



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL FIDEICOMISO EN GARANTÍA

Isidora Cruz-de los Heros

Lima, enero de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Cruz, I. (2018). *El fideicomiso en garantía* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO



El Fideicomiso en Garantía

Tesis que presenta el bachiller:

**ISIDORA MARÍA LUISA SOFÍA CRUZ DE
LOS HEROS**

Para optar por el título de:

ABOGADO

**LIMA - PERÚ
ENERO - 2018**

APROBACIÓN

Tesis titulada “El Fideicomiso en Garantía”, en cumplimiento con los requisitos para optar al título profesional de abogado, fue aprobada por el director Ernesto Alonso Calderón Burneo.

Director de Tesis

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
Antecedentes del Fideicomiso y Tratamiento Legal Vigente.....	3
1.1. La figura del fideicomiso en Roma (fiducia y fideicomiso testamentario).....	3
1.2. El fideicomiso en el Derecho germánico	6
1.3. El trust en el Derecho inglés	7
1.4. Antecedentes del fideicomiso en el Perú.....	8
1.5. Tratamiento legal: legislación vigente	11
1.6. Partes intervinientes en la figura del fideicomiso.....	12
1.7. Naturaleza jurídica del fideicomiso.....	16
1.8. Historia e importancia de la supervisión en el sector fiduciario	23
1.9. Competencia de la SBS	25
1.10. Criterios de supervisión, ¿por qué la SBS supervisa y regula?	26
1.11. Aspectos registrales del fideicomiso	30
1.12. Clases de fideicomisos	31
1.13. Plazo del fideicomiso	38
1.14. Término del fideicomiso	38
1.15. Efectos de la conclusión del fideicomiso	39
1.16. Responsabilidad del fiduciario como administrador de un patrimonio autónomo.....	40
CAPÍTULO II.....	47

El Fideicomiso en Garantía	47
2.1. Qué es el fideicomiso en garantía.....	47
2.2. Ventajas del uso del fideicomiso en garantía	49
2.3. Fideicomiso en garantía y derecho de propiedad	51
2.4. Fideicomiso en garantía e hipoteca	55
2.5. ¿Atenta el uso del fideicomiso en garantía contra la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca de acuerdo al artículo 1111° del Código Civil? 66	
2.6. ¿Existe monto mínimo para constituir un fideicomiso?	71
CAPÍTULO III	73
Análisis y Comentarios.....	73
3.1. Sobre el impuesto predial y el sujeto obligado al pago en el marco de un fideicomiso	73
3.2. Sobre la tercería de propiedad y el sujeto encargado de accionarla en un fideicomiso	80
3.3. Sobre el uso del fideicomitente de los bienes fideicometidos y la apropiación indebida	86
CONCLUSIONES	93
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo describirá y analizará la figura del fideicomiso en garantía en el ordenamiento peruano, la cual es poco discutida en la actualidad, sin embargo, usada con bastante frecuencia.

Para entender su origen, la palabra fideicomiso proviene del término en latín *fideicommissum*, que a su vez proviene de *fides* que significa fe o confianza y *commissus* que significa comisión. Por eso es que el fideicomiso vendría a ser un encargo con confianza.

El fideicomiso es una forma un poco extraña del Derecho, ello por su origen y su naturaleza jurídica. Goza de enorme éxito en los países anglosajones a través del *trust* y en los países de tradición civilista a través de las distintas formas en las que se manifiesta.

En el Perú el fideicomiso tiene importancia en diversos aspectos de la realidad jurídica. Por un lado, la figura sirve como garantía en operaciones de crédito similar a lo que sería una hipoteca, pero con ventajas superiores. Por otro lado, la constitución de un patrimonio autónomo -efecto inmediato del fideicomiso- sirve para aislar el control de caja de una empresa el cual se verá protegido de embargos y disputas entre terceros, conocidos éstos en el mercado como fideicomisos de control financiero. A su vez existen los fideicomisos conformados por patrimonios de grupos familiares los cuales buscan el resguardo y orden de los bienes a lo largo de las diversas generaciones.

Podemos señalar, además, que la utilización de los fideicomisos es cada vez mayor. El uso de esta figura jurídica tiene un empleo en distintos ámbitos y por ello se encuentra bastante extendido. Por un lado, en

momentos en que la economía de un país está en crecimiento las diversas empresas acuden al fideicomiso para el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura como *Project Finance*. Por otro lado, en momentos en que el riesgo de incumplimiento de pago de créditos u obligaciones es alto, al fideicomiso acuden aquellos que necesitan obtener financiamiento entregando para ello una garantía mayor.

De acuerdo a los informes oficiales, el mercado fiduciario está creciendo cada vez más. Por ello, resulta necesario establecer claramente cuáles son las responsabilidades y alcances del fiduciario, aquella empresa que además es supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, teniendo en consideración que en ningún caso recibe plena propiedad de los bienes transferidos al patrimonio autónomo constituido a través del fideicomiso. Por ello es que el trabajo también buscará determinar la naturaleza de esa responsabilidad y consideraciones del encargo fiduciario.

Ahora, hablando más precisamente del fideicomiso en garantía, que es aquel mediante el cual se obtiene un financiamiento dando como garantía a un patrimonio fideicometido determinados activos, hablaremos a lo largo del presente trabajo de su ventajas, tipos y usos.

Este trabajo comenzará con una breve introducción sobre el origen del fideicomiso, haciendo énfasis en que el fideicomiso conocido y trabajado en países de tradición civilista hoy en día proviene del fideicomiso romano. Se harán las precisiones necesarias para la diferenciación conceptual de los términos *trust*, fiducia y fideicomiso tratando de averiguar el desarrollo de las líneas evolutivas. Luego se intentará definir los tipos de fideicomisos más usados y sus ventajas tributarias y financieras. El fideicomiso en garantía es el tema central de este trabajo. En su análisis se ha recurrido a distintas normas y fuentes doctrinales tanto nacional como internacional. Se intenta por tanto brindar un panorama histórico, teórico y práctico del fideicomiso.

CAPÍTULO I

Antecedentes del Fideicomiso y Tratamiento Legal Vigente

Desde el Derecho antiguo, el fideicomiso ya aparecía como una figura utilizada con frecuencia, empezando por el Derecho romano.

Luego, el fideicomiso se desarrolló en los sistemas germánico e inglés.

Es por ello que resulta relevante realizar un estudio riguroso de cada uno de las figuras fideicomisarias que se regulaban en aquellos sistemas. En todos estos casos estudiaremos las distintas vertientes que fueron tomando, en función de las necesidades que se buscaban satisfacer.

