

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**“ANÁLISIS CRÍTICO DEL FIDEICOMISO PERUANO. ENTENDIENDO SU
TRATAMIENTO IMPOSITIVO DE RENTA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
TRIBUTARIO**

AUTOR

Rodrigo Olano Romero

ASESOR

Javier Gustavo Oyarse Cruz

LIMA – PERÚ

Abril, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

Se elige realizar la presente investigación, con el propósito de aportar algunas reflexiones que coadyuven a entender pormenorizadamente la regulación tributaria de la fiducia peruana. Su objetivo general es efectuar un análisis crítico de su regulación civil (contractual), mercantil y tributaria; específicamente del impuesto a la renta. Para hacer ello, previamente, se debe conocer cabalmente su: naturaleza jurídica, tratamiento jurídico mercantil y tributario, específicamente del impuesto de la mención. La hipótesis del presente trabajo es que: i) existe una inadecuada regulación del contrato de fideicomiso, que comprende, entre otros aspectos, el partir del preconcepto que, al ser el fiduciario, exclusivamente una entidad bancaria, por sí, garantiza una óptima administración del patrimonio fiduciario; ii) su tratamiento impositivo de renta es desarticulado; iii) no hay homogeneización en señalar quién es el contribuyente en cada tipo de fideicomiso. El resultado que se busca con la elaboración de la presente tesina es determinar si la fiducia en el Perú está regulada adecuadamente. Sus principales conclusiones son que: i) nuestro sistema jurídico trata, acertadamente, al patrimonio fideicometido como un vehículo neutro (transparencia fiscal), debido a que este no grava doblemente la renta obtenida por dicho contrato, cumpliéndose con el principio de neutralidad que todo sistema jurídico y tributario debe regirse, y ii) el tratamiento impositivo de renta del contrato que nos ocupa presenta vacíos legales, como: a) no definir qué tipo de fideicomiso (con retorno o sin retorno) es el fideicomiso testamentario y, el de flujos futuros de efectivo. Estos dos tipos de fiducia deben ser tratados como sin retorno, ya que la naturaleza de estos fideicomisos es que sus bienes no reviertan al fideicomitente porque su finalidad es que no se queden en su esfera patrimonial; b) no estipular que se admita, de plano, la intervención excluyente de propiedad solicitada por un fiduciario. Ello conlleva a que se vea perjudicado el fideicomiso materializado. Otra debilidad de nuestra normativa jurídica tributaria de renta es que no hay uniformidad en estipular que, en todos los fideicomisos, el contribuyente sea el beneficiario. Para elaborar la presente tesina se utilizan los siguientes métodos: 1) cualitativo, 2) descriptivo-observacional, 3) deductivo y 4) bibliográfico.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen Ejecutivo.....	1
Índice.....	2
Introducción.....	4
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DEL FIDEICOMISO.....	12
1.1. Definición de fideicomiso.....	12
1.2. Naturaleza jurídica de fideicomiso en el Perú.....	12
1.3. Legislación bancaria peruana.....	14
1.4. Finalidad de constituir un fideicomiso.....	23
1.5. Tipos de fideicomisos.....	23
1.5.1. Fideicomiso bancario.....	23
1.5.2. Fideicomiso de titulización.....	24
1.5.3. Fideicomiso de garantía.....	26
1.5.4. Fideicomiso de flujos futuros de efectivo.....	26
1.5.5. Fideicomiso testamentario.....	27
CAPÍTULO II: MARCO LEGAL TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO.....	30
2.1. Tratamiento tributario común a los fideicomisos.....	30
2.2. Tratamiento tributario específico de cada tipo de fideicomiso y discusión de su problemática impositiva de renta.....	33
2.2.1. Fideicomiso bancario.....	33
2.2.2. Fideicomiso de titulización.....	34
2.2.3. Fideicomiso de garantía.....	34
2.2.4. Fideicomiso de flujos futuros de efectivo.....	37
2.2.5. Fideicomiso testamentario.....	38
2.3. Tasa impositiva a aplicar a los contribuyentes de un fideicomiso.....	38
2.4. Tratamiento de la depreciación de activos fijos en fideicomisos.....	39
2.5. Tratamiento tributario de la transferencia de flujos futuros de efectivo.....	40
2.6. Retención del impuesto a la renta.....	42
CAPÍTULO III: LEGISLACIÓN COMPARADA: COLOMBIA.....	44
3.1. Análisis comparativo del tratamiento impositivo de renta entre Colombia y Perú.....	44

Conclusiones.....	48
Recomendaciones.....	51
Bibliografía.....	54



INTRODUCCIÓN

Nuestra normatividad tributaria del impuesto a la renta: 1) no estipula, de manera homogénea, quiénes son los contribuyentes en cada clase de fideicomisos: i) en el bancario, señala que el sujeto pasivo es el fideicomitente, ii) el de titulización, le da la calidad de contribuyente al beneficiario de dicho fideicomiso, que puede ser: el fideicomisario o fideicomitente (originador), según lo que se haya pactado en el acto constitutivo, iii) en el testamentario, le atribuye la calidad de contribuyente al fideicomisario, iv) en el de garantía, dispone que son contribuyentes del impuesto a la renta, el fideicomitente, en caso se realice dentro de uno bancario. Pero, si se llevara a cabo bajo el ámbito de uno de titulización, lo será el fideicomisario o fideicomitente, según se haya pactado, en su acto constitutivo; 2) regula sus diversos aspectos de manera desarticulada. Asimismo, tanto la SUNAT como el Tribunal Fiscal no interiorizan adecuadamente lo que denota fiducia. En virtud de lo manifestado, se elige realizar la presente investigación para aportar algunas reflexiones que coadyuven a entender cabalmente el contrato de fideicomiso (fiducia) peruano.

El objetivo general de la presente tesina es efectuar un análisis crítico de la regulación civil (contractual), mercantil y tributaria, específicamente del impuesto a la renta, del contrato de fideicomiso. Para hacer ello, previamente, se debe conocer cabalmente su naturaleza jurídica, su tratamiento mercantil y tributario, puntualmente del impuesto de la referencia.

La problemática que posee el Perú, en torno a la fiducia, es que su normatividad jurídica, en general, y tributaria, en específico, no es adecuada por: i) su dispersión; ii) su no uniformidad en estipular quién es el contribuyente en cada clase de fideicomiso; iii) partir de ideas preconcebidas, como que solo los bancos o una empresa de servicios fiduciarios pueden ser fiduciarios; iv) contener vacíos, como, por ejemplo, no definir qué tipo de fideicomiso (con retorno o sin retorno) es el testamentario y el de flujos futuros de efectivo, tal como lo demostraremos, con la presente investigación.

La hipótesis del presente trabajo es que: i) existe una inadecuada regulación del contrato de fideicomiso, que incluye, entre otros aspectos, el partir del preconcepto que, al ser el fiduciario exclusivamente una entidad bancaria, por sí, garantiza, una óptima administración del patrimonio fiduciario; ii) su tratamiento impositivo de renta es

desarticulado, y iii) no hay homogeneización en señalar quién es el contribuyente en cada tipo de fideicomiso.

El resultado que se busca con la elaboración de la presente tesina es determinar si la fiducia en el Perú está regulada adecuadamente.

El estado de la cuestión, como se demostrará a lo largo de esta investigación, es que ni la doctrina nacional ni la extranjera efectúa un análisis crítico exhaustivo alguno sobre la regulación jurídica del fideicomiso como lo hacemos nosotros. Walker Villanueva Gutiérrez, del Perú (2013: pp. 264-277)¹ y Ruth Salcedo Younes, de Colombia (2014: pp. 4-23)², tratan jurídicamente al fideicomiso desde la perspectiva de la transparencia fiscal. Miguel Mur Valdivia, del Perú, describe y evidencia cuál es el régimen de impuesto a la renta, en nuestro país, del contrato de fideicomiso (2004)³. Ana Cecilia Mac Lean Martins (2009: pp. 1-6)⁴, dice que la doctrina sobre fideicomisos es vasta en otros países de Latinoamérica, pero no en el Perú. A su vez, dicha autora, solo se centra en tratar el origen, concepto y naturaleza jurídica de la fiducia. Asimismo, el documento “Trust Anglosajón y el Fideicomiso Latinoamericano” (autor desconocido, sin fecha)⁵ define al fideicomiso y hace un recuento de sus antecedentes históricos. También, evidencia, de manera general, cómo el Derecho Mercantil regula la fiducia en México, Panamá, Colombia, Venezuela, Argentina, Uruguay, Perú, Ecuador y República Dominicana, sin entrar a mencionar someramente cuál es el tratamiento tributario del impuesto a la renta del fideicomiso en esos países. Existen otros documentos: 1) “Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en América Latina” (González: 2008)⁶, que sistematiza cómo el fideicomiso es regulado en América Latina, y 2) “La Fiducia en América Latina: Una experiencia sorprendente”, elaborado por Sergio Rodríguez Azuero (2008: pp. 36-44)⁷, que describen cómo se utiliza la

¹ Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11946/12514>

² Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.51.2014.02>

³ Recuperado de: <http://www.ipdt.org/editor/docs/Mur%2021.01.04.pdf>

⁴ Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18532/18772>

⁵ Recuperado de: <https://docplayer.es/67905845-Trust-anglosajon-y-el-fideicomiso-latinoamericano.html>

⁶ Recuperado de: www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202850PM.ppt

⁷ Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12252/12816>

fiducia en América Latina. De lo manifestado, se concluye que la doctrina solo realiza comparaciones sin realizar un análisis crítico.

Respecto a la jurisprudencia, el Tribunal Fiscal del Perú, mediante sus resoluciones números: 00772-4-2015 y 02048-10-15, resuelve si es procedente que un fiduciario interponga tercería excluyente de propiedad.

Tal como se puede apreciar, la literatura académica solo trata aspectos específicos de la fiducia, como: transparencia fiscal, tercería excluyente de propiedad, entre otros, sin efectuar un análisis crítico del contrato de fideicomiso.

Hacer dicho análisis permitirá que se entienda adecuadamente esta figura. Y, de esa manera, conocer comparativamente, cómo lo regula, tanto el Derecho Contractual y Mercantil como el Tributario.

Es pertinente comentar que el fideicomiso es una herramienta de inversión, debido a que busca obtener una rentabilidad de los activos que están inmersos en el patrimonio autónomo (patrimonio fideicometido o patrimonio fiduciario). También, se lo utiliza como un mecanismo de financiamiento porque logra dotar de recursos financieros al beneficiario de esta figura. Este trabajo ahonda en ello.

En nuestro país, se lo emplea: 1) para construir centros comerciales como: Real Plaza del Centro Cívico, operado por Intercorp (Grupo empresarial vinculado a Interbank), Plaza Lima Norte, ubicado en el distrito limeño de Independencia, que tiene 200 000 m² manejado, en un primer momento por el Grupo Wong y, actualmente, por la corporación EW, en virtud de que fue vendido a Cencosud; 2) para pagar indemnizaciones por daños y perjuicios; 3) para mantener infraestructura vial; 4) para conservar el Hogar Clínica San Juan de Dios, con los ingresos provenientes de los aportes obtenidos de la Teletón, desde 2008; entre otros fines.

El fideicomiso recién se materializa en el Perú, en 2001, cuando los bancos lo ven como una herramienta para mejorar las garantías de crédito (Comitre, P., 2015:30-36)⁸, debido a que atravesábamos un período recesivo porque habíamos

⁸ Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/serie-gerencia-para-el-desarrollo/2015/el-fideicomiso-financiamiento-publico/>

experimentado una desaceleración económica, en marzo de ese año, en 6.8% (2014)⁹. En otras palabras, decrecimos. La utilización de la fiducia permitió reestructurar financieramente empresas, que impactó en mejores ratios financieros, lo que conllevó a que ellas amortizaran óptimamente la deuda que habían contraídos con dichas entidades financieras. Esa forma de utilización fue muy relevante desde 2001 hasta 2005. A partir de ese año, se la emplea para cubrir el déficit de infraestructura. A su vez, se aplica al sector retail: ventas minoristas (2016)¹⁰.

El contrato de fideicomiso cada vez goza de más aceptación, ya que cada año ha aumentado el número de ellos: en 2005, se concretizaron 48 privados; en 2015, 193¹¹, y en 2016, 213¹².

Es pertinente manifestar que puede ser público o privado. La diferencia entre ellos radica en quién es el fideicomitente (beneficiario). Si lo es una entidad de la administración pública, tendrá la condición de pública. En cambio, si lo es un agente ajeno a ella, será privado.

Según, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), que es la asociación gremial que agrupa a las principales empresas concesionarias de infraestructura de servicios públicos en los sectores de energía, transporte, telecomunicaciones, salud y saneamiento, nuestra brecha en infraestructura es de US\$160,000 millones. Debido a ello, constituir fideicomisos públicos, es un mecanismo para acortarla. Permitirá: i) que se construya infraestructura vial y/o se mejore la existente, ampliar y/o modernizar el sistema de agua y alcantarillado (desagüe); ii) la construcción y/o perfeccionamiento de los hospitales y postas médicas; iii) la construcción y/o mantenimiento de puertos y aeropuertos; iv) la ampliación y mejoramiento de los servicios de telecomunicaciones (banda ancha, por ejemplo); v) la edificación de escuelas y/o ponerlas en valor; entre otras (2017)¹³.

