



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo

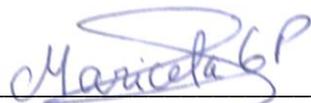
Guiacariny Milagros Vite Abad

**Asesor(es):
Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro**

Piura, marzo de 2024

Aprobación

La tesis titulada “El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución”, presentada por la licenciada Guiacariny Milagros Vite Abad en cumplimiento para optar el Grado de Master en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo, fue aprobada por el director Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro.



Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Guiacariny Milagros Vite Abad, egresado del Programa de Posgrado de Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 44380975.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución”
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis¹ para optar el Grado de Maestro² en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
 - Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro, identificado con DNI N° 41842817
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 01/03/2024.

.....
Firma del autor optante³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

³ Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A Dios, por guiarme en cada paso que doy.

A mis padres, Blanca y William, a mi hermano William y a mi esposo Jhancarlo, quienes son mi motivo para ser mejor cada día y lograr mis objetivos; por su esfuerzo, amor y apoyo incondicional.

A mis abuelos, y a mis tías: Marcolina, Gladys y María, quienes no se encuentran físicamente con nosotros, pero siempre nos acompañan espiritualmente.



Agradecimientos

A mi asesora, la Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro, por el tiempo brindado y guiarme en el desarrollo de la presente investigación; y, por haber compartido su experiencia y consejos.



Resumen

El presente trabajo de investigación pretende analizar el fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución, siendo su actual normativa aplicable la Ley N° 26702 - Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y el Reglamento del Fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios aprobado mediante Resolución SBS N° 1010-99 de 1999.

El fideicomiso en general se define como 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 en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

En mérito a ello, se analizará el origen del fideicomiso, desde el derecho romano que se basaba en la confianza, para continuar con el derecho anglosajón y la doctrina comparada de los países latinoamericanos. Asimismo, su naturaleza, las partes intervinientes, tales como: fideicomitente, fiduciario, fideicomisario, con sus respectivos derechos y obligaciones, las clases de fideicomiso, entre los que se encuentra el fideicomiso en garantía.

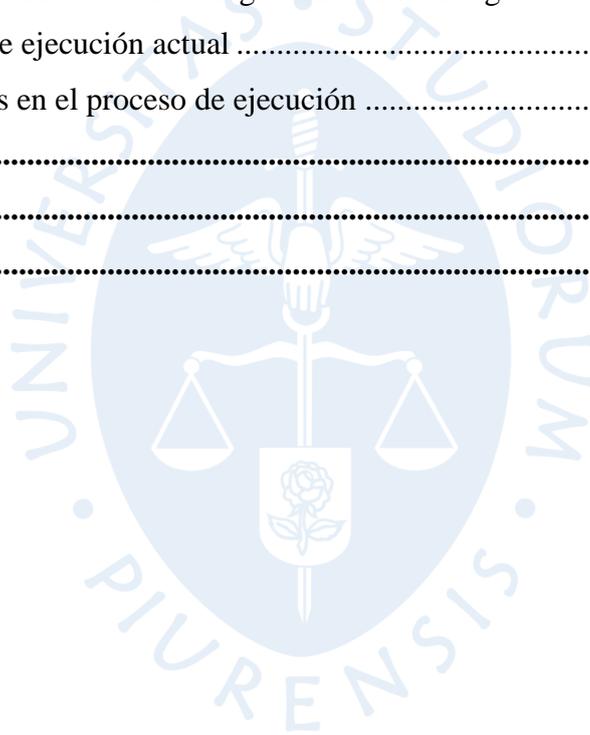
El fideicomiso en garantía es una figura jurídica poco desarrollada por la doctrina y los legisladores en nuestro país; pese a las ventajas que tiene frente a las garantías tradicionales, de encontrarnos ante grandes proyectos de inversión.

Por ello, analizaré el proceso de ejecución del fideicomiso en garantía, comparándolo con las garantías tradicionales como la hipoteca y la garantía mobiliaria, mencionando los aspectos legales y prácticos de las tres figuras jurídicas. Precizando, que el fideicomiso en garantía cuenta con escasa regulación, sobre todo en lo relacionado a su proceso de ejecución y al momento de recuperar la posesión del bien inmueble que se encuentra en fideicomiso al momento de la ejecución.

Tabla de contenido

Introducción.....	9
Capítulo 1 Antecedentes del fideicomiso	11
1.1 Derecho romano.....	11
1.1.1 Fideicommissum o Fideicomiso testamentario.....	11
1.1.2 Pactum fiduciae o Fiducia.....	12
1.2 Derecho germánico	14
1.3 El <i>trust</i> anglosajón	15
1.4 Legislación lationamericana	17
1.5 Fideicomiso en Perú.....	18
1.5.1 Decreto Ley N° 7159: Primera Ley de Bancos (1931).....	18
1.5.2 Decreto Legislativo N° 637 (1991).....	19
1.5.3 Decreto Legislativo N° 770: Ley general de instituciones bancarias, financiera y seguros (1993).....	19
1.5.4 Ley N° 26702: Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.....	19
Capítulo 2 El contrato de fideicomiso	22
2.1 Definición del fideicomiso.....	22
2.2 Naturaleza jurídica: Real u obligacional.....	24
2.2.1 Teoría del mandato irrevocable.....	24
2.2.2 Teoría del patrimonio de afectación.....	25
2.2.3 Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad.....	26
2.2.4 Teoría del negocio fiduciario	26
2.3 Partes que intervienen	28
2.3.1 Fideicomitente.....	28
2.3.2 Fiduciario	31
2.3.3 Fideicomisario.....	37
2.4 Patrimonio fideicometido	39
2.5 Clases de fideicomiso	40
2.5.1 Fideicomiso en garantía	41
2.5.2 Fideicomiso de administración	41
2.5.3 Fideicomiso testamentario	42
2.5.4 Fideicomiso de titulización	43
2.5.5 Fideicomiso vitalicio, filantrópico, cultural.....	43

2.5.6	Fideicomiso inmobiliario	44
2.6	Etapas del fideicomiso	46
2.6.1	Constitución y formalización	46
2.6.2	Término del fideicomiso	48
Capítulo 3 El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución.....		51
3.1	Garantías tradicionales en Perú.....	51
3.1.1	Hipoteca	51
3.1.2	Garantía mobiliaria	61
3.2	Fideicomiso en garantía	67
3.2.1	Noción.....	67
3.2.2	Ventajas del fideicomiso en garantía versus las garantías tradicionales.....	70
3.2.3	Proceso de ejecución actual	72
3.2.4	Problemas en el proceso de ejecución	77
Conclusiones		79
Abreviaturas		81
Referencias.....		82



Introducción

Hoy en día, existe un crecimiento en el sector inmobiliario en nuestro país, generando el incremento de nuevos proyectos e inversiones, que conlleva a que los inversionistas acudan usualmente a las entidades financieras a fin de solicitar créditos para llevar a cabo sus proyectos.

En este contexto, se realiza generalmente, la constitución de las garantías tradicionales como la hipoteca o prenda –hoy llamada garantía mobiliaria-, a fin de que los acreedores obtengan seguridad jurídica en respaldo de los créditos que otorgaron. Pero, también es cierto que, en la actualidad, hay una figura jurídica que se encuentra desarrollando en el mundo de las inversiones, como es el fideicomiso, específicamente el fideicomiso en garantía, dejándose de lado las garantías tradicionales, sobre todo cuando se trata de grandes proyectos. Sin embargo, esta figura no ha sido debidamente analizada por la doctrina y ha sido dejada de lado por los legisladores.

Ante ello, si bien el Código Civil nos ofrece mecanismos de tutela de derecho para acudir ante el Poder Judicial y solicitar el pago de la obligación contraída, como el proceso de ejecución de garantías o el proceso único de ejecución –antes llamado proceso ejecutivo–. Debido a mi experiencia en el sistema bancario, laborando en el área hipotecaria, así como cobranza judicial o recuperaciones de créditos bancarios, puedo afirmar que, en la práctica, estos procesos pueden tardar hasta dos años –si no contamos, por ejemplo, con contradicciones interpuestas en el proceso– para llegar a la etapa de ejecución del bien, generando, claramente, costos que en, muchos casos, son asumidos por los acreedores, además de lo desgastante que puede ser un proceso largo.

Ante esta situación, analizaré una figura poco desarrollada por la doctrina y los legisladores, y que es muy beneficiosa, tanto para los inversionistas como para los bancos, en su calidad de acreedores de un crédito, si se encuentran en un proyecto que requiere gran inversión. Pese a lo que ofrece dicha figura, no cuenta con mayor análisis, debido a la poca difusión y a que esta figura no se conoce mucho en el mundo de los negocios, sobre todo el momento de la ejecución, pese a que hay mucho que trabajar respecto al proceso de recuperación del bien dado en fideicomiso en el supuesto de ingresar a un proceso de ejecución.

El presente trabajo surge porque, así como incrementan las inversiones y solicitudes de crédito, también es conocido que uno de los problemas constantes que atraviesan los acreedores es la falta de pago por parte de los deudores y cómo dotarse de una efectiva protección para la rápida recuperación de su crédito ante dicha situación. Entonces, debido a las múltiples preocupaciones de los acreedores ante el incumplimiento de las obligaciones del deudor, como lo es la falta de pago, considerando que, ante esta situación, el Poder Judicial no brinda la

adecuada celeridad en resolver sus procesos, impidiendo a los bancos satisfacer sus necesidades en tiempo oportuno; considero necesario brindarle otras opciones como el fideicomiso en garantía.

La presente investigación se ha dividido en tres capítulos, que parten desde el origen del fideicomiso hasta llegar a la propuesta que se planteará.

El primer capítulo se ha denominado “Antecedentes del fideicomiso”, donde pretendo dar a conocer el origen y evolución histórica de esta figura partiendo del derecho romano, donde se basaba en la confianza, para continuar con la gran influencia que se ha tenido del derecho anglosajón con la aparición de los “*uses*” y “*trust*” anglosajón; recurriendo a la doctrina comparada, analizando las legislaciones de los países latinoamericanos, donde ha tenido acogida, para poder extraer aspectos que se puedan aplicar a nuestra legislación.

El segundo capítulo se ha denominado “El contrato de fideicomiso”, donde brindo la definición y analizo su naturaleza para determinar si es real u obligacional. Asimismo, analizo cada una de las partes que intervienen en esta figura, tales como fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, así como los derechos y las obligaciones que asume cada una. También, desarrollaré las clases de fideicomiso, destacando el fideicomiso en garantía que es materia de la presente investigación.

Finalmente, el tercer capítulo se ha denominado “El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución”, donde como su mismo nombre lo dice, analizaré la noción y naturaleza jurídica del fideicomiso en garantía, las ventajas que genera aplicar esta figura poco conocida y utilizada en el mundo de los negocios versus las garantías tradicionales, su proceso de ejecución y los vacíos que existe en su regulación, sobre todo al momento de recuperar la posesión del bien inmueble que se encuentra en fideicomiso.

Capítulo 1

Antecedentes del fideicomiso

El fideicomiso proviene del derecho romano, teniendo su auge en el derecho anglosajón con el conocido *trust anglosajón*, de donde irradia una gran influencia en los países latinoamericanos, llegando a legislarse en nuestro país, tal como se desarrollará a lo largo del presente capítulo.

1.1 Derecho romano

Muchas figuras jurídicas que se utilizan en el derecho privado tienen su origen en el derecho romano y el fideicomiso no es la excepción. Nace específicamente en el periodo arcaico del derecho romano, esto data del año 753 a.C hasta el 510 a.C.

El fideicomiso que actualmente conocemos tiene sus antecedentes en dos figuras romanas: el *fideicommissum* y el *pactum fiduciae*, abarcando este último a la *fiduciae cum creditore* y *fiduciae cum amico*, que desarrollaré a continuación.

1.1.1 *Fideicommissum* o *Fideicomiso testamentario*

Fideicommissum proviene del verbo *fido*, *-is*, *-sus*, *-ssum*, *-dere* que significa “*confiar*, “*tener confianza de, o en*” y *commissum* que significa “*encargo*”, “*encomienda*” o “*cosa confiada*”¹. Y se origina por las limitaciones a heredar establecidas en el Derecho romano y se da como un encargo generoso *mortis causa* sin tener sanción².

Se aplicaba cuando el testador quería beneficiar a alguien con quien no mantenía la *testamenti factio*³ y tenía que rogar a su heredero para que actúe como ejecutor y entregarle al beneficiario incapaz un objeto o parte de la herencia. El testador, para establecer esta institución usaba los términos *rogo*, *fideicomitto*, llamando al heredero gravado como fiduciario y al beneficiario que recibía los bienes como fideicomisario⁴.

Es decir, a través del *fideicommissum* se buscaba evadir el impedimento que regulaba el ordenamiento jurídico romano respecto a la forma de heredar a determinadas personas que según la norma carecían de facultad para hacerlo. Es decir, se pretendía beneficiar a terceros que por la vía testamentaria estaban prohibidos; basándose en la confianza o fe que el causante le tenía a su heredero o persona con facultad para heredar (llámese fiduciario) a fin de solicitarle el encargo de administrar un bien para beneficio de un tercero al momento de su muerte.

¹ BELLO KNOLL, Susy Inés. El fideicomiso público. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina S.A, 2013. p. 23.

² Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina. Colombia: 1 era edición Legis S.A., 2005. p. 11.

³ *Testamenti factio*, se refiere a la capacidad de hacer y suceder por testamento y también a la capacidad a ser contemplado en un testamento de cualquier forma.

⁴ Cfr. PETIT, EUGENE. Tratado elemental de Derecho romano. México: Editorial Porrúa S.A., 1990. p. 579.

Asimismo, como lo he detallado, el *fideicommissum* se basó en la confianza otorgada al fiduciario, encontrándose sujeto a las disposiciones que él señalara en su calidad de administrador. Sin embargo, ello generó el abuso de su función, ocasionando que los encargos se incumplan. Así, de acuerdo con lo señalado por DE LA FLOR⁵, la opinión general presionó por el cumplimiento de los fideicomisos, restando pureza al encargo, tanto que el emperador Augusto encargó a sus cónsules supervisar el cumplimiento de los fideicomisos. Posteriormente, en la época del emperador Claudio, se nombraron dos pretores especiales, llamados *praetor fideicommissarius*, quienes tenían autoridad para llevar a cabo la ejecución de los fideicomisos testamentarios.

En ese contexto, DE LA FUENTE señala que “la figura del fideicomiso no surge como un instrumento para favorecer el fraude a la ley en todos los casos, sino como una posibilidad de beneficiar a determinadas personas imposibilitadas para ser herederas o legatarias de ciudadanos romano”⁶.

1.1.2 *Pactum fiduciae o Fiducia*

“La fiducia romana consistió en una *mancipatio*, forma solemne de transmitir la propiedad, o una *in jure cesio*, que se acompañaba de un *pactum fiduciae* mediante el cual el *accipiens*, quien recibe la propiedad del bien transmitido, se obligaba a su vez frente al “*tradens*”, de transmitirlo, después de que se realizaran determinados fines, al propio *tradens* o a una tercera persona”⁷.

En otras palabras, era un acuerdo entre el propietario de ciertos bienes y otra persona en quien confiaba. En mérito al pacto, el propietario transfería los bienes (operación *in jure cesio*) a otra persona para que los administrara, con una finalidad específica y en un plazo determinado, interviniendo dos partes, como son, el *tradens* o también llamado instituyente, y el receptor de la confianza, o también llamado *accipiens*⁸.

Existieron dos tipos de fiducia, tales como *fiduciae cum creditore* y *fiduciae cum amico*.

La primera fue un acuerdo de naturaleza onerosa, donde el deudor, a solicitud de su acreedor, transfería un bien en virtud de la *mancipatio* o *in jure cesio*, con la condición de que

⁵ Cfr. DE LA FLOR MATOS, Manuel. El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 36.

⁶ La herencia fideicomisaria: desde Roma hasta el derecho peruano. Lima: Palestra Editores, 2012. p.233.

⁷ VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. Doctrina general del fideicomiso. México: Editorial Porrúa S.A., 1998. p. 2.

⁸ Cfr. MARTÍN MATO, Miguel Angel. Los fideicomisos en los tiempos modernos. Buenos Aires: Cengage Learning Argentina, 2009. p. 23.

le sea devuelto una vez cumplida la obligación, siendo considerada como una forma de garantía⁹.

La *fiduciae cum creditore* es el más claro antecedente de lo que hoy conocemos como fideicomiso en garantía, antes de la existencia de la hipoteca o la prenda – actualmente garantía mobiliaria - por cuanto era una garantía a favor del acreedor.

El procedimiento tenía como finalidad asegurar el cumplimiento del pago de una deuda y consistía en que el deudor confiaba la entrega de un bien al acreedor, con la condición de que si el deudor cumplía con el pago se le devolvía el bien, pero si ello no sucedía, el fiduciario procedería a la venta del mismo para que el acreedor recupere el monto adeudado con el producto de esa venta¹⁰.

Sin embargo, si bien puede reconocerse que cumplió un destacado papel antes de conocer las formas modernas de contrato de garantía, presentó desventajas: cuando el acreedor aprovechándose de su posición enajenaba el bien, dejaba al deudor en una situación complicada porque carecía de una acción real, es decir que no tenía la posibilidad de perseguir el bien que se encontraba con terceras personas y se veía obligado a iniciar la acción personal contra su acreedor, quien podría enfrentar problemas financieros o encontrarse insolvente¹¹.

Lo dicho en el párrafo anterior quiere decir que existieron casos donde no se restituía el bien una vez cumplida la obligación por parte del deudor o se enajenaba el mismo antes del vencimiento del plazo. Por ello, a fin de brindarle protección al deudor se le reconoció la *actio fiduciae*, que es una acción por medio de la cual se lograba obtener una indemnización.

La *fiducia cum amico*, era un acuerdo de naturaleza no onerosa, en interés del fiduciante y no del fiduciario como en el caso anterior, y buscaba transferir los bienes para que éste pudiese disponer de los mismos y ejercer las facultades propias del dueño como administrarlos, coordinar la celebración de contratos relacionados a ellos, y protegerlos frente al ataque de terceros¹².

Se utilizaba cuando una persona tenía que ausentarse por largo tiempo y en lugar de dejar el bien en manos de un amigo a través de un contrato que le confiera sólo la tenencia del bien, prefería emplearla para que goce de amplias facultades siendo más eficaz su protección¹³.

Lo dicho en el párrafo anterior se refiere a que la *fiducia cum amico* se orientaba a la gestión y cuidado de los bienes transferidos durante la prolongada ausencia del propietario. El

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit., p. 7-8.

¹⁰ Cfr. BELLO KNOLL. Op. Cit., p. 31.

¹¹ Cfr. NAVARRO MARTORELL, Mariano. La propiedad fiduciaria. Barcelona: Ed. Bosch, 1950. p. 36.

¹² Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit., p. 10.

¹³ Cfr. Idem.

tradens entregaba la propiedad al *accipiens*, permitiéndole utilizarla de manera gratuita en su propio beneficio, con la condición de restituirla una vez cumplido el objetivo acordado¹⁴.

1.2 Derecho germánico

En el derecho germánico, a diferencia del derecho romano, el fiduciario recibía un derecho real limitado, encontrándose condicionado a lo establecido por el fiduciante en cuanto al uso que debía de realizar respecto al bien.

En esta etapa, como lo señalan algunos autores, entre ellos VILLAGORDOA¹⁵, se encuentran tres instituciones que son antecedentes del fideicomiso, tales como: la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman o treuhand*.

La prenda inmobiliaria consistía en un medio a través del cual el deudor transfiere un bien inmueble al acreedor mediante una carta *venditionis*, la cual sirve de garantía. El acreedor entregaba una contracarta, comprometiéndose a devolver la documentación y el inmueble una vez que el deudor cumpla puntualmente con su obligación.

De lo dicho, se desprende que la figura es muy similar a la *fiduciae cum creditore* romana, con la diferencia que en el presente caso sólo se aplica para los bienes inmuebles. Además, de que se utiliza la carta *venditionis* y la contracarta en lugar del *pactum fiduciae*.

Mediante el *manusfidelis* se buscaba contravenir las normas legales que limitaban la calidad de heredero legítimo al beneficiario. Se utilizaba en casos de donación, siendo el donante quien transmitía el bien a un fiduciario que era denominado *manusfidelis* mediante la carta *venditionis* e inmediatamente el fiduciario retransmitía el bien al verdadero beneficiario, pero reservando al donante el derecho al goce del bien para que lo disfrute durante su vida.

Asimismo, como en la carta *venditionis* se le otorgaban amplias e ilimitadas facultades al *manusfidelis* (fiduciario), era necesario que quien ocupase ese cargo sea una persona del Clero, basándose en la confianza que ello implicaba.

Finalmente, tenemos el *salman o treuhand* quien es el fiduciario actuando como intermediario, quien realiza la transferencia de un bien del propietario inicial al adquirente definitivo. Dicho en otras palabras, es el intermediario entre el vendedor y comprador.

Esta figura tuvo dos momentos, en el derecho antiguo y en el moderno, siendo que en el primero recibía las facultades del vendedor y en el segundo supuesto las recibía del comprador.

¹⁴ Cfr. MARTÍN MATO. Op. Cit., p. 23.

¹⁵ Cfr. Op. Cit., p. 5.

