bancario, el fideicomitente es el único contribuyente por la totalidad de las rentas o ganancias que se generen a partir de los bienes transferidos en fideicomiso, por lo que resulta claro que no podría negarse a este último la posibilidad de deducir las depreciaciones correspondientes por el simple hecho que las mismas no figuran anotadas en su contabilidad. Ello es una prueba más que las normas generales del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, no han contemplado el caso de las transferencias fiduciarias, las mismas que, por su especial naturaleza, requieren de un tratamiento *sui generis*.

Lo dicho anteriormente evidencia que ahora, más que nunca, se hace imperiosa la dación de una norma que cubra los vacíos vinculados con el problema de la depreciación de activos en procesos de titulización.

En todo caso, mientras no se dicten las normas aclaratorias pertinentes, exclusivamente para propósitos tributarios, el fideicomitente podría llevar determinadas cuentas de control en las cuales registre los bienes titulizados, los mismos que por mandato del artículo 7 de la Ley 26731 deben permanecer en su

⁶ Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario; Vol. número 33; Diciembre 1997. p. 94.

activo. En dichas cuentas podrían registrarse las depreciaciones que sufren los bienes del activo y de esta manera “cumplir” con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

En lo que respecta a las provisiones y castigos por deudas de cobranza dudosa surgen vacíos similares.

Las provisiones tienen por finalidad reflejar en los estados financieros de la empresa, los riesgos de la incobrabilidad de créditos, permitiendo efectuar las deducciones correspondientes a la renta neta. Por su parte, los castigos permiten eliminar del activo aquellas “cuentas por cobrar” previamente provisionadas, cuya cobranza resulta imposible.

Una de las características de la titulización de activos consiste en que, civilmente, los bienes transferidos para la constitución del patrimonio de propósito exclusivo salen de la esfera patrimonial de fideicomitente, sin responsabilidad para éste, lo que supone que los riesgos de incobrabilidad de los créditos se trasladan de manera inmediata al adquirente de los activos, bien sea el patrimonio fideicometido o la Sociedad de Propósito Especial y de manera mediata a los terceros inversionistas que adquieren los valores que se emiten con cargo a estos patrimonios. Tal conclusión no queda enervada por el hecho que, en determinados procesos de titulización, el fideicomitente acuerda otorgar garantías específicas en caso de incumplimiento de los deudores cedidos.

De esta manera, si los deudores cedidos incumplieran con el pago de los créditos, ello perjudica exclusivamente al patrimonio de propósito exclusivo, pero no al fideicomitente, pues dichos activos ya salieron de su patrimonio, habiendo recibido en pago de los mismos dinero en efectivo o títulos representativos de deuda o inversión, según se acuerde en cada caso.

Al no existir ningún riesgo de incobrabilidad de los créditos transferidos en dominio fiduciario, en principio, podría concluirse que no existe el fundamento económico que justifica la realización de provisiones y castigos por parte del fideicomitente, correspondiendo, en todo caso, realizar tales deducciones al patrimonio fideicometido que es quien en definitiva resulta afectado por el incumplimiento de los deudores cedidos.

Sin embargo, es evidente que, para fines tributarios, sólo se puede provisionar o castigar una cuenta que aparece en el activo. En el caso de procesos de titulización, los créditos que el patrimonio fideicometido adquiere, no se encuentran dentro de sus activos,

sino que, por mandato del artículo 7 de la Ley 26731, aquéllos permanecen en los del fideicomitente.

Al igual de lo que ocurre con la depreciación de los activos, la única conclusión a la que no puede llegarse es que el fideicomitente ni el patrimonio fideicometido pueden efectuar las provisiones y castigos por malas deudas, pues el perjuicio derivado de la incobrabilidad de los créditos debe tener el correspondiente reflejo tributario.

Si bien no existe ninguna disposición que solucione el problema planteado, siendo coherentes con la línea interpretativa adoptada para el caso de la depreciación de los bienes, puede sostenerse que tanto las provisiones como los castigos de los créditos transferidos en dominio fiduciario, deben ser efectuados por el fideicomitente, toda vez que, para propósitos tributarios, los mismos permanecen dentro de sus activos.