1.1. La figura del fideicomiso en Roma (fiducia y fideicomiso testamentario)

En el Derecho romano, se tienen dos figuras que anteceden al fideicomiso actual. Éstas son por un lado el fideicomiso testamentario y por otro lado la fiducia.

Fideicomiso testamentario

En palabras de PETIT, cuando un testador quería favorecer a una persona que no tenía *testamenti factio*, no tenía otro recurso que rogar a su heredero fuese el ejecutor de su voluntad para beneficiar al incapaz. El fideicomiso se llama así por causa de los términos empleados: *rogo*, *fideicommitto*. Al heredero gravado con el encargo se le llama fiduciario,

y a aquel a quien restituye fideicomisario¹. En otras palabras, a través del fideicomiso testamentario el testador buscaba favorecer a quien no tenía capacidad para heredar. Por esa razón es que sólo quedaba rogarle al heredero que diera al incapaz una cosa en particular o parte de la herencia. De aquella forma se lograba aquello que la norma no permitía.

En este contexto, DE LA FUENTE señala que “*cualquiera que no quisiera o pudiera hacer testamento pedía a algún amigo que ejecutara su última voluntad, y así, sobre la base de éstas peticiones, va a surgir la figura del fideicomiso como un deber moral de realizar la voluntad del causante*”².

En un primer momento, el cumplimiento de dicho pacto por parte del heredero se basaba en su buena fe, pero como la inejecución de éstos por parte de los herederos fiduciarios fue aumentando, el emperador Augusto decidió ordenar la intervención de los cónsules en el cumplimiento de los fideicomisos testamentarios. Incluso, esta medida tuvo efectos en el Derecho y hasta se creó una figura especial, el *praetor fideicommissarius*, para ocuparse de los fideicomisos³.

Como señalan los autores argentinos KIPER y LISOPRAWSKI el fideicomiso testamentario se introdujo principalmente con dos objetos: primero, facilitar los actos de última voluntad buscando un medio de que dispusiesen de sus bienes los peregrinos, o quienes por otras causas no podían hacer el testamento romano; y, segundo, hacer llegar las herencias a las personas incapacitadas por ley para ser herederas, pero que no obstante merecían ser remuneradas por los servicios que habían prestado a los testadores⁴.

¹ EUGENE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (México: Editorial Porrúa S.A., 1990), 579.

² ROSARIO DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, *La Herencia Fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho Peruano* (Lima: Palestra Editores, 2012), 24.

³ EUGENE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (México: Editorial Porrúa S.A., 1990), 579.

⁴ CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO V. LISOPRAWSKI, *Tratado de Fideicomiso* (Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 2004), 1.

Fiducia

Se conocía como la forma solemne (*mancipatio*) de transmitir la propiedad que se acompañaba por un *pactum*, mediante el cual, quien recibía la propiedad del bien (*accipiens*), se obligaba frente al *tradens*, de transmitirlo, luego de cumplidos los fines para los cuales se había entregado, ya sea al mismo *tradens* o a un tercero⁵. A su vez, dentro de la *fiducia* se pueden apreciar dos categorías las cuales serán descritas a continuación.

En primer lugar, se presenta la *fiducia cum creditore* que servía para garantizar el pago de alguna obligación por parte del deudor. El transferente, quien cumplía el papel de deudor, entregaba el bien al acreedor, quien lo restituía al transferente una vez que éste había pagado la deuda. Caso contrario, el acreedor tenía el derecho de adjudicarse la propiedad de dicho bien⁶. Podría decirse que esta modalidad es el primer antecedente para aquello que la Ley General del Sistema Financiero y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, la “LGSF”), promulgada mediante Ley N° 26702 de fecha 6 de diciembre de 1996, denomina fideicomiso en garantía y que se hará mención en el presente trabajo posteriormente.

En segundo lugar, se encuentra la *fiducia cum amico*, a través de la cual quien recibía el encargo de transmitirlo podía usarlo y disfrutarlo gratuitamente y en su propio provecho durante el tiempo que duraba dicho encargo. Una vez cumplido el encargo el bien se restituía a quien lo había entregado en fideicomiso⁷. De lo señalado podemos identificar dicha figura con el comodato, es decir un préstamo gratuito de uso.

⁵ JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso* (México D.F.: Asociación de Banqueros de México, 1976), 12.

⁶ Ídem.

⁷ JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso* (México D.F.: Asociación de Banqueros de México, 1976), 12.

1.2.El fideicomiso en el Derecho germánico

Hay tres instituciones en el Derecho germánico que dieron mérito al fideicomiso actual.

A través de la prenda inmobiliaria, el deudor transmitía un bien inmueble al acreedor para que éste lo tenga en garantía. Al mismo tiempo, el deudor le entregaba al acreedor junto con dicho bien inmueble una *carta venditionis*. El propio acreedor le entregaba a su vez una contracarta al deudor a través de la cual se comprometía a restituir el bien, en caso el deudor cumpla con su obligación. De lo contrario, si el deudor no cumplía con honrar la deuda, el acreedor tenía la posibilidad de atribuirse la propiedad de dicho bien. Esta figura guarda semejanza con la *fiducia cum creditore* del Derecho romano, con la salvedad que la prenda inmobiliaria –como su nombre lo indica– solo recae sobre bienes inmuebles y, además, requiere de una contracarta por la que el acreedor se obliga a devolver el bien una vez cumplida la deuda⁸. En ese sentido, la diferencia la figura romana, era que la prenda inmobiliaria estaba amparada en documentos que servían de prueba de la transferencia de la propiedad al acreedor, así como de su posterior devolución. Esto indica una evolución de la figura, puesto que el fideicomiso en Roma consistía únicamente en un pacto⁹.

Por otro lado, está la *manusfidelis*, instrumento que se empleaba para contravenir las prohibiciones legales que determinaban la calidad de herederos legítimos. Funcionaba porque quien quería realizar una donación *inter vivos* o *post obitum*, entregaba el bien a un fiduciario (*manusfidelis*) mediante una *carta venditionis* quien –luego de dicha transmisión– retransmitía al beneficiario la cosa adquirida. La persona que ocupaba el cargo de *manusfidelis* siempre era escogido de entre el clero al ser la *carta venditionis* redactada en términos tan amplios que le permitía incluso al *manusfidelis* incluso disponer del bien a su voluntad¹⁰. Ser

⁸ Ídem.