⁹ Recuperado de: <http://semanaeconomica.com/article/economia/macroeconomia/142701-desaceleracion-economica-del-peru-como-nos-fue-en-otras-ocasiones/>

¹⁰ Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2016/08/24/el-nuevo-auge-delfideicomiso-en-el-peru/>

¹¹ Recuperado de: <https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=numero-operaciones>

¹² Recuperado de: <http://larepublica.pe/economia/851625-mercado-privado-de-fideicomisos-crecio-45-en-2016>

¹³ Recuperado de: <http://afin.org.pe/images/publicaciones/documentos/estudioeyafin.pdf>

Como punto adicional, referente a que solo el fiduciario debe ser exclusivamente un banco o una empresa de servicios fiduciarios, el profesor Walker Villanueva González (2013: 266) manifiesta lo siguiente: “En el Perú el fideicomiso está regulado en la Ley del Sistema Bancario y Financiero desde la década del noventa, 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 solvencia y transparencia a esta figura (resaltado nuestro)**, aunque los costos de transacción todavía son elevados. A este fideicomiso se le conoce como fideicomiso bancario”.

Al respecto, discrepamos con lo dicho por el Dr. Villanueva González, debido a que la confianza no se presume. En otras palabras, es una idea preconcebida sostener que, por tener esa cualidad, automáticamente actuará de buena fe: accionar que no necesariamente es así.

A su vez, es pertinente acotar que hacemos mención de este aspecto solo con el objetivo de ser rigurosos con el análisis crítico integral que estamos efectuando, sin que sea objeto de nuestro trabajo, por no estar circunscrito al área de investigación que nos ocupa, que es el Derecho Tributario.

De manera resumida, el tratamiento tributario, específicamente, el del impuesto a la renta es: 1) **en cuanto a los contribuyentes**, el artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta es el siguiente: i) en el bancario (de garantía y de administración), es el fideicomitente, ii) en el de titulación, el fideicomitente (originador) o fideicomisario, según lo que se haya pactado en el acto constitutivo quién será el beneficiario del mismo, iii) en el de flujos futuros de efectivo, el fideicomitente, si se realiza mediante uno bancario. En cambio, si se desarrolla en uno de titulación, será quien se haya consignado como beneficiario en el acto de constitución y iv) testamentario, el fideicomisario; 2) **si realiza actividad empresarial**, el contribuyente tributará por rentas de tercera categoría, de acuerdo con lo estipulado por el literal j) del artículo 28 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, atribuyéndolas mediante el criterio de imputación de lo devengado, tal como lo dispone el literal a) del artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, con una tasa del 29.5%, según lo señalado por el artículo 55 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. En cambio, **si no la realiza**, tributará por rentas de capital, segunda categoría, con una tasa efectiva del 5%, de acuerdo con lo normado por el artículo 52-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la

Renta atribuyéndolas mediante el criterio de imputación de lo percibido, en virtud de lo dispuesto por el literal d) del artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.

En cuanto a su estructura, el presente trabajo se divide en tres capítulos. En el primero, expondremos: el marco teórico del fideicomiso, su naturaleza jurídica, su problemática jurídica bancaria y el tratamiento jurídico mercantil de los distintos fideicomisos existentes en el Perú. En el segundo, analizaremos el marco legal tributario peruano del fideicomiso, desarrollando el tratamiento tributario de renta de los siguientes fideicomisos: fideicomiso bancario; fideicomiso de titulización; fideicomiso de garantía; fideicomiso de flujos futuros de efectivo, fideicomiso testamentario, desde las siguientes perspectivas: 1) quién es el contribuyente, 2) bajo qué criterio se imputa las rentas: devengado o percibido, 3) qué tasas se aplican, y 4) cómo se debe realizar la depreciación de los activos que se transfieren al fideicomiso. No se analizará el sistema de arrastres de pérdidas que arroje un fideicomiso determinado porque no es objeto de esta investigación. También, propondremos que se regule la transferencia de activos de los fideicomisos testamentarios y de flujos futuros de efectivo, es decir, que se estipule qué tipo de fideicomiso son: con retorno o sin retorno. En el tercero, evidenciaremos, de manera general, el tratamiento impositivo de renta que tiene Colombia, con el objetivo que sirva como insumo para perfeccionar la normatividad jurídica impositiva de renta peruana.

Como recomendaciones, evidenciaremos propuestas de mejora a la regulación tributaria impositiva de renta de los fideicomisos en los siguientes aspectos, sin elaborar un proyecto de ley, por no ser el objeto de un trabajo de investigación: desarticulación y escasa uniformidad de su regulación tributaria; inadecuado tratamiento normativo, en no haber homogeneidad en determinar quién es el contribuyente en cada tipo de fideicomiso; presenta vacíos legales, como la no determinación de la clase de fideicomiso (con retorno o sin retorno) que se tratan los siguientes fideicomisos: el testamentario y el de flujo futuro de efectivo.

Para elaborar la presente tesina, se aplicarán los siguientes métodos: 1) cualitativo, debido a que no se basa en elaborar y/o analizar datos estadísticos, como encuestas. Es decir, solo en evidenciar la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso, sus antecedentes y su tratamiento jurídico-tributario (impuesto a la renta) en el Perú; 2) descriptivo-observacional, porque comprobamos la hipótesis haciendo un análisis crítico de ese contrato, partiendo del estado del arte; 3) deductivo, ya que

iniciamos de lo general-cómo está regulado el fideicomiso-para llegar a lo específico, con el objetivo de validar nuestra hipótesis, y 4) bibliográfico, porque analizamos diversas fuentes del Derecho: jurisprudencia, doctrina y legislación, no solo nacional, sino también extranjera.

Como se verá en esta exploración, nuestra normatividad jurídica financiera solo permite que sea fiduciario, una entidad del sistema financiero (banco o una empresa de servicios fiduciarios). Asimismo, estipula, el inciso 1) del artículo 256 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros que es obligación del fiduciario cuidar y administrar los bienes y derechos con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador.

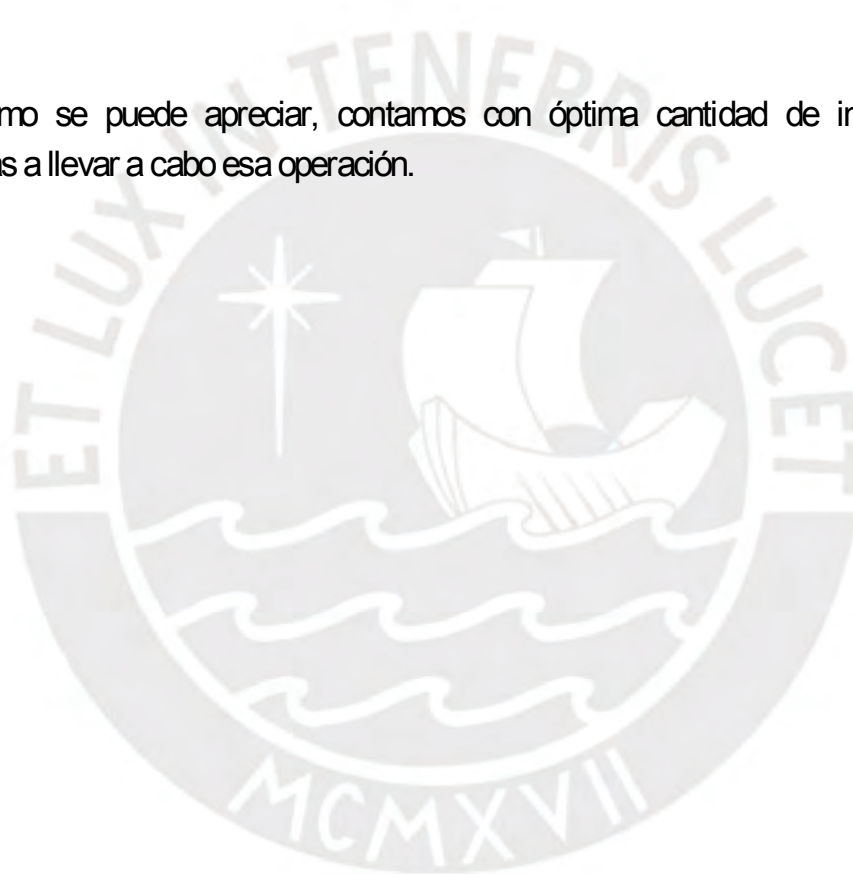
Por su parte, es adecuado preferir que, en aras del principio de la libre iniciativa privada, consagrado en el artículo 58 de nuestra Constitución Política de 1993, cualquier agente económico puede realizar la actividad económica que desee, que incluye la de ser fiduciarios, siempre y cuando no sea lesiva ni a la moral ni a la salud ni a la seguridad pública, conforme a lo estipulado por el artículo 59 de esta norma jurídica. Al restringir nuestra legislación esta actividad, solo a bancos o empresas de servicios fiduciarios, sin objetivizar (aplicar el test de proporcionalidad), estaría vulnerando dicho principio constitucional.

A continuación, para analizar la objetividad de dicha restricción, aplicaremos dicho test. Es decir, determinar si es: 1) **idónea**: tiene lógica (racionalidad) dicha restricción; es decir si cumplirá con la finalidad deseada: administrar el patrimonio fideicometido de forma óptima. No lo es porque cualquier agente económico diligente, administrará el fideicomiso de manera adecuada; 2) **necesaria**: sea útil para lograr el fin. Tampoco lo es porque la confianza no viene por añadidura. No es inherente. Se demuestra. Pueden obrar así, tanto los bancos como los que: no son entidades financieras y personas naturales, y 3) **proporcional**; es decir, si es que no existe un medio menos gravoso que el que no sea el restrictivo para cumplir con el objetivo encomendado. La hay. Es la autorregulación; es decir, que cada fiduciario brinde dicho servicio con eficiencia, responsabilidad y de manera rigurosa. De no hacerlo, los fideicomitentes se irán a la competencia.

En virtud de lo esgrimido, dicha limitación no es objetiva. No es el objeto de nuestro trabajo ahondar más en ello, solo ponerlo en relieve.

Es pertinente mencionar, que, en el Perú, existen veinte (20) empresas bancarias, entre privadas y públicas que están facultadas por el numeral 39 del artículo 221 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros a desarrollar el negocio fiduciario: Banco de Comercio, Banco de Crédito del Perú, Banco Interamericano de Finanzas (BanBif), Banco Pichincha, BBVA Continental, Citibank Perú, Interbank, MIBanco, Scotiabank Perú, Banco GNB Perú, Banco Falabella, Banco Ripley, Banco Santander Perú, Banco Azteca, Banco Cencosud, ICBC PERU BANK, Agrobanco, Banco de la Nación, COFIDE, Fondo MiVivienda¹⁴. Al igual que una empresa de servicios fiduciarios, como lo son: La Fiduciaria (2018), Fiduperu (2019) y Corfid (2019)¹⁵.

Como se puede apreciar, contamos con óptima cantidad de instituciones autorizadas a llevar a cabo esa operación.



¹⁴ Recuperado de: <http://www.bcrp.gov.pe/sitios-de-interes/entidades-financieras.html>

¹⁵ Recuperado de: <http://www.sbs.gov.pe/directorios/directorio-de-empresas-supervisadas/empresa-de-servicios-fiduciarios>

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DEL FIDEICOMISO

En este capítulo desarrollaremos el marco teórico (jurídico) del fideicomiso peruano, que comprende: su definición, naturaleza jurídica, y su legislación bancaria; así como, su problemática. Además, expondremos cuál es tratamiento mercantil de los distintos fideicomisos existentes en el Perú. El hacer ello nos permitirá comprenderlo cabalmente.

1.1. Definición de fideicomiso

Ana Cecilia Mac Lean Martins (2009: 205) define al fideicomiso como un contrato de confianza (buena fe), mediante el cual una persona natural o jurídica (fideicomitente) contrata los servicios profesionales de una entidad bancaria o empresa de servicios fiduciarios (fiduciario), aportando activos (bienes, por ejemplo) para que esta los administre, cumpliendo la finalidad estipulada por aquel, para beneficiarlo o a un tercero (fideicomisario).

En otras palabras, un contrato de fideicomiso es una comisión de confianza porque el que lo constituye (fideicomitente) recurre a una entidad bancaria o empresa de servicios fiduciarios de su elección, debido a que considera que posee las cualidades necesarias para que administre ese patrimonio fideicometido diligentemente y cumpla a cabalidad el fin por el cual fue constituido.

1.2. Naturaleza jurídica del fideicomiso en el Perú

Como se podrá apreciar del desarrollo de la presente tesina, nuestro Código Civil de 1984 no regula la fiducia, pero sí lo hace la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y la Ley de Mercado de Valores. Debido a ello, es un contrato típico. Sin perjuicio de ello, se le puede calificar a la fiducia como un contrato a favor de tercero, siempre y cuando el beneficiario no sea, a la vez, el fideicomitente, ya que si lo es, también, no existiría un tercero que se vería beneficiado por el accionar del fiduciario: cumplir con la finalidad encomendada por el fideicomitente. En otras palabras: el estipulante sería el fideicomitente; el promitente, el fiduciario y el tercero, el fideicomisario.

Por otro lado, es pertinente preguntarnos si la fiducia podría ser un contrato de mandato sin representación, regulado por los artículos 1790 al 1813 del Código Civil de 1983, debido a que quien administra el patrimonio autónomo (el fiduciario) actúa en nombre propio porque se convierte en titular del dominio fiduciario, adquiriendo derechos y asumiendo las siguientes obligaciones: i) cumplir diligentemente con la (s) instrucción (es): finalidad (encargo), encomendada por el fideicomitente, y ii) rendir cuentas de su accionar al mandante, conforme a lo dispuesto por el artículo 1793 del Código Civil. Además, porque se realiza a título oneroso¹⁶, tal como lo exige la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Es decir, el fideicomitente sería el mandante y el fiduciario, el mandatario. Como analizaremos más adelante, en el fideicomiso existe propiedad fiduciaria: el fideicomitente mantiene la propiedad del (los) bien (es) transmitidos al patrimonio fiduciario. Pero, es administrado por el fiduciario, tal como lo dispone el artículo 273 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y en el mandato sin representación, no, porque el mandatario adquiere los derechos sobre los bienes que adquiere, y que, luego los transfiere al mandante: derecho de propiedad. En virtud de ello, no se le puede calificar como tal.

