

El fideicomiso y sus implicancias tributarias



WALKER VILLANUEVA GUTIÉRREZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Tributario por la Universidad de Navarra (España).
Postgrado en International Taxation en Leiden University (Países Bajos).
Profesor de las Maestrías en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad ESAN.

SUMARIO:

- I. Problemas de la regulación legal del fideicomiso en el Perú.
- II. El fideicomiso en la ley interna.
- III. El Patrimonio Fideicometido y los patrimonios autónomos: sus características comunes:
 1. La garantía de prenda genérica;
 2. El patrimonio de afectación;
 3. El fiduciario como titular del dominio fiduciario;
 4. El control contable separado.
- IV. La regulación tributaria del fideicomiso en el Perú - Apreciación crítica.
- V. La regulación del Impuesto a la Renta:
 1. El principio de transparencia fiscal;
 2. El impuesto a la Renta en los fideicomisos:
 - 2.1. El nacimiento del fideicomiso: La transferencia del dominio fiduciario;
 - 2.2. La vida del fideicomiso: rentas, ganancias y utilidades generadas durante su existencia;
 - 2.3. La extinción del fideicomiso.
 3. El impuesto al Valor Agregado en el fideicomiso:
 - 3.1. Contribuyente del IVA;
 - 3.2. Transferencia del dominio fiduciario;
 - 3.3. Las prestaciones realizadas durante la vida del fideicomiso;
 - 3.4. Las prestaciones realizadas a la extinción del patrimonio.
 4. En el Impuesto de Alcabala e Impuesto Predial.
- VI. Convenios de Doble Imposición (CDI)
- VII. Conclusión.



I. PROBLEMAS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL FIDEICOMISO EN EL PERÚ

Reflexionar sobre el fideicomiso no es tarea sencilla, la experiencia nos demuestra que es un instrumento útil para alcanzar distintas finalidades, es una herramienta dúctil, pero sobre todo su regulación normativa en el Derecho Civil suscita diversos problemas jurídicos que subvierten las bases dogmáticas de la propiedad como derecho único, excluyente y exclusivo. Veamos dos situaciones comunes en la vida de los negocios y las dudas que surgen a partir de la utilización de este vehículo.

- Se transfiere el dominio fiduciario de un terreno sobre el cual se realizan edificaciones ¿Las edificaciones son propiedad civil del fiduciario o del fideicomitente o forman parte del dominio fiduciario? ¿Quién es titular jurídico para transferir la propiedad civil de las edificaciones en caso se trate de un fideicomiso inmobiliario o para alquilarlas?
- Se transfiere el dominio fiduciario de un derecho de superficie ¿La propiedad civil de las edificaciones que se construyen a partir de la constitución del patrimonio, es de titularidad del fideicomitente o del fiduciario o forma parte del dominio fiduciario? ¿Quién es el titular jurídico para vender o alquilar las referidas edificaciones? ¿En la compra venta debe intervenir el propietario civil y el fiduciario?

Los ejemplos planteados tienen como propósito evidenciar que la legislación adolece de claridad en cuanto a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario. No se trata de prurito dogmático, se trata de resolver problemas concretos de la vida cotidiana con instituciones jurídicas

cuyo contenido esté claramente delimitado. El dominio fiduciario ¿es un derecho real distinto al de la propiedad civil? ¿Es un derecho real sobre bien propio? ¿Cómo se relaciona con el derecho de propiedad? ¿Son excluyentes?

Lo que no queda claro a la luz de nuestra legislación de fideicomiso es si el derecho de propiedad queda suspendido, en estado de pendencia mientras exista el dominio fiduciario, o si por el contrario, el dominio fiduciario excluye al derecho de propiedad. La regulación adecuada entre dominio fiduciario y propiedad permitiría responder con claridad los problemas jurídicos planteados en nuestros ejemplos. Dado que no se tiene certeza del contenido del dominio fiduciario y sus poderes jurídicos, los operadores del derecho que utilizan esta figura se ven en la obligación de exigir la intervención del titular del derecho de propiedad civil para la transferencia de los bienes en las situaciones expuestas, a fin de evitar cualquier cuestionamiento en la adquisición de la propiedad¹.

Otras críticas relevantes en el funcionamiento del fideicomiso en el mercado legal peruano que nos han sido gentilmente proporcionadas por Rodrigo Mendoza, abogado especialista en fideicomisos, son las siguientes:

1. Dada la amplitud y flexibilidad de los fideicomisos, las partes pueden pactar las reglas detalladas y específicas para la administración eficiente de los patrimonios fideicometidos, lo que ha generado un ambiente en el que la sofisticación de la negociación de los actos constitutivos, así como la pluralidad de partes que intervienen en dichas negociaciones, y la abstracción y detalle (a la vez) que requieren estas estructuras, demandan en muchos casos altos costos en

1. Otros problemas jurídicos son los plazos de impugnación de nulidad, anulabilidad de las transferencias fiduciarias por falta de claridad entre los plazos previstos en la Ley del Sistema Financiero y el Código Civil. "Con el objeto de revertir de mayor seguridad jurídica en el mercado, sugerimos establecer una regla clara y eficiente respecto de las causales, plazos y consecuencias derivadas de la nulidad y anulabilidad de las transferencias fiduciarias (las realizadas por el fideicomitente a favor del fiduciario), e incluso de las transferencias fideicomisarias (las ejercidas por el fiduciario a favor del fideicomisario)." Comentarios aportados por Rodrigo Mendoza, abogado peruano especialista en fideicomisos.

recursos humanos, para lograr obtener una estructura que sea eficiente en el tiempo, tomando en cuenta que en muchos casos, las operaciones de fideicomiso están desarrolladas para que perduren más de 5 años, periodo estándar de cualquier inversión.