⁹ PAULO COMITRE, MARLENE BAZÁN, DIANA FARFÁN, RONALD GUTIÉRREZ, JOE NAVARRETE Y MÁRLLURY VALDEZ, *Fideicomiso Público* (Lima: Esan Ediciones, 2015), 23.

¹⁰ JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso* (México D.F.: Asociación de Banqueros de México, 1976), 15.

elegido de entre el clero le permitía al testador confiar en que el encargado fiduciario iba a ser cumplido a cabalidad.

Por último, se reconoce un tercer tipo de fideicomiso en el Derecho germánico: el *salman* o *treuband*. En esta figura el fiduciario actuaba como una especie de representante del constituyente, un tipo de intermediario entre el fideicomitente –propietario original del bien– y el beneficiario o fideicomisario –propietario final–¹¹.

KIPER y LISOPRAWSKI señalan que la estructura de la fiducia de tipo germánico conduce a una división de derechos que convierte al fiduciario en propietario o acreedor formal o legal, mientras que la propiedad o el derecho de crédito material corresponden al fiduciante¹². Se fracciona el derecho de propiedad en *dominium legitimum* y *dominium material*. Esta concepción de tipo feudal, pasó al derecho inglés, y más precisamente al *trust*¹³ como se estudiará en lo siguiente.

1.3.El trust en el Derecho inglés

El Derecho inglés, no obstante haber recibido larga influencia del Derecho romano, se alejó de él y desarrolló de manera muy autónoma, a diferencia de lo ocurrido con el Derecho de la Europa continental¹⁴.

En el *trust* anglosajón el fiduciario no era verdadero propietario de los bienes, aunque sí titular y operario de éstos. La doctrina señala que el *settlor* (propietario o creador de la figura) por un acto de voluntad,

¹¹ MIGUEL ÁNGEL MARTIN MATO, *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos* (Buenos Aires: Cengage Learning Argentina, 2009), 24.

¹² En la legislación peruana vigente se usa la palabra fideicomitente, sin perjuicio de ello en la doctrina comparada (como por ejemplo Argentina) se utilizan tanto fiduciante como fideicomitente.

¹³ CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO V. LISOPRAWSKI, *Tratado de Fideicomiso* (Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 2004), 3.

¹⁴ ALBERTO STEWART BALBUENA, *El fideicomiso como Negocio Fiduciario* (Lima: Grijley, 1996), 121.

declaraba que quería que sus bienes –muebles, inmuebles o derechos de crédito– queden afectados para cumplir una finalidad específica. El *trustee* (fiduciario) era el encargado de cumplir las funciones que mandaba el *settlor*. Para esto el fiduciario, tomaba la posesión de los bienes y los administraba como dueño. La administración se conoce como *feoffe to use*. Finalmente se encuentra el beneficiario, llamado *cestui qui use* o *beneficiary*, persona que recibía los beneficios de dicha administración como si fuera el mismo propietario y en función de quien se constituye el *trust*¹⁵.

Como garantía del cumplimiento de esta obligación por parte del *trustee*, los tribunales ingleses permitieron al *cest qui use* un derecho de persecución sobre los bienes¹⁶.

Este somero análisis sobre los antecedentes del fideicomiso concluye que ésta figura ha venido sufriendo cambios a lo largo de la historia y se adecúa –como la mayor parte de las figuras jurídicas– a la realidad, circunstancias y necesidades de cada país y ordenamiento.

1.4. Antecedentes del fideicomiso en el Perú

Antes de hablar del Perú, cabe decir que México fue el primer país en adoptar una Ley de Fideicomiso (en el año 1925, basada en proyecto el Proyecto del abogado panameña ALFARO, influenciado por el profesor LEPAULLE (francés) de la Universidad de Oxford). El segundo país fue Panamá. México utilizó el *trust* antes de su legislación, para arreglar una deuda pública con la emisión de obligaciones para los ferrocarriles nacionales en 1905.

El desarrollo del fideicomiso en el Perú se presenta a continuación.

a. Decreto Ley N° 7159: Ley de Bancos

¹⁵ JULIÁN E. NEIROTTI, *Manual Práctico de Fideicomiso: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Modelos Contractuales* (Rosario: Nova Tesis, 2000), 16.

¹⁶ CARLOS A. GHERSI Y CELIA WEINGARTEN, *Fideicomiso* (Rosario: Nova Tesis, 2000), 11.

El fideicomiso bancario, regulado por primera vez en la Ley de Bancos promulgada mediante Decreto Ley N° 7159 del año 1931, recogía la figura de las Comisiones de Confianza, por la que se buscaba acercar a nuestra legislación la figura del *trust*, presentando muchas dificultades por la diferencia con el derecho anglosajón.

El artículo 89° de Ley de Bancos definía a estas comisiones de confianza como el ejercicio de funciones de depositario, apoderado o administrador de bienes ajenos por parte de un banco comercial que estaba previamente autorizado por la Superintendencia de Bancos para que responda por el cumplimiento de los deberes que la ley les confería a dichos bancos.

Todos los valores que recibía el banco por estas comisiones se asemejaba al patrimonio separado, característica esencial del fideicomiso. La diferencia esencial era la no transferencia de bienes. El banco simplemente cumplía un deber de mandato otorgado por el constituyente al banco. Los bienes nunca dejaban de ser del titular, por eso el artículo 99° de la misma norma señalaba que si el banco resultaba en quiebra, no quedaban afectos los bienes materia de la comisión y la Superintendencia podía encargar ese mandato a otra institución bancaria.

En la misma Ley de Bancos se recogían los supuestos en los que los bancos podían desempeñar comisiones de confianza: liquidadores de sociedades, administrador de bienes comunes, depositarios de bienes embargados. Ninguno de estos actos implicaba transmisión de dominio, sino solo se originaba una obligación de hacer por parte del banco.

El último supuesto recogido en la Ley de Bancos, en el artículo 94°, era que los bancos autorizados a desempeñar comisiones de confianza podían ser ejecutores de fideicomisos de cualquier carácter cuando la ley así lo permitiese. Sin embargo, a pesar de estar permitido, el fideicomiso como negocio fiduciario fue de poca utilidad porque se desconocía por completo y no se regulaba lo que después se conocería como fideicomiso bancario.

Se nota por tanto que, como ha señalado AVENDAÑO, dicha normativa asimiló el fideicomiso como un mandato ya que se facultaba a los bancos a desempeñar una serie de comisiones de confianza, inclusive

a ejecutar fideicomisos. Todas esas comisiones de confianza se sustentaban en mandatos mercantiles¹⁷.

b. Decreto Legislativo N° 637: Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros

En esta normativa no se contempló la ejecución de los fideicomisos dentro de las comisiones de confianza que los bancos podían desempeñar.