Un contrato típico es aquel que está explícitamente regulado por un sistema jurídico determinado y uno atípico, de manera implícita. De acuerdo con lo estipulado por el artículo 1353 del Código Civil de 1984, ambos quedan sometidos a las reglas generales de contratación, que son las siguientes: i) la libertad contractual, desarrollado por el artículo 1354 de dicho Código, salvo que resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato, y ii) la primacía de la voluntad de las partes unas de ellas, tratado en el artículo 1356 del Código Civil antes comentado, que denota que las partes tienen la autonomía de fijar las cláusulas que consideren pertinentes, siendo las disposiciones de la ley sobre contratos supletorias a ellas, salvo que sean imperativas.

Complementariamente a lo dicho, fiducia significa una obligación de: i) dar, por parte del fideicomitente, quien debe entregar activos (corrientes y/o no corrientes) y del fiduciario, entregárselos al fideicomisario, cuando corresponda; ii) hacer, debido a que

¹⁶ Artículo 261 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros: Son derechos de la empresa fiduciaria: 1. Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos.

el fiduciario debe cumplir con la finalidad establecida por el fideicomitente, y iii) no hacer porque el fiduciario está impedido de: afianzar, avalar o garantizar en forma alguna, ante el fideicomitente o los fideicomisarios, los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos.

Así como, realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de: 1) la propia empresa; 2) sus directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso; 3) el factor o factores fiduciarios; 4) los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate; 5) sus auditores externos, incluidos los profesionales socios que integran la firma y los profesionales que participen en las labores de auditoría de la propia empresa, alcanzándole estas prohibiciones a su cónyuge y parientes, y, a su vez, a las personas jurídicas en que ellos en conjunto tengan personalmente una participación superior al 50%. (Ley N° 26702, 1996, art. 257)

El artículo 241 de nuestra Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros utiliza el término fideicomiso, como lo veremos más adelante, para referirse al contrato de fideicomiso. En virtud de ello, emplearemos indistintamente el término contrato de fideicomiso, fideicomiso y fiducia.

1.3. Legislación bancaria peruana

Mediante Decreto Ley N° 7159: “Ley de Bancos”, promulgado el 23 de mayo de 1931, se faculta a los bancos constituidos en el Perú, como a las sucursales de bancos extranjeros autorizados a operar en nuestro país, a realizar, entre otras operaciones, la de aceptar y cumplir comisiones de confianza, cuando tenga autorización expresa del Superintendente de Bancos. Comprendiendo, tal como lo dice Avendaño (1996: 343), la de: administrar bienes dejados por testamento, ser depositarios e interventores de bienes embargados, desempeñarse como liquidadores de sociedades, representar a los tenedores de bonos, entre otras funciones.

El mismo Avendaño (1996:343), manifiesta que el 24 de abril de 1991 se publica en “El Peruano” el Decreto Legislativo 637: “Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros”, cuyo literal b) de su artículo 334 disponía, que una de las facultades que tenían los delegados especiales, respecto a la disolución y liquidación de bancos y financieras, era disponer de los bienes muebles e inmuebles, acreencias, derechos, valores o acciones de propiedad de la empresa, por unidades o por lotes y **establecer fideicomisos**, respecto de los activos sujetos a litigio.

El 30 de octubre de 1993 se propaga en “El Peruano”, el Decreto Legislativo N° 770: “Ley General de instituciones bancarias, financieras y de seguros”, que deroga al Decreto Legislativo 637. Mediante este Decreto Legislativo, por primera vez en el Perú, se da tratamiento explícito a la institución del fideicomiso, mediante sus artículos 314 al 350 (Avendaño, 1996: 344).

El 9 de diciembre de 1996 se publica la Ley N° 26702: “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS”, que vuelve a regular entre, otros aspectos, a los fideicomisos.

Como se puede apreciar de lo alegado anteriormente, fideicomiso, significa comisión de fe, conllevando a que sea un acto que se realiza sobre la base de la confianza, las cuales vienen a ser sus notas características.

Es pertinente mencionar que, tanto en el Perú como en casi toda Latinoamérica, su acepción actual es una adaptación del Trust anglosajón, que es la relación jurídica por la cual un fideicomitente (originador), en el caso que se realice un fideicomiso de titulización) transfiere bienes tangibles o intangibles en fideicomiso a un patrimonio fideicometido (patrimonio autónomo), constituido bajo Escritura Pública, el que será administrado por un fiduciario, con el objetivo de cumplir con un fin específico, a favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. Al ser un patrimonio autónomo, está exento de riesgos de quiebra o embargos. Pero, con la diferencia que el fiduciario, en el Derecho Anglosajón, puede ser cualquier persona. En cambio, en el Perú solo pueden serlo los bancos o las empresas constituidas como fiduciarias (2008)¹⁷.

En resumen, un fideicomiso presenta la siguiente estructura, que está graficada en la siguiente imagen:

¹⁷ Recuperado de: www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202850PM.ppt

Figura 1: Estructura de un fideicomiso



En otras palabras, describiendo la imagen elaborada por nosotros, en un fideicomiso siempre debe existir un fideicomitente, que es quien transfiere sus activos (bienes, cuentas por cobrar: sus cobranzas, entre otros) a un patrimonio fideicometido, que es administrado por un fiduciario, con el objetivo de beneficiarse él mismo o de un tercero (fideicomisario).

Como punto adicional, es relevante evidenciar, citando a Ángel Revatta (2012: pp. 1-10), que la característica de todo fideicomiso es la constitución de un patrimonio autónomo que cumplirá una finalidad específica, en donde los bienes entregados en fideicomiso son ajenos a las partes que participan en dicha figura y son inembargables.

Para tener claro la naturaleza jurídica de un fideicomiso, es importante mencionar que siempre debe tener un patrimonio autónomo, y todo patrimonio autónomo debe tener una finalidad y esta siempre debe favorecer a una persona (natural o jurídica) o al mismo titular de los bienes. **Sin patrimonio autónomo no hay fideicomisos.**

Por otro lado, la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en su artículo 241, define al fideicomiso de la siguiente manera:

“...Constituye una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere 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 de un tercero, denominado fideicomisario”.

Esta cita denota que un fideicomiso es aquella figura, mediante la cual, un fideicomitente constituye un patrimonio autónomo (fideicometido) para que su administrador (banco o una empresa de servicios fiduciarios) cumpla con una finalidad específica.

Por su parte, es necesario expresar que un fideicomiso es un contrato, debido a que es un acto jurídico, con contenido patrimonial porque hay la manifestación de voluntad de dos partes: 1) **el fideicomitente**, quien decide constituir un fideicomiso, con el objetivo que se materialice un patrimonio fideicometido, para lograr ello se contacta con 2) **un fiduciario**, para que lo administre, cumpliendo para ello, con una finalidad específica. Se estipulan condiciones (derechos y obligaciones de cada una de ellas). Este accionar denota, creación, regulación, modificación y extinción de una relación jurídica y su contenido es patrimonial, porque connota la existencia de una retribución económica del fideicomitente al fiduciario.

Es importante manifestar que, para que “un contrato de fideicomiso sea oponible a terceros, se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el Registro Público correspondiente, según el tipo de fideicomiso que se trate”, tal como lo dice el artículo 246 de Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Dicha oponibilidad significa que sus efectos impiden que terceros ajenos a este contrato puedan inscribir derechos que se opongan puedan resultar incompatibles con el derecho que otorga el fideicomiso, previamente inscrito.

Por otro lado, es relevante manifestar que, según el artículo 251 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, la duración máxima de un fideicomiso es de 30 años, excepto en los siguientes fideicomisos: 1) vitalicio, cuyo plazo de duración es hasta la muerte del último de los fideicomisarios (inciso 1 del artículo 251 de la ley de la mención); 2) cultural, que tenga por finalidad establecer: museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, cuya duración puede

ser indefinida, siempre y cuando sea factible cumplir el propósito para el que fue constituido (inciso 2 del artículo 251 de dicha norma legal), y 3) filantrópico, siempre que se haya materializado para mejorar la calidad de vida de los: privados de discernimiento, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, cuyo plazo es igual que el cultural (inciso 3 del artículo 251 de esta ley).

Adicionalmente, es relevante mencionar que un contrato de fideicomiso puede extenderse por más tiempo, siempre y cuando, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP autorice dicha solicitud presentada por el fiduciario.

Es pertinente estipular cuál es el plazo de duración de dicho contrato para comprender cabalmente su regulación jurídica integral y para sostener que para efectos tributarios, del impuesto a la renta no es relevante saberlo, debido a que no es determinante para definir si realiza actividad empresarial o no la realiza, tampoco para convertirlo en contribuyente ni para cambiar la forma como el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta ha determinado quiénes son los contribuyentes en cada tipo de fideicomiso.

El dominio fiduciario, de acuerdo con el artículo 252 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, presenta la siguiente característica: “confiere plenas potestades, como las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Estas son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieran establecido en el acto constitutivo”. Es decir, no son ejercidas de manera absoluta (sin limitación alguna). Caso contrario, ocurre con la propiedad pura, que es ejercida sin limitación alguna y sin vulnerar derechos de terceros.

Es menester precisar que “el fiduciario solo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el acto constitutivo. Asimismo, la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, debido a que ejerce la acción de administrar dicho patrimonio autónomo” (Ley N° 26702, 1996, art. 273). Es solo propiedad fiduciaria: ejerce los mismos atributos que le confiere la propiedad sobre los bienes aportados al patrimonio fideicometido, cumpliendo la finalidad convenida, sin ser titular de los bienes que administra.

El Dr. Batiza, sobre ese artículo, esgrime lo siguiente: “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 que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda...” (Como se cita en Alex Córdova, 2000:120).

De lo dicho precedentemente, podemos concluir que fideicomiso es un patrimonio autónomo que se constituye con el objetivo de cumplir con un fin específico, a favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. Asimismo, está integrado, también, por un fideicomitente, quien lo constituye y por un fiduciario, quien lo administra, sin que se tenga sobre los activos que lo conforman derecho a la propiedad. Solo dominio fiduciario.

Asimismo, se puede colegir que un fideicomiso es un contrato nominado (típico), porque la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros la Ley de Mercados de Valores lo regula. Es preciso manifestar que nuestro Código Civil de 1984 no lo trata.

Su esencia es civil (privada) y financiera, ya que existe una relación entre particulares con el objeto de mejorar la rentabilidad (finanzas) de los partícipes. También, podría ser pública, cuando el fideicomitente y/o fideicomisario es una entidad pública. Asimismo, tiene por naturaleza jurídica una relación de fiducia, de confianza. Una obligación de hacer para el fiduciario y un derecho para el fideicomitente o fideicomisario, pues depende de las partes integrantes de ese patrimonio. Es de carácter temporal, porque su duración es máximo treinta años.

Recapitulando, un fideicomiso es un patrimonio autónomo independiente al de las partes que lo conforman. Se lo constituye con el objetivo que los activos que lo conforman no se vean afectados por malos manejos o situaciones externas o internas de las partes que conforman el contrato de fideicomiso. En otras palabras, aísla riesgos.

El artículo 253 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros estipula que el patrimonio autónomo no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus herederos. Además, que la responsabilidad del fideicomisario

solo es exigible respecto a los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos.

Esta disposición denota que ese patrimonio es inembargable e imprescriptible porque es independiente al de sus intervinientes. Constituirlo es oneroso, debido a que 1) el fideicomitente debe pagarle al fiduciario una retribución que no debe ser mayor al 1% del valor de mercado de los activos (bienes, por ejemplo) transferidos al patrimonio fideicometido, tal como lo regula el artículo 261 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; 2) además de la contraprestación al fiduciario, el fideicomitente debe solventar: i) los derechos notariales que demande la elevación a Escritura Pública del contrato de fideicomiso celebrado y ii) los derechos registrales para inscribir el contrato de fideicomiso en Registros Públicos, si se trata de bienes inscribibles.

En un fideicomiso siempre hay un fideicomitente, persona natural o jurídica que lo constituye, aportando para ello activos (corrientes y no corrientes) y un fiduciario (banco o empresa de servicios fiduciarios), que es quien lo administra. El fideicomisario puede ser el fideicomitente o no serlo (tercero). El fiduciario nunca puede ser fideicomitente y/o fideicomisario, salvo en el caso de fideicomiso de titulización, en que podría coincidir. Tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 265 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros: **“El fideicomiso es nulo: Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización”**.

Al respecto, es apropiado preferir que estamos en desacuerdo con que dicha ley, en aras del principio de igualdad, trate jurídicamente de distinta manera situaciones similares: permitir que solo en el fideicomiso de titulización, el beneficiario (fideicomisario) pueda ser, también el fiduciario (administrador de dicho patrimonio autónomo), porque a sus demás tipos, le debe dar también ese tratamiento jurídico o prohibir ello. Nuestra intención solo es exponer nuestro punto de vista sobre el tratamiento jurídico expuesto. No la trataremos en lo sucesivo por no ser materia de nuestra investigación abordar este contexto.

La vulneración de este principio denota discriminación con una connotación negativa (no afirmativa, para beneficiar a un grupo vulnerable), debido a que no se

está tratando de una manera objetiva a quienes se encuentran en situaciones parecidas.

Por otro lado, es pertinente comentar que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros no define lo que es nulidad. Para ello, aplicaremos lo normado por los artículos 219 y 220 nuestro Código Civil de 1984, de manera supletoria.