En otras palabras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 26731, puede concluirse que -para fines fiscales- no se ha producido transferencia alguna, que los créditos no han salido de la esfera patrimonial del fideicomitente, por lo que éste debe realizar las provisiones o castigos por malas deudas que corresponden a los mismos, sin perjuicio que, para propósitos contables, sea el patrimonio fideicometido quien realice las respectivas provisiones.

Esa ha sido la conclusión a la que se arribó en las V Jornadas Nacionales de Tributación mencionadas líneas arriba. No obstante, no se puede negar que, dado el vacío legal existente, podrían surgir otras interpretaciones que den solución distinta a estos problemas, lo que pone en evidencia una vez más, la necesidad de que se dicten las disposiciones legales correspondientes que aclaren las dudas planteadas.

Finalmente conviene analizar quién y en qué momento debe reconocer los resultados por las transferencias patrimoniales y beneficios que se generan como consecuencia de procesos de titulización.

Para una mejor comprensión del lector, realizaremos dicho análisis en función al siguiente ejemplo:

“Imaginemos que una empresa lleva a cabo un proceso de titulización y para tal efecto transfiere en dominio fiduciario una planta destinada a la elaboración de bebidas gaseosas. Para fines mercantiles y contables, dicha planta forma parte del activo del patrimonio fideicometido constituido para el efecto. Teniendo como respaldo dicho bien y los flujos futuros estimados por su explotación, el fiduciario emite bonos al

mercado, los cuales permiten obtener los recursos que se entregan al fideicomitente como contraprestación por la transferencia de la planta.

Una vez concluido el proceso de titulización y honrados los bonos suscritos por los inversionistas, la planta es transferida a favor del propio fideicomitente”.

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 26731, si bien la planta de elaboración de bebidas gaseosas es transferida al fiduciario para la constitución del patrimonio fideicometido, para propósitos tributarios, dicho bien permanece en el activo del fideicomitente, quien debe deducir las depreciaciones correspondientes por el desgaste del bien.

Consecuentemente, cuando la planta retorne a la esfera patrimonial del fideicomitente con la culminación del proceso de titulización, tributariamente hablando no habría ocurrido nada, toda vez que el bien nunca salió de su activo, razón por la cual no deberá considerar ganancia o pérdida alguna como consecuencia de estas transferencias.

En otras palabras, el proceso de titulización sólo habría tenido para el fideicomitente efectos tributarios similares a los de una simple afectación de activos destinada a respaldar la captación de recursos del público.

No podemos dejar de mencionar lo que ocurre con los eventuales beneficios que pudieran obtener tanto el fideicomitente como el patrimonio fideicometido (contribuyente del Impuesto a la Renta) como consecuencia del proceso de titulización.

El artículo 7 de la Ley 26731 señala que el fideicomitente no debe considerar en sus activos, el valor de los bienes y/o derechos que le entregue a cambio la Sociedad de Propósito Especial o el patrimonio fideicometido, lo que supone –en el ejemplo planteado– que el fideicomitente no debe incluir en sus activos el dinero recibido por la transferencia de la planta de embotellación. Sin embargo, al culminar el proceso de titulización y producirse el retorno de la planta al patrimonio del fideicomitente, es claro que éste habría obtenido un ingreso, constituido por el dinero recibido por la “transferencia de la planta”, bien que nunca salió de sus activos para fines tributarios.

En tal sentido surge la pregunta ¿debe tributar Impuesto a la Renta el fideicomitente por el ingreso obtenido? La respuesta es afirmativa, pues se trata de una ganancia o beneficio derivado de operaciones con terceros,

supuestos que constituyen renta imponible de conformidad con el artículo 3 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Por su parte, el patrimonio fideicometido, en su condición de contribuyente del Impuesto a la Renta, deberá tributar por las rentas obtenidas derivadas de la explotación de la planta de fabricación de bebidas gaseosas; si bien, claro está, luego de deducir los gastos y costos incurridos para ello (incluyendo los intereses abonados a los tenedores de los bonos emitidos al mercado). Asimismo, de la misma forma que el dinero recibido por el fideicomitente por la “transferencia” de la planta constituye renta para éste, simétricamente, dicho importe debería ser deducido por el patrimonio fideicometido para la determinación de su renta imponible.