Lo relevante de esta disposición normativa promulgada en 1991 es que en el artículo 115° se refería al fideicomitente como el sujeto activo de las Comisiones de Confianza y en el artículo 136° inciso f) se señalaba al fideicomiso como un activo de bajo riesgo. Asimismo, en el artículo 334° se señalaba que, los delegados especiales, en caso de disolución y liquidación de bancos y financieras, estaban facultados para establecer fideicomisos respecto de los activos sujetos a litigio.

Tuvo setenta y cinco rectificaciones por los diversos errores que contenía, situación que manifestó la poca trascendencia de esta norma¹⁸.

c. Decreto Legislativo N° 770: Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros

Merece la pena destacar que esta norma del año 1993 define al fideicomiso de manera orgánica y muy similar a como es definido en la actual LGSF. El artículo 314° de dicha normativa señala que:

“El fideicomiso es 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”.

¹⁷ FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, “El Fideicomiso,” *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (1996): 343.

¹⁸ Este dato fue extraído luego del análisis de la norma en el Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ.

Asimismo, en la normativa señalada, por primera se señala expresamente que los bancos pueden actuar como fiduciarios.

La definición señalada debe valorarse por la claridad de la redacción y considerarse como el punto de partida para la correcta aplicación y posterior ilustración de la figura.

1.5.Tratamiento legal: legislación vigente

El fideicomiso es regulado al día de hoy mediante LGSF promulgada en el año 1996 y regulado también por la Resolución SBS 1010-99: Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios promulgado en el año 1999.

Por otro lado, el fideicomiso de titulización, que es el otro tipo de fideicomiso contemplado en la legislación peruana, se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores. Este tipo de fideicomiso no será objeto de estudio del presente trabajo.

La definición legal del fideicomiso, materia de estudio del presente trabajo, se recoge en el artículo 241° de la LGSF y en su primer párrafo se aprecia el siguiente tenor:

“El fideicomiso es una relación jurídica¹⁹ 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”.

Que el legislador haya decidido calificarlo como relación jurídica hace que surja un vínculo entre dos partes, estando cada una en extremos opuestos: fideicomitente y fiduciario, y el objeto de esta relación es la transferencia de bienes. La figura implica, además, un acuerdo de voluntades con una finalidad específica.

Asimismo, la definición continúa así:

¹⁹ El subrayado es añadido.

“El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes (...)”.

Ello significa que dicho patrimonio es autónomo, es decir no forma parte de la esfera jurídica de ninguna de las personas mencionadas. Asimismo, dicho patrimonio autónomo es inembargable.

1.6. Partes intervinientes en la figura del fideicomiso

Para constituir un fideicomiso se requiere como mínimo dos sujetos intervinientes. Éstos son el fideicomitente (también conocido en otros ordenamientos jurídicos como fiduciante) que es aquel que transmite o dispone de los bienes; y el fiduciario, el otro sujeto, quien recibe los bienes para administrarlos siguiendo únicamente lo establecido en el instrumento constitutivo (que sería el contrato de fideicomiso) o en la normativa aplicable.

Sin perjuicio de lo señalado, en el fideicomiso suele participar, además de los sujetos ya mencionados, el fideicomisario, quien es la persona a favor de la cual se constituye el patrimonio fideicometido.

De igual manera podrán intervenir otros sujetos, y junto con los ya mencionados, en los párrafos siguientes se hará una descripción de cada uno de los posibles participantes o intervinientes en un contrato de fideicomiso.

Fideicomitente

El fideicomitente o fiduciante es aquel que constituye la figura del fideicomiso, como propietario –persona natural o jurídica– del bien que se transmite en fideicomiso e instruye al fiduciario sobre el encargo que éste debe cumplir²⁰. Dicho propietario, en caso de ser persona jurídica deberá ser representado por un apoderado facultado con poderes de suscripción de fideicomisos o disposición de bienes.

²⁰ CARLOS A. GHERSI Y CELIA WEINGARTEN, *Fideicomiso* (Rosario: Nova Tesis, 2000), 16.

El fideicomitente podrá ser también un fondo de inversión, un patrimonio fideicometido, una sociedad extranjera, un consorcio, entre otros.

Fiduciario

El fiduciario o fideicomitido es quien recibe en dominio fiduciario los bienes y se obliga a cumplir las instrucciones impartidas y a administrar los bienes según la voluntad de las partes suscriptoras²¹. La LGSF reconoce en el artículo 242° quiénes son las empresas autorizadas para desarrollarse como fiduciarias, las mismas que pueden ser empresas de operaciones múltiples (empresas bancarias, financieras, cajas de ahorros, entre otras), empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y reaseguros.

Por otro lado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 252° de la norma ya mencionada, el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido un dominio fiduciario, que le confiere plenas potestades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman ese patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y observando de las limitaciones que se establecen en el acto de constitución y la norma aplicable. Los actos de disposición que el fiduciario efectúe contradiciendo lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe.

Beneficiario o fideicomisario

En adición a ello se encuentra al beneficiario o fideicomisario, quien es el destinatario final de los bienes. La legislación comparada introduce la posibilidad de identificarlos como sujetos distintos, siendo el primero en cuyo beneficio se administran los bienes y el segundo el destinatario final, una vez cumplido el plazo. Ello puede verse en el artículo 1° de la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción de Argentina del año 1995 el mismo que dice:

²¹ JUAN CARLOS SERRA, *Fideicomiso: Análisis Integral y Aspectos Tributario* (Argentina: Osmar D. Buyatti, 2007), 42.

“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

A efectos de este trabajo a fideicomisario y a beneficiario se les dará un tratamiento igualitario. Además, la LGSF únicamente hace referencia a fideicomisario y no a beneficiario por lo que podemos tratarlos como sinónimos.

Se han analizado las tres principales figuras y partes de un contrato de fideicomiso. Como se ha señalado son, en principio tres, ya que en algunos casos pueden reducirse a dos, dependiendo de la modalidad contractual (que sería fiduciario y fideicomitente). Asimismo, podrán participar en el acto constitutivo, un depositario, supervisor, deudor garantizado, entre otros, dependiendo del fin para cual se busca el fideicomiso.