1.3 El *trust* anglosajón

Si bien el origen del fideicomiso se remonta al derecho romano, cabe recalcar que esta figura jurídica como lo conocemos hoy en día tiene su antecedente más próximo en el *trust anglosajón*. A su vez, este último, tiene como antecedente a los *uses*. Ambos se desarrollaron en la época de las cruzadas en Inglaterra, cuando el terrateniente se ausentaba dejando sus propiedades en manos de un amigo para que las administrará y al regresar debía devolverlas. Sin embargo, en ocasiones ello no sucedía porque legalmente no existía la obligación de devolución. Entonces, el terrateniente tenía que acudir al Rey a fin de solicitar que se retornen los bienes a su propiedad¹⁶.

De lo señalado en el párrafo anterior, el antecedente del *trust* anglosajón es el *use*, definiéndose como la relación jurídica mediante la cual una persona - llamada *feoffee to use* - era revestida de un poder jurídico y de cuyo ejercicio resultaba un beneficio económico a favor de otra persona - denominada *cestui que use*¹⁷. Con ello se buscaba eludir las confiscaciones en el tiempo de guerras y de las persecuciones políticas que se realizaban contra los vencidos, así como la exacción de tributos feudales y el rigor de la Ley de las manos muertas de 1217 que prohibía a las congregaciones religiosas la propiedad inmueble¹⁸.

Para entender el *trust anglosajón*, es preciso señalar que en Inglaterra existieron dos sistemas de justicia, el *Common law* o derecho común y el *Equity* o Equidad.

El *Common law* tiene como finalidad dar justicia, pero al ser muy rígido y formal para una nación que había dejado de ser meramente rural no era suficiente e idóneo para impartirla, siendo necesario acudir al sistema de equidad basado en la buena razón, en la conciencia, al cual se acudía cuando la justicia no se impartía como debía en el derecho común¹⁹.

Ello generó la idea del desdoblamiento del derecho de la propiedad, considerándose la característica fundamental del *trust*, que defendía el derecho de propiedad material o equitativa del beneficiario - *cestui que trust* - regida por la Equity, frente a la propiedad legal del titular que recaía sobre el *trustee* y se regía por el *Common Law*.

Respecto al *trust* anglosajón, SERRANO²⁰ transcribe la definición de *trust* del *Restatement of the law of trusts* precisando que es la “relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual una persona que los posee (*trustee*) está obligada en derecho y equidad a manejarlos

¹⁶ Cfr. MARTÍN MATO. Op. Cit., p. 25.

¹⁷ Cfr. VILLAGORDOA LOZANO. Op. Cit., p.7.

¹⁸ Cfr. LISOPRAWSKI, Silvio W. y KIPER, Claudio M. Los negocios fiduciarios y el fideicomiso. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996. p. 4.

¹⁹ Cfr. Ibid. p. 5

²⁰ Aportación al fideicomiso, 2da edición. Ed. Porrúa. México, 1950. p.88-89

en beneficio de un tercero (*cestui que trustee*). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (*settlor*)”.

De esta definición, se desprende que en el *Trust anglosajón* intervienen tres personas, las cuales detallaremos a continuación²¹:

El *Constituyente o settlor*: es el creador del trust y generalmente tiene función transitoria, pues una vez que se separa de un derecho que forma parte de su patrimonio y lo destina a una finalidad, su razón de ser desaparece, es decir, que la transferencia de sus derechos es definitiva e irrevocable; salvo que fuere el beneficiario del *trust* o se reserve el derecho de revocar el *trust*, alterarlo o enmendarlo.

Es quien transfiere sus bienes para el cumplimiento de una determinada finalidad. Se podría decir que en la actualidad esta figura la conocemos como fideicomitente.

El *trustee*: es el actor más importante en el trust, quien recibe el título legal de los bienes para llevar a cabo el *trust*, pudiendo ser cualquier persona que cuente con la capacidad de goce y ejercicio. En ocasiones, podría recaer en una misma persona la figura del *trustee* y el *settlor*, como por ejemplo cuando el *settlor* se declara a sí mismo como *trustee*, no existiendo una transmisión de bienes sino más bien una separación de estos de su patrimonio.

Hoy en día podemos afirmar que es similar a lo que conocemos como fiduciario.

Y finalmente, tenemos al *cestui que trustee*: que es la persona natural o jurídica en cuyo favor recae el *trust* o lo que actualmente conocemos como fideicomisario. En algunos casos podía recaer en el propio fideicomitente.

Asimismo, existieron clases de *trust*, que son, el *express trust* y el *implied trust*:

El *express trust* es aquel que se constituyó de un acto de voluntad del *settlor* con palabras que revelaban la intención manifiesta de que el negocio se constituya. Y el *implied trust* es aquel donde se presumía su existencia a partir de ciertos actos que denotaban la intención de crearlos, es decir que resultaba tácitamente de ella o de su comportamiento.

Este último a su vez se dividía en *resulting* o *primitive trusts* y en *constructive trusts*. El primero era creado por el Tribunal de Equidad de la época cuando encontraba motivos para presumir que una persona, a juzgar por ciertos actos de ella, pretendía crear un *trust* expreso pero que debido a circunstancias invencibles no llegó a formalizarse. A diferencia del segundo, que los constituía el propio tribunal sin que medie, ni presuntivamente la voluntad de una persona y cuyo objeto era evitar que un individuo se apropie injustamente de riquezas en perjuicio de un tercero²².

²¹ Cfr. MARTÍN MATO. Op. Cit., p. 26.

²² Cfr. VILLAGORDOA LOZANO. Op. Cit., p. 33.

1.4 Legislación lationamericana

Entre los países latinoamericanos que han regulado el fideicomiso tenemos a Panamá, México, Chile, Colombia, Argentina y Uruguay, quienes han recibido influencia del *trust anglosajón* al momento de regularlo y adaptarlo a las necesidades de cada país. Han sido Panamá, en 1925, y México, en 1926, los países que iniciaron la regulación del fideicomiso.

Respecto a Panamá, el origen del fideicomiso puede establecerse en el Proyecto de Reglamentación del jurista panameño Ricardo Alfaro del año 1920, quien diseñó el instituto del fideicomiso basándose en el concepto del mandato²³, siendo descrito como un mandato irrevocable, donde una persona llamada fideicomitente transmite ciertos bienes a una persona llamada fiduciario, para que los administre según sus instrucciones, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario²⁴.

A este autor se le ha cuestionado por haber considerado al fideicomiso como un mandato irrevocable trasmisor de bienes; pese a ello, ha sido fuente de inspiración para todo movimiento que surgió después con respecto al fideicomiso en Latinoamérica²⁵.

Respecto a México, en 1926 se expidió la Ley de Bancos de fideicomiso, que definía al fideicomiso como un mandato irrevocable donde se entregan ciertos bienes al banco, quien interviene como fiduciario, para que los administre según las instrucciones del que los transmite, denominado fideicomitente, a favor de un tercero, designado como fideicomisario.

Esta definición siguió los lineamientos del proyecto de Ricardo Alfaro en Panamá, que he detallado supra, con la diferencia que la ley mexicana señala que los bienes se entregan y en Panamá señala que se transmiten²⁶.

Siguiendo lo señalado por BERTOLI²⁷, un caso evidente de la influencia anglosajona en nuestro fideicomiso, lo encontramos con el legislador venezolano Andrés Bello, quien, al fusionar el derecho romano con el anglosajón, incluyó en Chile la propiedad fiduciaria como una manera de limitación el dominio, llevándolo luego a Colombia que se destaca como el país que más ha avanzado en el desarrollo del fideicomiso en Latinoamérica.

Asimismo, se destaca que, respecto a la calidad de fiduciario, Panamá al igual que Costa Rica, cuentan con un sistema abierto donde cualquier persona puede ser fiduciario, a diferencia del nuestro, donde contamos con un sistema cerrado. Mientras que en Argentina y Uruguay

²³ Cfr. BELLO KNOLL. Op. Cit., p. 56.

²⁴ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit., p. 89.

²⁵ Cfr. BELLO KNOLL. Op. Cit., p. 56.

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit., p. 68-69.

²⁷ Cfr. BERTOLI BRYCE, Nelson. (2012, 5 de diciembre). El fideicomiso como herramienta facilitadora de negocios. Apuntes para una mayor utilización. *Ita ius esto*. Recuperado de <http://www.itaiusesto.com/el-fideicomiso-como-herramienta-facilitadora-de-negocios-apuntes-para-una-mayor-utilizacion/>

cualquier persona puede ser fiduciario, pero bajo la supervisión de una entidad que en el Perú se puede asimilar a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS -. Estas posturas las desarrollaré cuanto trate acerca del fiduciario.

1.5 Fideicomiso en Perú

1.5.1 Decreto Ley N° 7159: Primera Ley de Bancos (1931)

Al referirnos a esta norma, recordamos la influencia que tuvo la misión *Kemmerer* en nuestro país con la llegada del profesor Edwin Kemmerer en 1931, quien fue invitado por el presidente de la época Samanez Ocampo en su afán de modernizar el ámbito monetario, crediticio y bancario del país. Dentro de las preocupaciones e intenciones de esta misión se encontraba el promulgar la primera Ley de Bancos peruana, concretándose con el Decreto Ley N° 7159 de 1931.

Con el Decreto Ley N° 7159 aparecen las denominadas “Comisiones de confianza”, intención que tenía la misión *Kemmerer* y se plasmó en la exposición de motivos de su proyecto, definiéndose en el capítulo V, específicamente en el artículo 89° del citado Decreto Ley como el ejercicio de funciones del depositario, apoderado o administrador de bienes ajenos, realizado por un banco comercial con autorización del Superintendente de Bancos previo depósito de garantía, de acuerdo al artículo 92° y a fin de responder por el fiel cumplimiento de los deberes por comisiones de confianza que la ley le confiere a dicho banco.

De acuerdo con la definición establecida en el Decreto Ley, buscó que las Comisiones de confianza se encuentren a cargo de los bancos bajo la supervisión del Superintendente de Bancos. Es decir, que tengan una función privada a cargo de un órgano del Estado, debido a que los bancos tenían una adecuada administración y eran más confiables que una persona particular.

Entonces, se afirma que el sistema utilizado en aquella época es muy similar a nuestra actualidad, como lo explicaré más adelante, por cuanto hoy en día los fideicomisos se encuentran generalmente a cargo de los bancos o personas especializadas bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Asimismo, los valores que recibían los bancos por comisiones de confianza eran ajenos a los activos propios del banco, tratándose de un patrimonio separado, lo cual es esencial en el fideicomiso. Sin embargo, no se puede afirmar la transferencia de dominio del bien en virtud de que lo entregado a los bancos por las comisiones de confianza se asimilaba más a un mandato por parte del constituyente al banco. Ello se puede corroborar del artículo 99° del citado Decreto Ley, que establece, a que en caso de quiebra del banco no afectará a los bienes entregados por concepto de comisiones de confianza. Asimismo, el artículo 94° señalaba bajo qué cargos se

podía nombrar a los bancos, entre ellos como depositarios, liquidadores de sociedades, administradores de bienes o herencias; demostrando que ninguno de los cargos implica la transferencia de dominio, sino que se asemeja más al mandato²⁸.

1.5.2 Decreto Legislativo N° 637 (1991)

Este Decreto se refiere a la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros de 1991, que derogó al Decreto Ley N° 7159.

Mediante dicha norma se mencionó la figura del fideicomisario – garante y al fideicomitente, sin brindar mayor definición de ellos.

La trascendencia de esta norma fue mínima, debido a que tuvo muchos errores que trataron de corregirse mediante setenta y cinco rectificaciones en tres ediciones del Diario El Peruano, pero el Estado no aceptó estas rectificaciones y ordenó su anulación.

1.5.3 Decreto Legislativo N° 770: Ley general de instituciones bancarias, financiera y seguros (1993)

El Decreto Legislativo N° 770 del 30 de octubre de 1993, abordó por primera vez la denominación de fideicomiso propiamente dicha.

En el artículo 314° de la citada norma se definía al fideicomiso como una “relación jurídica por la cual una persona, llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlos en favor de aquél, o de un tercero, llamado fideicomisario”. Es así como se habla de una transferencia de propiedad a favor del fiduciario; hecho que analizaré más adelante para verificar si efectivamente consiste en una transferencia de propiedad.

Ahora, respecto a la calidad de fiduciario, es importante resaltar lo establecido en el artículo 315°. Regulaba que sólo las empresas bancarias estaban autorizadas para desempeñarse como fiduciarios, corroborando que se consideraba fiduciario sólo a las empresas bancarias, optando al igual que la norma anterior por un sistema cerrado donde no se permitía que otras personas naturales o jurídicas asuman la función de fiduciario, tal y como ocurre también en nuestro sistema actual.

1.5.4 Ley N° 26702: Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

La Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702 de 1996 - y el Reglamento del Fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios aprobado mediante Resolución SBS N°

²⁸ Cfr. STEWART BALBUENA, Alberto. El fideicomiso como negocio fiduciario. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1996. pp. 178 – 182.

1010-99 de 1999 son las principales normas vigentes aplicables al fideicomiso bancario en el Perú.

El artículo 241° de la Ley N° 26702 define al fideicomiso como “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 en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario” (...) “el patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes”.

De ello se desprende que en el fideicomiso intervienen tres personas: el fideicomitente, quien es propietario del bien y lo transfiere a otra persona para el cumplimiento de un fin determinado. El fiduciario quien es la persona que se encarga de realizar el fin encomendado constituyendo un patrimonio autónomo, y un tercero denominado fideicomisario o también conocido como beneficiario.

No considero oportuno ahondar en las obligaciones y deberes de los intervinientes ni en lo que implica el patrimonio fideicometido, por cuanto será materia de análisis del siguiente capítulo.

En virtud de la definición de fideicomiso establecida en la ley actual, DE LA FUENTE considera que mediante el fideicomiso se crea una relación jurídica para llevar a cabo actividades económicas y sociales con los efectos jurídicos deseados por las partes. Y que se podría definir al fideicomiso como un negocio jurídico nuevo cuya base está en otras figuras jurídicas como el fideicomiso romano y el *trust* anglosajón²⁹.

También, puedo precisar que, a diferencia de la Ley anterior que es el Decreto Legislativo N° 770 donde sólo se consideraba como fiduciario a los bancos, en la norma vigente se considera como fiduciarios también a otras empresas, como COFIDE, empresas financieras, bancarias, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, Caja Municipal de Crédito Popular, Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro empresa – Edpyme, Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar dinero del público, Caja Rural de Ahorro y Crédito, Empresas de Servicios Fiduciarios, Empresas de seguros y reaseguros. Es un sistema cerrado donde sólo las empresas indicadas pueden actuar como fiduciarios y no permite que otras personas naturales o jurídicas adquieran tal calidad.

²⁹ Op. Cit., p.206.

Respecto al fideicomiso de garantía, tema de análisis de la presente investigación, se puede adelantar que la presente Ley únicamente se refiere al mismo en su artículo 274°, sin ahondar en el tema ni en el procedimiento a seguir para un posible caso de ejecución del fideicomiso.

Finalmente, si bien en este apartado hemos detallado aspectos de la Ley N° 26702 que regula el fideicomiso bancario, no es menos importante mencionar que también contamos con un fideicomiso de titulización que se encuentra regulado por la Ley de Mercado de Valores cuyo texto fue aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002. Asimismo, tenemos otras normas que regulan el fideicomiso, como la Resolución de CONASEV N° 001-97-EF/94.10, Reglamento de Procesos de Titulización de activos, Resolución SBS N° 084-2000 “Tratamiento contable del fideicomiso”, que no son analizados por exceder el tema del presente trabajo de investigación.



Capítulo 2

El contrato de fideicomiso

2.1 Definición del fideicomiso

La palabra fideicomiso proviene del latín *fides* que significa fe y *commissus* que significa confianza, comisionar o encargar; siendo su significado etimológico, el encargo de confianza o comisión basada en la fe que merece una persona.

Es preciso mencionar que no ha sido fácil brindar una definición de fideicomiso por cuanto en Latinoamérica, se han adoptado diferentes definiciones en virtud a las distintas teorías sobre la naturaleza del fideicomiso, como la teoría del mandato o del patrimonio de afectación, por mencionar algunas; las mismas que serán desarrolladas en el siguiente apartado cuando analice la naturaleza del fideicomiso.

En doctrina se encuentran distintas definiciones, considerando más oportuna la que señala RODRÍGUEZ al definir al fideicomiso como “el negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”³⁰.

También tenemos a RENGIFO que señala que en el fideicomiso interviene el fideicomitente, quien transfiere la propiedad de ciertos bienes a un fiduciario para que los administre, enajene y cumpla una determinada finalidad, en favor de un tercero llamado beneficiario, quien también puede ser el mismo fideicomitente³¹.

Asimismo, GAMBOA señala que el fideicomiso es un negocio jurídico complejo, solemne, por medio del cual una persona (llamada fiduciante), transfiere un patrimonio autónomo especificado a un banco, quien se obliga a administrarlo o enajenarlo con el propósito de alcanzar una finalidad específica establecida por quien lo crea en beneficio propio o de un tercero³².

Y, NAVARRO lo define como el acuerdo mediante el cual una persona llamada fiduciario recibe de otra llamada fiduciante, quien deposita su confianza en ella, una titularidad de un derecho en su propio nombre, comprometiéndose a emplearla únicamente para la finalidad específica, en beneficio del fiduciario, del fiduciante o de un tercero³³.

³⁰ Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial Feleban, 1990. p. 627.

³¹ Cfr. La Fiducia. Bogotá. Editora e Impresora Ranco Ltda. 1984. p. 250.

³² Cfr. El fideicomiso bancario. Tesis de grado para optar el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá: Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. 1976. p. 31.

³³ Cfr. Op.Cit., p. 25.

Por otro lado, el primer párrafo del artículo 241° de la Ley N° 26702, Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que se encuentra vigente en la actualidad en nuestro sistema peruano, define al fideicomiso como “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 en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario”.

El Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios aprobado por la Resolución SBS N° 1010-99, en su artículo 2°, define al fideicomiso como “una relación jurídica por la cual una persona denominada fideicomitente, transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto a dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos a favor de un tercero o del propio fideicomitente, a quienes se denomina fideicomisarios”.

En virtud de las definiciones citadas, tanto por la doctrina y por lo establecido en la norma vigente, se puede concluir que el fideicomiso es la relación jurídica mediante el cual una persona denominada Fideicomitente transmite el dominio fiduciario de uno o más bienes materiales o inmateriales a favor de un patrimonio autónomo administrado por una persona autorizada denominada Fiduciario, para que éste cumpla con una determinada finalidad en provecho del mismo constituyente o de un tercero llamado Fideicomisario.

Finalmente, es importante destacar que el fideicomiso es un contrato que se caracteriza por ser típico, al encontrarse regulado en la Ley N° 26702 y otras normas; formal y solemne, porque la Ley exige que sea de manera escrita para tener validez; principal, por existir por sí y tener un fin propio independiente; es oneroso, al establecerse sacrificios patrimoniales; y, es bilateral, en virtud que se perfecciona con el acuerdo de voluntades de fideicomitente y fiduciario, cuando se trata de un fideicomiso constituido por acto entre vivos.

Asimismo, otras características que también vale la pena mencionar son las siguientes: es irrevocable, porque impide cambio de instrucciones posteriores en contra del objeto del fideicomiso. La inembargabilidad, quiere decir que no puede ser embargado salvo pacto en contrario. Indelegabilidad, porque las instrucciones contractuales deben ser cumplidas por el fiduciario al ser instrucciones basadas en la confianza del fideicomitente. Temporalidad, porque su vigencia tiene extensión limitada en el tiempo. Y autónomo y principal, porque no depende de otros contratos para su validez.

2.2 Naturaleza jurídica: Real u obligacional

Con la intención y necesidad de adoptar el *trust* anglosajón a los países latinoamericanos con ascendencia romana como el nuestro, algunos juristas han desarrollado diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica del fideicomiso, partiendo desde la teoría del mandato, la teoría del patrimonio de afectación, la teoría del desdoblamiento de la propiedad y la teoría del negocio fiduciario.

2.2.1 Teoría del mandato irrevocable

Esta teoría ha sido desarrollada por RICARDO J. ALFARO, quien asemejaba el fideicomiso al mandato irrevocable.

Para entender esta teoría, es preciso mencionar que de acuerdo con el artículo 1790° del Código Civil Peruano, el mandato se define como que el contrato por el cual “el mandatario se obliga a realizar uno a más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”. Y de acuerdo con lo señalado por VILLAGORDOA, en el ámbito del derecho civil, el mandato es un acuerdo mediante el cual una persona encomienda a otra la ejecución o dirección de un negocio específico³⁴.

Considero oportuno mencionar que, el mandato puede ser: mandato sin representación o mandato con representación. El primero está regulado en el artículo 1809° del Código Civil, por el cual el mandatario adquiere los derechos y asume las obligaciones que se deriven de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, es decir que actúa en nombre propio, sin que exista el otorgamiento de un poder a su favor. A diferencia del segundo, que está regulado en el artículo 1806° del Código Civil, donde el mandatario actúa como representante al haber recibido poder para obrar el nombre del mandante. Sin embargo, en ambos supuestos, el mandatario actúa por cuenta y beneficio del mandante.