Como se observa, si bien el análisis efectuado busca plantear soluciones a los problemas que la actual legislación sobre titulización de activos genera en la determinación del Impuesto a la Renta, no podemos dejar de destacar las serias dificultades que hay que sortear para ello, con el agravante de no conocer cuál será la posición que en definitiva adopte la Administración Tributaria.

Si el ejemplo planteado ya de por sí nos genera serias dificultades, conviene analizar qué ocurriría si los activos transferidos en procesos de titulización no regresan al patrimonio del fideicomitente, sino que se realizan (se produce la cobranza de los créditos cedidos) o transfieren a terceros.

En estos casos, cabe preguntarse en qué momento el fideicomitente debe reconocer los resultados (ganancia o pérdida) derivada de la realización o transferencia de los activos, toda vez que las normas tributarias vigentes no contienen norma alguna sobre el particular.

A pesar del vacío existente, es posible sostener que tales resultados deben reconocerse en el momento que se produce la extinción del patrimonio, cuando se realiza los créditos o cuando el patrimonio transfiera a terceros los bienes recibidos en fideicomiso, lo que ocurra primero. En tales supuestos, se precipitarán para el fideicomitente todas las consecuencias tributarias vinculadas con la realización o transferencia de los activos directamente a los terceros, debiendo considerar como ingreso en este último caso, el valor de mercado de los bienes y como costo computable, el valor de adquisición (ajustado) menos las depreciaciones correspondientes.

Sin embargo, teniendo en cuenta que, en realidad, parte de los ingresos obtenidos por la realización o venta de los activos titulizados corresponden al patrimonio fideicometido, el fideicomitente sólo debería considerar como ingreso neto, el valor pactado con el fiduciario por los activos transferidos en fideicomiso.

De esta manera, luego de efectuar dichas conciliaciones de cuentas, se llegaría al resultado querido por las partes, esto es que el fideicomitente sólo reconozca como ingreso definitivo, el valor pactado por la transferencia de los activos a favor del fiduciario para la constitución del patrimonio autónomo.

En lo que se refiere al patrimonio fideicometido, en el momento en que se produzca la extinción del patrimonio, se realicen los créditos o cuando el patrimonio transfiera a terceros los bienes recibidos en fideicomiso, éste también deberá determinar -para fines tributarios- la ganancia o pérdida resultante del proceso de titulización de activos.

Si los ingresos obtenidos por el patrimonio son mayores al importe de los bienes o derechos entregados en contraprestación al fideicomitente por la adquisición de los activos titulizados, el patrimonio determinará una ganancia gravada con el Impuesto a la Renta. En cambio, si las sumas obtenidas por la realización o transferencia de los activos fueran menores al importe de los bienes o derechos entregados al fideicomitente, la diferencia constituirá pérdida para el patrimonio, pues éste habría abonado al originador un mayor valor que el recibido en el desarrollo de sus operaciones.

Asimismo, el patrimonio debe considerar como renta gravada, los ingresos originados en las operaciones propias que realice, por concepto de la venta de los frutos de los activos recibidos, intereses generados con posterioridad a la transferencia de créditos y no incluidos en el importe de los activos recibidos, entre otros. Para el cálculo de la renta neta imponible, podrá deducir todos aquellos gastos vinculados con la generación de la renta y mantenimiento de su fuente productora, tales como la retribución que corresponde a la Sociedad Titulizadora, los gastos de cobranza de los créditos, gastos administrativos, entre otros.

Reiteramos, una vez más, que las soluciones planteadas sólo son fruto de la interpretación de las normas legales vigentes pero que requieren de un sustento legislativo para aclarar de manera definitiva los vacíos existentes en materia de estos procesos.

Como conclusión podríamos señalar que todos los problemas antes detallados son consecuencia del

régimen tributario establecido por el legislador en materia de titulización de activos, el mismo que a todas luces resulta contradictorio: así, mientras que por un lado se confiere la condición de contribuyentes del Impuesto a la Renta a los patrimonios fideicometidos, esto es, se les equipara con cualquier otra persona jurídica perceptora de rentas de tercera categoría; por otro, se niegan las consecuencias fiscales derivadas de las transferencias patrimoniales que se producen entre dos sujetos tributariamente distintos, al establecerse que los activos titulizados permanecen en el activo del fideicomitente.