Nulidad es una sanción declarada judicialmente en caso en que se contravengan normas imperativas que estipulan los elementos de validez del acto jurídico o contrato (acto jurídico con contenido patrimonial). Su efecto es retrotraerla desde el momento en que se celebró este. Es decir, es como si nunca hubiera existido jurídicamente.

Además, es relevante comentar que, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros es obligatorio que el fiduciario designe a un factor fiduciario, quien es el representante legal (apoderado) del patrimonio fiduciario (fideicomiso): “Para cada fideicomiso que reciba, la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso (...)”.

Es legítimo preguntarnos, de lo esgrimido por el artículo 271 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, si abarata los costos de transacción¹⁸, el que nuestra normativa jurídica, en el caso que nos ocupa, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, mantenga la existencia del factor fiduciario, como conductor (representante) del fideicomiso o si no lo es, eliminarla y sea el fiduciario quien directamente represente a dicho patrimonio. Nuestra pretensión no es ahondar en el tratamiento de los costos de transacción, para determinar la conveniencia de mantener el rol de dicho interviniente. Solo es poner en evidencia ese hecho.

¹⁸ Según Coase, aquellos que no forman parte de la relación contractual. Pero, que deben internalizarse en el precio de venta o del servicio, debido a que se incurren para concretizar la transacción (1937: pp. 386-405)

De lo detallado anteriormente, podemos afirmar que fideicomiso denota una cuestión de confianza: que se cumpla un fin específico. El sistema jurídico peruano solo se la da a un banco o a una empresa de servicios fiduciarios. Asimismo, i) su finalidad es satisfacer la voluntad de quien lo mandó a instituir y ii) el fiduciario solo puede ser una entidad financiera (bancaria) o una empresa de servicios fiduciarios.

Es preciso comentar que el 24 de octubre de 1929, se produjo la Gran Depresión, que consistió en la caída de la Bolsa de Valores de Nueva York, afectando a su dinamismo económico. América Latina lo sintió en 1931, debido a que exportaba materias primas (en el caso de Perú, algodón) e importaba productos elaborados.

Como consecuencia de esa crisis, los precios de exportaciones cayeron, nuestra banca colapsó y, por ende, se contrajo nuestra economía. Las utilidades de nuestros bancos disminuyeron, lo que produjo una reducción o supresión de los dividendos de sus respectivos accionistas. Con el objetivo de mantener la liquidez de los bancos, se tuvo que: 1) disminuir el monto de las obligaciones a largo plazo y aumenta las obligaciones inmediatas y 2) crear la nueva ley de bancos, aprobada mediante Decreto Ley N° 7159, que estipuló restricciones como la que solo los bancos podían realizar comisiones de confianza (fideicomiso), con el objetivo de i) mejorar la ratio de liquidez de estas entidades y ii) de dotar de confianza a la opinión pública (BCRP, 1931: 13)¹⁹. Para lograr dicha liquidez y confianza en el mercado, se permitió que en una comisión de confianza (fideicomiso) se emitieran bonos, por ello es que esta ley solo permitió que los bancos podían ser fiduciarios. Su proyecto de ley fue elaborado por el economista Edwin Kemmerer. Las demás leyes de bancos que vinieron mantuvieron esa exigencia.

Sin perjuicio de tener claro dicho contexto, somos críticos de que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros permita que solo sea fiduciario un banco o una empresa de servicios fiduciarios porque no es implícito, por el simple hecho de ser entidades financieras, que hagan, por sí, un buen uso de la confianza encomendada. Esta es una falacia denominada de presuposición. La confianza se demuestra, no se preconice. En virtud de ello, nuestra normatividad jurídica debe ser modificada para que cualquier persona (natural o jurídica: perteneciente al sistema financiero o no)

¹⁹Recuperado de: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Monedas/Monedas-132/Revista-Monedas-132-02.pdf>

pueda ser fiduciario. Como el norte de este estudio no versa sobre temas circunscritos al Derecho Civil ni Mercantil, sino al Derecho Tributario, no se abundará en su desarrollo, solo consideramos relevante ponerlo en relieve.

A pesar de que dicha disconformidad no es sobre algún aspecto tributario, la manifestamos, debido a que el fin del presente trabajo es efectuar un análisis crítico de la regulación jurídica (no solo tributaria) de la institución del fideicomiso.

Al haber definido al fideicomiso, pasaremos a detallar su finalidad.

1.4. Finalidad de constituir un fideicomiso

La finalidad de constituir un fideicomiso (2017)²⁰ es la adecuada gestión de los riesgos inherentes al negocio fiduciario, que se materializa, a través de la constitución de un patrimonio autónomo (patrimonio fideicometido). En otras palabras, en aras de proteger la integridad de la operación del negocio fiduciario (fideicomiso) busca aislar riesgos, con el objetivo de generar una rentabilidad de mercado porque permite obtener fuentes de financiamiento de proyectos que en el sistema financiero (bancario) no se lograría por tener como objetivo no generar negocios de esa envergadura.

El otro objetivo para constituir un fideicomiso es que, al ser una herramienta flexible porque cada contrato de fideicomiso, se estructura en función a las necesidades de las partes, permite transferir diferentes tipos de bienes (terrenos, derechos de cobro, flujos dinerarios, equipos, acciones, entre otros) para cumplir con múltiples encargos.

1.5. Tipos de fideicomisos

A continuación, se analizarán brevemente, los siguientes tipos de fideicomisos:

1.5.1. Fideicomiso bancario

El fideicomiso bancario (Peña, 2015: pp. 1-11) está normado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la

²⁰ Recuperado de: http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20171101143134PM.pdf

Superintendencia de Banca y Seguros y por las normas de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). Tiene por finalidad, servir como mecanismo de administración o para constituir garantías, realizar operaciones de financiamiento, ofreciendo como ventajas la separación del patrimonio, la flexibilidad en la ejecución de activos y el control sobre los recursos transferidos.

Este tipo de fideicomiso puede ser de administración o de garantía. Será de administración cuando se trate de cumplir un fin específico que no sea avalar una deuda, como lo es llevar a cabo de un proyecto, gestionar: activos, flujos, dinero y será de garantía cuando respalde una acreencia. Un ejemplo de fideicomiso de administración es cuando se transfiere un predio, sobre el cual hay copropiedad, a un patrimonio fiduciario, con el objetivo de desarrollar un proyecto inmobiliario. El hacer ello elimina el riesgo que dicho inmueble sea embargado, como consecuencia que uno de sus propietarios lo hipoteque para financiarse, con el fin de concretizar dicho proyecto. Elimina esa contingencia porque al formar parte de ese patrimonio, su dominio es fiduciario: lo hace inembargable.

Su modalidad de garantía será desarrollada en el numeral 1.5.3. de la presente tesina.

1.5.2 Fideicomiso de titulización

Se entiende por fideicomiso de titulización, a la operación financiera, a través de la cual una empresa deficitaria (fideicomitente) transfiere activos (dinero, títulos de deuda, títulos de participación, letras por pagar, activos fijos, entre otros) a un patrimonio autónomo, emitiéndose valores mobiliarios (bonos).

Esta operación permite que el fideicomitente obtenga liquidez por la colocación de tales títulos en Bolsa o fuera de ella porque le otorga mayores plazos para financiarse (Benavides, 1999: pp. 123-136). Ello conlleva a que mejore sus indicadores financieros como su ratio de liquidez, porque denota diversificación de sus carteras de crédito. Para concretizar ello, debe contar con la asesoría de estructuradores muy especializados. Ese accionar hace que

él rentabilice lo más posible su ganancia, lo cual repercute directamente en la situación financiera del fideicomitente.

Por otro lado, si el patrimonio fideicometido es destinado a actividades riesgosas, su rentabilidad será mayor, debido a que “a más riesgo, más ganancia”. Además, cuando el patrimonio autónomo es utilizado para respaldar deudas, una entidad financiera le cobrará una menor tasa por préstamos porque dicho patrimonio es inembargable, minimizando su riesgo financiero, conllevando a que esta disminuya, originando que el préstamo sea más barato.

Este tipo de fideicomiso está regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF, que establece que una Sociedad Tituladora emite valores libremente transferibles representativos de derechos crediticios, de participación o una combinación de ambos, respaldados en el patrimonio fideicometido.

Para que pueda existir titulización, se deben cumplir los siguientes requisitos:

Requisito 1. Los activos transferidos tienen que estar legalmente fuera del alcance del originador y de sus acreedores, aún en períodos de bancarrota y liquidación.

Requisito 2. El receptor de los activos debe ser un patrimonio autónomo y los inversionistas deben tener derechos sobre esos activos.

Requisito 3. El originador no debe tener control directo ni indirecto alguno sobre los activos transferidos.

Para el cabal entendimiento del requisito número tres, se considera que el originador tiene control de los activos transferidos: i) si tiene la posibilidad de recomprar activos del patrimonio autónomo; o ii) si está obligado a permanecer con el riesgo de los activos transferidos.

1.5.3. Fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía (Peña, 2015: pp. 1-11) puede ser por emisión de valores mobiliarios²¹ o por otros títulos. Es un tipo de fideicomiso bancario. Asimismo, se constituye para cubrir el riesgo de un incumplimiento en el pago de una acreencia. Está regulado por el artículo 274 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Este tipo de fideicomiso es más efectivo que constituir una prenda, hipoteca u otra garantía porque los bienes garantizados se transfieren a un patrimonio autónomo, administrado por el fiduciario, lo que conlleva a que estos no formen parte del patrimonio del fideicomitente, fiduciario ni del fideicomisario (beneficiario). Al ser un patrimonio autónomo, la garantía trabada no puede servir para respaldar procedimiento concursal de los intervinientes de dicho fideicomiso.

1.5.4. Fideicomiso de flujos futuros de efectivo

El fideicomiso de flujos futuros de efectivo se puede realizar mediante un fideicomiso bancario o uno de titulización, con el objetivo de convertir en líquidos: cuentas por cobrar, flujos de ingresos diarios en dinero por la venta de bienes y/o prestación de servicios futuros, entre otros para: pagar deudas, obtener financiamiento directo, sanear Estados Financieros.

Si se materializa, a través de uno bancario, entregará al fideicomitente el dinero recaudado de la colocación de los valores en el mercado. En cambio, se lleva a cabo, en uno de titulización, la Sociedad de de Titulización (fiduciario) respectiva, realizará pagos directamente a los acreedores. Ejemplos de flujos futuros son lo que se recaudará por: i) conciertos de algún cantante y más aún si es famoso; ii) proyección de películas, iii) primas de seguros, iv) parqueo de

²¹Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/serie-gerencia-para-el-desarrollo/2015/el-fideicomiso-financiamiento-publico/>

automóviles; v) membresías a clubes; vi) peajes; vii) derechos académicos de universidades, institutos y colegios (Comitre, P. 2015: pp. 13-176)²².

1.5.5. Fideicomiso testamentario

El fideicomiso testamentario (Mac Lean, 2009: 208) existirá cuando una persona (potencial causante-fideicomitente) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercer la administración de los bienes y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición fijado en el acto jurídico por voluntad del causante, al beneficiario (fideicomisario).

Es importante cerrar este capítulo, evidenciando algunos de los fideicomisos constituidos en el Perú, porque se conocerá de forma práctica su utilidad. Estos son los siguientes:

- 1) Teletón²³.
- 2) **Centros comerciales como “Real Plaza Centro Cívico”, “Plaza Lima Norte”** se construyeron con financiamientos provenientes de fideicomisos.
- 3) Por otro lado, es importante mencionar que el “Centro Comercial Larcomar” se administra a través de un fideicomiso (Revatta, 2012: 3).
- 4) “El financiamiento para el mejoramiento y la puesta en valor del Jirón San Cristóbal, La Alameda del Deporte, Avenidas México y 28 de Julio y Jr. Parinacochas del distrito de La Victoria se lograron gracias a un fideicomiso” (Revatta, 2012: 3).
- 5) EMAPE²⁴.