2. Desde un punto de vista práctico, otro aspecto delicado es la intromisión del fiduciario en los sistemas operativos de las empresas que requieren del fideicomiso, principalmente en el manejo de fondos; puesto que, desde la suscripción del acto constitutivo, los procesos operativos, por más flexible que sea la estructura, tendrán que pasar por el Fiduciario. En ese sentido, las empresas fiduciarias debieran de realizar inversiones en optimizar dichos procesos, en beneficio de sus propios clientes, de manera tal que, no se genere una animadversión a la figura del fideicomiso, por la duplicidad de procesos que se pueden generar al implementar un esquema de esta naturaleza. Esta crítica la debemos entender e interpretar, de modo tal que, no reduzca la seguridad en dichos procesos, manteniendo a salvo siempre los bienes y derechos transferidos a un patrimonio fideicometido.
3. Otra crítica de carácter comercial son los costos involucrados; tanto en la estructuración como en la administración de los patrimonios fideicometidos. Si bien son costos que responden a un encargo sofisticado, y de confianza, resulta ser la principal razón por la cual esta figura legal aún se encuentra reservada para grandes inversiones y emprendimientos, alejándose de la cotidianidad en la que su aplicación podría ser muy importante para todo tipo de negocios, a menor escala, pero que por la peculiaridad de sus componentes, requieren de esquemas que generen confianza entre los contratantes.
4. Otra crítica importante es la adecuada proporción entre los costos de administración del patrimonio fideicometido y las responsabilidades que asume el patri-

monio fideicometido en su operatividad (representada, claro está, por el Fiduciario). Muchas actividades de control y supervisión de los bienes que se transfieren a un patrimonio fideicometido, quedan sujetas únicamente a una mera formalidad de presentar reportes periódicos, pero no se asume un real control de los bienes que se administran. El argumento en muchos casos para no pactar cláusulas en ese sentido, son los costos en que se incurrirán para atender a un control efectivo de los bienes que administra un fiduciario. Este aspecto tan simple, de responsabilidades versus costos, en nuestra opinión, simplemente desnaturaliza la figura del fideicomiso, por una cuestión económica.

5. Lo antes indicado, nos lleva a cuestionar también la necesidad de que el servicio fiduciario recaiga en una empresa supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros. Los sobrecostos de la regulación conllevan un nivel de inversión bastante elevado para la constitución y operación de una empresa fiduciaria, no generándole un real valor agregado, el hecho de que se encuentre sujeta a supervisión, ya que las sanciones civiles y penales que recaen en el Factor Fiduciario, son las que generan el desincentivo para una mala o fraudulenta administración de los activos de un patrimonio fideicometido.

II. EL FIDEICOMISO EN LA LEY INTERNA

En el Perú, el fideicomiso está regulado en la Ley del Sistema Bancario y Financiero desde la década del 90. Actualmente, esta figura se utiliza intensivamente en los distintos tipos de negocios, sólo las entidades bancarias y financieras y sociedades tituladoras pueden desarrollar el rol de fiduciario, lo que le garantiza de solvencia y transparencia a esta figura aunque los costos de transacción todavía son elevados. A este fideicomiso se le conoce como "fideicomiso bancario".

La Ley de Mercado de Valores regula el fideicomiso de titulización como un vehículo para las emisiones de bonos en el mercado de capitales

y su utilización como un vehículo de financiación. A este fideicomiso se le conoce como "fideicomiso de titulización".

En el ámbito tributario, la Ley del Impuesto a la Renta (Ley del IR) tiene una regulación expresa desde el año 1997 a través de la cual se reconocía al patrimonio fideicometido del fideicomiso de titulización como persona jurídica para fines impositivos y se mantenía los efectos tributarios del fideicomiso bancario en cabeza del fideicomitente por la vía de reconocer que la transferencia del dominio fiduciario no surtía ningún efecto tributario. Posteriormente, a partir del año 2002 ya no se reconoce al patrimonio fideicometido como persona jurídica y se regula un sistema de atribución de rentas con reglas especiales que vamos a describir en este trabajo, y durante los últimos años se ha ido introduciendo sucesivas modificaciones a fin de cubrir vacíos y lograr neutralidad en los efectos impositivos de este vehículo de inversión.

En el IVA, la Ley del IGV sólo tiene una regulación específica del patrimonio fideicometido derivado del fideicomiso de titulización al que le reconoce la condición de sujeto contribuyente del IGV cuando se trata de fideicomisos empresariales o de ejecución de negocios. Completa la regulación con la precisión normativa que la transferencia del dominio fiduciario no constituye venta ni prestación de servicios. Ninguna regla existe con referencia al fideicomiso bancario, lo que genera ciertas dificultades de interpretación y sobre todo inconvenientes en la ejecución de los negocios.

El fideicomiso es una relación jurídica por el cual el fideicomitente transfiere el dominio fiduciario sobre bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto

al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario (Ley 26702, artículo 241). Los efectos jurídicos derivados de la celebración del contrato de fideicomiso son los siguientes:

- Genera un efecto traslativo directo sobre los bienes en fideicomiso, en cuanto la norma señala que el fideicomitente "transfiere" y no sólo "se obliga a transferir". El contrato de fideicomiso genera efectos reales inmediatos y no sólo efectos obligacionales.
- Genera la constitución de un patrimonio autónomo, el patrimonio fideicometido, como consecuencia del efecto traslativo. El efecto constitutivo del contrato se aprecia con toda claridad en el siguiente precepto: "La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente" (Ley 26702, artículo 246).
- El patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y en su caso del destinatario de los bienes remanentes (Ley 26702, artículo 241). En ese sentido, "el patrimonio no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisario, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentren a disposición de ellos, de ser el caso" (Ley 26702, artículo 253). En consecuencia, dicho patrimonio no está sujeto a la prenda genérica de que disponen los acreedores del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario².

2. "Su independencia respecto del patrimonio general los sustrae de integrar la garantía común referida. La excepción a este principio básico del derecho de obligaciones impone -como ya se dijo- que la creación de un patrimonio de afectación esté prevista por la Ley. En ello concuerdan todas las opiniones, clásicas y modernas: sólo la ley puede facultar a un sujeto a que limite su responsabilidad frente a sus acreedores." MARIO GIRALDO, Pedro. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 18.

- El patrimonio fideicometido sólo responde las obligaciones concertadas por el fiduciario en ejercicio de su dominio fiduciario. En efecto, la ley señala que los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido el fideicomiso (Ley 26702, artículo 254).

Los patrimonios autónomos son una realidad presente e indiscutible en la actualidad, es el caso de los Fondos Mutuos de Inversión³, de los Fondos de Inversión⁴, de los Patrimonios Fideicometidos⁵ y de otros Fondos Públicos creados por leyes especiales. La característica esencial que puede predicarse de cada uno de estos fondos es que implican la constitución de un patrimonio autónomo cuyo propósito exclusivo está predeterminado en la ley. Son notas comunes a la existencia de estos patrimonios:

- La derogación del derecho de prenda genérica para los acreedores del fideicomitente o fideicomisario respecto del patrimonio fideicometido, genera la necesidad de otorgar oponibilidad al patrimonio autónomo constituido frente a terceros. Dicho oponibilidad opera respecto de los bienes inscribibles mediante su inscripción registral y respecto de los bienes no inscribibles (bienes, derechos u otros) con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la Ley (Ley 26702, artículo 246). Veamos a continuación la ley interna que regula la existencia de este patrimonio autónomo.