Ahora bien, el gestor de esta teoría define al fideicomiso como un mandato irrevocable donde se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad del que los entrega, quien es llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario³⁵. Para esta teoría, al fideicomitente se le llama mandante y al fiduciario se le conoce como mandatario.

Asimismo, ALFARO señala que, en contraste con la relación establecida por el mandato en la época romana, la relación creada por el *trust* brindaba al fiduciario un título legal sobre los bienes que tenía que administrar conforme a la voluntad del fideicomitente. Sin embargo, el título indicado, no confería derechos en beneficio del fiduciario, en tanto que este no podía

³⁴ Cfr.Op. Cit., p.101.

³⁵ Cfr. Op. Cit., p.101.

obtener ventajas personales de los bienes transferidos por el fideicomitente, sino que el único beneficiado era el fideicomisario³⁶.

Los argumentos de la teoría son criticados por la doctrina por cuanto el mandato es un contrato de naturaleza revocable en cualquier momento por el mandante, a diferencia del fideicomiso que puede ser irrevocable.

Además, existe la posibilidad de un mandato con representación, donde el mandatario actúa el nombre y representación de su mandante; lo cual no sucede en el fideicomiso, porque el fiduciario no actúa en representación del fideicomitente, sino que actúa en virtud del patrimonio que administra, interviniendo como propietario de los mismos frente a terceros y celebrando actos en su nombre o en el del fideicomiso, pero no en nombre del fideicomitente ni en su propio beneficio³⁷. Lo que significa, que el mandatario puede actuar en nombre y representación del mandante, a diferencia del fideicomiso donde no actúa en representación del fideicomitente, sino que actúa en ejercicio del dominio fiduciario. No preciso que actúa en representación del patrimonio fideicometido porque el patrimonio no es un sujeto sino un objeto, por ello señalo que se actúa en ejercicio del dominio fiduciario.

2.2.2 Teoría del patrimonio de afectación

El gestor de la teoría es el francés PIERRE LEPAULLE, quien considera el *trust* como un patrimonio autónomo destinado a cumplir una determinada finalidad y donde no es necesaria la intervención de las partes³⁸.

Esta teoría ha sido criticada, debido a que no es oportuno afirmar que se puede arribar a un acuerdo sin la intervención de las partes, llámese en el *trust* al *setlor* o al *cestui que trust*, que hoy en día se denominan como fideicomitente y fideicomisario, respectivamente.

Así, GARCÍA MAYNES afirma que cada derecho implica necesariamente una facultad jurídica de alguien, de manera similar, toda obligación requiere la existencia de un obligado. Entendiéndose como contradictorio, el hablar de derecho sin titular. La noción del deber encontrarse ligada inseparablemente al concepto de persona³⁹.

Ante ello, la teoría también es criticada porque no hay un patrimonio sin un titular. Sin embargo, hay que reconocer el gran aporte de esta al establecer que el patrimonio del fideicomiso se encuentra separado del patrimonio del fiduciario.

³⁶ Cfr. Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución nueva semejante al trust del derecho inglés. 1920. p. 46.

³⁷ Cfr. RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina 4ta Edición. Bogotá. Editorial Feleban, 1990. p. 629.

³⁸ Cfr. DE LA FLOR MATOS. Op. Cit., p. 80.

³⁹ Cfr. Introducción al estudio del derecho. México: Editorial Porrúa S.A, 1944. p. 272.

2.2.3 Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

El autor de esta teoría es el italiano REMO FRANCESCELLI, quien sostiene que, a consecuencia del desdoblamiento del derecho de propiedad, se obtienen dos titulares acerca de un determinado bien. Uno de ellos es el fiduciario que ostenta la titularidad jurídica y el otro es el fideicomisario, quien tiene la titularidad económica⁴⁰.

Ante ello, VILLAGORDOA realiza la siguiente crítica: que en un régimen jurídico como el nuestro no pueden existir al mismo tiempo dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, por cuanto nuestro régimen se funda en un único orden jurídico. Y no es válido realizar la distinción de doble titularidad de un derecho por un contenido jurídico y por contenido económico, siendo que el aspecto económico es ajeno al jurídico⁴¹.

2.2.4 Teoría del negocio fiduciario

La doctrina señala que el autor del término negocio fiduciario es el alemán REGELSBERGER en el año 1880.

En doctrina, existen diferentes posiciones respecto a la naturaleza del negocio fiduciario. NAVARRO⁴² señala que un sector de la doctrina como ROGELSBERGER, sostenían que la característica del negocio fiduciario consistía en la incongruencia entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo y otro sector como GRASSETTI afirmaba que negocio fiduciario era la manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre e interés propio o en interés del transferente o tercero.

Asimismo, NAVARRO⁴³, señalaba que el fideicomiso es el contrato por el cual una persona llamada fiduciante, confía a otra persona, llamada fiduciario, la titularidad de derecho en nombre propio, con el compromiso de utilizarlo únicamente para el propósito específico acordado, en su propio interés, así como del fideicomitente o a favor de un tercero, por lo que se entiende que el fideicomiso sería el negocio mediante el cual una persona transmite en propiedad fiduciaria ciertos bienes con el objeto de que sean destinados a cumplir un fin determinado.

En palabras de BELLO⁴⁴, destacan dos aspectos, uno implica la transferencia de la propiedad fiduciaria del bien, mientras que el otro consiste en un mandato de confianza. También se observan dos relaciones jurídicas diferentes: una de naturaleza real, que abarca la

⁴⁰ Cfr. Op. Cit., p.114.

⁴¹ Cfr. Ibid. p.114

⁴² Cfr. Op. Cit., p.60.

⁴³ Cfr. Ibid., p. 25.

⁴⁴ Cfr. Op. Cit., p. 72.

transferencia de bienes o derecho, y otra de naturaleza personal, que abarca la obligación de cumplir el encargo que es el propósito del fideicomiso.

Asimismo, BARRERA⁴⁵ afirmaba que el negocio fiduciario es aquel en virtud del cual una persona transmite plenamente a otros ciertos bienes, o derechos, obligándose a afectarlos para la realización de un fin lícito y, por ende, se obligaba a retransmitir dichos bienes o derechos a favor de un tercero o a revertirlos en favor del transmitente.

También tenemos un grupo de la doctrina, entre ellos a VILLAGORDOA⁴⁶, quien considera que el negocio fiduciario está constituido por dos relaciones que le son fundamentales, una real y otra obligacional, siendo que la segunda es causa de la primera y ambas forman parte de una unidad. Mientras que otro grupo de la doctrina, como FERRARA⁴⁷, ve en el negocio fiduciario la existencia de dos relaciones jurídicas totalmente diferenciables y por ende lo consideran de naturaleza dual.

De lo expuesto, podemos encontrar que en el negocio fiduciario se encuentran dos elementos fundamentales: el elemento real y el elemento obligacional.

Respecto al elemento real, la doctrina no parece tener una posición unificada, debido a que, por un lado, se puede interpretar que la transferencia está restringida desde un comienzo para cumplir la finalidad planteada por el fiduciante y que, por consiguiente, no altera la naturaleza del derecho de propiedad, constituyendo apenas una modalidad de este. No admitiéndose el concepto de la llamada propiedad fiduciaria. Pero, por otro lado, se puede interpretar como transmisión plena y que la propiedad adquirida es absoluta, pudiéndose además denominar fiduciaria⁴⁸.

Respecto al elemento obligacional, consiste en el acuerdo mediante el cual el fiduciario actúa en cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciario⁴⁹.

En virtud de lo expuesto, considero que esta teoría es la que mejor analiza la naturaleza del fideicomiso y para concluir, comparto la opinión de BERTOLI⁵⁰ al precisar que es un negocio jurídico complejo que tiene componentes de derecho obligacional, pero también de derecho real distinto al derecho de la propiedad, derecho que cuenta con particularidades propias.

Aquí, es oportuno mencionar la diferencia entre dominio fiduciario *versus* propiedad. El artículo 4° del Reglamento de fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, señala

⁴⁵ Cfr. Los negocios fiduciarios. México: En Jus, T. XXIV, 1958. p. 440.

⁴⁶ Cfr. Op. Cit., p. 57.

⁴⁷ Cfr. La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1926. p. 84.

⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO. Negocios Fiduciarios...Op. Cit., p. 170.

⁴⁹ Cfr. Ibid, p. 171.

⁵⁰ Cfr. Op. Cit., p. 190.

que “el dominio fiduciario es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo, según lo señalado en el artículo 252° de la Ley General – Ley N° 26702 -. El dominio fiduciario se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso”.

Asimismo, el artículo 252° de la citada norma señala que “el fiduciario ejerce sobre el patrimonio, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo. Y el artículo 273° de la Ley N° 26702 señala que “la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo”.

En tanto, el artículo 923° del Código Civil señala que “la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se desprende que el dominio fiduciario no es lo mismo que propiedad. E incluso, es preciso destacar que de acuerdo con el artículo 923° del Código Civil, los cuatro atributos de la propiedad son: uso, disposición, reivindicación y disfrute; mientras que del artículo 252° de la Ley N° 26702 se advierte que el dominio fiduciario tiene: uso, disposición, reivindicación, pero no tiene el disfrute que, si lo tiene la propiedad, por ello no se trata de propietario.

Además, que el dominio fiduciario es de carácter temporal y condicionado a un fin específico, a diferencia del derecho de propiedad que es de carácter permanente.

2.3 Partes que intervienen

Las partes que intervienen en un fideicomiso son tres: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, los cuales procederé a explicar detalladamente, así como los derechos y obligaciones que ostentan.

2.3.1 Fideicomitente

2.3.1.1 Noción. El fideicomitente, también denominado fiduciante, constituyente o *settlor*, es aquella persona natural o jurídica que mediante un fideicomiso destina determinados bienes a un fin lícito y determinado. En caso de ser una persona jurídica, deberá contar con las facultades para constituir fideicomisos.

En palabras de GHERSI, el fideicomitente es “aquel que constituye con sus bienes el fideicomiso”⁵¹.

De acuerdo con el artículo 243° de la Ley N° 26702, el fideicomitente sería cualquier persona con la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico. Esto quiere decir, que el fideicomitente es cualquier persona con capacidad jurídica y que tenga la posibilidad de disponer de lo que va a transferir.

Es el propietario de los bienes o derechos que trasmite en fideicomiso, por ende, como lo he detallado, debe tener la capacidad para disponer de ellos y realizar los actos pertinentes para constituir el fideicomiso. También, el fideicomitente es quien instruye al fiduciario sobre el objetivo o la finalidad que deberá cumplir.

Y, finalmente hay que considerar que el fideicomitente también puede ser fideicomisario cuando constituye un fideicomiso en su favor.

2.3.1.2 Derechos. Entre los derechos del fideicomitente podemos mencionar: estar permanentemente informados, exigir rendición de cuentas, ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario, ceder sus derechos, pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo y obtener la devolución de los bienes. Es importante precisar que, estos derechos son válidos siempre que se hayan pactado en el contrato de fideicomiso, que no se opongan a las funciones del fiduciario ni sean contrarios a la ley.

a) Estar permanentemente informados

El fideicomitente tiene derecho de estar permanentemente informado del avance, desarrollo o resultado del patrimonio fideicometido, por lo que en el contrato de fideicomiso se puede pactar la presentación de informes periódicos sobre las acciones a seguir para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso por parte del fiduciario.

b) Exigir rendición de cuentas

El fideicomitente tiene derecho a exigir rendición de cuentas al fiduciario, quien tiene la obligación de presentar el balance y estados financieros del fideicomiso al menos una vez cada semestre y un informe o memoria anual, de acuerdo a lo establecido en los incisos 6° y 11° del artículo 256° de la Ley N° 26702.

El plazo máximo para la presentación del informe anual y de la rendición de cuentas dependerá de lo que haya establecido en el contrato de fideicomiso. De no haberse establecido

⁵¹ Fideicomiso. Buenos Aires: Editorial Universidad S.R.L. 2006. p. 57.

el plazo, deberá ser presentado dentro de los quince días siguientes al término del año respectivo o al vencimiento del plazo del fideicomiso, según corresponda.

c) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario

El fideicomitente puede exigir al fiduciario el cumplimiento del fin para el que se constituyó el fideicomiso, asimismo, que responda por los bienes dados en fideicomiso. Y ello está ligado al incumplimiento de una obligación establecida en el contrato de fideicomiso o por ley, para lo cual el fideicomitente tendrá el derecho de acudir a la vía judicial a exigir la indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

d) Ceder sus derechos

Según el artículo 264° de la Ley N° 26702, los fideicomitentes “pueden ceder sus derechos a personas que no se encuentren impedidas por la ley o por el instrumento constitutivo del fideicomiso”; sin embargo, en la práctica, en los contratos de fideicomiso se pacta que previamente debe contar con la autorización previa, expresa por parte del fiduciario y fideicomisario, si fuese el caso.

e) Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo

Ejercer el derecho de solicitar la remoción del fiduciario está sujeto a que así se haya establecido en el contrato de fideicomiso.

Pero, también se podrá ejercer si surge una situación de incapacidad, incompetencia o mala conducta del fiduciario al momento de cumplir la finalidad del fideicomiso. Si sucede este supuesto, entonces el fideicomitente podrá acudir al Poder Judicial para que tome la decisión al respecto.

Ahora, una vez que se haya efectuado la remoción del fiduciario, el fideicomitente deberá nombrar a un nuevo fiduciario, quien reemplaza al removido, porque de no hacerlo se produce el término del fideicomiso.

f) Obtener la devolución de los bienes

Este derecho dependerá de lo que se haya establecido en el contrato de fideicomiso, es decir, que para obtener la devolución de los bienes se deberá haber pactado ello en el contrato, de lo contrario, se procederá conforme se pactó.

Asimismo, en caso de liquidación de la empresa fiduciaria, tiene derecho a identificar y recuperar los bienes y derechos que sean parte del patrimonio fideicometido.

Se verifica que los derechos del fideicomitente tienen relación con el fiduciario, por lo que, es conveniente adelantar que la empresa fiduciaria deberá reintegrar al patrimonio fideicometido el monto de lo perdido más una indemnización por daños y perjuicios, en caso de no cumplir con sus obligaciones por dolo o culpa grave, además de asumir la responsabilidad

que pudiera surgir, tal como se regula en el artículo 259° de la Ley N° 26702, y como se detallará en las prohibiciones y responsabilidades del fiduciario. En la práctica, en los contratos de fideicomiso se pacta una cláusula de responsabilidad de la fiduciaria, donde se detalla lo indicado en virtud a la norma citada.

2.3.1.3 Obligaciones

a) Entrega de bienes

De acuerdo con el artículo 262° de la Ley N° 26702, es obligación del fideicomitente incluir en el patrimonio fideicometido los bienes y derechos especificados en el contrato de fideicomiso, en el momento y lugar acordado.

b) De protección

El fideicomitente tiene la obligación de proteger el patrimonio fideicometido en virtud de las facultades delegadas por el fiduciario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 253° de la Ley N° 26702, que señala que, “en caso la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afectan el patrimonio fideicometido, puede hacerlo el fideicomitente o fideicomisario”. Esto quiere decir que, el fideicomitente está facultado a coadyuvar en la defensa del patrimonio fideicometido, facultad que también puede ser delegada por el fiduciario sin que este último quede liberado de responsabilidad.

c) Pagar los honorarios del fiduciario

El fideicomitente en primera instancia está obligado a pagar los honorarios del fiduciario, salvo que en el contrato de fideicomiso se haya pactado otra cosa. Usualmente, el pago se realiza durante el desarrollo del fideicomiso.

2.3.2 Fiduciario

2.3.2.1 Noción. El fiduciario se puede considerar como la figura más importante en el fideicomiso porque es la parte central, debido a que a su alrededor gira el esquema del fideicomiso, siendo considerado como un sujeto imprescindible.

Parte de la doctrina coincide en definir al fiduciario como la persona a quien el fideicomitente le transfiere el dominio de uno o más bienes para la realización de un fin establecido en el acto constitutivo del fideicomiso. Entonces, podemos decir que el fiduciario es cualquier persona con capacidad suficiente para cumplir con lo establecido en el fideicomiso.

DE LA FLOR define al fiduciario como la persona a la cual el fideicomitente le transfiere la propiedad de los bienes, lo que implicará que el fiduciario se convierta en el nuevo propietario del bien, pero su actuar estará restringido a conseguir la finalidad establecida al momento de

elaborar el fideicomiso⁵². Definición de la cual discrepo respecto a que el fiduciario es el nuevo propietario del bien porque el fiduciario no recibe el bien como propietario, sino que se convierte en administrador de los activos a través del dominio fiduciario y en virtud a lo que ya se ha explicado anteriormente en el *versus* entre propiedad y dominio fiduciario.

Como señala BELLO el fiduciario es la persona titular del dominio fiduciario y está encargada de ejercerlo a favor del beneficiario hasta cuando se cumpla el plazo o condición. En ese momento, el fiduciario debe transferir el dominio fiduciario a la persona designada para recibirlo al finalizar el fideicomiso. Entonces, el fiduciario es la persona encargada de cumplir con la finalidad establecida que se indicó en el fideicomiso⁵³.

El artículo 252° de la Ley N° 26702 señala que “el Fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo”.

De acuerdo con lo señalado en el párrafo precedente, el fiduciario no tiene el derecho de propiedad de los bienes que se otorgan al patrimonio fideicometido, sino que se convierte en administrador del mismo a través del dominio fiduciario, que es un derecho temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido como la de administración, disposición y reivindicación sobre los bienes, no incluyendo la de disfrute como si tiene el derecho de propiedad. Además, que está condicionada al acto constitutivo, a diferencia del derecho de propiedad, el cual es incondicional porque se ejerce el derecho de forma absoluta, pudiendo transferirse la propiedad sin quedar supeditada a finalidades determinadas.

Conviene acotar que, respecto a la facultad de disposición del fideicomiso, el artículo 252° de la Ley N° 26702 señala que “la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, de acuerdo a lo señalado en la citada norma. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria”.

⁵² Cfr. Op. Cit., p. 120.

⁵³ Cfr. Op. Cit., p. 78.

Esto quiere decir, que, si como parte del acto de disposición, por ejemplo, desea enajenar los bienes dados en fideicomiso, en beneficio del mismo fideicomiso, ello debe encontrarse pactado en el acto constitutivo, lo cual sucede generalmente en la práctica. Además, según el inciso c) del artículo 11° del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, señala que, respecto al fideicomiso en garantía, las empresas fiduciarias están obligadas a proporcionar a la SBS información de los bienes enajenados para cumplir con las obligaciones crediticias respaldadas, por lo que, reafirma la posición de que en los contratos de fideicomiso es viable otorgar la facultad de enajenar.

De acuerdo con el artículo 242° de la Ley N° 26702, están facultados para actuar como sujetos fiduciarios: COFIDE, las empresas de operaciones múltiples como por ejemplos los bancos, financieras, empresas de servicios fiduciarios como La Fiduciaria S.A, Corfid, empresas de seguros previa autorización de la SBS. Es decir, que, en nuestra normativa, para ejercer el cargo de fiduciario debe ser una empresa autorizada por la SBS.

El fiduciario sólo puede actuar como tal a partir de la autorización previa de la SBS. Las legislaciones como la nuestra han introducido una restricción respecto a la persona del fiduciario, profesionalizando su función y reservándola generalmente a entidades que forman parte del sector financiero.

Es importante recalcar que el fiduciario no puede ser fideicomisario a la vez, porque el fideicomiso sería nulo, salvo los casos del fideicomiso de titularización, que no es materia de la presente investigación, de acuerdo con lo regulado en el artículo 265° de la Ley N° 26702. Esto significa que el fiduciario no podrá beneficiarse de lo obtenido por el fideicomiso, y esto es porque debe ser imparcial e independiente y así evitar caer en conflictos de interés.

2.3.2.2 Derechos. Son derechos de la empresa fiduciaria de acuerdo con el artículo 261° de la Ley N° 26702, los siguientes:

Cobrar por los servicios prestados, conforme a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, o en ausencia de ello, una cantidad que no exceda del uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos.

Compensarse con los fondos del fideicomiso por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones de administración del patrimonio fideicometido y cumplimiento de su finalidad.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 269° de la citada Ley, otro de los derechos del fiduciario es renunciar con causa justificada, aceptada por la SBS.

2.3.2.3 Obligaciones. De acuerdo con el artículo 256° de la Ley N° 26702, se entiende que son obligaciones de la empresa fiduciaria:

Cuidar y gestionar los bienes y derechos que conforman el patrimonio fideicometido, con el nivel de cuidado y compromiso propio de un comerciante prudente y administrador leal. Aquí puedo decir que el fiduciario busca el mayor provecho a los bienes dados en fideicomiso, procurando lograr las mejores condiciones para su administración o inversión, de forma que se vean satisfechos los intereses económicos.

Proteger los bienes del patrimonio fideicometido, de posibles daños físicos como de acciones judiciales o extrajudiciales que puedan perjudicar su integridad.

Asegurar los bienes fideicometidos con pólizas de seguros, conforme lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso, para cubrir los riesgos a los que estén expuestos.

Realizar actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios necesarios para llevar a cabo la finalidad del fideicomiso, con la misma atención y cuidado que la empresa fiduciaria dedica a sus actividades.

Cumplir con las obligaciones tributarias sustantivas y formales del patrimonio fideicometido, y llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso.