Depositario

El depositario es aquella persona natural con cargo gerencial o directivo en el fideicomitente (en caso éste sea persona jurídica) cuya labor es, solidariamente con el fideicomitente, custodiar los bienes del fideicomiso (cabe recordar que en el fideicomiso no hay entrega física de los bienes inmuebles al fiduciario. Es el mismo fideicomitente quien se queda con los bienes). Para el caso de bienes muebles, como lo son flujos dinerarios que van en cuentas de titularidad del patrimonio fideicometido, el depositario además debe reconducir los bienes del fideicomiso al patrimonio fideicometido en caso de haber sido recibidos por el fideicomitente de manera extraordinaria. El depositario responderá civilmente, o penalmente de ser el caso, por dicha función.

A manera de ejemplificar se presenta el siguiente caso. Se constituye un fideicomiso con derechos de cobro de un contrato de construcción en donde el contratante es el Estado Peruano y el contratista (y que en el fideicomiso ostentará la figura de fideicomitente) quien como titular transfiere dichos derechos de cobro y sus correspondientes flujos dinerarios al patrimonio fideicometido. Al momento de

suscripción del contrato de fideicomiso, se le notifica al ente contratante sobre la cesión de derechos, figura válida en todos los extremos de acuerdo con el artículo 1215 del Código Civil y que por el lado del contrato de construcción no encuentra tampoco ningún impedimento en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En tal sentido, al momento de suscripción del contrato de fideicomiso y una vez comunicada la cesión de derechos al contratante dichos derechos forman parte del patrimonio fideicometido y Estado Peruano, al ser un deudor cedido, deberá efectuar los pagos correspondientes a las cuentas bancarias administradas por el fiduciario.

Sin perjuicio de ello cabe la posibilidad que la entidad contratante continúe pagando directamente al contratista las valorizaciones correspondientes, no respetando el fideicomiso y las nuevas cuentas de pago del patrimonio autónomo notificadas. En el contrato de fideicomiso se consigna por tanto que, ocurrido dicho supuesto, el fideicomitente deberá canalizar dichos flujos al patrimonio fideicometido una vez recibidos. Sin perjuicio de ello, dicha responsabilidad se consigna solidariamente junto con quien ostente la calidad el depositario. Es allí en donde radica la importancia del depositario.

Supervisor

Otra figura comúnmente usada es la del supervisor. Ésta es aquella persona que interviene en el contrato de fideicomiso para que con su autorización se efectúen ciertas instrucciones contempladas en el contrato, por ejemplo, la aprobación de desembolsos de las cuentas del fideicomiso o verificar el cumplimiento de ciertas cláusulas. Suelen ser empresas especializadas en los ámbitos de ingeniería, administración o ejecución de obras, entre otras.

Deudor garantizado

Asimismo, se puede notar la intervención del deudor garantizado. En los fideicomisos en garantía es usual que el fideicomitente, o sea quien transfiere el activo al fideicomiso, no sea el titular del crédito, sino quien transfiere el bien al fideicomiso como garantía del

cumplimiento de una obligación generada por otro. A éste se le denomina deudor garantizado.

Al deudor garantizado se le hace intervenir a efectos de que pueda adquirir responsabilidad frente al fiduciario y al fideicomisario como titular del crédito que le ha sido otorgado y que el fideicomitente está otorgando la garantía a su favor.

1.7. Naturaleza jurídica del fideicomiso

En torno a la naturaleza jurídica del fideicomiso, se recogen ciertas teorías que buscan explicarla, las mismas que son analizadas en las próximas líneas.

a. Teoría del mandato

Por el mandato, de acuerdo a la definición del Código Civil, el mandatario se obliga a realizar uno a más actos jurídicos, por cuenta e interés del mandante. Asimismo, puede haber mandato con representación o mandato sin representación. En el mandato con representación el mandatario ha recibido poder para representar al mandante, en cambio en el mandato sin representación el mandatario no ha recibido dicho poder. El mandato se presume con representación.

El autor panameño ALFARO, quien condujo la incorporación del *trust* en Panamá señala que *“el fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”*²².

Dicho autor sostiene que la naturaleza jurídica del fideicomiso es un mandato. AVENDAÑO hace una crítica a esta teoría sosteniendo que el fideicomiso tiene naturaleza irrevocable, mientras que el mandato es de naturaleza revocable. Asimismo, el mandatario obra en nombre

²² RICARDO J. ALFARO, *El Fideicomiso en Panamá* (Panamá: Estrella de Panamá, 1971), 49.

y representación de su mandante mientras que en el fideicomiso²³ el fiduciario actúa en ejercicio del dominio fiduciario del patrimonio administrado.

Por tanto, concluimos con que el mandato no satisface ser la teoría que explica la naturaleza jurídica del fideicomiso.

b. Teoría del patrimonio de afectación

En palabras de AVENDAÑO, quien a su vez cita al autor francés LEPAULLE según esta teoría, la naturaleza jurídica del fideicomiso es ser en esencia un patrimonio sin titular que se afecta a un fin determinado²⁴.

AVENDAÑO critica esta teoría señalando que no puede existir un patrimonio sin titular²⁵. Cita a VILLAGORDOA, quien a su vez cita a GARCÍA señalando que *“todo derecho es, a fortiori, facultad de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrese ligada inseparablemente del concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo”*.

Por lo tanto, la teoría de la naturaleza jurídica del fideicomiso como patrimonio de afectación sin titular tampoco satisface la búsqueda sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso.

c. Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

LIZARDI, en su tesis *“Ensayo sobre la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso”* defiende la teoría del fideicomiso como desdoblamiento del derecho de propiedad señalando que concurren

²³ FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, “El Fideicomiso,” *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (1996): 350.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

sobre una misma cosa dos derechos con efectos reales: el del fiduciario sin contenido económico y con todos sus efectos normales que le permiten reivindicar de un tercero que detente o posea sin justo título; y, el del fideicomisario, por el contrario, con valor económico, pero con efectos excepcionales que más bien tienen hacia la protección del fideicomisario contra actos indebidos del fiduciario, aunque encuentre las limitaciones que impone la naturaleza de los bienes objeto de la operación²⁶.

Esta teoría es criticada arduamente por VILLAGORDOA y por AVENDAÑO.

VILLAGORDOA señala que no pueden coexistir dos derechos reales de propiedad sobre un mismo bien, en un régimen jurídico como el nuestro, ya que se funda en un único orden jurídico, no como en el derecho anglosajón donde coexisten dos órdenes diferentes: el *common law* y el *equity*. Además, dice que no es correcto hacer un distingo de doble titularidad de un derecho por su contenido jurídico y por su contenido económico. El concepto económico es completamente ajeno porque se aparta del campo jurídico²⁷.