- La derogación de la garantía ilimitada de la que disponen los acreedores. Los bienes que conforman estos fondos no pueden ser agredidos por ningún acreedor del constituyente, del administrador o del beneficiario del Fondo.

- La limitación a la libre disposición de los recursos del Fondo. Las facultades de disposición, uso y disfrute sobre los bienes que conforman el Fondo se encuentran predeterminados por la ley.

- La presencia de un ente (persona natural o jurídica) administrador de este patrimonio, excepto el caso del fideicomiso bancario o de titulización en que se tiene al titular del dominio fiduciario.

III. EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO Y LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS: SUS CARACTERÍSTICAS COMUNES

3. Decreto Legislativo 861, Ley de Mercado de Valores. Artículo 238 (modificado por la Ley 27649).- Fondo mutuo de inversión en valores es un patrimonio autónomo integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en instrumentos y operaciones financieras. El fondo mutuo es administrado por una sociedad anónima denominada sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores, quien actúa por cuenta y riesgo de los partícipes del fondo.
4. Decreto Legislativo 862, Ley de Fondos de Inversión. Artículo 1 (Concepto de Fondo de Inversión modificado por Ley 27641).- Fondo de Inversión es un patrimonio autónomo integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en instrumentos, operaciones financieras y demás activos, bajo la gestión de una sociedad anónima denominada Sociedad Administradora de Fondos de Inversión, por cuenta y riesgo de los partícipes del Fondo. (...) Estos Fondos también pueden ser administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos de Inversión en Valores a las que se refiere la Ley del Mercado de Valores.
5. Decreto Legislativo 861, Ley de Mercado de Valores. Artículo 310 (Patrimonio Fideicometido).- El acto constitutivo, una vez cumplida la forma establecida, genera un patrimonio autónomo, distinto al patrimonio propio de la sociedad tituladora, del fideicomitente, del fideicomisario y de la persona designada como destinatario de los activos remanentes del fideicomiso. Sobre dicho patrimonio la sociedad tituladora ejerce el dominio fiduciario a que se refiere el artículo 313.
6. Artículo 241 de la Ley 26702, Ley del Sistema Financiero. Concepto de fideicomiso (...) Segundo párrafo: El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Tercer párrafo: Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria (...).

- El control contable separado de las operaciones que se realizan en la ejecución del propósito específico.

Estas notas explican *per se* la necesidad de que la constitución de un patrimonio autónomo venga autorizada implícita o explícitamente por la ley. La voluntad de las partes es insuficiente para sustraer bienes del derecho de prenda genérica de todo acreedor y para imponer limitaciones en cuanto a las facultades de uso, disposición o de disfrute de los bienes afectados a la finalidad específica.

1. La garantía de prenda genérica

El patrimonio general es la garantía sobre la cual puede actuar todo acreedor en caso de incumplimiento de las obligaciones a que se comprometió el deudor.

"En toda obligación con efectos jurídicos, el acreedor tiene, respecto de los bienes que integran el patrimonio de su deudor, el derecho de realizarlos y hacerse pago con su importe en caso de incumplimiento. A esta afectación genérica de todos los bienes del deudor, existentes al momento de la ejecución, se ha dado en llamarla 'prenda general'. Con esta denominación imperfecta se pretende destacar que dichos bienes del patrimonio del deudor están implícitamente afectados al cumplimiento de sus obligaciones de tipo patrimonial o mixto."⁷

Los bienes que conforman el patrimonio autónomo están sustraídos de esta garantía general, de modo que no pueden ser agredidos por los acreedores del constituyente del patrimonio, del administrador o del propietario fiduciario del patrimonio o de los beneficiarios del patrimonio⁸. Esta sola circunstancia implica la necesidad

de que la generación del patrimonio venga autorizada en la ley.

"Su independencia respecto del patrimonio general los sustrae de integrar la garantía común referida. La excepción a este principio básico del derecho de obligaciones impone -como ya se dijo- que la creación de un patrimonio de afectación esté prevista por la ley. En ello concuerdan todas las opiniones, clásicas y modernas: sólo la ley puede facultar a un sujeto a que limite su responsabilidad frente a sus acreedores."⁹

2. El patrimonio de afectación

El patrimonio de afectación o de destino es el conjunto de bienes sujeto a una o varias finalidades predeterminadas en la ley. Con ese propósito, la ley autoriza la generación de un patrimonio autónomo que sólo puede ser utilizado en lograr las finalidades previstas en la ley.

Hay una relación de medio a fin, entre autonomía y afectación especial, puesto que aquella sirve como instrumento para lograr el objetivo específico. Dicha autonomía garantiza que el patrimonio sea vulnerable sólo por las obligaciones surgidas en el ejercicio de las facultades predeterminadas por la ley.

Ello implica que la ley señala lo que puede hacerse con el patrimonio (las facultades predeterminadas por ley) y las obligaciones que lo pueden afectar (aquellas contraídas en el ejercicio de dichas facultades). En definitiva, es usual que la ley precise qué inversiones se pueden realizar con los recursos del patrimonio, qué facultades se puede ejercer sobre ellos y qué obligaciones los afectan.

7. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "La Prenda". En *Derechos Reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 277.

8. Respecto de los patrimonios fideicometidos véase el artículo 253 de la Ley de Empresas del Sistema Financiero y el artículo 311 de la Ley de Mercado de Valores; respecto de los Fondos Mutuos, el artículo 260, segundo párrafo de la Ley de Mercado de Valores y respecto de los Fondos de Inversión, el artículo 14 de la Ley de Fondos de Inversión.

9. MARIO GIRALDO, Pedro. *Op. cit.*, p. 18.

3. El fiduciario como titular del dominio fiduciario

En el contrato de fideicomiso, el fiduciario tiene la titularidad del dominio fiduciario, lo que le concede las facultades plenas de administrar, usar y reivindicar los bienes sobre los que ejerce dicho dominio¹⁰. Se trata de un derecho real especial, en que la titularidad está limitada al logro de la finalidad específica, es más que un mero administrador aunque no llega a ser un propietario civil pleno.