Elaborar balances y estados financieros de cada fideicomiso, al menos una vez cada seis meses, junto con un informe o memoria anual, y poner a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios dicha documentación, además de presentarla a la Superintendencia cuando corresponda.

Respecto a la obligación de llevar el inventario y contabilidad, también se encuentra establecido en el artículo 273° de la citada ley, que “el patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario. La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizado, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros de la empresa, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquella”

Mantener la confidencialidad en relación a las operaciones, actos, contratos, documentos e información vinculados a los fideicomisos, en consonancia con los mismos estándares de confidencialidad establecidos para el secreto bancario, de acuerdo a lo regulado en la ley.

Es una obligación tener bajo confidencialidad los negocios que se lleven a cabo en el desarrollo del fideicomiso.

Informar a los fideicomisarios de la disponibilidad de bienes y servicios a su favor, en el plazo de diez días de que el beneficio esté disponible.

Al finalizar el fideicomiso, entregar al fideicomitente o sus causahabientes, el remanente del patrimonio fideicometido, a menos que, de acuerdo a la finalidad de la transmisión fideicomisaria, la entrega corresponda a los fideicomisarios o a otras personas.

Transferir a la nueva empresa fiduciaria, en situaciones de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso.

Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al concluir el fideicomiso o al finalizar su intervención en el mismo.

En este punto, preciso que el fiduciario está obligado a rendir cuentas a través de informes minuciosos y detallados respecto de la administración y gestión de los bienes dados en fideicomiso. El plazo máximo de presentación de informe anual y de la rendición de cuentas deberá estar previsto en el acto constitutivo; y en caso no se contemple dicho plazo, deberán ser presentados dentro de los quince días siguientes al finalizar el año respectivo o al vencimiento del plazo del fideicomiso, según corresponda.

2.3.2.4 Prohibiciones y responsabilidades. Así como el fiduciario tiene regulado sus derechos y obligaciones, la Ley N° 26702 también establece cuáles son sus prohibiciones.

Tenemos el artículo 257° de la citada norma que señala que “la empresa fiduciaria está prohibida de afianzar, avalar o garantizar en forma alguna ante el fideicomitente o de los fideicomisarios los resultados del fideicomiso o de las operaciones, actos y contratos que realice con los bienes fideicometidos. Es nulo el pacto en contrario, así como las garantías y compromisos que se pacten en contravención a lo dispuesto en el artículo mencionado en el párrafo anterior”.

Asimismo, el artículo 258° de la misma norma señala que “la empresa fiduciaria está prohibida de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos, en beneficio de:

- La propia empresa.
- Su directores y trabajadores y, en su caso, los miembros del comité a cargo del fideicomiso.
- El factor o factores fiduciarios.
- Los trabajadores de su departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso que se trate.
- 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”.

De realizarse operaciones en contravención a lo señalado en el artículo citado, serán nulas. Además, que dichas prohibiciones afectan tanto al cónyuge y a los familiares de las personas señaladas, así como también, a personas jurídicas donde el cónyuge y los familiares en conjunto, cuenten con una participación mayor al cincuenta por ciento.

Es importante mencionar que, el artículo 12° del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, señala que “el fideicomisario y el fideicomitente tienen el derecho de exigir al fiduciario la indemnización y el reintegro establecidos en el artículo 259° de la Ley N° 26702, en el caso que el fiduciario incumpla sus obligaciones por dolo o culpa”.

Asimismo, el artículo 259° de la Ley N° 26702, señala la responsabilidad del fiduciario e indica que “la empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”.

Entonces, se puede decir, que la responsabilidad del fiduciario es de medios y no de resultados, es decir, que debe ser diligente en su función, pero si no se dio el resultado no será su culpa y por ende estará exento de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, conviene acotar que según el tercer párrafo del artículo 241° de la Ley N° 26702, los bienes que integran el patrimonio fideicometido no generan cargos al patrimonio de la empresa fiduciaria, a menos que por decisión judicial se advierta responsabilidad por mala administración, donde incluso podrá asumir daños y perjuicios; es decir que, si ello sucede, el fiduciario responderá con su patrimonio.

2.3.2.5 Factor fiduciario. De acuerdo con el Artículo 271° de la Ley 26702 la empresa fiduciaria debe asignar un factor fiduciario por cada fideicomiso a su cargo, quien asume la dirección de forma personal y la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones relacionadas con el fideicomiso. Siendo la empresa fiduciaria solidariamente responsable por los actos que realicen sus trabajadores y el factor fiduciario, respecto al fideicomiso, salvo que exista un comité, junta o ente de gobierno según señala el artículo 259° de la citada norma.

Asimismo, señala que una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos. Además, la Superintendencia debe ser informada sobre la designación del factor fiduciario y está autorizada para removerlo, en cualquier momento.

De lo señalado, puedo concluir que el factor fiduciario es una persona natural en quien recae la responsabilidad a título personal y es una persona natural porque si fuese el caso, es quien asume la responsabilidad penal. Es decir, es el que asume personalmente la conducción del fideicomiso, así como la responsabilidad. Por ello, en un fideicomiso es un punto clave revisar quién es el factor fiduciario.

A mayor abundamiento, el factor fiduciario es una persona natural designada por el fiduciario para la administración del patrimonio fideicometido. Y debe tener la idoneidad técnica y moral necesaria para la administración de cada fideicomiso.

“La designación del factor fiduciario para la administración del patrimonio fideicometido se realizará en un plazo no mayor a quince días posteriores a la celebración del acto constitutivo”. Y “el fiduciario comunicará a la SBS el nombre de la persona designada dentro de los quince días posteriores a la designación”, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9° del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios.

El factor fiduciario no necesariamente debe recaer en la persona de un trabajador de la empresa fiduciaria, sino que puede ser una persona ajena a ella, y como lo menciono en el párrafo anterior, debe ser comunicada a la SBS, quienes pueden rechazar al factor fiduciario indicado.

En caso de sustitución o remoción del factor fiduciario, el fiduciario deberá nombrar al factor fiduciario sustituto, comunicándolo inmediatamente a las partes y a la SBS.

2.3.3 Fideicomisario

2.3.3.1 Noción. En doctrina, algunos autores lo identifican como fideicomisario y otros como beneficiario. Pero en nuestro país, la Ley N° 26702 se refiere a fideicomisarios.

El fideicomisario es el destinatario final de los bienes y/o derechos una vez cumplidos el plazo o condición estipulada en el contrato.

Se puede definir al fideicomisario como aquella persona sobre la cual recae el derecho de recibir los beneficios del fideicomiso. Tendrá el legítimo interés en el encargo al fiduciario de cumplir con la finalidad determinada por el fideicomitente y el derecho de reclamar dicho cumplimiento y acudir a los mecanismos legales en caso del incumplimiento del encargo⁵⁴.

Debe ser una persona capaz de recibir derechos, entonces toda persona puede ser fideicomisario y gozar de capacidad general o de goce. Aquí se puede incluir a un incapaz de ejercicio como los menores de edad, quienes podrán ser beneficiarios o fideicomisarios sin dificultad alguna, pero deberá actuar ante el fiduciario o ante terceros a través de un representante legal.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 248° de la Ley N° 26702, los fideicomisarios también pueden ser “personas indeterminadas que reúnan ciertas condiciones o requisitos, o del público en general, siempre que consten en el instrumento constitutivo las calidades exigibles para disfrutar de los beneficios del fideicomiso o las reglas para otorgarlo”, siendo válido el fideicomiso si se encuentra dentro de este supuesto.

Es muy importante mencionar que el fideicomisario puede ser el propio fideicomitente, pero no podrá ser a su vez fiduciario.

⁵⁴ Cfr. DE LA FLOR MATOS. Op. Cit., p. 123.

Asimismo, de acuerdo al primer párrafo del artículo 250° de la Ley N° 26702, en el supuesto que “el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los cuales no podrán ser adulterados sin su consentimiento”.

Para el caso del fideicomiso inmobiliario, pueden ser dos clases de fideicomisarios, tales como, fideicomisario senior y fideicomisario junior. El fideicomisario senior, es el beneficiario del fideicomiso, quien da mayor parte de apalancamiento al proyecto, es decir quienes financian directamente al fideicomitente, tiene mayor regulación y/o exposición a diversos riesgos. Está también el fideicomisario junior, quien es el beneficiario del fideicomiso, el cual da menor apalancamiento al proyecto, tiene poca regulación y/o exposición de riesgos, propone al fideicomisario senior alguna acción en el fideicomiso, y si son varios fideicomisarios juniors, se solicita que haya previo acuerdo entre ellos.

2.3.3.2 Derechos. De acuerdo a lo establecido en el artículo 263 ° de la Ley N° 26702, los fideicomisarios tienen el derecho de solicitar a la empresa fiduciaria los beneficios generados por el patrimonio fideicometido o del capital del mismo, de acuerdo con lo establecido en el acto constitutivo y detallado en el certificado de participación. Cualquier interesado puede ejercer esta acción en beneficio del interés común y en la parte correspondiente a su participación en los beneficios.

Pueden también, en el caso del primer párrafo del artículo 259° de la Ley N° 26702, exigir al fideicomitente que integre en el patrimonio del fideicomiso los bienes que ofreció. Hay que recordar que el primer párrafo del citado artículo señala que “la empresa fiduciaria que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave debe reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, más una indemnización por los daños y perjuicios irrogados”.

Tiene derecho a exigir al fiduciario el cumplimiento de los fines del fideicomiso. Al igual que el fideicomitente, tienen el derecho de recibir información continua sobre el estado del patrimonio fideicometido. Por consiguiente, en el acto constitutivo se puede acordar la entrega de informes periódicos que detallen las acciones realizadas hasta el momento y las que están en curso para lograr la finalidad del fideicomiso y otras disposiciones establecidas en el acto constitutivo.

También, tiene derecho a la rendición de cuentas por parte del fiduciario, que consiste en recibir el informe anual y rendición de cuentas del fideicomiso por parte de la empresa fiduciaria, donde se detallen las acciones realizadas, los estados financieros y la situación jurídica de los bienes del patrimonio fideicometido. Estableciendo en el acto constitutivo el plazo máximo de presentación del informe anual y de la rendición de cuentas, de lo contrario,

deberán entregarse dentro de los quince días siguientes al término del año respectivo o al vencimiento del plazo del fideicomiso, según corresponda.

Así como el fideicomitente, el fideicomisario y sus sucesores “pueden ceder sus derechos a personas que no se encuentren impedidas por la ley o por el instrumento constitutivo del fideicomiso”, de acuerdo al artículo 264° de la Ley N° 26702.

En el supuesto de que los fideicomisarios fueran más de cinco, de acuerdo al artículo 267° de la Ley N° 26702, deben llevar a cabo juntas conforme a las disposiciones establecidas para las asambleas de obligaciones, según lo dispuesto en los artículos 236°, 237° y 238° de la Ley General de Sociedades, salvo que en el acto constitutivo del fideicomiso se establezca algo diferente. “Las juntas tienen por objeto:

- Designar representantes y procuradores que accionen en resguardo del interés común de los fideicomisarios.
- Aprobar modificaciones en las cláusulas del fideicomiso, cuando fuere necesario el consentimiento de los fideicomisarios, siempre que éstos no sean menores o incapaces y debido a ello se encuentren impedidos de intervenir personalmente en las juntas.
- Adoptar otras medidas y decisiones en pro del interés común de sus miembros.
- En los casos de fideicomiso con fideicomisarios indeterminados, la representación la asume la Superintendencia”.

Finalmente, en la Ley N° 26702 no existe un artículo específico respecto a las obligaciones del fideicomisario, como si ocurre para el fideicomitente y el fiduciario; sin embargo, es viable que en el contrato de fideicomiso se pacten obligaciones al fideicomisario, según el tipo de fideicomiso que se constituya.

2.4 Patrimonio fideicometido

El patrimonio fideicometido o como algunos lo llaman patrimonio autónomo tiene como característica esencial el estar constituido por los bienes transferidos en fideicomiso y por los frutos que estos generen. Cualquier tipo de bien puede formar parte del patrimonio fideicometido.

Al efectuarse la transferencia de dominio, los bienes fideicometidos salen del patrimonio del fideicomitente y constituyen un patrimonio autónomo destinado al objetivo previsto, sin que entren a formar parte del patrimonio del fiduciario, quien solamente se encarga de administrarlo.

Entonces, el patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio de las partes intervinientes del fideicomiso, es decir que es distinto del patrimonio del fideicomitente, del

fideicomisario e incluso del fiduciario, de cualquier otro patrimonio fideicometido administrado por el fiduciario y, de ser el caso, del destinatario del remanente. Ello está sustentado en el reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios.

El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente, ni de sus causahabientes y tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso.

El patrimonio fideicometido busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni aquellos correspondientes a otros fideicomisos, por ende, supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos.

Ello también conlleva a que no hay riesgo para el fideicomitente ni para el fideicomisario, pues los inconvenientes económicos que pueda sufrir el fiduciario no comprometerán la suerte de los bienes recibidos en patrimonio fideicometido.

Cada patrimonio fideicometido tiene sus propios libros contables y será registrado en las cuentas de orden sin formar parte de los balances del fiduciario pues no se consideran parte de su patrimonio.

Los bienes que forman parte del patrimonio fideicometido están afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria asuma en el ejercicio del dominio fiduciario por los actos que realice para cumplir la finalidad del fideicomiso, o lo establecido en el acto constitutivo.

Salvo que se establezca lo contrario, los bienes que conforman el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente no están sujetos a dicho pago.

Los bienes o derechos que forma parte del patrimonio fideicometido no pueden ser objeto de ninguna medida judicial o extrajudicial respecto de las obligaciones de las partes intervinientes en el contrato, es decir que es inembargable, no puede ser embargado ni ejecutado para responder por las obligaciones de ninguna de las partes, excepto para el fin establecido.

También hay que precisar que es temporal (máximo 30 años), excepto el fideicomiso vitalicio, cultural y filantrópico, según el artículo 251° de la Ley N° 26702.

2.5 Clases de fideicomiso

Entre las clases de fideicomiso regulados expresamente por nuestra legislación peruana tenemos al fideicomiso en garantía, testamentario, vitalicio, filantrópico, cultural y de titulización. No obstante, la legislación también brinda la posibilidad de estructurar otros fideicomisos que desarrollaremos en el presente acápite.

2.5.1 Fideicomiso en garantía

En el presente apartado, nos referiremos brevemente al Fideicomiso en garantía, debido a que será materia de análisis del siguiente capítulo.

El fideicomiso en garantía tiene como objetivo el obtener financiación colocando determinados activos o derechos como garantía del cumplimiento del pago de valores, de créditos o de cualquier otra obligación de conformidad con las leyes de la materia.

2.5.2 Fideicomiso de administración

En nuestra legislación no se hace referencia al fideicomiso de administración como una clase de fideicomiso. Sin embargo, considero que todos los fideicomisos son una administración por parte del fiduciario, por ello es importante destacar lo que señala la doctrina respecto a este tipo de fideicomiso.

El fideicomiso en administración es aquel cuya finalidad es que la fiduciaria maneja o administre el patrimonio fideicomitente en provecho del fideicomisario o del propio fideicomitente.

Esta clasificación implica la transferencia de bienes o derechos, pero sólo para que el fiduciario proceda a efectuar los actos conservatorios que fueran de su menester⁵⁵.

El fideicomiso en administración se constituye a partir de la transferencia de los bienes de una persona -que es el fideicomitente- a la institución financiera, por ejemplo -que es el fiduciario- la que se encargará de administrar los bienes en favor de la misma persona fideicomitente o de un tercero llamados fideicomisario, con la ventaja de que los bienes formen un patrimonio autónomo, el cual se encontrará libre o ajeno a los inconvenientes que pueda sufrir el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario si fuera el caso.

Entonces, en el fideicomiso de administración el fideicomitente puede transferir determinados bienes al fiduciario para que realice todos los actos inherentes a su administración y cumpla la finalidad establecida en el acto constitutivo del fideicomiso.

Está constituido para que el fiduciario controle y disponga de determinados bienes y distribuya los beneficios en la forma y términos establecidos en el acto constitutivo.

MARTIN señala que “a diferencia del fideicomiso en garantía, el fideicomiso de administración no tiene como objetivo garantizar el pago de las obligaciones sino simplemente el de administrar activos y/o dinero con flujos en favor de determinados fideicomisarios”⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. BUEY FERNANDEZ, Andrés. El fideicomiso Público y el fideicomiso privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección. Montevideo: Banco Central de Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el desarrollo (ALIDE), 1981. p. 122.

⁵⁶ Op. Cit., p. 48.

Asimismo, existen diferentes casos de fideicomiso de administración, siendo el más importante y utilizado, el fideicomiso de administración de flujos. El propósito fundamental de un fideicomiso utilizado para el financiamiento de proyectos es la administración de los flujos de dinero generados por el proyecto; si bien un contrato de fideicomiso involucra aspectos legales, es importante considerar en su diseño el movimiento o flujo que seguirá el dinero⁵⁷.

Inicialmente, la empresa (fideicomitente) interesada en llevar a cabo el proyecto aporta anticipadamente los cobros futuros de los flujos de dinero que se prevé genere el proyecto. Posteriormente, a medida que se obtienen ingresos monetarios del proyecto, el fideicomitente debe aportarlos al fideicomiso. De esta manera, el patrimonio fideicometido se conforma del aporte inicial de los cobros futuros y los cobros presentes (efectivos) de los flujos de dinero del proyecto (bienes fideicometidos)⁵⁸.

Para lograr esto, el contrato de fideicomiso debe incluir la obligación de la empresa de realizar estas transferencias en beneficio del patrimonio fideicometido, considerando cualquier acción contraria como un incumplimiento. Así, los acreedores (beneficiarios de los fondos) garantizan que los ingresos generados por el proyecto se asignen de forma directa e inmediata al patrimonio fideicometido, sin que la empresa pueda disponer de tales recursos a su libre albedrío, sino conforme con lo establecido en el contrato de fideicomiso⁵⁹.

2.5.3 Fideicomiso testamentario

En el fideicomiso testamentario se busca independencia respecto a los herederos designados, considerando un proceso sucesorio en función de las instrucciones que hubiese dado el fideicomitente en el testamento⁶⁰.

El artículo 17° del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios señala que “la designación del fiduciario realizada por el testador podrá serle notificada, a solicitud de parte o de oficio, por el Juez al que le corresponda conocer de la sucesión o, de ser el caso, por Notario encargado de la comprobación del testamento, dándosele un plazo prudencial para su aceptación”.

“En caso el fiduciario designado se excuse de aceptar la designación puede indicar el interés de otra empresa o empresas para actuar como fiduciario en su reemplazo. Transcurrido dicho plazo, sin que el fiduciario designado haga llegar su aceptación, el fideicomiso se extinguirá”.

⁵⁷ Cfr. SUTO, Fénix. (2014, 25 de Julio). Fideicomisos para financiamiento de proyectos. ESAN. Recuperado de <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/fideicomisos-financiamiento-proyectos>.

⁵⁸ Cfr. Ídem.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Cfr. MARTIN MATO, Op. Cit., p. 54.

Así también lo establece el artículo 247° de la Ley N° 26702. “No es requisito para la validez del fideicomiso testamentario la aceptación de la empresa fiduciaria designada ni la de los fideicomisarios. Si aquella declinare la designación, debe proponer a quien la reemplace y si ninguna otra empresa aceptare el encargo, el fideicomiso se extingue”.

Un punto importante es cómo se procedería en caso de herederos forzosos. Recordemos que, en Perú, de acuerdo con el Código Civil, los herederos forzosos son los hijos y demás descendientes, o los padres y demás ascendientes, y el cónyuge, de acuerdo con cada situación. Si existen herederos forzosos, el fideicomiso solo podrá ser constituido sobre la parte de libre disponibilidad de la totalidad de sus bienes.

2.5.4 Fideicomiso de titulización

El fideicomitente de titulización se obliga a efectuar la transferencia de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados de valores cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario.

En esta clase de fideicomiso, al fideicomitente se le denomina originador, que es el estructurador; al fiduciario como emisor.

Se sujeta a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores y sus normas reglamentarias. Sin embargo, cuando las empresas están sujetas a la supervisión de la SBS también deberán cumplir las disposiciones establecidas en el título IV del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios.

En este tipo de fideicomiso tienen un papel importante las sociedades tituladoras, quienes para obtener la autorización de organización de sociedades tituladoras subsidiarias de empresas del sistema financiero, se rigen por lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 15° de la Resolución SBS N° 600-98 del 24 de junio de 1998.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 35° de la Ley N° 26702, corresponde a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) otorgar la correspondiente autorización de funcionamiento a las sociedades tituladoras.

No considero pertinente ahondar en este tipo de fideicomiso, debido a que no es objeto de la presente investigación.

2.5.5 Fideicomiso vitalicio, filantrópico, cultural

De la revisión del artículo 251° de la Ley N° 26702, puedo verificar que existen otras tres clases de fideicomiso, las cuales son: fideicomiso vitalicio, filantrópico y cultural.

El fideicomiso vitalicio tiene como propósito la disposición de una suma de dinero o renta vitalicia en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento del constituirse el fideicomiso. En este tipo de fideicomiso el plazo de duración se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

Generalmente, el fideicomiso vitalicio se utiliza como herramienta para destinar una herencia a familiares y otras personas designadas como herederos, con el fin de que reciban una pensión periódica de forma vitalicia a partir del fallecimiento del fideicomitente⁶¹.