²²Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/serie-gerencia-para-el-desarrollo/2015/el-fideicomiso-financiamiento-publico/>

²³ Recuperado de: <https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=san-juan>

²⁴Recuperado de: http://www.transparencia.munlima.gob.pe/gobierno-abierto-municipal/transparencia/mml/datos-generales/disposiciones-emitidas-1/acuerdos-de-concejo/cat_view/14-documentos-mml/1-disposiciones-emitidas/15-normas-emitidas/27-acuerdos-de-concejo/31-acuerdos-de-concejo-2006?start=370

- 6) **Universidad de San Martín de Porres** (Martín, 2009: 93): Transfirió las cuentas futuras de las pensiones de las siguientes facultades: a) Ciencias Administrativas y Relaciones Industriales, b) Ciencias de la Comunicación, Turismo y Psicología, c) Ciencias Contables, Económicas y Financieras, d) Derecho y Ciencia Política, e) Ingeniería y Arquitectura y e) Odontología, a dominio fiduciario.
- 7) **LAP: Lima Airport Partners** (Martín, 2009: 95): Se transfirió a un patrimonio autónomo (fideicometido) todos sus ingresos, sus derechos sobre contratos presentes y futuros, sus bienes inmuebles, sus bienes muebles: cuyo valor fueron mayores a US\$ 5 000 000.00, su propiedad intelectual y los reembolsos de sus seguros no comprendidos en su contrato de concesión.
- 8) **“Las Bambas”** (Martín, 2009: 90), con el objetivo que este proyecto minero favorezca a las regiones de Cotabambas y Grau.
- 9) Para administrar lo recaudado por el pago del pasaje del novedoso transporte masivo llamado “El Metropolitano”²⁵.
- 10) **Construcción de la carretera Atico Caraveli** (Revatta, 2012: 3)²⁶ en el departamento de Arequipa. Fue financiada por un banco local por S/ 33 millones, a través de un fideicomiso de garantía.
- 11) **El “Proyecto Especial Olmos Tinajones”** (Revatta, 2012: 3), que permitirá irrigar 38 mil hectáreas del departamento de Lambayeque, cuyos canales, construidos por los ingresos provenientes de la venta de dos

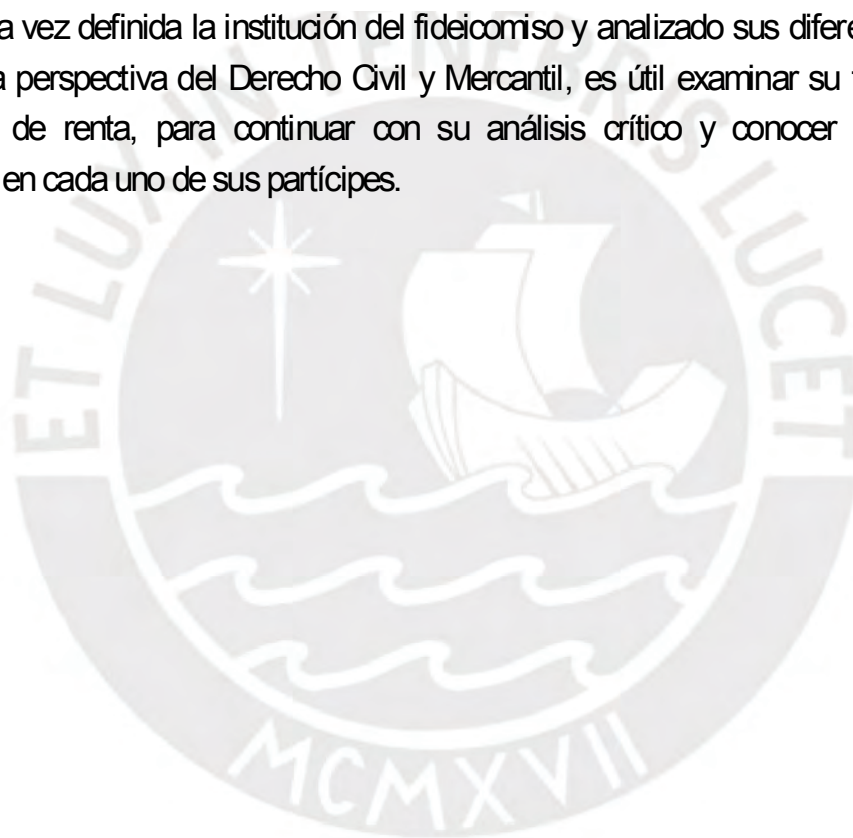
²⁵ Recuperado de:
http://www.protransporte.gob.pe/pdf/convocatoria/Recaudo/contratos/CONTRATO_FIDEICOMISO.pdf

²⁶ Recuperado de:
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66CB83060245485A05257F0600758FD1/\\$FILE/peru_los_fideicomisos_cada_vez_mas_cerca_de_los_peruanos_como_se_emplea_el_fideicomiso_en_el_peru_por_angel_revata_vera_abogado_especialista.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66CB83060245485A05257F0600758FD1/$FILE/peru_los_fideicomisos_cada_vez_mas_cerca_de_los_peruanos_como_se_emplea_el_fideicomiso_en_el_peru_por_angel_revata_vera_abogado_especialista.pdf)

inmuebles que habían sido adjudicados a un patrimonio autónomo (fideicomiso).

- 12) En 2005, el Estado Peruano se valió del fideicomiso para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por casos de violación de derechos humanos, especialmente Barrios Altos y La Cantuta, Mamerita Mestanza, Mariela Barreto, Pedro Huilca, entre otros. En total son 12 huérfanos beneficiados con este fondo en fideicomiso (Revatta, 2012: pp. 3-4).

Una vez definida la institución del fideicomiso y analizado sus diferentes tipos, desde una perspectiva del Derecho Civil y Mercantil, es útil examinar su tratamiento impositivo de renta, para continuar con su análisis crítico y conocer el impacto impositivo en cada uno de sus partícipes.



CAPÍTULO II: MARCO LEGAL TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO

En esta parte: a) desarrollaremos el tratamiento impositivo de renta de los diversos tipos de fideicomisos que contempla nuestra normatividad jurídica; b) efectuaremos la discusión respectiva de su problemática impositiva de renta; c) consignaremos la tasa impositiva a aplicar a los contribuyentes de un fideicomiso; d) evidenciaremos el tratamiento de la depreciación de activos fijos en fideicomisos; e) describiremos el tratamiento tributario de la transferencia de flujos futuros de efectivo, y f) analizaremos la retención del impuesto a la renta.

2.1. Tratamiento tributario común a los fideicomisos

Mediante Decreto Legislativo N° 774, publicado en “El Peruano” el 31 de diciembre de 1993, que regulaba el impuesto a la renta, no se estipulaba de manera específica quién era el contribuyente en cada tipo de fideicomiso. Solo en su artículo 14 mencionaba que eran contribuyentes dicho impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales similares y las personas jurídicas.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 1996 se publica la Ley N° 26731, cuyo artículo 4 incorpora el literal j) del artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 774, quedando redactado de esta manera: “Para los efectos de la Ley del Impuesto a la Renta se consideran contribuyentes: j) Los Fondos Mutuos de Inversión en Valores, los Fondos de Inversión y los Patrimonios Fideicometidos de Sociedades Titulizadoras, a los que se refieren los Decretos Legislativos N°s 861 y 862”.

Luego, el 2 de agosto de 2002 se publica, en “El Peruano”, la Ley N° 27804, que incorpora el artículo 14-A al Decreto Legislativo 774, derogando de esa manera a la Ley N° 26731 que estipuló como contribuyente al patrimonio fideicometido de Sociedades Titulizadoras.

Para resumir, el tratamiento tributario del impuesto a la renta del fideicomiso descrito anteriormente, es relevante comentar el punto de vista de Walker Villanueva Gutiérrez (Villanueva, 2013: 268): “En el ámbito tributario, la Ley del Impuesto a la

Renta 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”.

Coincidimos con el análisis efectuado por el Dr. Villanueva, debido a que el antecedente del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta es el Decreto Supremo N° 054-99-EF, del 13 de abril de 1999, que estipulaba que el patrimonio fideicometido, solo de la sociedad titulizadora era contribuyente. En la actualidad, es un vehículo neutro.

Es relevante mencionar que estamos de acuerdo con dicho tratamiento porque si no fuera así, habría dos tributaciones, la primera por parte del patrimonio fideicometido y la segunda, cuando se atribuye al fideicomitente: en el caso del fideicomiso bancario o a quien se haya pactado en el acto de constitución: cuando se trate de un fideicomiso de titulización; causando impacto financiero en dos momentos.

Para exponer el tratamiento tributario de renta vigente de los fideicomisos, respecto del impuesto a la renta, se tendrá en cuenta, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF y sus modificatorias. Así como, el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por Decreto Supremo N° 122-94-EF; modificado por Decreto Supremo N° 134-2004-EF, vigente a partir del 6 de octubre de 2004.

Relacionado con ello, es relevante traer a colación que nuestra normatividad jurídica tributaria de renta no cuenta con Exposición de Motivos que permita: a) comprender explícitamente por qué modificó su tratamiento anterior: no ser vehículo neutro y b) entender el motivo por el cual no estipula uniformemente quién es el contribuyente en cada tipo de fideicomiso.

Existen dos clases de fideicomisos:

a) Fideicomiso con retorno

El literal c) del artículo 5-A del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta señala que por retorno del bien y/o derecho se entiende, al momento de la extinción del patrimonio fideicometido: i) el regreso del mismo bien o derecho previsto en el acto constitutivo al fideicomitente y ii) estos activos no retoman al fideicomitente por caso fortuito o fuerza mayor; en virtud de lo dispuesto por lo dispuesto por el inciso iii) del literal a) del numeral 3) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. En estos casos, tal como lo dispone el inciso i) del literal a) del numeral 3) del artículo 14-A bajo comentario, la transferencia que se hizo a dicho patrimonio está inafecta al impuesto a la renta; es decir, no está gravada con dicho impuesto.

b) Fideicomiso sin retorno

El literal d) del artículo 5-A del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta estipula que se entiende como sin retorno cuando: i) se haya pactado así o ii) se haya pactado con retorno, esos activos aportados no regresan al fideicomitente.

Por otro lado, es pertinente comentar que el literal b) del numeral 3) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta estipula que cuando el activo no retorne, se entiende que ha ocurrido una enajenación, gravada desde el momento en que se transfirió dicho activo al patrimonio autónomo.

Consideramos que no es acertado que se grave cuando haya una ganancia de capital, debido a que no se ha producido riqueza (renta) alguna porque el (los) bien (es) que no retornaron (n) al fideicomitente, bajo la teoría de flujo de riqueza, no provino de operaciones con terceros (de una fuente no durable), no conllevando a que sea considerado un ingreso accidental.

Al respecto, es pertinente decir que “el Dr. Walker Villanueva Gutiérrez (2013: 274) no coincide con nosotros porque esgrime que considera que es adecuada la regla de gravar los resultados de la transferencia fiduciaria cuando los bienes no retoman al fideicomitente”.

Como punto adicional, es relevante mencionar que, a pesar de que nuestra normatividad tributaria de impuesto a la renta no regula cuál es el tratamiento que se le debe dar a un fideicomiso que es nulo, se puede sostener que para que no tenga impacto tributario alguno, la transferencia de los activos a dicho patrimonio, cuando dicho contrato es declarado así, estos tendrían que retornar al fideicomitente. De lo contrario, se consideraría que no retornaron, conllevando a que se genere una renta (riqueza), debiendo ser gravada. El sujeto pasivo sería el beneficiario del fideicomiso, quien se favoreció con dicha renta.

Respecto a las utilidades que generó dicho patrimonio, también es una riqueza que debe ser gravada con el impuesto a la renta, siendo el contribuyente el favorecido con el fideicomiso: un tercero, si lo hay o el mismo fideicomitente, debido a que se vio beneficiado con ese enriquecimiento.

2.2. Tratamiento tributario específico por tipo de fideicomiso y discusión de su problemática impositiva de renta

En esta parte evidenciaremos, de forma pormenorizada, el tratamiento tributario que recibe cada uno de los siguientes fideicomisos:

2.2.1. Fideicomiso bancario

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta vigente, la atribución de utilidades, rentas o ganancias de capital, obtenidas de la transferencia de activos al fideicomiso, dentro del ámbito de aplicación de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (fideicomiso bancario) es al fideicomitente. Es decir, es el contribuyente del impuesto a la renta. Asimismo, estipula que el fiduciario (entidad bancaria o empresa de servicios fiduciarios) es el responsable solidario del pago de dicho impuesto, por ser el administrador del patrimonio fideicometido.

2.2.2. Fideicomiso de titulización

El numeral 2) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que cuando se realiza un fideicomiso, dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Mercado de Valores (fideicomiso de titulización), las utilidades, rentas o ganancias de capital, obtenidas de la transferencia de activos al fideicomiso, serán atribuidas al fideicomisario o al fideicomitente (originador) según cómo se haya pactado en el acto de constitución.

2.2.3. Fideicomiso de garantía

Según el numeral 5) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta vigente, la transferencia fiduciaria, en el fideicomiso de garantía tipo de fideicomisos, no tendrá efectos tributarios; es decir, el fideicomitente: i) continúa considerando en su activo el valor de los bienes que los transfirió como garantía y ii) es contribuyente del impuesto a la renta generado por dicha transferencia.

El numeral de la mención estipula que, en los fideicomisos en garantía, la transferencia fiduciaria será tratada como una enajenación, cuando: (i) se ejecute la garantía, o (ii) se produzca cualquiera de las situaciones previstas en el inciso c) del numeral 3) del artículo 14-A: Si pese a haberse pactado en el acto constitutivo que los activos retornarían al fideicomitente o si se pactó que no regresarían al fideicomitente.

Su regulación no es acertada, debido a que no hay ganancia de capital alguna, debido a que, tal como lo analizamos en lo pertinente a fideicomiso sin retorno no hay ingreso alguno obtenido.

Por otro lado, a pesar de que las resoluciones del Tribunal Fiscal: 00772-4-2015 y 02048-10-15 no tratan aspecto alguno del impuesto a la renta del fideicomiso, estas se vinculan con el objetivo general de nuestra investigación, debido a que resuelven un caso sobre intervención excluyente de propiedad, siendo el que la interpone un fiduciario. Esta figura es un aspecto del Derecho Tributario formal, regulada por el artículo 120 del Texto Único

Ordenado del Código Tributario. Estas confirman las resoluciones coactivas que declaran improcedente la tercería excluyente de propiedad interpuesta por el fiduciario sucesor del Banco de Comercio, a pesar de que los inmuebles habían sido transferidos a dicho patrimonio autónomo, con anterioridad a que la Administración Tributaria (SUNAT) trabase embargo en forma de inscripción sobre estos, con el objetivo de demostrar que la SUNAT ni el Tribunal Fiscal, conocen la naturaleza del fideicomiso.