En otros patrimonios autónomos hay un administrador que -de ordinario- es ente técnico debidamente capacitado para desarrollar en forma eficiente y profesional la administración del patrimonio en el logro del objetivo específico propuesto. El administrador se define en términos del contrato de mandato: "Siendo la administración un verdadero mandato, el administrador no es más que un mandatario (v.) con obligaciones y sus derechos (...)". Agrega que "por el origen de sus funciones, hay administradores legales, judiciales y voluntarios"¹¹.

En consecuencia, la situación jurídica del administrador frente al patrimonio no es la que corresponde al propietario. Tiene las facultades legales necesarias para lograr la finalidad específica como si se tratara de un mero mandatario. En el fideicomiso, el fiduciario no es solo un administrador, ni tampoco un propietario civil pleno, es un *tertium genus* que le permite al fiduciario ejercer dominio fiduciario sobre el patrimonio fideicometido.

4. El control contable separado

A fin de controlar si el patrimonio de afectación se dispone en el logro de la finalidad específica, se dispone usualmente al administrador que realice el control contable separado de la

que corresponde a su propio patrimonio. Por esa razón, la ley impone al administrador o al fiduciario la obligación de llevar contabilidad independiente por cada patrimonio que se encuentra a su cargo¹².

IV. LA REGULACIÓN TRIBUTARIA DEL FIDEICOMISO EN EL PERÚ – APRECIACIÓN CRÍTICA

La regulación tributaria del fideicomiso, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años para proporcionar un régimen tributario adecuado, aún presenta las siguientes inconsistencias que vamos a describir:

1. En el IR, si bien nos parece adecuada la regla de gravar los resultados de la transferencia fiduciaria cuando los bienes no retornan al fideicomitente, no es coherente esa regla con respecto a las rentas y/o ganancias que genera el patrimonio fideicometido, las cuales siguen atribuyéndose al fideicomitente para el pago del IR, aun a pesar que la ley fiscal considera que este ha transferido su derecho en forma definitiva al patrimonio fideicometido. Este problema se presenta en el fideicomiso bancario, no así en el fideicomiso de titulización, la razón es que en el primero, la ley atribuye la condición de contribuyente al fideicomitente respecto de las rentas y/o ganancias de los bienes fideicometidos; mientras que en el fideicomiso de titulización, depende del instrumento de constitución, puede ser, el fideicomitente, fideicomisario o un tercero el encargado de pagar el IR por las rentas y/o ganancias de los bienes fideicometidos.
2. En esa misma línea, la transferencia del fiduciario al fideicomisario a la extinción del patrimonio fideicometido debería efectuarse al costo tributario que tiene al

10. Véase el artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero y artículo 313 de la Ley de Mercado de Valores.

11. CABANELLAS GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I. Editorial Heliasta. p. 171.

12. Artículo 273 de la Ley del Sistema Financiero, artículo 306, incisos a) y d) de la Ley de Mercado de Valores, artículo 262 de la Ley de Mercado de Valores (Fondos Mutuos) y artículo 14 de la Ley de Fondos de Inversión.

- momento de su transferencia. La ley obliga a reconocer una nueva ganancia derivada de esta transferencia fideicomisaria, que se imputa al fideicomitente en el fideicomiso bancario o al fideicomitente, fideicomisario o un tercero en el fideicomiso de titulación. En otras palabras, en la transferencia fiduciaria sin retorno, se producen dos enajenaciones cuyos resultados están sujetos al pago del IR en dos momentos diferentes: (i) la transferencia fiduciaria al momento de la constitución del patrimonio y (ii) la transferencia fideicomisaria al momento de la extinción del patrimonio. Nuestra opinión es que la transferencia fiduciaria debería gravarse al momento de la constitución y la transferencia fideicomisaria debería efectuarse al costo fiscal que tiene al momento de la extinción del patrimonio fideicometido.
3. El fideicomiso de flujos futuros por la naturaleza de los derechos transferidos, créditos existentes o créditos que surgirán en el futuro (créditos futuros), deben sujetarse a las reglas del fideicomiso sin retorno¹³, generándose una enajenación cuyos resultados se calculan por la diferencia entre el valor de la transferencia y el valor de retorno, cuando lo apropiado sería otorgar a este fideicomiso el tratamiento de un fideicomiso de garantía. Como fideicomiso en garantía no habría enajenación sino únicamente cuando se ejecuten los flujos futuros.
 4. Las normas del IR e Impuesto al Valor Agregado (denominado Impuesto General a las Ventas en el Perú, en adelante nos referimos a él como IVA) no está concordadas. En el IR se regula un régimen de atribución de rentas en función al criterio del percibido (para inversionistas personas naturales domiciliadas o personas no domiciliadas) o devengado (para inversionistas empresas domiciliadas), mientras que en el IVA se reconoce personería jurídica al patrimonio fideicometido de un fideicomiso de titulación y se guarda completo silencio del fideicomiso bancario. Esta falta de concordancia origina:
 - a. En el fideicomiso bancario que las operaciones gravadas con el IVA (ventas, alquileres, intereses, etc.) sean de responsabilidad del fideicomitente como contribuyente, quien está obligado a emitir el comprobante de pago gravado con el Impuesto. Sin embargo, el obligado a determinar el IR no es el fideicomitente sino el fiduciario como titular del dominio fiduciario del patrimonio fideicometido, quien debe determinar el IR del patrimonio fideicometido y atribuirlo al fideicomitente practicando las retenciones del IR que corresponda. Lo que conduce a analizar la ley tributaria con dos antifaces diferentes: (i) en el IR se debe examinar al fiduciario quien es el responsable de determinar la Renta y practicar la retención al fideicomitente y, (ii) en el IVA, debemos analizar sólo la actuación del fideicomitente que debe liquidar directamente el IVA de sus operaciones sujetas.
 - b. En el fideicomiso de titulación, en cambio, el patrimonio fideicometido es contribuyente del IVA, emite sus comprobantes de pago y grava las operaciones con el Impuesto. Esto permite que el fiduciario centralice toda la información necesaria para liquidar el IVA en cabeza de cada patrimonio, así como para liquidar la renta neta o pérdida tributaria atribuible al fideicomitente, fideicomisario o un tercero. Aquí la regulación es más coherente.
 5. La ausencia de reglas para el fideicomiso bancario en el IVA obliga a realizar comple-

13. La Ley del IR señala que "no se otorga el tratamiento de Fideicomiso en Garantía a aquel patrimonio fideicometido constituido con flujos efectivos de garantía." (artículo 14-A, último párrafo de la Ley del IR). Lo que no significa que los flujos futuros transferidos bajo un fideicomiso en garantía se produzca una enajenación.