El fideicomiso filantrópico, cuyos fondos provienen de filántropos o instituciones donantes, que tiene por objeto aliviar la situación de los privados a razón de huérfanos, ancianos abandonados y personas menesterosas. El plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.

El último, fideicomiso cultural, es aquel que tiene por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos. El plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido.

En conclusión, de lo expuesto puedo advertir que se trata de clases de fideicomiso, donde según el artículo ya citado, se exceptúa del plazo de treinta años del fideicomiso, para cual previamente se deberá solicitar la autorización de la SBS.

2.5.6 Fideicomiso inmobiliario

Este tipo de fideicomiso tiene gran acogida por lo atractivo que resulta para el desarrollo de proyectos inmobiliarios de gran envergadura en nuestro país. Estas operaciones pueden ir de simples encargos, como puede ser administrar un inmueble, hasta lo relacionado a la construcción de grandes proyectos inmobiliarios.

Se puede definir como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona natural o jurídica, llamada fideicomitente, transfiere a una entidad Fiduciaria la titularidad de uno o varios bienes inmuebles específicos, con el propósito de que los administre, maneje y/o enajene en provecho de un tercero que puede ser el fideicomitente o un nuevo beneficiario, denominado para estos efectos fideicomisario”⁶².

El objetivo principal siempre recae sobre bienes inmuebles y busca garantizar la financiación y ejecución de proyectos inmobiliarios, generando confianza sobre el desarrollo, culminación y entrega del inmueble construido.

⁶¹ Ibid. p. 55.

⁶² DE LA FLOR MATOS, Op. Cit., p. 171

El fin primordial del fideicomiso inmobiliario es el desarrollo de un proyecto de construcción en el inmueble transferido, de conformidad con el anteproyecto y los planos que se presenten a la fiduciaria y que, generalmente, son elaborados y aprobados por el fideicomitente. Esta actividad se lleva a cabo a través de la constitución de un fondo común compuesto por el inmueble que se recibe y los aportes en dinero proveniente de los fideicomitentes de inversión para que se cumpla con el fin de construir un proyecto inmobiliario⁶³.

El fideicomiso inmobiliario, en general, está estructurado de la siguiente forma: fideicomitente, patrimonio autónomo administrado por el fiduciario y fideicomisario que a su vez puede ser fideicomisario senior o fideicomisario junior.

El fideicomitente está conformado por el propietario del terreno, el promotor inmobiliario que puede o no ser el constructor.

El patrimonio autónomo estará conformado por el terreno, el proyecto mismo con sus planos, licencias, la línea del promotor, por el préstamo que otorga el banco, derecho sobre los desembolsos por la línea promotora, derecho sobre la inicial, desembolso con el crédito hipotecario.

El fideicomisario estará conformado por el banco promotor porque es su dinero, los adquirentes que reciben la propiedad, el propietario del terreno, quien recibe el precio en efectivo o en especie, es decir dinero o el inmueble, la constructora a quien le pagan su valorización, el vendedor comercial que recibe su comisión, el banco hipotecario que cuando se transfiere la propiedad a otro se transferirá con la hipoteca a su favor y el promotor final que recibe utilidad.

En el fideicomiso inmobiliario, el fideicomisario puede ser senior o junior.

El fideicomisario senior es el beneficiario del fideicomiso, el cual da mayor apalancamiento al proyecto y tiene mayor regulación y exposición a determinados riesgos. Puede ser la inmobiliaria, el banco que realiza el financiamiento. Mientras que el fideicomisario junior es el beneficiario, el cual da menor apalancamiento al proyecto y tiene baja regulación y/o exposición a diversos riesgos. Son quienes proponen alguna acción en el fideicomiso al fideicomisario senior. Y si son varios fideicomisarios juniors, se solicita que exista un acuerdo previo entre ellos al momento de toma de decisiones. Generalmente son los inversionistas.

Respecto a las partes intervinientes, además de las ya mencionadas (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario), en el fideicomiso inmobiliario también intervienen los adquirentes,

⁶³ Cfr. Ibid. p. 172

que son aquellas personas que hayan suscrito contratos de transferencia antes del contrato de fideicomiso y cumplan con firmar la cláusula adicional a los contratos de transferencia donde se hace mención que se ha constituido un fideicomiso, y también aquellos que suscriban sus contratos de transferencia de forma posterior a la constitución del fideicomiso donde ya se hace referencia a la existencia de un fideicomiso.

También interviene el constructor que es la empresa designada y que estará a cargo de la ejecución de las obras de acuerdo con lo establecido en el contrato de fideicomiso y contrato de obra, no pudiendo realizar modificaciones sin la autorización previa, expresa y por escrito del propietario a través de la supervisora.

El supervisor técnico es la persona designada por el fideicomisario y quien realizará las funciones en el contrato de fideicomiso, contrato de línea de crédito o contrato de crédito, hasta obtener la resolución de conformidad de obras. Le remitirá un informe mensual al fiduciario y fideicomisario que corresponda con la información que tiene respecto al avance de la obra, la comparación del presupuesto proyectado versus el presupuesto real, los gastos y costos incurridos, el avance de las ventas.

En la mayoría de los fideicomisos inmobiliarios se constituye por un lado un fideicomiso de garantía o activos y por otro lado un fideicomiso de flujo.

En el primero, es decir en el fideicomiso de garantía o activos, el patrimonio autónomo o fideicometido estará conformado por el terreno, los activos tangibles e intangibles, planos, seguro (no póliza, si dinero); mientras que en el fideicomiso de flujos está conformado por las cuotas iniciales, desembolso de créditos, ventas al contado, la cuenta recaudadora, pagadora, de libre disponibilidad.

2.6 Etapas del fideicomiso

2.6.1 Constitución y formalización

El fideicomiso es un acto formal y solemne, porque la Ley exige que sea de manera escrita para tener validez. Tal como lo establece el artículo 246° de la Ley N° 26702, “la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente”. Es decir, que para la constitución del fideicomiso se debe efectuar un contrato de fideicomiso entre el fideicomitente y el fiduciario, siendo que dicho contrato debe ser formalizado.

Lo que significa que el acto constitutivo del fideicomiso es la suscripción de un documento escrito. Sin embargo, en la práctica, el documento se eleva a escritura pública para efectos de prueba de la existencia del contrato de fideicomiso y por facilidad en la publicación

del contrato, es decir que se suscribe para efectos de probanza y como referencia para la publicación del fideicomiso.

A modo de complemento, se sugiere, que en el contrato de fideicomiso se considere la siguiente información: identificación del tipo de fideicomiso, la individualización de las partes intervinientes, como son el fideicomitente, fiduciario y fideicomisarios, determinar el objeto y finalidad del fideicomiso, la individualización de los bienes objeto del contrato de fideicomiso, los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si surge el caso, obligaciones del fideicomitente, establecer el plazo, los términos y condiciones de emisión de certificados de participación, el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, el procedimiento de liquidación de ser el caso, la rendición de cuentas del fiduciario a los beneficiarios, la remuneración del fiduciario, por citar algunos.

Es importante mencionar que se debe realizar una publicación en El Peruano por tres días consecutivos para iniciar lo que se conoce como periodo de sospecha. El artículo 245° de la Ley N° 26702 hace referencia a la acción para anular la transferencia fideicomisaria en caso de fraude de acreedores, la cual caduca a los seis meses de publicado en el Diario Oficial El Peruano, por tres días consecutivos sobre un aviso que dé cuenta de la enajenación. Y esa caducidad opera a los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

De lo señalado en el artículo citado en el párrafo anterior, se podría pensar que se trata de transferencia por ejecución cuando el fiduciario ha vendido, al referirse al término enajenación. Sin embargo, al referirse al final del texto sobre la constitución del fideicomiso se entiende que se refiere al inicio del fideicomiso.

Asimismo, durante el periodo de sospecha, un acreedor puede oponerse al fideicomiso en un proceso judicial, y únicamente si puede demostrar fraude, es decir, que el fideicomiso se hizo para no pagarle a dicho acreedor. Es muy complicado probar un fraude, por ello es recomendable que el fideicomitente llene una declaración jurada con los procesos en los cuales está involucrado cuando estructuran el fideicomiso.

A modo de complemento, preciso que, al contar con el documento elevado a escritura pública, el aviso que se publica en el Diario El Peruano dando cuenta del fideicomiso será pequeño y por ende más económico, porque ya no se transcribe todo el contrato de fideicomiso que es largo, sino que sólo precisará que se ha constituido fideicomiso entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario (detalla quienes son), de acuerdo a la escritura pública de tal fecha y notario público. Entonces, se ha cumplido con la formalidad y permitirá que el acreedor que

se siente vulnerado con un supuesto fraude, se pueda remitir a la escritura pública indicada y tomar conocimiento del fideicomiso.

Ahora, para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente. En otras palabras, si bien la inscripción en registros públicos no es obligatoria, es el mecanismo para darle oponibilidad frente a terceros.

La Resolución N° 316-2008-SUNARP/SN de fecha 27 de noviembre del 2008 aprueba la Directiva 007-2008-SUNARP-SN, que contiene las normas que regulan la inscripción de fideicomisos ante Sunarp. El artículo 1° señala que “la transferencia de los bienes en fideicomiso, incluso los del fideicomiso de garantía se inscriben en el rubro títulos de dominio de las partidas registrales de los respectivos bienes”. Asimismo, el artículo 2° señala que “luego de la citada inscripción, no procederá la inscripción de transferencias o gravámenes sobre el bien transferido en fideicomiso, efectuados por el fideicomitente”.

El fideicomiso se debe inscribir en el Registro Mobiliario de Contratos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – Sunarp y en el registro público correspondiente como, por ejemplo, si es un inmueble debe ir en el Registro de Predios donde se ubica el inmueble, si es una acción que cotiza en bolsa irá a CAVALI, si es una acción que no cotiza en bolsa se debe registrar en el libro matrícula de acciones, si es una marca debe ir al Registro de Marcas de Indecopi, si es una patente también a Indecopi y si no tiene un registro específico, como el derecho de cobro, debe ir al registro mobiliario de contratos de Sunarp. Ello quiere decir, que todos los fideicomisos deben ser inscritos para ser oponibles frente a terceros.

2.6.2 Término del fideicomiso

Considero oportuno iniciar este acápite precisando que el plazo máximo de duración del fideicomiso es de treinta años. Sin embargo, existe algunas excepciones para el cómputo de este plazo, como es el fideicomiso vitalicio, que en el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios; en el fideicomiso cultural y filantrópico el plazo puede ser indefinido y subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que hubiere sido constituido.

En estos casos donde el plazo del fideicomiso debe ser necesariamente extendido más allá del plazo establecido en la ley y con la finalidad de no perjudicar a terceros, la SBS podrá autorizar su vigencia por el término estrictamente necesario para la consecución de los fines establecidos.

Ahora bien, el fideicomiso termina por diversos motivos, que se encuentra establecidos en el artículo 269° de la Ley N° 26702.

- Primero, tenemos la renuncia de la empresa, como causa justificada, aceptada por la Superintendencia. De realizarse renuncia del fiduciario debe hacerlo ante la SBS, quien autorizará dicha renuncia. Luego que la renuncia es aceptada, las demás partes intervinientes (fideicomitente, fideicomisario) tienen seis meses para buscar un nuevo fiduciario, y si no lo encuentran entonces el fideicomiso se extingue.
- Por liquidación de la empresa fiduciaria. En este punto, también se tiene seis meses para designar un nuevo fiduciario, de lo contrario el fideicomiso se extingue. Asimismo, es conveniente precisar que el artículo 255° de la Ley N° 26702 desarrolla que, en caso de liquidación de la empresa fiduciaria, asiste a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido.
- Por remoción de la empresa fiduciaria, la Ley N° 26702 no establece expresamente las causales de remoción del fiduciario, pero del artículo 242° de la citada norma, dispone que en caso de dolo o culpa grave por parte del fiduciario, la SBS puede disponer la remoción de la empresa, o también se puede pactar en el contrato de fideicomiso, que el fideicomitente de común acuerdo con el fideicomisario - si hubiere - podrán reemplazar al fiduciario, para lo cual, de acuerdo a la Ley N° 26702 tendrán el plazo de seis meses para designar a un nuevo fiduciario, de lo contrario el fideicomiso se extingue.
- Por renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso.
- Por pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria.
- Por haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido.
- Por haber devenido en imposible la realización de su objeto.
- Resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario, con aprobación de los fideicomisarios en el caso donde los fideicomisarios intervienen en el contrato.
- Revocación por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria, o previo al cumplimiento de los requisitos legales, salvo que los fideicomisarios intervengan como parte del contrato donde se requerirá su consentimiento.
- Y, también termina el fideicomiso por vencimiento de plazo.

Una vez, que se hayan cumplido alguna de las causales detalladas en el artículo 269° de la Ley N° 26702, se procederá a la liquidación del fideicomiso, conforme se haya pactado en el contrato de fideicomiso.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 270° de la Ley N° 26702, se procederá a devolver los bienes dados en fideicomiso. Si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso se debe entregar los bienes, se devuelven al fideicomitente o sus causahabientes.



Capítulo 3

El fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución

El fideicomiso en garantía es un tema muy importante, porque en nuestro país se utiliza para respaldar créditos ante entidades bancarias, al igual que las garantías tradicionales como la hipoteca y garantía mobiliaria. Por ello, es necesario analizar cada uno de ellas y realizar una comparación, con la finalidad de determinar cuáles son las ventajas del fideicomiso frente a las mismas y también analizar sus inconvenientes.

3.1 Garantías tradicionales en Perú

Las garantías tradicionales en el Perú son la hipoteca y la garantía mobiliaria – anteriormente denominada prenda – y son consideradas como medios jurídicos para asegurar el pago de un crédito.

3.1.1 Hipoteca

3.1.1.1 Noción. La noción de la hipoteca se encuentra establecida en el artículo 1097° del Código Civil peruano. Señala que “por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

AVENDAÑO⁶⁴ define a la hipoteca como una “garantía real accesoria e indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que este sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a los otros acreedores”.

Además, señala que es un derecho real de garantía y de ejecución de valor que afecta a bienes inmuebles, y que garantiza el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la facultad concedida a su titular de llevar a cabo la realización de valor de dichos bienes, enajenándolos y recibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, independientemente de quien sea su poseedor o propietario en ese momento”⁶⁵.

ARIAS-SCHREIBER⁶⁶ señala que “la hipoteca es un derecho real constituido sobre inmueble de un deudor o de un tercero”, para garantizar el cumplimiento de una obligación aceptada por el deudor. Este derecho, sin desposeer al constituyente, permite la realización

⁶⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Garantías. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. p. 155.

⁶⁵ Cfr. Ibid, p. 156

⁶⁶ Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo VI. Derechos Reales de Garantía. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. P. 157.

pública del bien, ante un incumplimiento de la obligación garantizada, con la finalidad de satisfacerla con el precio a favor de quien la tenga registrada.

De las definiciones expuestas, se desprenden las siguientes características de la hipoteca:

- a) Es un derecho real: normativamente, la hipoteca está clasificada dentro de la categoría de los derechos reales, ubicado en el Libro V del Código Civil.
- b) Es accesoria, porque tiene que gestionarse junto al crédito al cual sirve de garantía y no de forma independiente, es decir, que sólo existe a manera de garantía de un crédito cuyo pago debe asegurar.
- c) Tiene carácter inmobiliario, porque como bien señala el artículo 1100° del Código Civil, “la hipoteca debe recaer sobre inmueble específicamente determinado”. Conviene agregar, que cuando se refiere a inmueble determinado se entiende que el bien inmueble debe estar individualizado, esto quiere decir que sus áreas, linderos y medidas perimétricas deben guardar relación con la información inscrita en la partida registral del Registro de Propiedad Inmueble.
- d) No existe desposesión del bien, es decir, que la hipoteca no implica la entrega del bien inmueble al acreedor.
- e) Indivisible: de acuerdo al artículo 1102° del Código Civil, “la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”. El inmueble hipotecado responde siempre de la totalidad de la deuda, y el acreedor no está obligado a cancelar la hipoteca mientras no haya sido totalmente satisfecho su crédito, porque mientras haya un saldo pendiente de pago, la hipoteca subsiste íntegra sobre la totalidad del inmueble.

La cancelación parcial de la deuda no genera la extinción parcial de la hipoteca.

- f) Persecución: el acreedor tiene la posibilidad de perseguir el bien inmueble dado en garantía, cualquiera sea su titular. El acreedor tiene derecho de perseguir judicialmente el bien y hacer efectiva la garantía sobre el mismo cualquiera sea quien se encuentra en poder del bien, el propietario o un tercero.

Como señala DIEZ-PICAZO⁶⁷, la facultad de persecución le concede a su titular el derecho legamente respaldado de buscar o perseguir el bien, independientemente de su ubicación o quien se encuentre en su posesión.

- g) De preferencia, significa que concede al acreedor el privilegio de ser preferido sobre otros acreedores para hacerse pago con el precio de la venta forzosa del bien.

⁶⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. Sistema de derecho civil. Volumen III. Séptima Edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2002. p. 51.

Así, el artículo 1112° del Código Civil señala que “las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango”.

h) De venta judicial del bien, se entiende que la venta se debe hacer judicialmente, es decir faculta para que se proceda con el remate público del bien inmueble.

Ahora, respecto a la formalidad de la hipoteca, de acuerdo al artículo 1098° del Código Civil, se constituye por escritura pública, salvo disposición distinta a la ley.

Asimismo, el artículo 1099° del Código Civil señala que “son requisitos de validez de la hipoteca: que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto o conforme a ley, que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable y que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”.

Dicho esto, además de elevarse a escritura pública, es necesario que se inscriba en el Registro de Predios del lugar donde se ubica el inmueble, para que se perfeccione el derecho real de hipoteca y tenga validez. Además, que con la inscripción surten plenos efectos con relación a terceros, gozando frente a ellos de los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial del bien, detallados en párrafos anteriores.

Es así que, al momento de ingresar el acto de hipoteca ante Registros Públicos, se genera un título, cuyo día, hora y segundo de presentación el registro le otorgará a la hipoteca prioridad, siempre que la misma se inscriba.

Por otro lado, conviene mencionar que existen clases de hipoteca, siendo las más utilizadas: la hipoteca convencional, la hipoteca legal y la hipoteca sábana.

La hipoteca convencional es la más común, es voluntaria y se constituye mediante un contrato, es decir por acuerdo de las partes, que son el acreedor y el propietario del inmueble que puede ser el obligado o un tercero ajeno a la relación, quien será el deudor en la relación jurídica. Con ello, se asegura el cumplimiento de un contrato de mutuo o crédito bancario.

Entonces, la hipoteca convencional es cuando las condiciones son pactadas libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación. Y se requiere que el contrato sea elevado a Escritura pública y su inscripción en el Registro de Predios del lugar donde se ubica el inmueble.

Otra clase es la hipoteca legal, que tiene su origen en la Ley y no en el acuerdo entre el deudor y el acreedor hipotecario⁶⁸.

⁶⁸ Cfr. ALEGRIA HIDALGO, Juan Luis. Breve introducción al derecho hipotecario. La hipoteca en el Código Civil peruano. Cajamarca: Dínamo EIRL, 2008. p. 109.

El artículo 1118° del Código Civil también reconoce como hipotecas legales: “la del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero, la del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle, la de los inmuebles adquiridos en una partición con obligación de hacer amortización en dinero a otros de los copropietarios”.

Las hipotecas legales mencionadas en el párrafo anterior, se constituyen de pleno derecho y el Registrador las inscribe de oficio en el registro de predios del lugar donde se ubica el inmueble, bajo su responsabilidad. Se debe agregar, que las hipotecas legales son renunciables y su rango se puede ceder a otras hipotecas legales o convencionales, pero dicha renuncia debe realizarse anticipadamente y de forma unilateral.

También, está la hipoteca sábana, que son aquellas que respaldan todas las obligaciones y deudas que tiene el cliente frente a una empresa del sistema financiero, ya sean presentes, o futuras y que se haya especificado en el contrato de crédito hipotecario, cuyo sustento se encuentra en el artículo 172° de la Ley N° 26702.

Por ejemplo, si un banco le otorga un crédito hipotecario a un cliente y posteriormente adquiere una tarjeta de crédito u otro producto financiero, con la hipoteca sábana no sólo se respaldará la deuda que el cliente mantiene por el crédito hipotecario sino también por los demás productos, es decir que respaldará todas las obligaciones que mantiene el cliente. Y para poder levantar la hipoteca, debe haber cancelado todas las obligaciones que mantiene con el banco.

Finalmente, la hipoteca termina por extinción de la obligación garantizada, anulación, rescisión o resolución de dicha obligación, renuncia escrita del acreedor, destrucción total del inmueble o consolidación.

3.1.1.2 Proceso de ejecución. “El proceso de ejecución de garantía es aquella acción que corresponde al titular del derecho real para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud de un título de ejecución que debe contener un derecho cierto, expreso y exigible”⁶⁹.

“En este proceso el ejecutante acude a los órganos jurisdiccionales exigiendo tutela jurídica efectiva a fin que el ejecutado cumpla con las obligaciones contenidas en el título de ejecución o, en caso contrario, se proceda a rematar los bienes dados en garantía”⁷⁰.