En resumen, estas RTFs evocan el siguiente contexto: El fideicomitente constituye un fideicomiso, con la finalidad de desarrollar un proyecto inmobiliario de interés social, siendo el fiduciario el Banco de Comercio, aportando un bien inmueble, que se independiza en dos unidades inmobiliarias. Este fiduciario se lo transfiere a otro (fiduciario sucesor). En la RTF N° 00772-4-2015, el Tribunal Fiscal resuelve que: “..la finalidad de la intervención excluyente de propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que, en el caso de autos, los embargos en forma de inscripción trabados mediante las Resoluciones Coactivas N° 0230071885144 y 0230071885186, inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral II, Sede Chiclayo, de la Oficina Registral de dicha ciudad, no han recaído sobre bienes que fueron propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente formulado por aquella, por lo tanto procede confirmar la resolución apelada”, y en la número 02048-10-2015, “..la finalidad de la intervención excluyente de propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que, en el caso de autos, los embargos en forma de inscripción trabados mediante las Resolución Coactiva N° 0230072793259, inscrito en la Partida Electrónica N° 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral II, Sede Chiclayo, de lo Oficina Registral de Chiclayo, no han recaído sobre un bien que fue propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente formulado por aquella, por lo tanto procede confirmar la resolución apelada”.

Al respecto, cabría preguntarse si: i) realmente la falta de claridad sobre la esencia del fideicomiso por parte de dichas autoridades tributarias, es

realmente lo que genera esta distorsión o si es un problema inherente a su regulación jurídica: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Ley de Mercado de Valores y ii) cabría que el fideicomitente hubiese planteado la tercería, en lugar del administrador (fiduciario).

Consideremos que la normatividad jurídica que regula al fideicomiso es clara en definir su naturaleza jurídica: propiedad fiduciaria que es distinta a la propiedad pura y simple. Asimismo, en precisar que el fideicomitente sigue siendo propietario de los activos aportados al patrimonio autónomo. Debido a ello, se interioriza cabalmente esa particularidad y, por ende, se debió admitir y declarar fundada la tercería de la referencia, interpuesta por el fiduciario.

Sin perjuicio de ello, tal como lo dispone el artículo 273 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros el fideicomitente sigue siendo propietario de los bienes transferidos a dicho patrimonio. En virtud de ello, tiene legitimidad para solicitarla.

En virtud de lo manifestado es que para nosotros dichas entidades tributarias no interiorizaron adecuadamente (rigurosamente), lo que denota dominio fiduciario: que es inembargable, imprescriptible y que no está en la esfera del fideicomitente y que el fiduciario es el que lleva a cabo el negocio fiduciario, por ser el administrador de este. Por ello, actuó de manera arbitraria el ejecutor coactivo, en particular, y la SUNAT, en general, al trabar embargo en forma de inscripción contra dichos predios y en no declarar procedente la intervención excluyente de propiedad interpuesta por el fiduciario, quien administró dicho patrimonio autónomo. El mismo accionar tuvo el Tribunal Fiscal. Hicieron una interpretación literal de lo que estipula la norma sobre intervención excluyente de propiedad, que el legitimado a interponerla es el tercero, que, no siendo parte del procedimiento de cobranza coactiva, invoca, a su favor un derecho de propiedad respecto de bienes embargados por la SUNAT, y no una extensiva que el fiduciario, por ser el responsable de conducir el patrimonio de la referencia, también tiene legitimidad para invocarla. Debieron admitirla para no desnaturalizar la figura y garantizar la finalidad y el dinamismo de dicho fideicomiso.

Tal cual lo dice Villanueva (2013: 265) “..***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 propiedad (Resaltado nuestro)***”.

Esta cita ratifica nuestra postura que si tanto la SUNAT como el Tribunal Fiscal hubieran tenido claro la esencia del fideicomiso (qué tipo de dominio está inmerso en él) no habrían desestimado la intervención excluyente de propiedad solicitado por el fiduciario, debido a que como su dominio es fiduciario, este agente estaba facultado a interponer dicha intervención, con el objetivo de no poner en riesgo el patrimonio autónomo constituido, resguardando el proyecto inmobiliario descrito.

Para darle seguridad jurídica y desterrar la arbitrariedad, nuestra normativa jurídica deberá estipular expresamente que se debe admitir, de plano, la intervención excluyente de propiedad solicitada por un fiduciario porque, de no hacerlo, se está perjudicando el fideicomiso materializado.

2.2.4. Fideicomiso de flujos futuros de efectivo

En el caso de los fideicomisos de flujos futuros de efectivo, el último párrafo del numeral 5) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta establece que este tipo de fideicomiso recibe el tratamiento tributario de uno bancario o de titulización, dependiendo de si se constituyó bajo el ámbito de aplicación de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros o la Ley de Mercado de Valores, respectivamente. Es decir, la transferencia de los bienes para la constitución del patrimonio debe ser tratada como una enajenación si los bienes no retornan (que es lo frecuente), reconociéndose la ganancia o pérdida a medida que se generan y transfieren los flujos, aunque lo usual es lo segundo, dado que normalmente se transfieren los flujos a valor de descuento. Si los flujos retornaran (por ejemplo, en el caso

de sobrecolateralización²⁷) no sería tratada como una enajenación, para efectos del impuesto a la renta.

Para determinar el tratamiento de las transferencias fiduciarias que se dan en este caso, el numeral cinco del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta remite al primero, segundo y tercero de dicho artículo.

2.2.5. Fideicomiso testamentario

“El numeral 4) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta vigente establece que en este tipo de fideicomiso las utilidades, rentas o ganancias generadas por los bienes o derechos transferidos, serán atribuidas a los fideicomisarios que resulten beneficiarios de las mismas”. Esta norma no estipula cuál es el tratamiento de las transferencias fiduciarias que se dan en este caso.

Al respecto, proponemos que se trate a la transferencia de activos de los fideicomisos testamentarios y de flujos futuros de efectivo, como sin retorno, debido a que la naturaleza de estos fideicomisos es que sus bienes no reviertan al fideicomitente, ya que su finalidad es que no se queden en la esfera patrimonial del fideicomitente.

2.3. Tasa impositiva a aplicar a los contribuyentes de un fideicomiso

Si cualquiera de los fideicomisos analizados realiza actividad empresarial, la renta que proviene de ese patrimonio está gravada con la tasa del 29.5%, según lo estipulado por el artículo 55 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. En cambio, si dicho patrimonio fideicometido no la ha realizado, pagará una tasa efectiva del 5%, de acuerdo con lo señalado por el artículo 52-A de la norma jurídica de la referencia.

²⁷ La sobrecolateralización es una mejora crediticia consistente en que el importe de los activos cedidos es superior al de los valores emitidos (Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, 2007). Recuperado de: <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2014/11/glosario.pdf>

Es pertinente comentar que “el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta no define cuándo un fideicomiso realiza actividad empresarial”. Consideramos que no es necesario que realice ello, debido a que en el literal a) del artículo 28 de dicha norma jurídica dice que son rentas de tercera categoría (empresariales) las derivadas del comercio, la industria o minería; de la explotación agropecuaria, forestal, pesquera o de otros recursos naturales; de la prestación de servicios comerciales, industriales o de índole similar, como transportes, comunicaciones, sanatorios, hoteles, depósitos, garajes, reparaciones, construcciones, bancos, financieras, seguros, fianzas y capitalización; y, en general, de cualquier otra actividad que constituya negocio habitual de compra o producción y venta, permuta o disposición de bienes.

Finalmente, a manera de conclusión, y para una adecuada ejemplificación de lo desarrollado en el presente numeral, se evidenciará un cuadro comparativo que esgrime el tratamiento tributario de cada uno de los tipos de fideicomisos regulados por nuestra Ley del Impuesto a la Renta.

Tabla 1: Resumen de quiénes son los contribuyentes en cada tipo de fideicomiso

FIDEICOMISOS	CONTRIBUYENTES
Bancario: De garantía y de administración	Fideicomitente
De titulización	Fideicomitente o fideicomisario. Según se haya pactado en el acto constitutivo quién será el beneficiario del mismo
De flujo futuro de efectivo	Fideicomitente, si se realiza mediante uno bancario. En cambio, si se desarrolla en uno de titulización, será quién se haya consignado como beneficiario en el acto de constitución.
Testamentario	Fideicomisario

Adaptado de: TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (2004)

2.4. Tratamiento de la depreciación de activos fijos en fideicomisos

El inciso ii) del literal a) del numeral 3) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que, respecto a los fideicomisos bancarios y de titulización, el patrimonio fideicometido deberá consignar como costo computable del valor de los bienes transferidos por el fideicomitente, en su cuenta de activo, el mismo que tuvo cuando estaba en la contabilidad del fideicomitente.

Por su parte, según lo establecido por el artículo 38° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, “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 en dicha ley”.

Asimismo, el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta establece que “las depreciaciones se calcularán sobre el valor de adquisición o producción de los bienes o en función de los valores que resulten del ajuste por inflación del balance efectuado conforme a las disposiciones legales en vigencia”. A su vez, el segundo párrafo del inciso b) del artículo 22° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta indica que “la depreciación aceptada tributariamente es aquella que se encuentre contabilizada dentro del ejercicio gravable en los libros y registros contables”.

Como puede observarse, la depreciación, en todos los tipos de fideicomisos, excepto en la de flujos futuros de efectivo, para que sea aceptada tributariamente, debe cumplir con lo exigido por los dos artículos glosados en el párrafo anterior; es decir, esta debe hacerse sobre el valor de adquisición de los bienes, debido a que es el mismo valor que obra en los libros contables del fideicomitente, antes de ser transferido a dicho patrimonio, y debe ser registrada en los libros contables del patrimonio fideicometido. Esta efectuada por el patrimonio fideicometido porque es quien la utiliza en la producción de renta gravada. También, se debe tener en cuenta que el administrador (fiduciario) debe atribuir las rentas después de deducidos costos y gastos, incluidos la depreciación.

Respecto al fideicomiso de flujos futuros de efectivo, no le son aplicables las normas sobre depreciación porque no hay activos tangibles transferidos.

2.5. Tratamiento tributario de la transferencia de flujos futuros de efectivo

El último párrafo del numeral 5) del artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta establece que no le corresponde un tratamiento de fideicomisos de garantía, si no, el tratamiento de fideicomisos bancarios y/o de titulación, según sea el caso; es decir, la transferencia de los bienes, para la

constitución del patrimonio, debe ser tratada como una enajenación si los bienes no retoman (que es lo frecuente). En cambio, si no retoman no es considerada como tal, para efectos del impuesto a la renta.

La incertidumbre radica en cómo se debe provisionar las cuentas de cobranza dudosa y los castigos de estas, en caso los deudores no llegaran a pagar las deudas, luego de que estos activos se hayan transferido con dominio fiduciario y en quién debe hacerlo: el fideicomitente (originador) o fideicomisario (administrador).

Al respecto, el literal i) del artículo 37º, indica que “para determinar la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los castigos por deudas incobrables y las provisiones equitativas por el mismo concepto, siempre que se determinen las cuentas a las que corresponden”. No considera como deuda incobrable a aquella contraída entre partes vinculadas.

A su vez, el literal a) del inciso 2 del numeral f) del artículo 21º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, establece que para efecto de determinar la renta neta de tercera categoría se debe tener en cuenta que para efectuar la provisión de deudas incobrables se requiere que la deuda se encuentre vencida y se demuestre que el deudor tiene problemas financieros y que sea previsible que existirá riesgo de incobrabilidad. Ese riesgo se determinará tomando en cuenta, entre otros medios: i) el análisis periódico de la documentación que evidencie las gestiones de cobro luego del vencimiento de la deuda; ii) el protesto de documentos; iii) si se inició algún proceso judicial de cobranza; iv) que haya transcurrido más de doce meses de haberse vencido el plazo acordado para cobrar la deuda respectiva.

De lo manifestado anteriormente, se concluye que, si los activos representados por los flujos futuros de efectivo deben salir de la esfera patrimonial del contribuyente, lo que implica llevar consigo el riesgo de incobrabilidad que les es inherente, entonces tal riesgo, de ocurrir, debe ser asumido en su integridad por el patrimonio fideicometido, lo que involucra que cualquier provisión de cobranza dudosa debe ser efectuada por este patrimonio, más aún si se tiene en cuenta que ha contabilizado como parte de su esfera patrimonial, el valor de los activos transferidos. Además, el efecto de la provisión efectuada va a afectar directamente al fideicomitente en la atribución de los resultados que el administrador del patrimonio le haga.

2.6. Retención del Impuesto a la Renta

El artículo 29-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta dispone que “las utilidades, rentas, ganancias de capital provenientes de fondos de inversión, patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras y fideicomisos bancarios, incluyendo las que resulten de la redención o rescate de valores mobiliarios emitidos en nombre de los citados fondos o patrimonios, se atribuirán a los respectivos contribuyentes del impuesto, luego de las deducciones admitidas para determinar las rentas netas de segunda y de tercera categorías o de fuente extranjera según corresponda, conforme con la Ley del Impuesto a la Renta”.

Por su parte, el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta esgrime que “las rentas se considerarán percibidas cuando se encuentren a disposición del beneficiario, aún cuando este no las haya cobrado en efectivo o en especie”.

De la lectura de ambos artículos, no resulta claro si, al cierre de cada ejercicio, las rentas generadas por los patrimonios fideicometidos se entienden atribuidas y, a la vez, pagadas (puesta a disposición) a los partícipes o solo atribuidas (no pagadas). En este último supuesto surgirá la obligación de abonar al fisco la retención por las rentas atribuidas a los partícipes o beneficiarios, sean estos personas naturales o jurídicas, salvo por aquellas retenciones por distribución de dividendos a las personas jurídicas.

Lo mencionado en el párrafo anterior es, sin perjuicio de que al final de cada ejercicio, los administradores de estos patrimonios autónomos deben efectuar la atribución de las rentas que correspondan al ejercicio gravable, siendo que si hasta esa fecha no se ha efectuado pago alguno al partícipe o beneficiario, entonces no procederá “retención” alguna ni mucho menos pago alguno al fisco. Debe precisarse que si en el transcurso del ejercicio se efectuaran pagos de rentas o beneficios a los partícipes o beneficiarios imputables a un ejercicio gravable aún no terminado, entonces deberá efectuarse la retención en calidad de un a pago cuenta de renta anual a determinarse.