jas interpretaciones sobre si la transferencia fiduciaria constituye venta o prestación de servicios y sobre el contribuyente de las operaciones gravadas que realice el fiduciario durante la vida del fideicomiso, así como de la transferencia fideicomisaria al finalizar el fideicomiso. Existe consenso en nuestro país respecto a que la transferencia fiduciaria no constituye venta de bienes, ni prestación de servicios, porque la primera requiere transferencia de propiedad (no incluye el dominio fiduciario) y la segunda requiere contraprestación, la que usualmente está ausente en las transferencias fiduciarias. Las operaciones realizadas por el fiduciario durante el ejercicio del dominio fiduciario, como por ejemplo arrendamiento sobre los bienes fideicometidos, intereses de préstamos, constitución de usufructos o derechos de superficie, ¿son atribuibles al titular del dominio fiduciario o al propietario civil? El consenso más por practicidad que por convencimiento técnico dogmático es que el contribuyente del IVA es el fideicomitente en su condición de propietario civil, porque bajo su responsabilidad se realizan los distintos actos civiles que configuran los hechos gravados del IVA y finalmente respecto de la transferencia fideicomisaria si retorna al fideicomitente no se configura el hecho gravado venta ni servicio, porque no hay transferencia de propiedad ni contraprestación a cambio. En cambio, si el fiduciario transfiere el bien a un tercero fideicomisario, se estará transfiriendo la propiedad del bien, sea a título gratuito u oneroso y en ambos casos gravados con el impuesto.

V. LA REGULACIÓN DEL IMPUESTO A LA RENTA

1. El principio de transparencia fiscal

La tributación de los Fondos de Inversión y Patrimonios Fideicometidos tiene distintos modelos de tributación a nivel de derecho comparado. El principio de neutralidad sustenta la aplicación uniforme de la fiscalidad aplicable a la inversión directa e indirecta, en el sentido que el inversionista no debe tomar su decisión en cuanto a la forma de inversión (directa o indirecta) influido por consideraciones fiscales. El régimen fiscal que expresa mejor esta idea es de la transparencia fiscal (*principle of transparency or full transparency*), conforme a la cual, las rentas deben mantener su naturaleza originaria y atribuirse en el mismo momento en que se atribuye en las inversiones directas¹⁴. La transparencia fiscal enfrenta doctrinariamente dos problemas centrales:

1. La transformación de las rentas, situación que se presenta cuando el tipo de renta generado por el Fondo o Patrimonio a nivel de éste, cambia a otro tipo de renta cuando es distribuido al inversionista. En efecto, puede ocurrir que en el patrimonio fideicometido se generen intereses, dividendos y ganancias de capital, que a nivel del inversionista pasan a convertirse íntegramente en ganancias de capital con ocasión de su rescate o redención¹⁵. Si el tratamiento a las distintas rentas y ganancias de capital fuera uniforme, esta transformación no generaría ningún problema tributario. En el Perú, a partir del ejercicio 2009, ha entrado en vigencia el régimen fiscal dual para las rentas de capital y ganancias de capital sometidas que están sometidas ahora a un mismo tratamiento fiscal (5%), con excepción de los dividendos que tiene una tasa de 4.1%.

La transformación de las rentas es evitada a través de la regla "flowthrough of income"

14. VITALA, Tomi, *Taxation of Investment Funds in the European Union*. Doctorial Series 8. IBFD, Volumen 4, pp. 52 y 53.
15. Otra forma de transformación ocurre en los patrimonios fideicometidos considerados como contribuyentes del impuesto, al momento de distribuir lo hacen a título de dividendo y cuando el inversionista vende su participación realiza una ganancia de capital para efectos impositivos sin importar el contenido de las rentas generadas por el patrimonio. Esta situación se presentaba en el Perú entre 1997 y 2002 en que el patrimonio fideicometido era contribuyente del IR y distribuía a los inversionistas, dividendos.

o "pass-through of income", en virtud de la cual se considera que se conserva la misma condición de renta obtenida a nivel del patrimonio fideicometido y al momento de su atribución al inversionista. En el Perú existe una regla de esta naturaleza conforme a la cual se señala que los ingresos conservan su carácter gravado, inafecto o exonerado (Ley del IR, artículo 29-A, Tercer Párrafo).

2. El momento en que se reconoce la renta a nivel del inversionista es un aspecto bastante problemático para cumplir a cabalidad con el principio de transparencia absoluta. Esto se logra a través de la imputación o atribución de rentas al inversionista o a través de presunción de distribución, denominada "deemed-distribution approach" o mediante el establecimiento de la obligación de distribución. La desviación a este principio de transparencia fiscal absoluta ocurre cuando se permite la acumulación, lo que en nuestro país ocurre cuando el fideicomiso es no empresarial y el inversionista es una persona natural domiciliada o una persona no domiciliada, mientras que en los fideicomisos empresariales se imputa la renta conforme se devenga o en los no empresariales se imputa con igual criterio si el inversionista es persona jurídica domiciliada.

En ese sentido, cualquier desviación al principio de transparencia (*full transparency* o transparencia absoluta) la vamos a denominar como transparencia relativa. Esta precisión sólo tiene como propósito evitar el uso indiscriminado de distintas denominaciones, transparencia fiscal propia o impropia¹⁶, o transparencia absoluta versus régimen de acumulación de renta, o transparencia fiscal versus atribución de rentas.

Más allá de las nomenclaturas, lo importante son los contenidos, la transparencia absoluta cuando se iguala las condiciones

tributarias entre inversiones directas e indirectas, y la transparencia relativa cuando admitimos desviaciones de este principio.

2. El Impuesto a la Renta en los fideicomisos

Las reglas aplicables a los fideicomisos pueden distinguirse en tres niveles:

2.1 *El nacimiento del fideicomiso: La transferencia del dominio fiduciario.*

En la constitución del fideicomiso, se distingue entre la transferencia sin retorno y con retorno del fideicomitente a favor del patrimonio fideicometido. Si el dominio fiduciario se transfiere sin retorno, esta se encontrará gravada con el IR, como si de una enajenación se tratara, caso en el cual, el fideicomitente deberá pagar el IR en función al devengo de la renta si es persona jurídica o en función a la percepción de la renta si es persona natural. A su vez, el patrimonio fideicometido considerará como costo fiscal el valor de mercado de la transferencia del dominio fiduciario a fin de determinar la renta o pérdida que se atribuirá al inversionista.