⁶⁹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2008. p. 759.

⁷⁰ ROMERO DIAZ, Àngel. Ejecución de garantías entrampamientos y soluciones. Lima: Abril, 2017. p.48.

El título de ejecución está conformado por la escritura pública de constitución de hipoteca, acompañado de la liquidación de saldo deudor de la entidad financiera, donde se precisa la deuda mantenida por el demandado más los intereses respectivos, si fuese el caso.

En pocas palabras, el proceso de ejecución de garantías se dirige contra quien tenga el inmueble hipotecado y su finalidad es recuperar lo adeudado.

Otro aspecto importante a mencionar, es que el proceso de ejecución de garantías inicia con interponer la demanda de ejecución de garantías. Siendo así, el artículo 720° del Código Procesal Civil señala:

1. “Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo.
2. El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía, y el estado de cuenta del saldo deudor.
3. Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas.

Si el bien fuera mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas.

4. No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma.
5. Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen”.

En virtud de lo señalado, se prevé que la procedencia de la demanda exige presentar el documento que contiene la garantía, el estado de cuenta del saldo deudor, la tasación actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados con sus firmas legalizadas, certificado de gravamen del inmueble. Por lo que, para la procedencia de la demanda sólo deben verificarse la concurrencia de los requisitos establecidos en el citado artículo del Código Civil.

El documento que contiene la garantía debe cumplir la formalidad y los requisitos de validez establecidos en el artículo 1098° y 1099° del Código Civil, mencionados en el acápite anterior. Es decir, que el documento que contiene la obligación garantizada vendría a ser la escritura pública de la hipoteca y dicho título debe contener un derecho cierto, expreso y exigible, debido a que sin estos tres requisitos un título no estaría apto para permitir el inicio de un proceso de ejecución de garantías.

Así las cosas, las prestaciones son ciertas cuando están perfectamente descritas en el título la existencia de un sujeto activo, como es el acreedor y un sujeto pasivo como el deudor. Son prestaciones expresas cuando constan por escrito aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor, que puede consistir en una cosa, o un hecho que habrá de ejecutar el deudor. Y son exigibles porque permite que la obligación sea reclamable, asimismo, supone el vencimiento si se trata de una obligación al término, también, se debe verificar que el objeto de la prestación esté determinado o sea determinable, que sea posible y que tenga un valor pecuniario⁷¹.

El estado de cuenta del saldo deudor constituye una operación unilateral donde se establece la situación del deudor en relación con las obligaciones que ha asumido; verificando si desde la perspectiva del acreedor la deuda se encuentra pendiente de pago o ha sido cancelada, ya sea total o parcialmente, y si ha generado intereses correspondientes, dependiendo de la relación jurídica que vincula a las partes. A la demanda se anexará la liquidación de saldo deudor, que es un acto unilateral del acreedor, cuya función es detallar el monto exacto a ejecutar.

El estado de cuenta de saldo deudor debe detallar la identificación de la obligación garantizada, el monto inicial de la misma, la tasa de interés compensatorio y/o moratorio, los pagos a cuenta realizados, el monto demandado diferenciando lo que corresponde al capital adeudado, los intereses y gastos incurridos. Esto significa, que el estado de cuenta de saldo deudor se debe presentar con información pormenorizada, de modo que sea un documento idóneo para evaluar la demanda y evitar dilación en el proceso judicial.

A la demanda de ejecución de garantía hipotecaria también se debe anexar la tasación, la cual tiene que ser elaborada por dos ingenieros o arquitectos colegiados y contar con sus firmas legalizadas. Asimismo, tener presente que cuando las partes han convenido el valor del bien para la ejecución forzada, no es necesaria nueva tasación; sin embargo, si el juez considera que el valor convenido está desactualizado, puede ordenar la realización de una nueva tasación.

“Luego de la presentación de la demanda que contiene la pretensión de ejecución de la garantía, el primer acto procesal del juez es la calificación de dicha demanda, en donde el juez verifica la concurrencia de los requisitos formales para su admisión, es decir, el cumplimiento de los requisitos de procedencia y admisibilidad de la demanda establecidas en la norma procesal. En primer lugar, el cumplimiento de las condiciones de la acción y de los prepuestos procesales. Luego observará el cumplimiento de los requisitos generales de admisibilidad de la

⁷¹ Cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Guía práctica de cobranza judicial de créditos. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2008. p. 165-167.

demanda y el acompañamiento de los anexos respectivos, para luego analizar el título ejecutivo de la acción de la ejecución de garantía, que deberá cumplir con lo establecido en el artículo 720° del Código Procesal Civil”⁷²

Una vez analizado lo detallado en el párrafo anterior, el juez tiene tres opciones: admitir la demanda, declarar inadmisibles o improcedentes la demanda.

Me centraré en el supuesto de que la demanda haya sido admitida, debido a que deseo evidenciar el tiempo que transcurre al acudir a un proceso de ejecución de garantías.

De acuerdo al artículo 721° del Código Procesal Civil “admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía”.

El mandato de ejecución, debe requerir el pago del monto capital, los intereses y gastos establecidos, de ser el caso, es decir, el objeto del mandato de ejecución es requerir al ejecutado que pague la deuda, bajo apercibimiento de proceder al remate del bien dado en garantía.

El mandato de ejecución se dirige al deudor, pero también debe ser puesto a conocimiento de los ocupantes del bien inmueble dado en garantía, porque en caso de adjudicación luego del remate, si no desocupan el inmueble las personas que lo habitan, se procederá al lanzamiento de los ocupantes del bien inmueble.

Una vez notificado el mandato de ejecución, existe la posibilidad de que el deudor interponga contradicción. Según el artículo 722° del Código Procesal Civil, “el ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir con arreglo a las disposiciones generales”, es decir, que tiene 3 días hábiles después de notificada la demanda para interponer contradicción.

La contradicción es el mecanismo que tiene el demandado para defenderse al ser notificado con el mandato de ejecución. La contradicción no puede ser considerada como contestación de demanda porque nos encontramos en un proceso de ejecución.

Transcurrido el plazo y a pesar de haberse intimado al deudor para el pago de la deuda y sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, se procede a materializar la advertencia señalada en el mandato de ejecución, por lo que, el Juez sin trámite previo, ordenará el remate del bien inmueble dado en garantía. Es así que, el proceso de ejecución de garantía hipotecaria inicia la etapa de ejecución forzada.

La ejecución forzada inicia con la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía y concluye con el pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o la

⁷² TORRES ALTEZ, Dante. El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2014, p. 150.

adjudicación del bien, o si antes el deudor paga el íntegro de la deuda incluyendo los intereses, costas y costos del proceso.

El objetivo del remate es la venta forzada del bien dado en garantía, ante el incumplimiento de pago del deudor, siendo esta venta realizada por los órganos jurisdiccionales.

El remate inicia con la convocatoria a remate, continúa con la designación del martillero, la publicidad de la o las convocatorias, el acta de remate, la presentación de postores, hasta la adjudicación y pago del precio por el postor, la liquidación de deuda y el pago al ejecutante y otros acreedores apersonados al proceso.

Asimismo, conviene precisar que, debido a la pandemia del COVID-19 se puso en práctica lo establecido en la Ley N° 30229 - Ley que adecúa el uso de las tecnologías de información y comunicaciones en el Sistema de Remates Judiciales y en los servicios de notificaciones de las resoluciones judiciales, y que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, El Código Procesal Civil, El Código Procesal Constitucional y la Ley Procesal del Trabajo, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 003-2015-JUS.

La Ley N° 30229 regula los remates judiciales dispuestos por los órganos jurisdiccionales que se realicen a través de medios electrónicos, la adjudicación, las nulidades y la notificación electrónica de las resoluciones judiciales.

Los bienes sobre los cuales se ha emitido orden de remate y ha quedado firme, pueden ser objeto de remate electrónico judicial. Para ello, en la práctica el ejecutante solicita al Juez habilitar el remate vía REMAJU.

Para que se lleve a cabo el remate, previamente se debe cancelar el arancel respectivo y el juez dicta la orden que dispone el remate judicial electrónico proporcionando la descripción del inmueble, las cargas y gravámenes, si las hubiere, el monto de su valorización. Ello, puede ser objeto de un pedido de corrección para efectos de subsanar errores meramente de forma, materiales y de datos, u oposición de cualquiera de las partes o terceros legitimados, de ser el caso, respecto de la modalidad de remate electrónico que prevé la Ley N° 30229. El juez mediante resolución motivada dispondrá la modalidad de remate aplicable, el cual puede realizarse por martillero público hábil o el juez, de acuerdo con lo regulado por el Código Procesal Civil.

En caso de oposición, el plazo para interponerla es de tres días hábiles siguientes, de haber quedado firme la resolución que ordena el remate y el Juez tiene el plazo de tres días hábiles de formulada para resolver.

De acuerdo al artículo 15° de la Ley N° 30229, el procedimiento de remate electrónico judicial comprende las siguientes fases: preparatoria, publicidad de convocatoria, inscripción, desarrollo y adjudicación.

La fase preparatoria comprende la preparación de la información digital sobre el bien objeto de remate. El REMAJU obliga al ejecutante a colgar en el sistema el Certificado Registral Inmobiliario (CRI), la copia literal del bien inmueble, el gravamen, las fotos del inmueble y el arancel respectivo. Con ello, procede a habilitar la fase de convocatoria.

Respecto a la publicidad de convocatoria, en la práctica, el ejecutante previamente ha solicitado se convoque a remate judicial. Procediendo el Juez a emitir la resolución correspondiente, donde se ordena convocar a remate judicial electrónico y se proceda al remate en primera convocatoria, con la descripción del inmueble, el porcentaje a rematar, las cargas y gravámenes, el valor de tasación conforme conste en la Escritura pública del bien a ejecutar.

Asimismo, precisa que, en caso de no existir ofertas en primera convocatoria, automáticamente se debe realizar la segunda y posteriormente la tercera convocatoria. Y ordena la publicación de los avisos de remate en el Portal Web del Poder Judicial a través del aplicativo informativo del REMAJU, una vez que ha quedado firme esta resolución.

La resolución que dispone el remate se ingresa al sistema REMAJU – Sistema de Remate electrónico judicial - en un plazo no mayor de dos días hábiles de haber quedado firme, luego del cual se procede a publicitar la convocatoria dentro de las 24 horas.

Posteriormente, en la práctica se emite una resolución, donde el Juez pone en conocimiento el número de registro del remate en el sistema de remate judicial electrónico y el cronograma de la primera convocatoria, detallando sus fases de publicación de convocatoria e inscripción de postores, validación e inscripción de postores, presentación de ofertas, pago saldo y validación del saldo. Y la oficina de mesa de partes del Juzgado, deberá proceder a digitalizar el aviso de remate respectivo.

Es así que, en el Portal Web del Poder Judicial, se publica el aviso de la primera convocatoria relacionado al proceso de remate electrónico judicial, permitiendo su visualización o descarga.

Además, se notifica por correo electrónico a los postores registrados, con un plazo mínimo de diez días calendario entre la publicación y el inicio del remate electrónico judicial. Se debe colocar avisos del remate en un lugar visible del inmueble y en el local del Juzgado, como lo establece el artículo 733° del Código Procesal Civil. Adicionalmente, el ejecutante o ejecutado tienen la opción de realizar publicidad por su propia cuenta en internet u otros medios.

Si no se inscriben postores o no se reciben ofertas que superen el precio base, el remate se declara desierto. En este caso, el REMAJU debe reprogramar una segunda convocatoria con la reducción del quince por ciento sobre el precio base de los bienes sujetos al remate electrónico judicial. Si no se reciben ofertas en segunda convocatoria, se programa una tercera convocatoria, reduciendo en quince por ciento el precio base de la convocatoria anterior. Si en la tercera convocatoria no hay postores, se concluye el procedimiento de remate electrónico judicial.

La fase de inscripción, se refiere a la inscripción de todo usuario postor registrado y acreditado en el REMAJU, que le permite participar en el proceso de remate electrónico de un bien, debiendo realizar una declaración jurada en la que exprese la procedencia lícita de los fondos con los que financie y pague su oferta, pero, previo pago del arancel judicial por el derecho a participar en el remate y el pago del oblate, que se refiere al depósito del monto mínimo para poder postular y que equivale al diez por ciento del valor de tasación del bien o bienes materia de remate. Cabe mencionar que, el ejecutante o el tercero legitimado no están obligados al pago del oblate en el remate electrónico judicial.

La siguiente fase es desarrollo, implica la ejecución del remate electrónico judicial en REMAJU, donde los usuarios postores colocan ofertas con la intención de superar otras ofertas, partiendo del precio base del bien a rematar. El procedimiento de los remates electrónicos judiciales tiene una duración de siete días calendario y el acto de remate electrónico judicial del bien se efectúa en un periodo de veinticuatro horas.

Y finalmente, la fase de adjudicación, comprende la adjudicación del bien al postor que haya ofrecido la oferta más alta al término del remate electrónico judicial. El usuario postor ganador debe efectuar el pago de su oferta mediante depósitos o transferencias de dinero en una institución financiera nacional dentro de un plazo máximo de tres días hábiles de finalizado el remate. Después de confirmado el pago y la identidad del usuario postor ganador, el REMAJU emite y proporciona el certificado digital del postor ganador, el cual está autenticado por fedatario juramentado informático, y que posee la misma validez y efectos que el acta de remate regulado en el artículo 738° del Código Civil, que detalla el lugar, fecha y hora del acto, nombre del ejecutante, tercero legitimado y del ejecutado, nombre del postor y las posturas efectuadas, nombre del adjudicatario y la cantidad obtenida.

Posterior a ello, se procede a la transferencia del bien inmueble y destino del dinero obtenido. En el remate del inmueble el Juez ordena que el adjudicatario deposite el saldo del precio del inmueble dentro del tercer día y una vez depositado el precio, el Juez transfiere la propiedad inmueble. Asimismo, el Juez dispone el pago al ejecutante y ordena al secretario

judicial liquidar los intereses, costas y costos del proceso, para posteriormente ser entregado al ejecutante, luego de aprobada la liquidación.

3.1.2 Garantía mobiliaria

3.1.2.1 Noción. Al referirnos a la garantía mobiliaria, es importante mencionar que su antecedente era la prenda, que estaba regulada en el Código Civil de 1984, y fue derogada al entrar en vigencia la Ley N° 28677, siendo reemplazada por la garantía mobiliaria.

En el 2006, el Perú estableció un nuevo marco jurídico, la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, que fue publicada el 1 de marzo del 2006 en el Diario El Peruano y entró en vigencia desde el 30 de mayo del mismo año; derogando las disposiciones que sobre la institución de la prenda se regulaba en el Código Civil de 1984. El objetivo de esta Ley era regular la garantía mobiliaria para asegurar obligaciones de toda naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad.

La exposición de motivos de la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria señala que “históricamente la primera garantía que grava bienes es la institución denominada prenda, que se reguló por el derecho antes que la hipoteca, dada la facilidad de entregar una cosa en garantía del pago de una deuda o cumplimiento de una obligación. Posteriormente, con el desarrollo del derecho y de las economías modernas, la institución de la prenda se transforma, admitiendo diferentes modalidades como la prenda con entrega jurídica (sin desplazamiento o sin desposesión) así como la prenda sobre títulos valores, entre otros”.

Posteriormente, el 10 de Setiembre de 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1400 que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, derogando las disposiciones de la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria. Entre las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1400, se estableció la creación del SIGM, que es el Sistema informativo de garantías mobiliarias. De acuerdo al artículo 19° del citado Decreto Legislativo, es la plataforma única donde se inscriben voluntariamente los avisos electrónicos para publicitar garantías mobiliarias constituidas en el marco del decreto legislativo, siendo SUNARP el responsable de mantener un adecuado nivel de funcionamiento del sistema y del contenido de los avisos electrónicos, según el artículo 21° de la norma en mención.

Sin embargo, la octava disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1400 señala que entrará en vigencia a partir del día hábil siguiente del funcionamiento de la base de datos del SIGM, Sistema informativo de garantías mobiliarias, pero hasta la fecha no se ha implementado el sistema. En resumen, tenemos esta norma que es inaplicable, siendo en la práctica, actualmente aplicada la Ley N° 28677; por lo que, al referirnos a la garantía mobiliaria y su proceso de ejecución nos remitiremos a lo establecido en ambas normas.

Ahora bien, respecto a la definición, GONZALES BARRÓN⁷³ precisa que la garantía mobiliaria es la afectación por negocio jurídico que realiza el deudor sobre un bien mueble, presente y futuros, a favor de un acreedor, con el fin de asegurar el cumplimiento de una o varias obligaciones; confiere las facultades de preferencia en el cobro del crédito, persecución limitada o amplia, según el tipo de bien y venta extrajudicial.

Según la Ley N° 28677, la garantía mobiliaria se define como la afectación a un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. Y de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1400, es la afectación que recae sobre cualquier bien mueble mediante acto jurídico constitutivo, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones. En otras palabras, con la garantía mobiliaria se afecta el bien mueble para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero, de toda naturaleza, presente o futura, determinada o determinable, sujeta o no a modalidad.

En virtud a las definiciones expuestas, las características de la garantía mobiliaria son que afecta a un bien mueble y que es accesoria a un contrato principal de crédito.

La garantía mobiliaria es accesoria de un crédito, el cual debe ser válido porque de ello dependerá la validez de la garantía. Para determinar si un crédito es válido, me remito al artículo 140° del Código Civil, norma que regula los requisitos esenciales del acto jurídico. Dicho esto, para que un crédito sea válido, quienes lo celebren debe ser agentes capaces, el objeto materia del contrato debe ser física y jurídicamente posible, el negocio debe tener un fin lícito y debe verificarse la forma preestablecida por ley⁷⁴.

Asimismo, la garantía mobiliaria es ágil, se puede constituir de manera unilateral. Es decir, no tiene que intervenir el acreedor, basta que el propietario del bien como acto unilateral constituya la garantía mobiliaria sobre el bien mueble sin que intervenga el acreedor, pero también puede ser plurilateral. Además, es una garantía que puede asegurar cualquier tipo de obligación, ya sea presente, pasada, futura, determinada, determinable, eventual; y los bienes que se pueden utilizar para la garantía mobiliaria son todos los bienes, es decir, todo lo que no es bien inmueble se puede dar en garantía mobiliaria.

Por otro lado, el artículo 17° de la Ley N° 28677 señala que la constitución de la garantía mobiliaria, se da mediante acto jurídico unilateral o plurilateral, y debe constar por escrito y podrá instrumentarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga.

⁷³ Los derechos reales y su inscripción registral. Lima. Gaceta Jurídica SA, 2015. p. 249.

⁷⁴ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario. Análisis de la ley de garantía mobiliaria. Lima: Pacífico Editores S.A.C, 2017. p. 53.

Además, para que sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el registro mobiliario de contratos y en registro correspondiente, habiendo pasado previamente por la calificación registral respectiva. Ello, encarece el proceso, tanto económicamente, porque se tienen que pagar los derechos de trámite de SUNARP y de tiempo, porque está sujeto a un plazo de calificación registral, donde los documentos pueden ser observados por el Registrador, lo cual debe ser subsanado, o puede ser apelado, llegando incluso hasta el Tribunal Registral o Poder Judicial. Pese a ello, otorga al acreedor garantizado la preferencia en virtud de la fecha de inscripción en el registro.

Del mismo modo, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1400 señala que la constitución debe constar por cualquier medio escrito que deje constancia de la voluntad de las partes bajo sanción de nulidad, el cual debe formalizarse mediante escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes.

Pero, además, lo que busca el Decreto Legislativo N° 1400 es corregir lo señalado en párrafos anteriores respecto a la Ley N° 28677. De este modo, crea lo que se conoce como el aviso electrónico y logra que el proceso constitutivo de la garantía mobiliaria sea más barato, económicamente y de tiempo. Por lo que, dependiendo del tipo de garantía mobiliaria constituida, la publicidad se logra por medio de la inscripción del aviso electrónico en el SIGM -Sistema informativo de garantías mobiliarias- que dará información referencial, lo que determina su oponibilidad y prelación, pero no tiene ningún tipo de calificación registral.

En conclusión, se piensa que hay más flexibilidad, facilidad y menor costo en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Y como vemos, el Decreto Legislativo N° 1400 hace más ágil los procesos de constitución y ejecución de la garantía mobiliaria, con un proceso de constitución barato, de calificación acelerada en el registro, con simplicidad en la constitución, con libertad para establecer qué se garantiza, quienes garantizan y una ejecución eficiente, barata que haga que la garantía cumpla su rol, de que el crédito sea de costo accesible y más personas accedan al crédito.

En mi opinión, considero que es un poco peligroso porque cualquier persona podría ingresar información como aviso electrónico, pese a que existen penalidades para disuadir estos hechos.

3.1.2.2 Proceso de ejecución. La ejecución de la garantía mobiliaria puede ser judicial o extrajudicial, cuando es exigible la obligación garantizada, la cual se realizará a través del acreedor garantizado o del representante facultado.

En mérito a lo mencionado en el acápite anterior, es importante exponer el proceso de ejecución de garantía mobiliaria establecido en la Ley N° 28677 y en el Decreto Legislativo N° 1400.