Por otro lado, el artículo 57 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta señala los criterios de imputación de las rentas, indicando que las rentas de segunda categoría se imputan al ejercicio gravable en el que se perciben y las de tercera en el que se devenguen.

Somos de la opinión que las retenciones que califiquen como rentas de segunda categoría solo deben efectuarse cuando las rentas o beneficios sean efectivamente pagados a los partícipes o beneficiarios, por lo tanto, será en esa oportunidad en que se deba efectuar al fisco el abono del importe retenido. Para tal efecto, se debe realizar una precisión, para el caso de fideicomisos en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Ello se hará en la sección recomendaciones.

En conclusión, solo se debería realizar retención y abono al fisco, cuando haya pago de beneficios a los partícipes o beneficiarios, por medir de forma más objetiva la capacidad contributiva de un agente económico. En virtud a ello, no puede haber retención si no se ha pagado la renta. Como ello actualmente no es posible, en la sección recomendaciones de este trabajo se enunciará nuestra propuesta de modificación, sin que se convierta en un proyecto de ley.

De lo tratado en este capítulo (imposición del impuesto a la renta del fideicomiso) se puede observar lo siguiente: i) el contrato de fideicomiso es regulado de manera dispersa (artículos 14-A, 28, 29-A, 50, 57, 59 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta); ii) dicha norma jurídica no norma: a) la retención en la fuente, b) transferencia de flujos en efectivo. Esa dispersión y no regulación dificulta su aprehensión y manejo, conllevando a que no se tenga claridad en su regulación. A su vez, su no uniformidad en estipular quiénes son los contribuyentes en cada uno de sus tipos, debido a que en el: 1) bancario, lo es el fideicomitente; 2) de titulación, será quien se haya pactado como beneficiario en el acto de constitución; 3) de flujo de efectivo, si se circunscribe en uno bancario, el fideicomitente, en cambio si es en uno, titulación, lo será el beneficiario estipulado en dicho acto; 4) de garantía, el fideicomitente, y 5) testamentario, el fideicomitente, no da seguridad jurídica al agente económico que materialice un fideicomiso.

CAPÍTULO III: LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1. Análisis comparativo del tratamiento impositivo de renta en Colombia y en el Perú

En este apartado efectuaremos un breve análisis comparativo del tratamiento impositivo de renta del fideicomiso de Colombia y el Perú, con la finalidad de comprender que el Estatuto Tributario Nacional de Colombia lo hace de manera: i) sistematizada: en un solo artículo regula sus aspectos relevantes impositivos de renta y ii) homogenizada: señala que en todos los fideicomisos el contribuyente es el beneficiario. En el Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta lo trata de forma dispersa y no homogénea.

Se ha elegido a Colombia como referente para realizar dicho análisis porque entre nosotros hay una vinculación estrecha, ya que dicho país, conjuntamente con Chile, México y Perú conforman la Alianza del Pacífico. Ello ha consolidado aún más nuestro comercio internacional, debido a que nuestras exportaciones, en los primeros cuatro meses de 2017, alcanzaron los US\$ 736.1 millones: un incremento de 7%, respecto al mismo periodo en el 2016. Según cifras del sistema de inteligencia Adex Data Trade, el sector con mayor crecimiento fue el tradicional, que llegó a los US\$ 249.3 millones, que representa un alza de 17.5% respecto al mismo período de 2016 (2017)²⁸.

En Colombia existe uniformidad en dicho tratamiento impositivo a la renta. Su Estatuto Tributario Nacional, vigente hasta la fecha, en el inciso 2) de su artículo 102, estipula lo siguiente:

“2. El principio de transparencia en los contratos de fiducia mercantil opera de la siguiente manera:

En los contratos de fiducia mercantil los beneficiarios, deberán incluir en sus declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios, los ingresos,

²⁸Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/exportaciones-peruanas-alianza-pacifico-crecen-7-enero-abril-adex-138299>

costos y gastos devengados con cargo al patrimonio autónomo, en el mismo año o periodo gravable en que se devenguen a favor o en contra del patrimonio autónomo con las mismas condiciones tributarias, tales como fuente, naturaleza, deducibilidad y concepto, que tendrían si las actividades que las originaron fueren desarrolladas directamente por el beneficiario”.

A su vez, el Estatuto Tributario Nacional de Colombia²⁹, tiene un artículo: el 102, denominado “Contratos de fiducia mercantil”, que regula todos los aspectos concernientes al contrato de fiducia mercantil, como: 1) el costo computable al que debe transferirse los activos aportados al patrimonio autónomo; 2) estipular que en todos los tipos de fideicomiso el contribuyente del impuesto a la renta es el beneficiario (numeral 2 de dicho artículo), salvo excepciones, como, en los fideicomisos de garantía, debido a que dispone que el beneficiario será siempre el que lo constituye; 3) cómo debe determinarse el impuesto a la renta. Ello está regulado por los numerales 1 y 4 del artículo de la mención (2018).

En cambio, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta del Perú, lo regula de manera dispersa el criterio de imputación (artículo 57), el costo computable (artículo 29-A), quién es el contribuyente en cada tipo de fideicomiso (artículo 14-A).

Se sugiere recomendar que el contribuyente, en todos los fideicomisos, sea el beneficiario del mismo, porque es el que obtiene la renta respectiva (riqueza). En otras palabras, es el que se ve favorecido con la constitución de dicho patrimonio autónomo.

Sin perjuicio de esas debilidades, el acierto de nuestra normatividad jurídica, en general, y tributaria, en particular, es que lo tratan explícitamente, convirtiéndolo en un contrato nominado (típico). Ello conlleva a que el agente económico tenga certeza (seguridad) de cuál es su tratamiento jurídico integral. Decimos que le genera seguridad jurídica porque al ser uno típico, reúne los cuatro elementos que la doctrina especializada en Derecho Contractual ha estipulado (Hernández, 1997: 19)³⁰ que el

²⁹Recuperado de: <http://estatuto.col/?e=1202>

³⁰Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16644/16983>

Derecho tiene que ser: 1) positivo (escrito); 2) seguro, es decir, que se base en hechos objetivos, no valerse a juicios de valor por parte de un Juez. Es decir, amparados en criterios generales. Además, 3) no debe estar expuesto a cambios demasiados frecuentes, y 4) que se aplique a todos por igual.

Finalmente, podemos extraer, de lo afirmado en este capítulo, lo siguiente:

- A. En el Perú, como en casi todo Latinoamérica, el contrato de fideicomiso es una adaptación del Trust anglosajón, que es la relación jurídica, mediante la cual, el fideicomitente (originador) transfiere bienes tangibles o intangibles a un patrimonio autónomo, con el objetivo que cumpla con el fin determinado por el fideicomitente. Este es administrado por el fiduciario, Este contrato se materializa mediante Escritura Pública.
- B. **Sin patrimonio autónomo no hay fideicomisos. En otras palabras, la naturaleza jurídica de un fideicomiso es la de ser un patrimonio autónomo, lo que conlleva a disminuir riesgos, debido a que este patrimonio es inembargable, imprescriptible, y no forma parte de la masa concursal del fideicomitente ni de los demás intervinientes.**
- C. El artículo 5-A del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta establece dos modalidades de transferencia fiduciaria: con retorno y sin retorno.
- D. El fideicomiso bancario está normado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y por las normas de la SBS. Tiene como finalidad servir como mecanismo de administración o para constituir garantías, realizar operaciones de financiamiento bancario y del mercado de capitales, ofreciendo como ventajas la separación del patrimonio, la flexibilidad en la ejecución de activos y el control sobre los recursos transferidos.
- E. El fideicomiso de garantía se constituye para cubrir el riesgo de un incumplimiento en el pago de una acreencia.

- F. Proponemos que se trate a la transferencia de activos de los fideicomisos testamentarios y de flujos futuros de efectivo como sin retorno, debido a que la naturaleza de estos fideicomisos es que sus bienes no reviertan al fideicomitente, ya que su finalidad es que queden en la esfera patrimonial del fideicomitente.
- G. Bajo las normas vigentes, las utilidades, rentas o ganancias de capital que generen los patrimonios fideicometidos serán atribuidas por la sociedad tituladora a los fideicomisarios, al originador o fideicomitente o a un tercero, y en el caso del fideicomiso bancario, por el fiduciario al fideicomitente.
- H. Si los activos representados por los flujos futuros de efectivo deben salir de la esfera patrimonial del contribuyente, llevando consigo el riesgo de incobrabilidad que les es inherente, entonces tal riesgo, de ocurrir, debe ser asumido en su integridad por el patrimonio fideicometido, lo que involucra que cualquier provisión de cobranza dudosa debe ser efectuada por este patrimonio máxime si se tiene en cuenta que ha contabilizado como parte de su esfera patrimonial, el valor de los activos transferidos. Además, el efecto de la provisión efectuada va a afectar directamente al fideicomitente en la atribución de los resultados que el administrador del patrimonio le haga.

Al efectuar el análisis crítico correspondiente de la regulación civil (contractual), mercantil y tributaria del contrato de fideicomiso en el Perú, hemos confirmado nuestra hipótesis: que dicho contrato no lo regulamos adecuadamente. En virtud de ello, es relevante evidenciar como recomendaciones qué artículos del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta deben ser modificados para que lo normemos óptimamente.

CONCLUSIONES

Las principales conclusiones de nuestra investigación son las siguientes:

- Un fideicomiso es una comisión de confianza, debido a que quien lo constituye (el fideicomitente) recurre a una entidad bancaria o empresa de servicios fiduciarios, de su elección (el fiduciario), porque considera que posee las cualidades necesarias, para que cumpla a cabalidad el fin encomendado por el fideicomitente, administrando el patrimonio fideicometido de forma óptima.
- Por otro lado, no se le puede calificar al contrato de fideicomiso como un mandato sin representación porque en el fideicomiso existe propiedad fiduciaria y en el mandato sin representación, no, debido a que el mandatario adquiere los derechos sobre los bienes que adquiere, y que, luego los transfiere al mandante: derecho de propiedad.
- Fideicomiso es un contrato, debido a que es un acto jurídico con contenido patrimonial porque hay la manifestación de voluntad de dos partes: 1) **el fideicomitente**, quien decide constituir un fideicomiso, con el objetivo que se materialice un patrimonio fideicometido, para lograr ello se contacta con 2) **un fiduciario**, para que lo administre, cumpliendo para ello, con una finalidad específica. Se estipulan condiciones (derechos y obligaciones de cada una de ellas). Este accionar denota, creación, regulación, modificación y extinción de una relación jurídica y su contenido es de retribución económica (patrimonial).
- Sin patrimonio autónomo no hay fideicomiso. En otras palabras, la naturaleza jurídica de un fideicomiso es ser un patrimonio autónomo.
- Es legítimo preguntarnos si es eficiente; es decir, si abarata los costos de transacción (Coase, 1937: pp. 386-405)³¹ el que nuestra normatividad jurídica: la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, cree la figura del factor fiduciario, como conductor (representante) del fideicomiso. Nuestra pretensión no es profundizar en el tratamiento de los costos de transacción ni ahondar en la conveniencia de

³¹ Son aquellos que no forman parte de la relación contractual. Pero, que deben internalizarse en el precio de venta o del servicio, debido a que se incurren para concretizar la transacción (Coase, R., 1937).

mantener el rol de dicho interviniente. Solo ha sido poner dicho cuestionamiento a la palestra.

- Es relevante mencionar que se está de acuerdo con que nuestra legislación del impuesto a la renta lo trate como vehículo neutro porque si no fuera así, habría dos tributaciones: la primera por parte del patrimonio fideicometido y la segunda, cuando se atribuye al fideicomitente: en el caso del fideicomiso bancario o a quien se haya pactado en el acto de constitución: cuando se trate de un fideicomiso de titulización; causando impacto financiero en dos momentos.
- Nuestro sistema jurídico le da, al fideicomiso, la calidad de un patrimonio autónomo, el cual es independiente al de sus intervinientes. Como consecuencia de ello, se minimizan riesgos, como el financiero. Además, este patrimonio otorga al manejo de este un dominio fiduciario que no es una transferencia de propiedad, sino una fiduciaria. Sin perjuicio de ello, no hay uniformidad en determinar quiénes son sus contribuyentes.
- Estamos en desacuerdo que nuestra Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en aras del principio de igualdad, trate jurídicamente de distinta manera a situaciones similares: permitir que en un solo tipo de fideicomiso (de titulización), el beneficiario (fideicomisario) pueda ser, también el fiduciario (administrador de dicho patrimonio autónomo). Lo similar es que son obviamente fideicomisos, cuyo objetivo es constituir un patrimonio autónomo, debido a ello, se permite que en todos los tipos pueda ocurrir ello o se prohíbe para todos. Nuestra intención solo fue exponer nuestro punto de vista sobre el tratamiento jurídico expuesto.
- Nuestra normatividad jurídica exige que el fiduciario tenga que ser una entidad del sistema financiero (banco o una empresa de servicios fiduciarios).
- Consideramos que no es acertado que se grave cuando haya una ganancia de capital, debido a que no se ha producido riqueza (renta) alguna porque el (los) bien (es) que no retornaron (n) al fideicomitente, bajo la teoría de flujo de riqueza, no provino de operaciones con terceros (de una fuente no durable), no conllevando a que sea considerado un ingreso accidental.