Aquí es donde nuestra legislación es particular. Si bien parece recoger un sistema de transparencia fiscal (no tributa el patrimonio fideicometido), reconoce la generación de ganancias de capital en la transferencia del dominio fiduciario del fideicomitente al patrimonio fideicometido. En nuestra ley, los patrimonios fideicometidos, sea de titulación o bancarios o los fondos de inversión o fondos mutuos, no son contribuyentes del IR atribuyéndose esa condición a los partícipes de los fondos, al fideicomitente en el fideicomiso bancario y al fideicomitente, fideicomisario o un tercero en el fideicomiso de titulación.

En otras palabras, se regula la transparencia fiscal, pero al mismo tiempo se da efectos tributarios a la transferencia del dominio fidu-

16. Falcón y Tella, Ramón nos explica que la transparencia propia se aplica a los entes con personalidad jurídica y la impropia a los entes sin personalidad jurídica. *El régimen de Transparencia Fiscal*. IEF. 1984.

ciario generando una ganancia de capital en el fideicomiso sin retorno y atribuyendo el mismo costo fiscal en el fideicomiso con retorno, a fin que el fiduciario determine la rentas y/o ganancias que se produzcan durante la existencia del patrimonio fideicometido.

El fideicomiso en garantía es el único que estaría correctamente alineado con el principio de la transparencia fiscal, porque la norma prevé que la transferencia fiduciaria no tiene efectos tributarios, de modo que, el obligado a determinar las reglas y ganancias del fideicomiso es el propio fideicomitente. Igual principio se recoge en el fideicomiso cultural y filantrópico, aunque aquí la regla desincentiva la celebración de este tipo de fideicomiso porque se considera que el fideicomitente es el contribuyente de las rentas y/o ganancias que deriven del patrimonio fideicometido.

2.2 *La vida del fideicomiso: rentas, ganancias y utilidades generadas durante su existencia.*

La Ley de IR recoge la regla del "passthrough of income" cuando dispone que la sociedad administradora "deberá distinguir la naturaleza de los ingresos que componen la atribución, los cuales conservarán el carácter de gravado, inafecto o exonerado que corresponda de acuerdo a esta ley" (artículo 29-A, Tercer Párrafo). Sin embargo, no se trata de una aplicación estricta del principio de transparencia fiscal, conforme al cual, la renta debe atribuirse conforme esta se vaya generando a favor del inversionista, a fin de que tener una tributación uniforme entre las inversiones directas y las inversiones a través de estos vehículos.

La Ley señala que la atribución debe realizarse en función dos criterios:

(i) **El carácter empresarial o no del patrimonio fideicometido:** Si se trata de un patrimonio que ejecuta una actividad empresarial, un negocio o empresa, la atribución se debe realizar conforme al devengado, considerando que el devengo se produce cuando se redimen o rescatan

los certificados o bonos o al cierre de cada ejercicio, lo que ocurra primero. A la renta neta se le aplica una retención del 30% sin interesar si el partícipe es persona natural o persona jurídica según el principio del devengado.

En cambio, si se trata de un fideicomiso no empresarial, como por ejemplo, uno destinado a la inversión en títulos de renta fija o variables, la atribución de rentas se realizará conforme al percibido con ocasión de la redención o rescate de su certificado de participación por el partícipe. A la renta atribuida y percibida se le aplica la retención que corresponda al tipo de renta: (i) dividendos 4.1%, (ii) intereses y ganancias de capital 6.25% de la renta neta.

En cambio si el partícipe es persona jurídica la determinación de la renta neta se realiza sobre base real, aplicando el principio de causalidad para la determinación de la renta neta y la tasa aplicables es de 30%. En este caso la retención se practica en función al devengado. Desde luego, no está demás precisar que la retención en función al devengado no constituye una auténtica obligación de retención, de modo que no podrá aplicarse el régimen jurídica de las infracciones y sanciones prevista para las obligaciones de retención (no retener o habiendo retenido, no declarar y/o pagar la retención).

(ii) **El domicilio de los contribuyentes del fideicomiso:** si se trata de un fideicomiso bancario o de titulización constituido por un no domiciliado, el fideicomiso debe calcular su base imponible sobre ingresos brutos a fin de atribuir los ingresos a las partes en función al criterio de lo percibido y debe retener el IR con la tasa aplicable según el tipo de renta de que se trate, mientras que si se trata de personas domiciliadas en el país, la base imponible se determinará aplicando el mismo régimen fiscal que corresponda a las personas naturales (6.25% de la renta neta y 30% sobre la renta neta real calculada según el principio de causalidad).

El contribuyente puede evitar la retención acreditando pérdidas tributarias o créditos tributarios a su favor.

¿Qué conviene destacar de este régimen fiscal? El esfuerzo del legislador de otorgar un tratamiento fiscal neutral según **el tipo de renta** (empresarial o no) y **el tipo de contribuyente** (domiciliado o no domiciliado o persona natural o persona jurídica) de que se trate.

En el fideicomiso empresarial, la renta se calcula sobre base real y se retiene 30% y en el fideicomiso de inversión o no empresarial, el IR depende del tipo de inversionista, se retiene 6.25% sobre la renta neta calculada en base imputada (se reconoce 20% de gastos sin necesidad de acreditarlos) para las personas naturales domiciliadas y se retiene 30% sobre renta neta real calculada en aplicación del principio de causalidad para las personas jurídicas domiciliadas.

En los fideicomisos empresariales o de inversión, cuando el contribuyente es no domiciliado, se debe calcular la renta sobre ingresos brutos, sin posibilidad de deducir costos o gastos y la retención se efectúa al momento de la percepción de la renta y según el tipo de renta que se atribuya. En este caso, varían las tasas de retención según se trate de persona natural o jurídica y según el tipo de renta: 4.1% para dividendos, 4.99%, 5% ó 30% para intereses, 30% para ganancias de capital inmobiliarias, 5% para ganancias de capital bursátiles y 30% para ganancias extrabursátiles.

2.3 La extinción del fideicomiso.

La extinción del fideicomiso se produce con la transferencia fideicomisaria del fiduciario al fideicomisario que genera una ganancia de capital gravada con el IR en cabeza del fideicomitente en el fideicomiso bancario o del

fideicomitente, fideicomisario o un tercero en el fideicomiso de titulización. En cambio, si los bienes del patrimonio retornan al fideicomitente no se genera ninguna ganancia o renta sujeta al IR.