Se ha establecido, pues, un sistema híbrido que mezcla de manera antitécnica, el régimen tributario aplicable al contrato de fideicomiso bancario materia de la Ley 26702 (en el cual todas las implicancias tributarias se generan en la esfera del fideicomitente, quién es el único contribuyente para fines del Impuesto a la Renta), con el que corresponde a las personas jurídicas en general, las cuales son entes independientes para efectos del cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Por tanto, resulta necesaria una pronta modificación del régimen tributario vigente, pudiendo adoptarse, exclusivamente, cualquiera de los siguientes sistemas:

- a) Crear un régimen tributario similar al previsto en el artículo 6 de la Ley 26731 (fideicomiso bancario) para los procesos de titulización ejecutados mediante la constitución de patrimonios fideicometidos. En tal sentido, el fideicomitente sería el único contribuyente del Impuesto a la Renta, por lo que resultaría claro que a él le correspondería efectuar las deducciones por concepto de depreciaciones, amortizaciones, provisiones y castigos por malas deudas, así como le correspondería reconocer en su oportunidad los resultados provenientes de las transferencias de bienes a terceros, con lo cual se despejarían las incertidumbres detalladas anteriormente.

En este régimen no debería incluirse a los procesos de titulización que lleven a cabo las Sociedades de Propósito Especial, pues en estos casos sí se produce una real y definitiva transferencia de los activos del fideicomitente en favor de aquéllas. Por tanto, tales transferencias deberían producir plenos efectos tributarios, al igual de lo que ocurre cuando se produce la venta de cualquier bien entre dos sociedades anónimas.

- b) Establecer, tanto para los procesos de titulización de activos que se ejecuten a través de patrimonios fideicometidos como los realizados a través de

Sociedades de Propósito Especial, el régimen general previsto para las personas jurídicas receptoras de rentas de tercera categoría, en cuyo caso las transferencias de bienes destinados a la constitución de patrimonios de propósito exclusivo, en todos los casos surtirían plenos efectos tributarios. Ello implicaría que los bienes materia de procesos de titulación, para fines fiscales, se entiendan transferidos a estos patrimonios.

De las dos alternativas antes mencionadas, la primera es la más coherente y atractiva para alentar el desarrollo y ejecución de los procesos de titulación de activos, pues, de establecerse el régimen común, se generarían costos tributarios como consecuencia de las transferencias patrimoniales que se producen en el marco de estos procesos, los cuales se convertirían en una barrera que dificultaría y, en muchos casos, impediría, la ejecución de estas operaciones. Además, la primera alternativa es la que mejor se ajusta a la naturaleza económica y jurídica de las transferencias de bienes en dominio fiduciario.

Impuesto General a las Ventas

En materia de este tributo, es importante analizar dos temas: en primer lugar si las transferencias de bienes muebles e inmuebles en dominio fiduciario generan la obligación de pagar el I.G.V.⁷; y, en segundo lugar, a quién corresponde abonar el impuesto por las operaciones gravadas que se lleven a cabo en el marco de procesos de titulación.

En cuanto al primer punto, debe señalarse que las transferencias de bienes que el fideicomitente realiza para la constitución del patrimonio fideicometido a través de un proceso de titulación, no dan lugar al pago del I.G.V., así se trate de bienes muebles o de inmuebles que hubieran sido edificados por el originador con fines de la enajenación.

La Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del T.U.O. de la Ley del I.G.V. señala:

"Precísase que la transferencia en dominio fiduciario de bienes muebles y la primera transferencia en dominio fiduciario de inmuebles, de ser el caso, que efectúa el fideicomitente a favor del fiduciario para la constitución de un fideicomiso de titulación, así como la devolución que realice el fiduciario al fidei-

comitente del remanente del patrimonio extinguido, no constituyen venta de bienes ni prestación de servicios, para efecto de este impuesto.

Igualmente no es venta de bienes ni prestación de servicios, el acto por el cual el fiduciario constituye un patrimonio fideicometido.

Asimismo, precísase que en el fideicomiso de titulación, el fiduciario presta servicios financieros al fideicomitente, a cambio de los cuales percibe una retribución y el dominio fiduciario sobre cualquier tipo de bienes".