De acuerdo a ambas normas, al tratar la ejecución de garantía mobiliaria se considera la venta extrajudicial del bien, forma de tomar posesión del bien afecto en garantía mobiliaria, adjudicación del bien por el acreedor garantizado. Sin perjuicio de ello, también se puede acudir al Poder Judicial. Es así que a continuación explicaré cada una de las formas detalladas, de acuerdo a lo regulado.

a) Venta extrajudicial del bien

Se procede a la venta extrajudicial del bien o bienes gravados en garantía mobiliaria ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Y se realiza de esta forma, en ausencia del pacto de ejecución judicial previsto en el Código Procesal Civil.

El artículo 47° de la Ley N°28677 señala que en el acto constitutivo de garantía mobiliaria se otorgará un poder específico e irrevocable a un tercero llamado representante, para realizar o formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, es así que el propio acreedor no puede ser representante.

Producido el incumplimiento del deudor, el acreedor deberá dejar constancia de ello mediante una carta notarial dirigida al deudor y al representante y después de tres días hábiles de recibida la carta notarial, el acreedor podrá proceder a la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Tener en cuenta, que la venta del bien no debe ser realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes, o en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta.

Si transcurren sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar la ejecución vía judicial conforme al Código Procesal Civil.

Por otro lado, el artículo 51° del Decreto Legislativo N° 1400 señala que “el acreedor garantizado a través del representante puede iniciar y llevar a cabo el procedimiento de venta aún si no cuenta con la posesión del bien en garantía, y de realizarse la venta, corresponde al deudor garante entregar la posesión el bien en garantía al nuevo adquirente”.

Aquí lo novedoso, a diferencia de la Ley N° 28677, es que las partes pueden acordar que los bienes garantizados se vendan mediante venta privada o una subasta pública, de acuerdo a los procedimientos que las partes consideren adecuados, incluso trasladando el bien a otro lugar. Pero, también mantiene lo establecido en la norma anterior, respecto a que en el acto

jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgue poder específico a un tercero para realizar o formalizar la transferencia del bien en garantía.

b) Forma de tomar posesión del bien afecto en garantía mobiliaria

Respecto a la toma de posesión del bien afecto en garantía mobiliaria, de acuerdo al artículo 51° de la Ley N° 28677, las partes pueden establecer como se tomará la posesión del bien mueble sujeto a garantía mobiliaria, y en ausencia de acuerdo, el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble sujeto en garantía mobiliaria tienen la opción de tomar la posesión directa del bien. Además, para la toma de posesión se requiere, la certificación notarial del acto que deberá detallar las características esenciales del bien mueble sujeto a garantía mobiliaria, el estado en que se encuentra y se notificará notarialmente al deudor, y si corresponde, al constituyente y al depositario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, dentro de los dos días hábiles siguientes.

Del mismo modo, el artículo 49° del Decreto Legislativo N° 1400 trata acerca de la toma de posesión y ejecución extrajudicial. Señala que en la constitución de la garantía mobiliaria se pueden pactar procedimientos y mecanismos con el objeto de asegurar la entrega de la posesión del bien en garantía. Además, en caso de ejecución extrajudicial, el acreedor garantizado o el representante tienen autoridad para tomar posesión del bien garantizado, realizar cobros directos o adquirir créditos y a la posterior venta directa de los bienes en garantía. Esto se realiza con el fin de obtener el pago con el producto de la venta, de acuerdo al procedimiento de venta previamente definido.

Una vez notificado de la ejecución, el deudor garante o cualquier persona que posea el bien dado en garantía, debe entregar la posesión y/o permitir el acceso al bien. Y ante el incumplimiento, el deudor garante será considerado poseedor ilegítimo del bien y es responsable del mismo.

Incluso, si bien se puede pactar la forma de tomar la posesión según lo detallado, también se puede solicitar la incautación del bien por la vía judicial.

Los artículos 51° y 52° de la Ley ° 28677 permiten que el acreedor garantizado o el adquirente puedan, alternativamente, solicitar vía sumarísima al Juez Especializado en lo Civil, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Y el Juez no correrá traslado al deudor del requerimiento, sino que por el sólo mérito de la solicitud del acreedor garantizado expedirá el requerimiento.

El requerimiento será notificado mediante oficio a la autoridad policial del lugar y dispondrá la entrega inmediata del bien mueble afecto en garantía mobiliaria al acreedor garantizado o al adquirente. Siendo, la autoridad policial la encargada de llevar a cabo la

incautación dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido dicho requerimiento y una vez incautado el bien, será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o en su defecto, al acreedor garantizado.

Del mismo modo lo regulan los artículos 56° y 57° del Decreto Legislativo N° 1400, con la diferencia de que el bien afectado en garantía mobiliaria, una vez incautado, se entrega al acreedor garantizado, y en su defecto, al representante.

c) Adjudicación del bien por el acreedor garantizado

Desde la Ley N° 28677, desapareció la nulidad del pacto comisorio que prohibía al acreedor garantizado adjudicarse el bien, y se permite que en el caso de no haberse pagado la deuda garantizada el acreedor garantizado puede adjudicarse el bien.

Tanto el artículo 53° de la Ley N° 28677 y el artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1400 regulan que las partes pueden acordar que el acreedor garantizado se adjudique la propiedad del bien afectado en garantía mobiliaria, para lo cual deben otorgar un poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento suscriba los documentos necesarios para la transferencia del bien afecto en garantía mobiliaria, y en ningún caso el representante puede ser el mismo acreedor garantizado.

El procedimiento para adjudicación del bien consiste en que, producido el incumplimiento de la obligación, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien en garantía, debe comunicar al deudor garante y al representante el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien en garantía acordado por las partes.

La diferencia que existe entre ambas normas es que en el artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1400 añade que la información señalada en el párrafo anterior se debe comunicar a todo acreedor garantizado que haya inscrito un aviso electrónico en el SIGM - Sistema informativo de garantías mobiliarias.

d) Proceso judicial

El proceso vía judicial para ejecución de garantía mobiliaria es similar a lo expuesto en la ejecución de garantía hipotecaria, con mínimas diferencias.

En resumen, se inicia interponiendo la demanda de ejecución de garantía y para su procedencia se requiere la presentación de los documentos establecidos en el artículo 720° del Código Civil detallados en el acápite 3.1.1.2, con la diferencia que la tasación que se anexa debe ser efectuada por dos peritos especializados con firma legalizada, según la naturaleza del bien. Y una vez analizado los documentos, el juez podrá admitir, declarar inadmisibile o improcedente la demanda.

Si se admite la demanda, corresponde emitir y notificar el mandato de ejecución ordenando el pago de la deuda dentro de los tres días de notificado, de lo contrario se procederá al remate del bien dado en garantía mobiliaria; pero, cabe la posibilidad de que el deudor interponga contradicción, en el mismo plazo que tenía para pagar.

Transcurrido el plazo sin que se haya pagado la deuda, o se haya declarado infundada la contradicción, y habiendo cancelado el arancel respectivo, el Juez ordena el remate electrónico judicial del bien dado en garantía, iniciando así la etapa de ejecución forzada.

Se expide una resolución que dispone que el remate se ingrese al REMAJU – Remate electrónico judicial - en un plazo no mayor de dos días hábiles de haber quedado firme, luego del cual se procede a publicitar la convocatoria del remate dentro de las 24 horas, además de la notificación por correo electrónico a los postores registrados, en un plazo mínimo de diez días calendario entre la publicación y el inicio del remate electrónico judicial. Y se deben colocar los avisos de remate a que se refiere el artículo 733° del Código Procesal Civil.

En primera convocatoria, si no hay postores registrados o si ninguna oferta supera el precio base, el remate se declara desierto. En tal situación, el REMAJU reprograma una segunda convocatoria con la reducción en un quince por ciento respecto al precio base de los bienes que son objeto de remate electrónico judicial.

Si no se reciben ofertas en segunda convocatoria, se programa una tercera convocatoria, con la reducción del quince por ciento del precio base de la convocatoria previa, sobre el precio base del bien o bienes que son objetos de remate judicial electrónico. Si en la tercera convocatoria no hay postores, se concluye el procedimiento de remate electrónico judicial.

Pero, en caso si haya postores en cualquiera de las convocatorias a remate, se procede a la adjudicación del bien al postor que haya ofrecido la oferta más alta, es así que postor ganador debe realizar el pago de su oferta en el Banco de la Nación y en caso de bien mueble el pago se efectúa en el mismo acto, debiendo entregarse del inmediato el bien al adjudicatario. Salvo que sea bien mueble registrado, se deberá efectuar el pago en el término máximo de tres días hábiles de concluido el acto del remate y una vez verificado el pago y la identidad del postor ganador, el REMAJU expide y entrega el certificado digital de postor ganador y se entrega el bien al adjudicatario.

3.2 Fideicomiso en garantía

3.2.1 *Noción*

En primer lugar, considero pertinente mencionar que el fideicomiso en garantía tiene su antecedente en Roma, con la *fiduciae cum creditore*, que es la forma más antigua de constituir garantía.

La *fiduciae cum creditore*, era un negocio que buscaba garantizar el pago de la deuda y estaba basado en la *fides*, que es la confianza, que el deudor debía tener en la buena fe del acreedor, de que cuando cancele la deuda se le restituiría el bien. Caso contrario, se producía la venta del bien por parte del fiduciario para que el acreedor cobre la deuda. Sin embargo, el deudor también debía asumir el riesgo de que el bien no le sea devuelto al cancelar la deuda o haya sido vendido previo al vencimiento de la deuda, con lo cual el bien no se le restituiría. Por ello, posteriormente, se le reconoció la *actio fiduciae*, que es una acción por medio de la cual se lograba la restitución del bien u obtener una indemnización.

A continuación, LISOPRAWSKI y KIPER definen al fideicomiso de garantía como un “contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ellos, con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria”⁷⁵.

Por su parte, ITURBIDE señala que es el “negocio fiduciario por el cual el propietario pleno de uno o varios bienes determinados (fiduciante), se obliga a transmitir el dominio fiduciario de esos bienes a otra persona (fiduciario), para garantizar de ese modo el cumplimiento de un crédito”⁷⁶.

Asimismo, RODRIGUEZ señala que “mediante la fiducia en garantía una persona, normalmente el deudor, transfiere uno o más bienes al fiduciario con el propósito de que los administre y que proceda a venderlos para el pago de las obligaciones que con ellos se garanticen, de no ser estas satisfechas en su oportunidad”⁷⁷.

Además, precisa que el fideicomiso en garantía “se presenta en todos aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, procede a venderlos y destinar lo producido a la cancelación de la deuda”⁷⁸.

El fideicomiso en garantía busca separar los bienes del patrimonio del deudor mediante una transferencia en propiedad al fiduciario, con el objeto de constituir el respaldo de las

⁷⁵ LISOPRAWSKI, Silvio W. y KIPER, Claudio M. Fideicomiso, Dominio fiduciario. Securitización. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996. p. 312.

⁷⁶ ITURBIDE, Gabriela A. El fideicomiso de garantía. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2007. p. 433.

⁷⁷ Negocios Fiduciarios...Op. Cit., p. 464.

⁷⁸ RODRÍGUEZ AZUERO. Contratos bancarios...Op. Cit., p. 666.

obligaciones que ha contraído el fiduciante respecto de terceros que serán los beneficiarios del fideicomiso⁷⁹.

Si bien es cierto, la doctrina se refiere a la definición del fideicomiso en garantía y a su objetivo, nuestra legislación sólo hace mención al fideicomiso en garantía de forma breve.

El artículo 274° de la Ley General del Sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 hace mención al fideicomiso en garantía y señala que “la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia. Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor”.

Del mismo modo, el capítulo I del Título III del Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, Resolución SBS N° 1010-99 se refieren al fideicomiso en garantía. En el artículo 15° del mencionado reglamento, precisa la finalidad del fideicomiso en garantía, al establecer que los bienes integrados en el patrimonio fideicometido están destinados a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, concertadas o por concertarse, a cargo del fideicomitente o de un tercero. El fideicomisario, en su calidad de acreedor puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo.

De las definiciones expuestas, se entiende que el fideicomiso en garantía consiste en que una persona llamada fideicomitente, que por ejemplo es el deudor de un crédito bancario, transfiere un bien en propiedad fiduciaria, al fiduciario, para garantizar una obligación que mantiene a favor de un acreedor llamado fideicomisario, con la instrucción de que, al no cancelar dicha obligación a su vencimiento, el fiduciario proceda a ejecutar el bien y con el dinero de la venta se cancele la obligación pendiente con el fideicomisario. Además, de considerar que el fideicomisario no puede ser fiduciario a la vez.

Esto quiere decir que el fideicomiso en garantía tiene como presupuesto la existencia de una deuda del fideicomitente al fideicomisario, donde tendrá que transmitir en dominio fiduciario de determinados bienes con la finalidad de garantizar una deuda. Ello nos lleva a precisar que el fideicomiso es un negocio accesorio porque para su existencia se requiere que previamente exista una obligación principal que garantiza.

⁷⁹ Cfr. HAYZUS, Jorge Roberto. Fideicomiso. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004. p. 114.

Lo indicado en el párrafo anterior, se confirma con un ejemplo sobre la estructura básica de un fideicomiso en garantía, que consiste en que un cliente, usualmente de un banco, que es lo más usado en el mercado fiduciario, se acerca al banco, que será el fideicomisario, a solicitar un préstamo, y el banco le indica que está de acuerdo, pero necesita que le otorgue una garantía. Lo usual sería que el banco solicite como garantía la constitución de una hipoteca o garantía mobiliaria, pero en este caso el banco solicitará un fideicomiso, y esa es la razón por la cual el cliente transfiere al patrimonio autónomo los activos que serán la garantía del banco.

Generalmente, en el mercado fiduciario peruano se habla de fideicomiso de garantía a aquel que está constituido por activo fijo, como, por ejemplo, inmueble, fábrica, maquinaria, equipo, los cuales formarán parte del patrimonio fideicometido de un fideicomiso, como si fuera una hipoteca, respaldando el crédito que otorgó el banco. Si el cliente paga la deuda, el fiduciario le devolverá sus bienes, es decir le restituirá la propiedad, pero, si el cliente no paga, el fiduciario ejecutará el fideicomiso a solicitud del fideicomisario acreedor que se ve afectado por el incumplimiento del fideicomitente deudor.

Finalmente, cabe mencionar que, en el fideicomiso en garantía intervienen inicialmente tres partes, como son el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

El fideicomitente, es quien constituye el fideicomiso en garantía, propietario de los bienes, que los transfiere al patrimonio fideicometido para asegurar el cumplimiento de una obligación.

El fiduciario, es quien recibe los bienes dado en garantía, en dominio fiduciario, con la obligación de restituirlos cuando la obligación se haya cumplido, o iniciar el procedimiento de ejecución en caso se hayan incumplido con la obligación.

Y, el fideicomisario, es quien se beneficia de la administración del fideicomiso, y vendría a ser el acreedor, quien verá cumplida la obligación a su favor.

3.2.2 Ventajas del fideicomiso en garantía versus las garantías tradicionales

El tema a desarrollar es importante, porque el fideicomiso en garantía en el Perú se utiliza para respaldar créditos en grandes inversiones. Por ello, se compara con las garantías tradicionales como la hipoteca y garantía mobiliaria, cuya noción y proceso de ejecución ha sido desarrollado en el acápite anterior, con la finalidad de lograr la presente comparación y destacar las ventajas del fideicomiso.

Una de las ventajas del fideicomiso en garantía es que los bienes que forman parte del patrimonio autónomo son inembargables, y ello es así porque como su mismo nombre lo dice, el patrimonio es autónomo.

Ahora, el patrimonio autónomo, está conformado por los bienes que son transferidos en fideicomiso. Y el ser autónomo, quiere decir que el patrimonio del fideicomiso es distinto del patrimonio del fiduciario, que no es de propiedad del fiduciario, tampoco será parte del patrimonio del fideicomitente y no lo será del fideicomisario. Por lo que, es claro que no es de ninguna de las tres partes, y esa es la razón por la que los fideicomisos en garantía son inembargables, porque no podemos hacer que esas obligaciones respondan por las obligaciones que no son de nadie.

Además, cuando se constituye una hipoteca sobre un bien inmueble y si el bien no tiene gravámenes anteriormente inscritos en la partida registral del inmueble, el acreedor hipotecario se encontraría en primer orden de prelación; pero, ello no significa que no existan otros acreedores posteriores. Entonces, un acreedor que no es el acreedor hipotecario, puede embargar el bien hipotecado, encontrándose en siguiente orden de prelación y solicitar al Juez que lleva el proceso de ejecución de garantías del bien hipotecado, que posterior al remate del inmueble, luego de cancelar al primer acreedor hipotecario y de existir un remanente, proceda a cancelarle a él que embargó el bien.

En definitiva, una hipoteca no otorga garantía exclusiva. En cambio, el fideicomiso sí, porque los bienes hipotecados pueden ser embargados, pero los bienes en fideicomiso no. Al ser inembargables quedan fuera de la acción de otros acreedores del fideicomitente.

Otra ventaja es que, en el fideicomiso en garantía se constituye un patrimonio autónomo, que no es patrimonio del fideicomitente, ni fiduciario ni fideicomisario, sino que es un patrimonio separado, que será de garantía exclusiva, por lo que, no podrá formar parte de la masa concursal. Si al fideicomitente le inician un proceso de insolvencia, sus bienes irán al procedimiento concursal de Indecopi; pero, en el caso del fideicomiso, como los bienes no son del fideicomitente, sino que forman parte del patrimonio autónomo, no irán a proceso concursal porque es exclusivo para el acreedor que constituyó fideicomiso en su beneficio.

Respecto a la formalidad, según la Ley N° 26702, el fideicomiso se constituye por un contrato, a diferencia de las garantías tradicionales como la hipoteca y garantía mobiliaria, que se constituyen por escritura pública. Si bien en la práctica y por un tema de prueba y publicidad, el fideicomiso se eleva a escritura pública, ello no es una exigencia de la norma como sí se requiere para la hipoteca y garantía mobiliaria.

De igual manera, es una ventaja su flexibilidad, porque se estructura el contrato de fideicomiso a la medida de las necesidades del cliente, pudiendo elegir entre los tipos de fideicomisos tipificados o creando una nueva forma. A diferencia de la hipoteca y garantía mobiliaria que ya tienen una estructura pre establecida en la norma.

Así también, se puede precisar que los bienes que conforman el fideicomiso pueden ser bienes inmuebles, muebles, entre otros; a diferencia de la hipoteca donde sólo se constituye sobre bienes inmuebles y en la garantía mobiliaria sobre bienes muebles.

También es una ventaja que, en el fideicomiso, al disminuir los riesgos de crédito, le permite al deudor acceder a una menor tasa de financiamiento, a diferencia de la hipoteca o garantía mobiliaria donde el riesgo aumenta y, por ende, la tasa de interés.

Finalmente, en mi opinión la ventaja más importante del fideicomiso en garantía es respecto a su proceso de ejecución, al que nos referiremos en el siguiente acápite. En el fideicomiso en garantía, se desjudicializa la ejecución de la garantía, como se realiza en la ejecución en la hipoteca y en determinados casos en la garantía mobiliaria, y será a un mayor valor. Es decir, que se permite la ejecución extrajudicial, sin los costos y falta de celeridad de los procesos judiciales; y la realización del bien se podrá realizar al valor del mercado, de forma privada, con la celeridad y economía del proceso extrajudicial.

En conclusión, el fideicomiso en garantía se perfila como un excelente mecanismo para asegurar la rápida satisfacción de las obligaciones incumplidas, con mejores resultados que las garantías tradicionales como la hipoteca, cuando se trata de financiamiento de proyectos.

3.2.3 *Proceso de ejecución actual*

Comenzaré por indicar, que el proceso de ejecución del fideicomiso en garantía es la parte más compleja y delicada de un contrato. Pese a ello, en el Perú no existe una regulación sobre el proceso de ejecución de un fideicomiso en garantía, a diferencia de la hipoteca y garantía mobiliaria.

Las normas que regulan el fideicomiso, y específicamente el fideicomiso en garantía son la Ley General del Sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, el Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios por Resolución SBS N° 1010-99 y la Resolución N° 316-2008-SUNARP/SN que aprueba la Directiva 007-2008-SUNARP-SN. Ninguna de estas normas establece cómo debe llevarse a cabo el proceso de ejecución de un fideicomiso en garantía.

El artículo 274° de la Ley N° 26702 señala que “la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia”.

El artículo citado no señala cómo debe ser el proceso de ejecución de un fideicomiso en garantía, sino que únicamente, precisa que la ejecución del patrimonio fideicometido debe llevarse a cabo en la forma prevista en el contrato, esto quiere decir, que existe libertad contractual para que las partes pacten en el acto constitutivo del fideicomiso cómo debe llevarse a cabo este proceso.

En este contexto, conviene mencionar que el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, señala que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Es decir, pueden establecer los derechos y obligaciones a cargo de las partes que intervienen en el contrato”. Asimismo, el artículo 1354° del Código Civil sobre la libertad contractual señala que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo.