- La regulación impositiva de renta del fideicomiso en garantía es acertada, debido a que la renta se producirá una vez que se ejecute la garantía y no antes. Ello mide objetivamente la capacidad contributiva del beneficiario.
- El Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta determina con claridad quiénes son los contribuyentes. Asimismo, esta, lo trata explícitamente, por eso es un contrato nominado. Ello conlleva a que el agente económico tenga certeza de su desarrollo.
- Nuestra normatividad impositiva de renta trata, a la fiducia, como un vehículo neutro (transparencia fiscal), debido a que no se grava doblemente la renta obtenida por el patrimonio fideicometido, cumpliéndose con el principio de neutralidad que todo sistema jurídico y tributario debe regirse.
- Nuestro sistema jurídico impositivo de renta no estipula que se admita, de plano, la intervención excluyente de propiedad solicitada por un fiduciario. Ello conlleva a que se perjudique el fideicomiso materializado.
- Tampoco, regula de manera homogénea quién es el contribuyente en cada uno de sus tipos, debido a que en el: 1) bancario, lo es el fideicomitente; 2) de titulización, será quien se haya pactado como beneficiario en el acto de constitución; 3) de flujo de efectivo, si se circunscribe en uno bancario, el fideicomitente, en cambio si es en uno, titulización, lo será el beneficiario estipulado en dicho acto; 4) de garantía, el fideicomitente, y 5) testamentario, el fideicomitente, no da seguridad jurídica al agente económico que materialice un fideicomiso. En virtud de ello, se sugiere que el contribuyente en todos los fideicomisos, sea el beneficiario del mismo, debido a que es el que obtiene la renta respectiva (riqueza). En otras palabras, es el que se ve favorecido con la constitución de dicho patrimonio autónomo.
- Nuestra normatividad tributaria del impuesto a la renta regula el contrato de fideicomiso de manera dispersa (artículos 14-A, 28, 29-A, 50, 57, 59 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta), tampoco norma: i) la retención en la fuente, ni ii) las pérdidas arrastrables eso dificulta su aprehensión y manejo, conllevando a que no se tenga claridad en su regulación. Debido a ello, proponemos que lo haga en una única sección, denominada “De los fideicomisos”, tal como lo regula Colombia.

RECOMENDACIONES

De lo analizado en el presente trabajo, podemos efectuar las siguientes recomendaciones, con el objetivo de mejorar la regulación jurídica del fideicomiso.

- Nuestra normatividad jurídica no estipula qué tipo de fideicomiso es el testamentario y el de flujos futuros en efectivo. Proponemos que se trate, a la transferencia de activos de los fideicomisos testamentarios y de flujos futuros de efectivo, como sin retorno, debido a que la naturaleza de estos fideicomisos es que sus bienes no reviertan al fideicomitente, ya que su finalidad es que no se queden en la esfera patrimonial del fideicomitente.
- Somos de la opinión que las retenciones que califiquen como rentas de segunda categoría, solo deben efectuarse cuando las rentas o beneficios sean efectivamente pagados a los partícipes o beneficiarios, por lo tanto, será en esa oportunidad en que se deba efectuar al fisco el abono del importe retenido. Para tal efecto, se debe realizar una precisión, para el caso de fideicomisos en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.
- Solo debería realizar retención y abono al fisco, cuando haya pago de beneficios a los partícipes o beneficiarios, por medir de forma más objetiva la capacidad contributiva de un agente económico. En virtud de ello, no puede haber retención si no se ha pagado la renta. Como ello, actualmente no es posible, más adelante se enunciará nuestra propuesta de modificación, sin que se convierta en un proyecto de ley.
- Es una falacia, denominada de presuposición, partir de que por el solo el hecho de ser una institución financiera hará un buen uso de esa confianza y, por ende, se le permita ser exclusivamente fiduciario. Esta se demuestra no se preconice. Debido a ello, nuestra normatividad jurídica debe ser modificada para que cualquier persona (natural o jurídica: perteneciente al sistema financiero o no) pueda ser fiduciaria. Como el norte de este estudio no es de Derecho Civil ni Corporativo, sino inminentemente tributario, que para su cabal entendimiento se haga una exploración en estos ámbitos del Derecho.

En virtud de todo lo esgrimido en esta sección, se recomienda modificar los siguientes artículos del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta: 14-A, 29-A, 57 y 59, con el objetivo de mejorar el tratamiento impositivo de renta de los fideicomisos.

Dichas propuestas nacen como consecuencia de la desarticulación y escasa uniformidad de la regulación tributaria, en materia de fideicomisos, que presenta nuestro Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF. Así como, de adolecer de ciertos vacíos, como: precisar la clase de fideicomiso que es el testamentario y el de flujos futuros de efectivo.

A continuación, se evidenciarán y analizarán los siguientes defectos que adolece nuestro Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta.

- **Desarticulación y poca uniformidad de la regulación tributaria, en materia de fideicomisos**

Por un lado, tenemos al artículo 14-A, que desarrolla quiénes son los contribuyentes de cada tipo de fideicomisos, como el: 1) bancario, que hace contribuyente al fideicomitente; 2) de titulización, que le da la calidad de contribuyente al fideicomitente (originador) o al fideicomisario, según lo que se haya pactado en el acto constitutivo; 3) testamentario, que le atribuye la calidad de contribuyente al fideicomisario; 4) de garantía, que estipula que son contribuyentes del impuesto a la renta, al fideicomitente, fiduciario o fideicomisario, según se haya pactado constituirlo como uno bancario o de titulización.

Por su parte, dicho artículo regula, también, el tema de depreciación, que es desarrollado, de manera más extensa, por el artículo 50.

Por otro lado, tenemos al inciso j) del artículo 28 desarrolla el concepto de calificación de rentas como de tercera categoría, en las que incluye a las rentas que obtiene un fideicomiso que realiza actividad empresarial.

Luego, contamos con el artículo 29-A, que regula el tema de la imputación de las rentas a los partícipes.

Finalmente, tenemos el artículo 57, que señala los criterios de imputación de las rentas, indicando que las rentas de segunda categoría se imputan al ejercicio gravable en el que se perciben y las de tercera en el que se devenguen, dentro de las que se encuentran, obviamente, las obtenidas por un beneficiario de un fideicomiso que realiza actividad empresarial. Así como, con el artículo 59º de la ley de la referencia, que regula la definición de lo percibido.

Lo que proponemos es unificar todas estas regulaciones en un Capítulo que se denomine “De los Fideicomisos”. Ello permitirá entender mejor la regulación de renta de dicha figura.

- **Inadecuados tratamientos tributarios**

Modificar el artículo 14-A del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, en la parte en que estipula los contribuyentes en cada modalidad de fideicomiso, para que, en todos los tipos de fiducia, lo sea el beneficiario.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- COMITRE, P., BAZÁN, M., FARFÁN, D., GUTIÉRREZ, R., NAVARRETE, J., VALDEZ, M. (2015). *El fideicomiso y el financiamiento público*. Lima: ESAN.
- DE ARESPACOCCHAGA, J. (2000). *El Trust, la Fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial.
- DE LA FLOR, M. (1999). *El Fideicomiso: Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DOMÍNGUEZ, J. (2000). *El Fideicomiso: Negocio jurídico: Régimen fiscal inmobiliario; instrumento en la inversión extranjera*. México DF: Porrúa.
- GONZÁLEZ, C. (1997). *El Trust: La Institución Angloamericana y el Derecho Internacional Privado Español*. 1ª ed. Barcelona: Bosch.
- KIPER, C., LISOPRAWSKI, S. (2003). *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- MARTÍN, M. (2009). *Los Fideicomisos en los Tiempos modernos. Casos de Fideicomisos en el Perú*. Buenos Aires: Cengage Learning.
- PAPA, R. (2017a). *Fideicomiso*. Buenos Aires: Erreius.
- (2017b). *Fideicomiso para abogados y contadores*. Buenos Aires: Erreius.
- RODRÍGUEZ, S. (2003). *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- (2005). *Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.

Tesis

- BELLO, S. (2011). *Fideicomiso público* (Tesis doctoral en Derecho). Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Recuperado de: https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110644/1/DDAFP_Bello_Knoll_Sl_Fideicomiso.pdf

MUNDACA, R. (2017). *Análisis del rol del agente fiduciario en el contrato de fideicomiso en el Perú* (Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa). PUCP, Lima, Perú. Recuperado de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8670/MUNDA CA TORRES ANALISIS DEL ROL DEL AGENTE FIDUCIARIO EN EL C ONTRATO DE FIDEICOMISO EN EL PERU.pdf?sequence=1>

AGUIRRE, D. (2013). Negocio fiduciario de inversión: Único vehículo fiduciario que prevé protección para el fideicomitente y el fideicomisario, como inversionistas del mercado de valores. *Revista de Derecho Privado*, 24, 209-233.

BASALLO, C. (1999). Tratamiento Tributario del Fideicomiso de Titulización. *Themis*, 41, 133-141.

BENAVIDES, J. (1999). Titulización de Activos en el Perú. *Themis*, 40, 123-136.

BOTTO, F. (2004). Tributación financiera aplicable a fideicomisos: Costos y contingencias innecesarias. *Economía y Derecho, Edición Invierno*, 77-81.

COASE, R. (1937). The Nature of the firm. *Economica*, 16,386-405. Recuperado de : http://lib.cufe.edu.cn/upload_files/other/4_20140515034803_1%20Coase,%20R .H.%EF%BC%881937%EF%BC%89%20The%20Nature%20of%20the%20Firm .pdf

CÓRDOVA, A. (2000). Régimen Tributario del Fideicomiso de Titulización de Activos. *Themis*, 41, 117-131.

CORZO, R. (1997). El fideicomiso. Alcance, alternativas y perspectivas. *Themis*, 35, 47-63.

ESCOBAR, F. (2006). Tradiciones, trasplantes e ineficiencias: El caso del 'fideicomiso peruano'. *Ius Et Veritas* (16), 32, 105-138.

HERNÁNDEZ, J. (1997). Seguridad Jurídica y Costos de Transacción: Algunas distorsiones en el Código Civil. *Derecho y Sociedad*, 12, 17-28.

MAC LEAN, A. (2009). Desenredando el Fideicomiso. *Foro Jurídico*, 9, 205-210.

PEÑA, J. (2015). Tratamiento tributario de los fideicomisos. *Actualidad Empresarial*, 1-11.

RODRIGUEZ, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Revista cuatrimestral, Facultades de Derecho y Ciencias Económicas Empresariales*, 70. Recuperado: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/artide/viewFile/637/528>

RODRIGUEZ, S. (2008). La Fiducia en América Latina: Una experiencia sorprendente. *Ius Et Veritas*, 36, 36-44.

SALCEDO, R. (2013). Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, 51 [10.15425/redepriv.51.2014.02](http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.51.2014.02)

TOMÁS, G. (2013). Fiducia, Negocio Fiduciario y Titularidad Fiduciaria: Un recorrido a través de la doctrina y la jurisprudencia. Bilbao: Universidad de Deusto, Volumen 52, 1-26.

VILLANUEVA, W. (2013). El fideicomiso y sus implicancias tributarias. *Ius Et Veritas*, 47, 264-277.

Legislación

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (9, diciembre, 1996). Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS [Ley N° 26702]. DO [Ei Peruano]/ Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=26702&xNormaF=

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (19, junio, 2000). Ley de Títulos Valores [Ley N° 27287]. DO [Ei Peruano]/ Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNume_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=27287&xTipoNorma=0

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. (1994) Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo N° 122-94-EF].

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. (2002) Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores [Decreto Supremo N° 093-2002-EF].

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. (2004) Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta [Decreto Supremo N° 179-2004-EF].

PODER EJECUTIVO (23, mayo, 1931). Ley de Bancos [Decreto Ley N° 7159]. DO [Ei Peruano]/ Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNume_1p.aspx?xNorma=8&xNumero=7159&xTipoNorma=0

PODER EJECUTIVO (24, abril, 1991). Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguro [Decreto Legislativo N° 637]. DO [Ei Peruano]/Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNume_1p.aspx?xNorma=3&xNumero=637&xTipoNorma=3

PODER EJECUTIVO (30, octubre, 1993). Nuevo texto de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros [Decreto Legislativo N° 770]. DO [Ei Peruano]/Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNume_1p.aspx?xNorma=3&xNumero=770&xTipoNorma=3

PODER EJECUTIVO (22, octubre, 1996). Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras [Decreto Legislativo N° 862]. DO [El Peruano]/Recuperado: http://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=3&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=862&xNormaF=

Página web

DEFERRARI, D. (2002). «Trusts» y Fideicomisos: Un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español. *Congreso Internacional sobre el español lengua de traducción*, 165-174. Recuperado: https://cvc.cervantes.es/lengua/esletra/pdf/01/013_deferrari.pdf

GONZÁLEZ, R. (2008). *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en América Latina* [diapositiva]. Recuperado: www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202850PM.ppt

MUR, M. (2004). *Régimen del Impuesto a la Renta en los Fideicomisos* [diapositiva]. Recuperado: <http://www.ipdt.org/editor/docs/Mur%2021.01.04.pdf>

PERTIERRA, F. (2012). *El fiduciario es la clave del fideicomiso*. Recuperado: <http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/502.pdf>

REVATTA, A. (2012). *Los fideicomisos, cada vez más cerca de los peruanos ¿Cómo se emplea el fideicomiso en el Perú?*. Recuperado: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66CB83060245485A05257F0600758FD1/\\$FILE/peru los fideicomisos cada vez m as cerca de los peruanos como se emplea el fideicomiso en el pe ru por angel revata vera abogado especialista.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66CB83060245485A05257F0600758FD1/$FILE/peru%20los%20fideicomisos%20cada%20vez%20mas%20cerca%20de%20los%20peruanos%20como%20se%20emplea%20el%20fideicomiso%20en%20el%20peru%20por%20angel%20revata%20vera%20abogado%20especialista.pdf)