La norma antes mencionada resulta acertada y despeja las dudas existentes en torno a la obligación de pagar el I.G.V. en el caso de las transferencias de bienes para la constitución de patrimonios fideicometidos. Se recoge así, la corriente doctrinaria expuesta líneas arriba en relación a la naturaleza jurídica de las transferencias en dominio fiduciario, al precisar la Ley que tales operaciones no califican como "ventas" gravadas con el impuesto, lo que implica reconocer que ellas no suponen la "transmisión de propiedad de los bienes", supuesto que constituye el hecho generador del tributo.

Conviene destacar que las transferencias de bienes muebles e inmuebles a que se refiere la Décimo Quinta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del T.U.O. de la Ley del I.G.V. son aquellas efectuadas por el originador en calidad de dominio fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, así como las realizadas en el momento de la devolución del remanente luego de concluido el fideicomiso. Por tanto, cualquier otra transferencia de bienes que pudiera llevarse a cabo entre el patrimonio fideicometido y el fideicomitente a título distinto de los indicados anteriormente, dará lugar a la aplicación del I.G.V. en el caso que los bienes se encuentren sujetos al pago del tributo.

Analicemos seguidamente a quién corresponde abonar el impuesto por las operaciones gravadas que se lleven a cabo en los procesos de titulación.

El artículo 9 de la Ley del Impuesto General a las Ventas, establece que los patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras tienen la condición de contribuyentes del impuesto.

⁷ El IGV grava, entre otras operaciones, la venta de bienes muebles y la primera venta de inmuebles que realice el constructor. Conforme al numeral 3 del artículo 2 del Reglamento de la Ley del IGV, se entiende por "venta", todo acto a título oneroso que conlleve la transmisión de propiedad de bienes, independientemente de la denominación que le den las partes, tales como venta propiamente dicha, permuta, dación en pago, expropiación, adjudicación por disolución de sociedades, aportes sociales, adjudicación por remate o cualquier otro acto que conduzca al mismo fin. Asimismo, la norma considera como "venta" a los retiros de bienes que realicen los sujetos del impuesto.

Consecuentemente, tanto el fideicomitente como el patrimonio fideicometido resultarán obligados al pago de este impuesto por las operaciones comprendidas en el campo de aplicación del tributo que cada uno realice.

Pongamos, como ejemplo, una titulización que realiza una empresa financiera de los flujos futuros que se derivan de las cuotas de contratos de arrendamiento financiero. En este caso, el obligado al pago del I.G.V. por cada una de las cuotas que abonen los arrendatarios será la entidad financiera, pues es ella la que brinda el "servicio" gravado con el impuesto. El hecho que se transfieran al patrimonio fideicometido los flujos futuros derivados de las cuotas, no implica que la entidad financiera haya cedido su posición contractual en los contratos de leasing, lo que implica que ésta mantiene su condición de arrendadora en dichos contratos. Además, no podría ser de otra manera, pues, como se sabe, únicamente las entidades del sistema financiero se encuentran autorizadas a llevar a cabo estas operaciones.

En tal sentido, al ser la entidad financiera la que efectúa la prestación gravada con el tributo (dar en uso un bien mueble o inmueble a cambio de una retribución), será ella la obligada al pago del I.G.V. De igual manera, al ejercerse la opción de compra por el arrendatario, la empresa financiera deberá pagar el I.G.V., cuando corresponda.

Por su parte, el patrimonio fideicometido deberá efectuar el pago del I.G.V., en aquellos casos en los que venda bienes adquiridos a terceros o generados por los activos transferidos en dominio fiduciario, o cuando preste algún servicio gravado con el impuesto, lo cual ocurriría, por ejemplo, si refinancia algún crédito.

Es importante mencionar que, según el numeral 11 del Apéndice II de la Ley del Impuesto General a las Ventas, se encuentran exonerados hasta el 31 de diciembre del año 2000 "los intereses que se perciban, con ocasión del cobro de la cartera de créditos transferidos en dominio fiduciario por Empresas de Operaciones Múltiples del Sistema Financiero, a que se refiere el literal A del artículo 16° de la Ley 26702 y que integran el activo de un patrimonio fideicometido".

Dicha exoneración no alcanza a los intereses por refinanciamientos y otros conceptos que pudiera obtener el patrimonio fideicometido, al originarse en operaciones distintas a las celebradas por el originador.

La mencionada exoneración, sólo se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre del presente año, aunque es sabido que las citadas exenciones se prorrogan año tras año.