Por otro lado, AVENDAÑO afirma que el problema de la teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad se debe al intento de identificar la propiedad fiduciaria con la propiedad civil. A diferencia de la propiedad civil, la propiedad fiduciaria es temporal, existe para realizar un fin determinado y no otorga un verdadero valor económico a su titular²⁸.

d. Teoría del contrato

²⁶ JOSE M. VILLAGORDOA LOZANO, *Doctrina General del Fideicomiso* (México D.F.: Asociación de Banqueros de México, 1976), 112.

²⁷ Ídem.

²⁸ FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, "El Fideicomiso," *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (1996): 352.

BATIZA señala que la naturaleza jurídica del fideicomiso corresponde a un acto contractual. La constitución del fideicomiso resulta en un vínculo, en una relación legal que liga a las partes entre sí y de la cual derivan deberes y derechos recíprocos²⁹. Cuando el fideicomitente constituye el fideicomiso realiza voluntariamente una actuación que produce consecuencias y efectos jurídicos perseguidos por él mismo. Por ello se concluye que, para esta teoría, el fideicomiso es un contrato.

AVENDAÑO crítica esta teoría indicando que el fideicomiso puede constituirse mediante un acto unilateral o mediante un acto bilateral de igual manera que la transmisión del derecho de propiedad. Sin embargo, ello no significa que la naturaleza jurídica de la propiedad sea contractual. Por ello es que la naturaleza jurídica del fideicomiso no es contractual³⁰.

e. Teoría de la manifestación unilateral de voluntad

Autores como DOMÍNGUEZ³¹ o CERVANTES³², consideran que la naturaleza jurídica del fideicomiso es ser una manifestación unilateral de voluntad de un sujeto para decidir la afectación de sus bienes en beneficio de él mismo o de un tercero. Para esta teoría, no se necesita por tanto una voluntad bilateral, ello es, la respuesta en aceptación del fiduciario.

²⁹ RODOLFO BATIZA, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria* (México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1985), 39.

³⁰ FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, "El Fideicomiso," *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (1996): 353.

³¹ JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano* (México D.F.: Editorial Porrúa, 1996), 27.

³² RAÚL CERVANTES AHUMADA, *Títulos y Operaciones de Crédito* (México: Editorial Porrúa, 1954), 289.

Se puede criticar esta teoría ya que pareciera poco satisfactorio que, a pesar de que el fiduciario no acepte, exista fideicomiso por la sola voluntad del fideicomitente.

La sola manifestación no transmite la propiedad de los bienes, es necesaria la aceptación de la persona que va a recibirlos, ya que si ésta no lo acepta no se habrá perfeccionado el fideicomiso.

f. Conclusión sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso

AVENDAÑO señala:

“El fracaso de las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe al intento de encuadrar esta institución dentro de otras instituciones pre-existentes. El fideicomiso es una institución sui generis con características propias. El elemento central del fideicomiso es en nuestra opinión la afectación de un patrimonio. El fideicomiso sirve y es útil en tanto se separa y afecta un patrimonio para un fin determinado. Sin este elemento el fideicomiso no tendría razón de ser ni ninguna utilidad. Al separarse el patrimonio fideicometido se vuelve prácticamente intocable. No responde por las deudas del fideicomitente, del fiduciario ni del fideicomisario. Las únicas obligaciones por las que responde el patrimonio fideicometido son aquellas contraídas por el fiduciario en ejercicio del fideicomiso”³³.

Igualmente, sostiene que:

“El Código Civil Peruano no contempla el dominio fiduciario. A diferencia del derecho de propiedad regulado por el Código Civil, el dominio que adquiere el fiduciario no es definitivo. Al término del fideicomiso el fiduciario debe devolver al fideicomitente o al fideicomisario los bienes fideicometidos (...) El dominio fiduciario no es un derecho absoluto. El fiduciario debe atender con los bienes fideicometidos el

³³ FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, “El Fideicomiso,” *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho* (1996): 353.

cumplimiento de las finalidades del fideicomiso (...) Finalmente, el dominio fiduciario no otorga un verdadero valor económico al fiduciario. El fiduciario simplemente cobra una retribución por sus servicios”³⁴.

Asimismo, en palabras de ESCOBAR³⁵:

“El dominio fiduciario constituye una situación jurídica subjetiva distinta de cualquier derecho real o personal tradicional. Esta situación coexiste con los derechos reales o personales existentes sobre los objetos que conforman el patrimonio fideicometido. Por consiguiente, al igual que lo que ocurre en el common law, donde el trust implica la existencia de dos situaciones jurídicas subjetivas sobre el mismo bien, el fideicomiso genera la coexistencia de dos tipos de situaciones jurídicas subjetivas (la fiduciaria y la civil). La diferencia está en que mientras en el common law cada una de las situaciones indicadas está protegida por un sistema propio (common law y equity), en nuestro caso ambas situaciones están protegidas por un solo sistema. Esto explica por qué las mismas no pueden ser actuadas al mismo tiempo.”

Para que exista fideicomiso, es necesario el acuerdo de voluntades bilaterales (salvo en el caso de fideicomisos testamentarios a través de los cuales bastará la voluntad unilateral del testador cuyo encargo deberá ser posteriormente aceptado por el fiduciario). El fideicomiso se efectúa y perfecciona por un contrato, tal como lo indica el artículo 246° de la LGSF. Es por voluntad del fideicomitente y aceptación del fiduciario, que se crea el fideicomiso y es el primero de ambos quien establece las reglas para que se cumpla la figura y se consigan unos fines específicos.

DOMÍNGUEZ afirma que es evidente que el fiduciario es titular de los bienes fideicometidos dado que respecto de ello tendrá todos los

³⁴ Ídem.

³⁵ FREDDY ESCOBAR ROZAS, “Breve Ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el Sistema Jurídico Peruano,” *Themis 48 Revista de Derecho* (2004): 93.

derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, pero esa titularidad es independiente del derecho de propiedad que lo conserva el fideicomitente, solo que sujeto a un régimen especial al haber sido transferido en fideicomiso³⁶.

Una vez que se ha constituido el fideicomiso, ni el fideicomitente ni el fiduciario ostentan propiedad plena. Conuerdo con DOMÍNGUEZ en señalar que el derecho de propiedad lo conserva el fideicomitente con un régimen especial al haber sido el bien transferido en fideicomiso.

La propiedad plena se aparta y surge la figura del patrimonio autónomo.

Es por eso que, concuerdo con la afirmación que sostiene que *“siempre un fideicomiso debe tener un patrimonio autónomo, y todo patrimonio autónomo debe tener una finalidad y la finalidad siempre debe favorecer a una persona (natural o jurídica) o al mismo titular de los bienes. Sin patrimonio autónomo no hay fideicomisos”*³⁷.