3. El Impuesto al Valor Agregado en el fideicomiso

En el caso del IVA si se trata de viabilizar negocios o inversiones pasivas, la transferencia del dominio fiduciario es sólo un puente que permite alcanzar esos objetivos, de modo que, no sería apropiado que la transferencia del dominio fiduciario esté sujeta al pago del IVA porque no se trata de una transacción generadora de riqueza o de valor agregado, es una transacción neutral cuya finalidad es que, a través del patrimonio fideicometido, alcance el objetivo propuesto. Si se busca desarrollar un proyecto inmobiliario, la transferencia del terreno y de los flujos futuros de las ventas o arriendos no generan ningún valor agregado; en cambio, las ventas o arriendos en cabeza del patrimonio fideicometido, sí. Veamos como regula la ley estas transacciones.

3.1. Contribuyente del IVA.

En el caso del fideicomiso de titulización, el patrimonio fideicometido es contribuyente del impuesto con su propio número de identificación fiscal (Registro Único de Contribuyente-RUC), con su propio registro de compras donde controlará el IVA de compras y su propio registro de ventas donde controlará el IVA de ventas y demás obligaciones formales. La condición que exige la ley es que patrimonio fideicometido esté destinado a ejecutar un negocio o empresa.

Los fideicomisos que tengan como objeto principal la realización de actividades de inversión que no son actividad empresarial,¹⁷

17. En ese sentido véase la STJCE, *Polysar Investments Netherlands BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Asunto C-60/90, en la que se señala que: "Article 4 of the Sixth Council Directive (77/388/EEC) of 17 May 1977, on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment, must be interpreted as meaning that a holding company whose sole purpose is to acquire holdings in other undertakings, without involving itself directly or indirectly in the management of those undertakings, without prejudice to its rights as shareholder, does not have the status of a taxable person for the

no están contemplados expresamente como contribuyentes del Impuesto, lo que nos parece adecuada a la naturaleza de este tipo de fideicomisos, puesto que el IVA solo debe afectar ventas o servicios realizados en ejercicio de una actividad empresarial. La particularidad de esta regulación radica en que cuando las personas no ejercen actividad empresarial, se atribuye la condición de contribuyente si realiza habitualmente las operaciones gravadas con el Impuesto, lo que en el caso de los servicios, se configura con cualquier ejecución de servicio similar a uno de carácter comercial.

Entendemos que última regla no es aplicable a los patrimonios fideicometidos de titulización, porque al realizar sólo actividades de inversión (por ejemplo, compra y venta de acciones, compra y venta de bonos, percepción de dividendos o percepción de intereses), no se está ejecutando una actividad empresarial sino inversiones que generan rentas pasivas. Aunque referida a la legislación europea del IVA resulta pertinente citar a Blázquez Lidoy que comenta la jurisprudencia europea en el STJCE 29.4.2004, EDM, As.C-77/01:

“(…) que las operaciones financieras pueden estar comprendidas en el ámbito de aplicación del IVA siempre y cuando su finalidad sea la de obtener ingresos continuados en el tiempo de actividades que exceden el marco de la mera adquisición o propiedad -gestión como inversor priva-

do- y se enmarquen en el ejercicio de una actividad comercial de operaciones financieras. A estos efectos, ni la importancia de la venta ni la utilización en la misma de servicios de inversión son criterios válidos para distinguir entre actividad privada y comercial. Por tanto, si nos encontramos ante operaciones en las que se actúa como propietario y no como comerciante son operaciones excluidas del ámbito del IVA.”¹⁸

Como ya señalamos, en el caso del fideicomiso bancario se tiene consenso, más por razones prácticas que técnico-dogmáticas, que el contribuyente del Impuesto es el fideicomitente, porque como propietario civil es el que realiza las ventas o servicios gravados con el Impuesto. El fideicomitente está gravado con el IVA cuando se trate de patrimonio que ejerzan actividad empresarial o que no ejerciéndolo realicen las operaciones gravadas con carácter habitual.

3.2. *Transferencia del dominio fiduciario.*

En el IVA, la transferencia del dominio fiduciario, al margen del análisis exegético de si encaja como venta de bienes o prestación de servicios, es apropiado reflexionar si el uso de dicho vehículo pretende viabilizar “negocios o empresas” que de otro modo no serían posibles. Si fuera este el caso, la transferencia del dominio fiduciario en si mismo no es una transacción que genere nueva riqueza o valor agregado, es solo un acto transitorio que viabiliza negocios

purposes of value added tax and therefore has no right to deduct tax under Article 17 of the Sixth Directive. The fact that the holding company belongs to a world-wide group of undertakings, which appears outwardly under a single name, is not relevant to the company's classification as a taxable person for the purposes of value added tax.

(Artículo 4 de la Sexta Directiva del Consejo (77/388/CEE) de 17 de mayo de 1977, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros referidas al Impuesto sobre el Volumen de Negocios-Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme, debe interpretarse en el sentido de que una sociedad holding cuyo único objetivo consiste en adquirir participaciones de otras empresas, sin que ello implique una participación directa o indirecta en la gestión de dichas empresas, sin perjuicio de sus derechos como accionista, no tiene la condición de sujeto pasivo a efectos de Impuesto sobre el Valor Añadido y, por lo tanto, no goce del derecho a la deducción del Impuesto de conformidad con el artículo 17 de la Sexta Directiva. El hecho de que la sociedad holding pertenezca a un gran grupo de empresas, que aparece hacia el exterior bajo un solo nombre, no es relevante para que la empresa sea clasificado como sujeto pasivo a efectos de Impuesto sobre el Valor Añadido.

18. BLÁZQUEZ LIDOY, Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Año 2004. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid, 2005, p. 119.

generadores de valor agregado, de modo que lo conveniente sería sujetar al IVA la ejecución del negocio o empresa llevada a cabo bajo el dominio fiduciario del fiduciario.

Sobre el particular, la Ley del IVA señala que no constituye venta ni prestación de servicio la transferencia del dominio fiduciario en los fideicomisos de titulación, aunque a iguales conclusiones puede llegarse en el fideicomiso bancario, porque la transferencia del dominio fiduciario no implica transferencia de propiedad (que es lo que requiere el concepto de venta) y porque dicha transferencia no se realiza a cambio de una contraprestación (que es lo que requiere el concepto de servicio).