No obstante, aún si no se prorrogara la referida exoneración, los flujos que perciba el patrimonio fideicometido provenientes de los créditos transferidos, no darían lugar al pago del I.G.V., al no haber prestado dicho patrimonio ningún servicio de crédito. Esta interpretación ha sido recogida en el Proyecto de modificaciones al Reglamento de la Ley del I.G.V.⁸ en el cual se precisa que, en los casos de transferencias de crédito, el transferente es el único contribuyente por las operaciones que originaron los créditos cedidos, aunque se establece como condición para ello que se deje constancia en un "documento" (cuyas características, forma y condiciones podrán ser reguladas por SUNAT) del monto del crédito transferido, de los intereses devengados a la fecha de transferencia, así como aquéllos que no se hubieran devengado a dicho momento pero que forman parte del monto transferido.

El proyecto de norma también señala que "por excepción, el adquirente será contribuyente respecto de los intereses y demás ingresos que se devenguen a partir de la fecha de la transferencia, siempre que no se encuentren incluidos en el monto total consignado en el comprobante de pago que sustente la transferencia del crédito, inclusive cuando no se hubiere emitido éste último".

Comentando la exoneración prevista en el numeral 11 del Apéndice II de la Ley del Impuesto General a las Ventas, en su oportunidad se dijo lo siguiente:

"Si bien el fin de la norma fue despejar las incertidumbres existentes a fin de promover la realización de procesos de titulización en el caso de entidades financieras, lo cual resulta plausible; sin embargo, otorga una innecesaria exoneración a una operación que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Impuesto General a las Ventas, creando así mayores confusiones.

En efecto, debe tenerse presente que el I.G.V. grava operaciones específicas. Así, en el caso de empresas, financieras o no, las operaciones de crédito están comprendidas en el ámbito de aplicación del tributo al calificar como "servicios" afectos, consistentes en una prestación de dar determinada suma de dinero por un cierto plazo, a cambio de lo cual se percibe una

⁸ Aún no publicado a la fecha del presente artículo.

retribución -intereses- que constituye renta de tercera categoría. En el caso de préstamos bancarios, el servicio es brindado por la entidad financiera y no por el patrimonio de propósito exclusivo quien no realiza ninguna operación afecta al I.G.V. que requiera de exoneración.

Además, el decreto supremo incurre en un error de técnica legislativa ya que no es posible exonerar "ingresos determinados (intereses)" pues el I.G.V. grava operaciones y son éstas las que, en todo caso, deben ser materia de exoneración (las exoneraciones contenidas en el Apéndice II de la Ley del I.G.V. son de carácter objetivo).

Por tanto, si se quería aclarar que los intereses que perciben los patrimonios de propósito exclusivo no generan la obligación de pagar I.G.V., hubiera bastado con "precisar" que son los bancos y no los patrimonios los que brindan los servicios de crédito".⁹

En lo que se refiere a la venta de los bienes transferidos en dominio fiduciario, aunque no existe precisión legislativa alguna al respecto, el obligado al pago del tributo debe ser el fideicomitente, toda vez que –para propósitos tributarios- tales bienes permanecen en su activo, tal como se señaló anteriormente.

Esta interpretación encuentra fundamento en el hecho que la Ley del I.G.V. ha señalado que la transferencia de bienes en dominio fiduciario, no constituye venta de bienes ni prestación de servicios.

Finalmente, en lo que respecta a la emisión de comprobantes de pago y partiendo de la premisa que los bienes transferidos en dominio fiduciario permanecen en el activo del fideicomitente, puede concluirse que es éste quien debe emitir los respectivos comprobantes de pago a los terceros adquirentes. Sin embargo, se trata sólo de una interpretación que, tributariamente, resulta ser la más adecuada, porque las normas vigentes no contienen ninguna regulación sobre este extremo.

Ahora bien, tratándose de la venta de bienes distintos de los recibidos en dominio fiduciario, o de la prestación de servicios que realice directamente el patrimonio fideicometido, corresponderá a éste emitir los comprobantes de pago respectivos.

Tributos Municipales:

El régimen tributario aplicable a las transferencias fiduciarias, mal que bien, ha sido regulado para

efectos del Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas; en cambio, no existe ninguna disposición que aclare el tratamiento que corresponde en el caso de los tributos municipales que pudieran afectar a este tipo de operaciones.