Por último, considero que la teoría que mejor describe la naturaleza jurídica del fideicomiso es la de negocio fiduciario. Autores como el colombiano RODRÍGUEZ AZUERO y el peruano STEWART BALBUENA la defienden.

En síntesis, dicha teoría señala que en el negocio fiduciario concurren dos relaciones complejas pero unitarias: una relación jurídica real la cual implica transferencia de propiedad de su titular a otra persona a través de una modalidad propia y peculiar y una relación jurídica obligacional que vincula personalmente al actor y al receptor de la propiedad en el negocio precedente de modo tal que

³⁶ JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *El Fideicomiso. Negocio Jurídico: Régimen Fiscal Inmobiliario; Instrumento en la Inversión Extranjera* (México D.F.: Porrúa, 2004) 212.

³⁷ ÁNGEL REVATTA VERA, PERÚ: *Los fideicomisos, cada vez más cerca de los peruanos* <https://goo.gl/PPxjZa> (consultada el 27 de agosto de 2017).

la propiedad recibida es con un fin distinto al disfrute individual pleno y con un plazo determinado de extinción. Esta relación obligacional explica la finalidad misma del negocio jurídico fiduciario³⁸.

1.8.Historia e importancia de la supervisión en el sector fiduciario

Es evidente, y más aún por la naturaleza de su objeto social, como anunció la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la “**SBS**”) con motivo de su 75 aniversario, que “*la necesidad de regular y supervisar al sistema financiero en el Perú se va desarrollando desde la existencia de las entidades bancarias en tiempos de la colonia*”³⁹. Sin embargo, los orígenes mismos de la supervisión y regulación del sistema financiero los podemos encontrar desde el año 1931 con la creación de la superintendencia de banca.

Dice el artículo 1° de la Ley de Bancos de ese mismo año:

“Establécese en el Ministerio de Hacienda, una dirección especial que se denominará “Superintendencia de Bancos” la cual se encargará de aplicar y de hacer observar, estrictamente las leyes relacionadas con los bancos nacionales y extranjeros, las instituciones de ahorros, el Banco Central de Reserva del Perú, los Bancos Hipotecarios y todas las demás empresas bancarias que existen actualmente o que en el futuro realicen operaciones en la República.”

Hasta antes de la creación de la superintendencia de banca no existía ningún otro organismo que actuara de manera estatal en la intervención del mercado financiero. Como ha dicho BARDELLA “*el establecimiento de la superintendencia de banca constituyó un señalado acontecimiento para un grupo de instituciones de crédito que desde sus respectivas fechas de*

³⁸ ALBERTO STEWART BALBUENA, *El fideicomiso como Negocio Fiduciario* (Lima: Grijley, 1996), 36.

³⁹ Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensión, *Historia de la Supervisión y Regulación Financiera en el Perú, 75 años de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP*, 15.

constitución prácticamente se habían regido por sus propias normas y que, solo a partir de la década del veinte, se vieron sometidas a escasos y simbólicos controles de la inspección fiscal de bancos”⁴⁰.

La creación de la superintendencia debe atribuírsele en gran medida a las ideas del economista estadounidense KEMMERER, que fue en su época una eminencia en regulación bancaria.

Los instrumentos mediante los cuales la SBS ha ido controlando a las empresas del sistema financiero han evolucionado a lo largo de los años. Sin embargo, su misión se ha mantenido. Ésta es, ser la instancia que proteja los intereses públicos buscando velar porque la toma de riesgos de los bancos, aseguradoras y compañías fiduciarias sea prudente y no ponga en peligro a los patrimonios de los ciudadanos logrando así la solvencia y estabilidad⁴¹. En definitiva, las empresas del sistema financiero deben ser reguladas ya que reciben bienes del público en general.

El quiebre financiero y el mal manejo de las instituciones financieras, haciendo énfasis en las empresas fiduciarias que administran los patrimonios de personas tanto naturales como jurídicas, pondría en riesgo la estabilidad económica y financiera de éstas. Es por ello la gran importancia de que exista un ente regulador. En otras palabras, el ente regulador debe velar para que las empresas fiduciarias obtengan ganancias sin poner en riesgo los patrimonios de los ciudadanos y compañías que hayan sido transferidos para su administración.

Cabe añadir que la figura de cualquier empresa del sistema financiero siempre deberá ser la de persona jurídica, en estricto la de sociedad anónima. No podrá darse bajo ninguna circunstancia la prestación del servicio fiduciario mediante la institución de persona natural con negocio u otra forma de organización societaria. La LGSF es imperativa en este sentido.

⁴⁰ GIANFRANCO BARDELLA, *Un siglo en la vida económica del Perú* (Lima: Banco de Crédito del Perú, 1989), 32.

⁴¹ Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensión, *Historia de la Supervisión y Regulación Financiera en el Perú, 75 años de la Superintendencia de Banca* (Lima, 2006), 11.

En palabras de GARCÍA se puede concluir esta sección señalando que “una buena supervisión bancaria y financiera constituye un activo institucional indispensable para mejorar la competitividad de los países. Las buenas prácticas de supervisión contribuyen a elevar los niveles de ahorro, permiten un uso más eficiente de los recursos y propician una mayor estabilidad macroeconómica”⁴².

1.9. Competencia de la SBS

La Constitución Política del Perú vigente señala que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. Asimismo, la SBS ejerce control sobre las empresas bancarias. No se señala explícitamente en la Constitución, pero dicho control deberá extenderse también a las empresas fiduciarias. El objetivo primordial de la SBS es velar por los intereses de los depositantes, de los asegurados y de los afiliados al sistema privado de pensiones⁴³.

Además, la Constitución menciona que la SBS es una organización autónoma que no depende de ninguno de los poderes del Estado. De esta manera se busca resguardar el estado de Derecho y la eficiencia en la ejecución de algunas labores. La división que hizo la Constitución vigente del poder público determinó que hubiera ciertas instituciones que por su naturaleza especial tuvieran un orden competencial más reforzado⁴⁴. Cualquier agresión que se haga contra ese orden es una agresión a la Constitución también. Es ahí donde radica su importancia. Se crearon criterios organizativos dentro de la Constitución para que ciertas instituciones⁴⁵, entre ellas la SBS, estuvieran en un listado cerrado y se

⁴² LUIS ENRIQUE GARCÍA, coord., *Historia de la Supervisión y Regulación Financiera en el Perú, 75 años de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP* (Lima: Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensión, 2006).