3.3. Las prestaciones realizadas durante la vida del fideicomiso.

Como ya nos preguntamos anteriormente, las operaciones realizadas por el fiduciario durante el ejercicio del dominio fiduciario, como por ejemplo el arrendamiento sobre los bienes fideicometidos, los intereses de préstamos, la constitución de usufructos o de derechos de superficie ¿son atribuibles al titular del dominio fiduciario o al propietario civil? El consenso más por practicidad que por convencimiento técnico dogmático es que el contribuyente del IVA es el fideicomitente en su condición de propietario civil, porque bajo su responsabilidad se realizan los distintos actos civiles que configuran los hechos gravados del IVA y porque sería inviable que el fiduciario se haga cargo de dichas obligaciones a falta de una regla que atribuya la condición de contribuyente al mismo patrimonio, que sería lo más adecuado según nuestra opinión.

Debe notarse que en el caso de los patrimonios fideicometidos (bancario y de titulación), el administrador de tales patrimonios (fiduciario) tiene la carga de determinar la renta neta o pérdida tributaria en el ámbito del IR para atribuirla a quien corresponda. El fiduciario debe controlar toda la información tributaria necesaria para determinar el Impuesto a la Renta Anual. En el fideicomiso de titulación, como quiera que el patrimonio es contribuyente del IVA, el obligado a emitir los comprobantes de pago es el propio

patrimonio, de modo que, el fiduciario dispone de la información necesaria para determinar la renta neta o pérdida tributaria.

En cambio, en el patrimonio fideicometido de un fideicomiso bancario, el fideicomitente es el contribuyente del IVA y el obligado a emitir el comprobante de pago, mientras que el fiduciario tiene la carga de conocer los ingresos, gastos y costos para calcular la renta neta o pérdida tributaria derivada del fideicomiso, para lo cual deberá establecer coordinaciones muy exactas con el fideicomitente a fin de tener la información en su debida oportunidad.

3.4. Las prestaciones realizadas a la extinción del patrimonio.

Finalmente, respecto de la transferencia fideicomisaria si retorna al fideicomitente no se configura el hecho gravado venta ni servicio, porque no hay transferencia de propiedad ni contraprestación a cambio; en cambio, si el fiduciario transfiere el bien a un tercero fideicomisario, se estará transfiriendo la propiedad del bien sea a título gratuito u oneroso y, en ambos casos gravados con el impuesto.

4. En el Impuesto de Alcabala e Impuesto Predial

En referencia al Impuesto de Alcabala, la ley grava la transferencia de propiedad de bienes inmuebles a título oneroso o gratuito. Esta descripción del hecho gravado nos releva de cualquier comentario. La transferencia del dominio fiduciario no encaja dentro del hecho gravado del Impuesto de Alcabala, como tampoco la transferencia fideicomisaria al extinguirse el fideicomiso si estos retornan al fideicomitente.

Sin embargo, alguna controversia se presentó en el medio local cuando el Servicio de Administración Tributaria interpretó a través de la Directiva 001-006-0000012 (publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 18 de julio de 2008) que están gravadas con el Impuesto de Alcabala las transferencias para la constitución de patrimonios autónomos, lo que confirma nuestra interpretación en el sentido que las transferencias fiduciarias no están gravadas con este impuesto.

Esta precisión interpretativa alcanza a la transferencia de propiedad para la constitución de Fondos de Inversión u otro tipo de patrimonios autónomos, pero no a la transferencia fiduciaria. Finalmente, a través del Oficio 001-090-000 de 13 de agosto de 2008, el Servicio de Administración Tributaria reconoce que la precisión interpretativa a través de la citada Directiva no alcanza a las transferencias fiduciarias.

En cuanto al Impuesto Predial que grava la propiedad de bienes inmuebles, los supuestos prácticos de la introducción de este trabajo ilustran la falta de delimitación conceptual entre la propiedad civil y el dominio fiduciario. De modo que, en principio, el propietario civil será obligado a pagar el Impuesto Predial y no el titular del dominio fiduciario.

VI. CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN (CDI)

Los CDI genera la discusión de su condición de persona para efectos de la aplicación del CDI. Este primer nivel de discusión se supera con el reconocimiento expreso de los CDI o con la mención genérica a "agrupación de personas". El trust, o fideicomiso, está reconocido expresamente como persona a los efectos de la aplicación del CDI con Canadá. El artículo 1, inciso d), del CDI señala que el término persona incluye a un fideicomiso (en la versión española del CDI Canadá-Perú) o un trust (en la versión inglés del CDI-Canadá Perú).

El segundo nivel de discusión es si el trust es residente para efectos de los CDI. En este punto, según las reglas de atribución de la condición de contribuyente y su sujeción al principio de fuente mundial, tal condición puede recaer el settlor, el trust o los beneficiarios, lo que genera los denominados conflictos de atribución, porque las reglas de los distintos países pueden diferir en la atribución de la condición de contribuyente.

El tercer nivel de discusión es la interpretación de las reglas de distribución del poder tributario contenidos en los artículo 6 a 21 del Modelo OCDE. El planteamiento del profesor Danon en relación a los trust y los CDI es muy convincente en el sentido que el contexto del CDI conduce a una interpretación única y consensuada de los términos "paid to" y "derived by" en lugar de acudir a la *lex fori* referida a las reglas de atribución interna, de modo que el contexto del CDI requiere concordancia entre el artículo 1 (residente) y las reglas de distribución, de modo que la renta se entienda pagada a quien reclama la aplicación del CDI como residente¹⁹.

Compartimos plenamente la interpretación contextual del profesor Danon para resolver los problemas de doble imposición en la aplicación de los Trust, lo que además permite aplicar las reglas del CDI correspondiente, que por regla general, resuelven los problemas de doble imposición jurídica y no los doble imposición económica que es la que se produce en el ámbito de los Trusts, porque las reglas de atribución de la condición de contribuyente recae en distintas personas.

VII. CONCLUSIÓN

La utilización del fideicomiso como una herramienta legal que permite implementar distintas alternativas tiene el inconveniente de la confusa regulación tributaria y la falta de coordinación entre las reglas del Impuesto a la Renta y del IGV, así como de los impuestos municipales. La regulación coordinada del Impuesto a la Renta y del IGV requeriría que el fiduciario que administra el patrimonio autónomo, se encargue de determinar el IR y el IGV, caso en el cual el patrimonio de ambos tipos de fideicomisos debería obtener su número de RUC. Esto último permitiría que el fiduciario determine la renta neta o pérdida tributaria y lo atribuya a los inversionistas y en el IGV que se pague el impuesto a nombre del patrimonio.

19. DANON, Robert. "Conflicts of Attribution of Income Involving Trusts under the OECD Model Convention: The Possible Impact of the OECD Partnership Report". Intertax. Volumen 32.