Como vimos anteriormente, se discute en doctrina si la transferencia fiduciaria implica la traslación del derecho de propiedad en favor del fiduciario. Si se entendiera que este tipo de transferencias conllevan a la de la nuda propiedad a que se refiere el Código Civil, debería concluirse que las mismas dan lugar al pago de tributos municipales, como es el caso del Impuesto de Alcabala, el cual grava las transferencias de inmuebles urbanos y rústicos.

Sin embargo, la opinión mayoritaria de los especialistas, se inclina por considerar a estas transferencias como operaciones *sui generis* que no conllevan la transferencia plena de los derechos y atributos de la propiedad, por lo que es posible concluir que no se precipita la hipótesis de incidencia prevista en la Ley de Tributación Municipal que genera el pago del Impuesto de Alcabala.

A fin de evitar interpretaciones distintas por parte de las autoridades tributarias municipales, es necesario que se plasme de manera expresa en la Ley, que este tipo de transferencias en dominio fiduciario no generan la obligación de pagar el Impuesto de Alcabala, al igual de lo que se ha hecho en los casos del Impuesto a la Renta e Impuesto General a las Ventas a los que nos referimos anteriormente.

En relación a la solución dada al problema en México, Rodolfo Batiza comenta:

“En la práctica se suscitaron dudas respecto a si el impuesto sobre traslación de dominio de inmuebles gravaba las operaciones de fideicomiso. La Procuraduría Fiscal del Distrito Federal en uso de sus facultades para interpretar las leyes fiscales en caso dudoso, preparó un estudio (contenido en el oficio 247, expediente F-151/011/142, de fecha 30 de julio de 1952, D.O. de 26 de agosto siguiente, en el cual expuso que lo que gravaba el impuesto indicado es la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, tal como se entendía en el derecho romano, es decir, en forma completa y no restringida, sin más limitaciones y modalidades que las señaladas por las leyes. En cuando al fideicomiso, se planteaba la situación de si las transmisiones de inmuebles hechas por el fideicomitente al fiducia-

⁹ CORDOVA ARCE, Alex. "Titulización de Carteras Crediticias e IGV"; En: Revista La Banca número 70.

rio son de aquellas que grava el impuesto. Con apoyo en diversas disposiciones de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley General de Instituciones de Crédito y de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en el sentido de que como los bienes dados en fideicomiso no responden de las deudas del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, de que el fideicomisario puede reivindicar los bienes que indebidamente hubieren salido del patrimonio en fideicomiso, de que los mismos bienes en ningún caso quedan afectados a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo y de que dichos bienes no entran en la masa de la quiebra de la institución fiduciaria, conclúyase que en los casos de fideicomiso en que se establezca que el fideicomitente transmite a la fiduciaria la propiedad e los bienes inmuebles, no se opera la transmisión de propiedad que es objeto del impuesto, porque tal transmisión fiduciaria no es completa y, por lo mismo, no causa dicho impuesto”.¹⁰

Respecto del Impuesto Predial, tampoco existe un tratamiento especial para los bienes entregados en fideicomiso. No obstante, siguiendo la interpretación

que la transferencia fiduciaria no implica la traslación del derecho de propiedad, el fideicomitente debe continuar pagando el tributo respectivo por los bienes inmuebles entregados en fideicomiso, sin perjuicio que, contractualmente, pudiera establecerse que las sumas desembolsadas con la ocasión del pago del impuesto sean cubiertas con cargo al patrimonio fideicometido.

Ello no impide que en este tipo de operaciones, para un mejor control tributario, se establezca la obligación del fideicomitente y fiduciario de comunicar oportunamente a la Administración Tributaria las transferencias de inmuebles que se realizan en el marco de estos procesos.

Al igual que en los casos anteriores, queda evidenciada la necesidad de contar con regulaciones específicas que orienten adecuadamente a los contribuyentes respecto de las implicancias fiscales que se derivan de los procesos de titulización y así evitar sobrecostos y contingencias innecesarias que desalienten la ejecución de los mismos, como hemos mencionado en forma reiterativa a lo largo de este trabajo.

¹⁰ BATIZA, Rodolfo; Op.Cit.; p. 170 y 171.