Además, el artículo 16° Reglamento del fideicomiso y de las empresas de servicios fiduciarios, Resolución SBS N° 1010-99, precisa los aspectos que las partes deben considerar en el acto constitutivo del fideicomiso, y señala:

El acto constitutivo del fideicomiso en garantía deberá contener disposiciones relativas a los aspectos siguientes:

- a) Determinación de las obligaciones que serán respaldadas con el patrimonio fideicometido o, en su defecto los criterios que permitan determinar dichas obligaciones;
- b) Indicación sobre la revocabilidad o irrevocabilidad del fideicomiso. A falta de tal indicación, el fideicomiso se considerará irrevocable;
- c) Procedimiento y demás condiciones que se aplicarán en la enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido cuando ocurra el incumplimiento de las obligaciones;
- d) Valor de enajenación de los bienes que integran el patrimonio fideicometido o, en su defecto, los criterios para la determinación de dicho valor;
- e) Porcentaje o monto del patrimonio fideicometido que estará destinado para respaldar el cumplimiento de obligaciones; y,
- f) En el caso de fideicomisos constituidos con más de un bien deberá establecerse el criterio de selección de bienes a ser enajenados para cumplir con la obligación u obligaciones respaldadas.

El artículo en mención, detalla que en el acto constitutivo se debe indicar el procedimiento a aplicar para enajenar bienes en caso de incumplimiento de obligaciones,

determinar el valor del bien, el monto que estará destinado a respaldar el cumplimiento de obligaciones. Con lo cual, reafirma que las partes tienen libertad para pactar el proceso de ejecución de un fideicomiso en garantía.

Se debe tener presente, que una de las cláusulas más revisadas por las partes al momento de celebrar el contrato de fideicomiso en garantía es sobre la ejecución del mismo, por el valor de la ejecución.

A continuación, explicaré lo que usualmente ocurre en algunos casos en la práctica cuando las partes pactan la ejecución del fideicomiso en garantía, en caso de incumplimiento por parte del fideicomitente.

Primero, hay que tener claro que, en el contrato de fideicomiso, el fideicomitente, quien es cliente del banco y aporta los bienes al fideicomiso, le instruye al fiduciario que en caso no cancele la deuda al banco debe vender el bien y establecen el proceso a seguir en esta situación. Porque de lo contrario, el fiduciario incurrirá en responsabilidad y será demandado por daños y perjuicios.

Se establece que el fideicomisario, quien usualmente es el banco acreedor, deberá remitir al fiduciario una notificación de ejecución, donde le instruye a ejecutar el patrimonio fideicometido porque el deudor no ha cumplido con cancelar la obligación. También debe indicar si se procederá a tomar posesión del inmueble de forma inmediata, los tasadores a quienes se recurrirá para determinar el valor del bien, la forma como se procederá a ejecutar el patrimonio fideicometido, si será por venta directa o a través de subasta pública o privada.

Una vez recibida la notificación de ejecución, el fiduciario está obligado a proceder a la ejecución del patrimonio fideicometido, sin requerir autorización previa de alguna de las partes, quedando facultada para suscribir los documentos pertinentes para la venta o disposición de los bienes fideicometidos en ejecución, en virtud que es titular del dominio fiduciario de los bienes que forman parte del patrimonio fideicometido.

Entonces, si se instruye la ejecución del patrimonio fideicometido por venta directa, los bienes que conforman el patrimonio fideicometido serán ofrecidos para su venta mediante negociación directa a determinadas personas que son indicadas previamente por las partes.

Mientras tanto, si se instruye la ejecución del fideicomiso por subasta pública o privada, el proceso será distinto. Primero, se deben armar las bases del proceso, según lo pactado por las partes en el contrato de fideicomiso; en algunos casos son elaboradas por un estudio de abogados en coordinación con la fiduciaria. Conviene precisar que el estudio de abogados es señalado por el fideicomisario en la notificación de ejecución que le envía al fiduciario para

iniciar la ejecución y que forma parte de la lista de abogados que se detalla en los contratos de fideicomiso.

Una vez ello, el fiduciario invitará a ofrecer, de forma pública o privada, propuestas de compra de los bienes fideicometidos y, generalmente, consideran que el precio base para dicha invitación es ofrecer el cien por ciento del valor comercial, indicado previamente en el contrato de fideicomiso.

Si se opta por subasta privada se realizará con un grupo determinado de personas. Pero, si se opta por subasta pública, se convocará a través de publicaciones efectuadas en diarios u otro medio de mayor difusión.

Luego, los postores interesados en adquirir los bienes fideicometidos en ejecución, deberán remitir sus ofertas al fiduciario. En algunos contratos de fideicomiso se pacta que la oferta se remita en dos sobre cerrados y sellados, donde uno de ellos debe contener algunos requisitos de formalidad, como el documento nacional de identidad, si se trata de personas naturales, o el testimonio de constitución y poderes del representante, en caso se trate de personas jurídicas. El segundo sobre, debe contener la propuesta económica para la adquisición de los bienes fideicometidos en ejecución.

Y una vez revisadas las propuestas, el fiduciario procederá a adjudicar los bienes fideicometidos en ejecución al mejor postor.

Puede darse el caso que, dentro del plazo establecido, el fiduciario no reciba ofertas para la adquisición de los bienes fideicometidos, o que éstas no cumplan los requisitos establecidos en las bases. Por lo tanto, deberá realizar una nueva convocatoria con la reducción de un quince por ciento del precio base de la convocatoria inmediatamente anterior. Si pese a ello, no recibe ofertas, deberá realizar una tercera convocatoria y se repite la reducción del precio base de forma similar a la anterior, tal como ha sido pactado previamente en el contrato de fideicomiso por acuerdo de las partes intervinientes.

Si no recibe ofertas o no se cumplen los requisitos de las bases en las tres oportunidades de convocatoria, entonces, el fiduciario deberá comunicarlo al fideicomisario y al fideicomitente, con la finalidad de analizar si se efectúan cambios en el proceso de ejecución del patrimonio fideicometido. Incluso, en algunos contratos de fideicomiso se pacta la adjudicación de los bienes fideicometidos al fideicomisario al valor ofrecido como precio base en la última convocatoria.

De lo expuesto, el proceso de ejecución que usualmente pactan las partes en la práctica es similar a la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria. Conviene analizar el acuerdo de adjudicar los bienes fideicometidos al fideicomisario (banco acreedor), en caso de una

ejecución de fideicomiso en garantía. Porque si los bienes transferidos en patrimonio fideicometido, y que son materia de ejecución, son inmuebles, estamos frente a la figura del pacto comisorio.

El pacto comisorio “es el acuerdo entre deudor y acreedor para que los bienes ofrecidos en garantía real por el primero ingresen de manera inmediata en el patrimonio del segundo, si llegado el vencimiento del crédito, cuya satisfacción aquellos salvaguardan, no se cumple”⁸⁰, quiere decir que es la posibilidad de que el acreedor adquiriera el dominio del bien gravado en pago de la obligación incumplida.

Sin embargo, en nuestro país, para el caso de la hipoteca de bienes inmuebles, el pacto comisorio se encuentra prohibido. Según el artículo 1111° del Código Civil que señala “aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”. Es decir, se prohíbe a los acreedores aprovecharse de la situación, para el abuso de las condiciones de necesidad del deudor, a diferencia de la garantía mobiliaria donde si está permitido el pacto comisorio a partir de la Ley N° 28677 y el posterior Decreto Legislativo N° 1400.

Al no existir una regulación exhausta sobre el fideicomiso en garantía y su proceso de ejecución, y sólo indicar que la ejecución se da por acuerdo de las partes, en la práctica las partes pueden pactar la adjudicación de los bienes fideicometidos al fideicomisario, al no existir una prohibición expresa del pacto comisorio en caso de bienes inmuebles en fideicomiso.

Por un lado, se podría sustentar que en este supuesto no existe una vulneración a la prohibición del pacto comisorio en el fideicomiso en garantía, indicando que quien lleva a cabo la ejecución del fideicomiso es el fiduciario y no el fideicomisario (banco acreedor) y que el fiduciario está cumpliendo sus funciones en virtud de lo que le instruyó el fideicomitente (deudor) en el contrato de constitución del fideicomiso, por ende no existiría un abuso de parte del fideicomisario, porque el fideicomitente está de acuerdo en la forma como se llevará a cabo la ejecución, incluyendo la adjudicación a favor del fideicomisario.

Sin embargo, en mi opinión, al adjudicarse los bienes inmuebles fideicometidos al fideicomisario, vulnera la prohibición del pacto comisorio, por un tema de analogía con la hipoteca. Porque más allá de las características propias de cada figura jurídica, como la hipoteca y el fideicomiso en garantía, en ambos casos su finalidad es de garantía, al perseguir otorgar un crédito y dejar en garantía un bien inmueble para asegurar el cumplimiento de una obligación.

⁸⁰ DURÁN RIVACOBÁ, Ramón. La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A, 1998. p. 68.

De lo expuesto, se advierte que existe libertad contractual al momento de pactar el proceso de ejecución del fideicomiso en garantía, en virtud que no contamos con normativa respecto a este punto. Las partes establecen un proceso de ejecución extrajudicial, parecido a la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria.

La forma de ejecución es bastante rápida cuando se da el incumplimiento de una determinada obligación por parte del fideicomitente deudor, evitando recurrir al Poder Judicial para solicitar la ejecución y venta judicial de los bienes fideicometidos, siendo considerado como una de las grandes ventajas del fideicomiso en garantía, a diferencia de otras garantías como la hipoteca y la misma garantía mobiliaria en caso de ir al Poder Judicial, que, al contar con un proceso judicial de ejecución de garantías, conlleva mayor tiempo.

3.2.4 Problemas en el proceso de ejecución

De lo indicado en el acápite anterior, existen algunos problemas en el proceso de ejecución del fideicomiso en garantía, los cuales analizaré a continuación.

El primer problema está relacionado a la posesión. Pese a que una de las ventajas del fideicomiso en garantía es un proceso de ejecución extrajudicial para la cancelación de la obligación de forma más celer. Hay casos donde los bienes son inmuebles o empresas que forma parte del patrimonio autónomo, que se quedan en posesión del fideicomitente, y cuando se dé la ejecución, el fiduciario solicitará el bien para su venta extrajudicial.

Entonces, la recuperación rápida de la obligación dependerá de la entrega de los bienes por parte del poseedor, que generalmente es el fideicomitente. Pero, existe la posibilidad de que el fideicomitente, poseedor del bien se niegue a entregar los bienes y el problema es que en Perú no existe una norma sobre un proceso rápido para recuperar la posesión de los bienes en fideicomiso. Por lo que se tiene que recurrir obligatoriamente al Poder Judicial, a fin de solicitar la devolución de los bienes mediante un proceso de desalojo, que sigue cualquier propietario para desalojar al poseedor de su propiedad. Es decir, someterse a la falta de celeridad procesal por la amplia carga procesal existente, donde el proceso de desalojo dura aproximadamente dos años y así recuperar la posesión del bien. Por ello, más adelante concluyo este acápite con mi propuesta ante este inconveniente.

Pese a ello, como el fiduciario tiene el dominio fiduciario y cuenta con el atributo de disposición del bien, podrá vender un bien que está en posesión del fideicomitente, aunque va afectar el precio de venta. Lo que hará el fiduciario es comunicar al fideicomitente poseedor del bien y que no quiere entregarlo, que procederá a la venta del bien con él en posesión a un precio menor. Y lo que ocurrirá es que el bien se venderá a un precio menor y será el nuevo propietario, que tenga su derecho de propiedad inscrito en SUNARP, quien inicie un proceso

de desalojo contra el poseedor no propietario, donde el Juez terminará ordenando que desaloje el bien y se verá perjudicado porque no tendrá el bien y porque se vendió a un precio menor.

Se debe agregar que, en la práctica, los contratos de fideicomiso tienen cláusula arbitral. Pero, para la situación expuesta no es recomendable acudir a la vía arbitral porque sólo se dilataría el tiempo, debido a que, para los casos de desalojo se tiene que acudir si o si al Poder Judicial y contar con orden del Juez al momento del lanzamiento.

El segundo problema está relacionado con la valorización de los activos, que son los bienes dados al patrimonio autónomo. Es importante pactar en el acto constitutivo del fideicomiso que se debe contar con una tasación inicial, y si es posible tasaciones periódicas, a fin de contar con un valor referencial para la venta, o en su defecto, contar con una tasación de gabinete. Esta última se refiere a la tasación que realiza el tasador en su oficina, de acuerdo a sus registros del bien.

El problema surge cuando el fiduciario tiene que ejecutar el bien dado en patrimonio autónomo y debe asignar el precio de la venta para iniciar la subasta. En principio, el valor del bien debe ser el de la tasación, pero si el poseedor fideicomitente se encuentra dentro del bien, es posible que no permitirá que el tasador ingrese. Entonces, no se tendrá el valor real, perjudicará el inicio de la ejecución del fideicomiso en garantía por subasta.

Al no contar con ello, se utilizará la tasación de gabinete, pero, en caso el tasador se niegue a utilizar la tasación de gabinete, una solución sería que, en el acto constitutivo del fideicomiso en garantía, se establezca que en caso se ejecute y el poseedor fideicomitente del bien no permita ingresar al tasador y no se pueda utilizar una de gabinete, se iniciará la subasta con el valor que las partes hayan acordado en el acto constitutivo.

En conclusión, en mi opinión considero que debe darse una modificación legislativa orientada a establecer un proceso rápido de recuperación del bien otorgado en fideicomiso en garantía cuando se encuentre en ejecución. Así, se evitaría acudir a un proceso de desalojo ante el Poder Judicial y someterse a los excesivos plazos por falta de celeridad procesal, debido a la amplia carga procesal. Además de ser beneficioso para el fideicomitente poseedor del bien, porque el bien se vendería a un precio real y justo, y no a un precio menor por los inconvenientes ya expuestos.

Conclusiones

Primera. El fideicomiso en garantía tiene su antecedente en la *fiduciae cum creditore*, de Roma, que era la forma más antigua de constituir una garantía. Se entiende que el fideicomiso en garantía consiste en la relación jurídica en la que una persona llamada fideicomitente, que vendría a ser el deudor en una obligación, transfiere los bienes al patrimonio autónomo, para que sea administrado por un fiduciario autorizado por la SBS y con la finalidad de garantizar una obligación, a favor del fideicomisario, que sería el acreedor. Por lo que, ante el incumplimiento de la obligación por parte del fideicomitente, el fiduciario tiene la obligación de ejecutar el fideicomiso.

Segunda. En una estructura base de fideicomiso, las partes intervinientes son el fideicomitente, que es cualquier persona natural o jurídica que pueda transferir los bienes al patrimonio autónomo y que señala la finalidad del fideicomiso, así como nombra al fiduciario y fideicomisario; el fiduciario, que son empresas autorizadas por la SBS para desempeñarse como tal, quien ejerce el dominio fiduciario y es el encargado de administrar el patrimonio autónomo; y el fideicomisario, que es el beneficiario del fideicomiso y que puede ser el mismo fideicomitente o un tercero designado por el fideicomitente, pero no puede ser a su vez fiduciario.

Tercera. Cuando se transfieren los bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso, no se transfiere la propiedad, sino lo que se denomina dominio fiduciario, porque la propiedad tiene cuatro atributos que son uso, disposición, reivindicación y disfrute. En cambio, en el fideicomiso sólo se transfieren el uso, disposición y reivindicación, pero no el disfrute.

Cuarta. Las principales ventajas del fideicomiso en garantía, frente a las garantías tradicionales como la hipoteca y garantía mobiliaria, son que el patrimonio autónomo es inembargable, se trata de una garantía exclusiva que se encuentra fuera de la masa concursal y la ejecución es extrajudicial.

Quinta. En el ordenamiento peruano, no existe una norma que regule el proceso de ejecución del fideicomiso en garantía, como si sucede en la hipoteca y garantía mobiliaria. Incluso, la Ley General del Sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, sólo establece que el proceso de ejecución del fideicomiso debe ser pactado por las partes en el acto constitutivo del fideicomiso, sin profundizar en el tema.

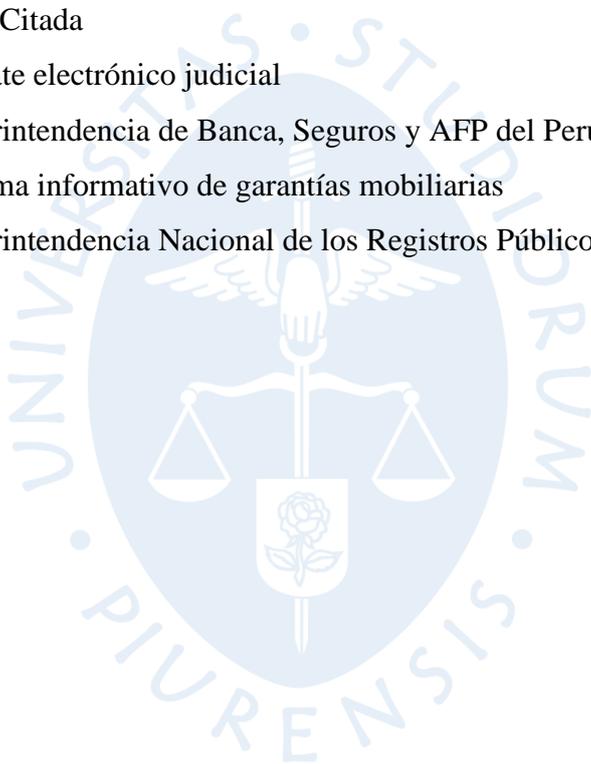
Sexta. Como el proceso de ejecución del fideicomiso será pactado por las partes, surgen problemas en el mismo, respecto a la posesión de un bien inmueble y a la valorización de los bienes dados al patrimonio autónomo. Por ello, concluyo que, debe darse una modificación

legislativa, con la finalidad de establecer un proceso rápido de recuperación del bien otorgado en fideicomiso en garantía cuando se encuentre en ejecución, para beneficio de las partes intervinientes.



Abreviaturas

AFP	Administradora de Fondo de Pensiones
Ibid.	Cuando se cita la misma obra y distinta página.
Ibídem	En el mismo lugar. Cuando se cita la misma obra, misma página.
Cfr.	Confróntese
COFIDE	Corporación Financiera de Desarrollo S.A
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
Edpyme	Entidad de Desarrollo para la Pequeña y Microempresa
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
Op. Cit	Obra Citada
REMAJU	Remate electrónico judicial
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú
SIGM	Sistema informativo de garantías mobiliarias
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos



Referencias

- ALEGRIA HIDALGO, Juan Luis. *Breve introducción al derecho hipotecario. La hipoteca en el Código Civil peruano*. Cajamarca: Dínamo EIRL, 2008.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. «Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo IV. Derechos Reales de Garantía.» *Gaceta Jurídica*, 2002.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Garantías*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- BELLO KNOLL, Susy Inés. *El fideicomiso público*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2013.
- BUEY FERNANDEZ, Andrés. «El fideicomiso Público y el fideicomiso privado. Antecedentes, Desarrollo y Proyección.» *Banco Central de Uruguay y Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el desarrollo (ALIDE)*, 1981.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Análisis de la ley de garantía mobiliaria*. Lima: Pacífico Editores S.A.C, 2017.
- DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario. *La herencia fideicomisaria: desde Roma hasta el derecho peruano*. Lima: Palestra Editores, 2012.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil*. Séptima Edición. III vols. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2002.
- DURÁN RIVACOBBA, Ramón. *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A, 1998.
- FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1926.
- GAMBOA SERRANO, Manuel José. «El fideicomiso bancario.» Tesis de grado para optar el Título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Universidad Javeriana, Bogota, 1976.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa S.A, 1944.
- GONZALES BARRON, Gunther. «Los derechos reales y su inscripción registral. Lima.» *Gaceta Jurídica S.A*, 2015.
- HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- ITURBIDE, Gabriela A. *El fideicomiso de garantía*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2007.

- LEDESMA NARVAEZ, Marianella. «Comentarios al Código Procesal Civil.» *Gaceta Jurídica S.A*, 2008.
- LISOPRAWISKI, Silvio W, y Claudio M. KIPER. *Fideicomiso, Dominio fiduciario. Securitización*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996.
- LISOPRAWISKI, Silvio W., y Claudio M. KIPER. *Los negocios fiduciarios y el fideicomiso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1996.
- MARTÍN MATO, Miguel Angel. *Los fideicomisos en los tiempos modernos*. Buenos Aires: Cengage Learning Argentina, 2009.
- PETIT, EUGENE. *Tratado elemental de Derecho romano*. México: Editorial Porrúa S.A., 1990.
- RENGIFO, Ramiro. *La Fiducia*. Bogotá: Editora e Impresora Ranco Ltda, 1984.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio A. *Negocios fiduciarios. Su significación en América Latina*. 1era edición. Colombia: Legis S.A, 2005.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá: Editorial Feleban, 1990.
- ROMERO DIAZ, Àngel. «Ejecución de garantías entrampamientos y soluciones.» Lima, abril de 2017.
- STEWART BALBUENA, Alberto. *El fideicomiso como negocio fiduciario*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1996.
- SUTO, Fénix. «Fideicomisos para financiamiento de proyectos.» *ESAN*. 25 de julio de 2014. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/fideicomisos-financiamiento-proyectos>.
- TORRES ALTEZ, Dante. «El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa.» *Gaceta Jurídica S.A*, 2014.
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. «Guía práctica de cobranza judicial de créditos.» *Gaceta Jurídica S.A*, 2008.
- VILLAGORDA LOZANO, José Manuel. *Doctrina general del fideicomiso*. México: Editorial Porrúa S.A., 1998.