⁴³ Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, "Acerca de la SBS", ¿qué es la SBS?, <https://goo.gl/HfYcsi> (consultada el 1 de marzo de 2017).

⁴⁴ CARLOS HAKANSSON NIETO, *Curso de Derecho Constitucional* (Lima: Palestra Editores, 2012), 365.

⁴⁵ Se puede hacer mención de otros organismos constitucionales autónomos como lo serían: Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Tribunal Constitucional; Ministerio

regularan por su propia ley orgánica. Por tanto, la SBS es una institución de Derecho público cuya autonomía funcional está reconocida por la norma originaria. Sus objetivos, funciones y atribuciones están establecidos en la LGSF.

La ley resalta la importancia de que exista fiabilidad en los sistemas financiero y de seguros. En la actualidad es de vital importancia para la economía de cualquier país, ya que a través de estos sistemas se realizan todas las actividades cambistas existentes y la diversificación de riesgos, en los sistemas financiero y de seguros respectivamente.

Por otra parte, la SBS actúa de manera autónoma por su atribución constitucional y se rige por su ley orgánica que es la LGSF. Esta norma establece a modo general atribuciones que luego la SBS, a través de promulgación de Resoluciones desarrollará. No se debe olvidar que la labor de la superintendencia es totalmente técnica y se desenvuelve en un aspecto analítico y estadístico. Según sostiene CÉSARE⁴⁶, la ley mencionada encarga a la SBS expedir las normas de carácter reglamentario que sean necesarias para garantizar su cumplimiento, a través de Resoluciones y Circulares, entre otros instrumentos.

1.10. Criterios de supervisión, ¿por qué la SBS supervisa y regula?

La labor de las empresas fiduciarias no opera aislada. Ésta se encuentra en una perpetua relación con la SBS que es la entidad supervisora y reguladora. Es necesario por tanto entender cuáles son esas razones que hacen necesaria la vigilancia de dicha superintendencia.

El criterio que hace inevitable un constante control por parte de la SBS a las empresas de servicios fiduciarios se sostiene en la necesaria protección quienes contratan con dichas empresas, ellos son

Público; Consejo Nacional de la Magistratura; Banco Central de Reserva del Perú; Contraloría General de la República; Defensoría del Pueblo.

⁴⁶ JOSÉ PAULO CÉSARE SIFUENTES, “Comentarios a la Resolución N° 1765–2005–SBS (Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero),” *Normas Legales Análisis Jurídico* (febrero 2006): 21.

principalmente fideicomitentes y fideicomisarios, a fin de que reciban el servicio fiduciario esperado, evitando poner en riesgo sus patrimonios o activos transferidos al fiduciario en dominio fiduciario para su correcta administración.

A continuación, se expondrán los objetivos de la supervisión y regulación de la SBS que tienen como finalidad cumplir el criterio señalado.

a. Proteger a las personas de posibles abusos por parte de las empresas fiduciarias

El fideicomitente que entrega sus bienes en dominio fiduciario a la empresa fiduciaria, a pesar de no dejar de ser propietario de dichos bienes como se ha señalado en el presente capítulo, pierde la posibilidad de disposición sobre éstos, al pasar a ser parte del patrimonio fideicometido afectado a un fin específico. En ese sentido, dicho fideicomitente quede en desventaja frente al fiduciario al dejar de tener disposición sobre sus bienes.

Asimismo, en la mayoría de los casos, aquellos con quienes las empresas fiduciarias contratan se encuentran en una posición económica menor al del fiduciario. Mientras que los peruanos en promedio perciben como ingreso alrededor de S/1470.20 mensuales⁴⁷, las empresas de servicios fiduciarios facturan una cantidad significativamente mayor en utilidades⁴⁸. Con lo señalado

⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI, "Biblioteca virtual", Publicaciones digitales, Empleo e ingreso, Perú: Ingreso promedio mensual proveniente del trabajo, según ámbito geográfico, 2004-2012, consulta hecha sobre el año 2012 en las regiones Lima y Callao <https://goo.gl/UzFw2Z> (consultada el 16 de junio de 2014).

⁴⁸ La Fiduciaria S.A. Memoria Anual 2015 <https://goo.gl/ojFgAo> (consultada el 2 de abril de 2017).

Bolsa de Valores de Lima BVL, "Empresas", Rímac Seguros y Reaseguros S.A., Memorias, 2013, Memoria Anual <https://goo.gl/JwvzGu> (consultada el 16 de junio de 2014).

es evidente que las empresas fiduciarias ostentan mayor poder económico y ello podría inducir a un abuso en contra de los clientes.

Un tipo de abuso podría presentarse cuando la empresa fiduciaria no cumpla en forma correcta todas las cláusulas del contrato, o el cliente no se siente satisfecho con el producto brindado. Este abuso conllevaría a un reclamo por parte del cliente. En este caso aquella persona que reclama lo hace en su posición de consumidor por lo que deberá, en primera instancia canalizar su reclamo por la página web de aquella empresa fiduciaria, de acuerdo a la normativa vigente de la SBS⁴⁹. Dichos portales web son materia también de revisión por parte de la SBS. De igual forma, podrá acudir, al INDECOPI entidad encargada de los derechos de los consumidores.

Por otro lado, se puede identificar un abuso en ocasiones en que las compañías fiduciarias no cumplen la normativa vigente de la SBS. Es aquí en donde, tanto personas jurídicas como personas naturales pueden denunciar a dichas compañías ante la superintendencia. Un ejemplo de ello sería el no llevar el inventario y contabilidad de cada fideicomiso de acuerdo a ley, de manera que los activos propios de las empresas fiduciarias se combinen con los activos de cada patrimonio autónomo. Para esos casos es que interviene la SBS protegiendo al ciudadano, obligando a la aseguradora a cumplir las obligaciones y hasta sancionarla por no haberlas asumido a tiempo.

Es por ello que, con el objeto de proteger a los clientes de las empresas fiduciarias, la SBS obliga a todas las entidades bajo su supervisión de reportar cada tres meses el número de reclamos por parte de sus usuarios y los servicios más reclamados, además deberán indicar cuantos reclamos fueron atendidos a favor del cliente.

b. Establecer seguridad jurídica de la empresa como sociedad

La constitución de las empresas del sistema financiero, y haciendo énfasis en las fiduciarias, requiere el cumplimiento de una serie de

⁴⁹ Como ejemplo, consultar el portal web de reclamos de La Fiduciaria S.A. <https://goo.gl/wRcYM1> (consultada el 2 de abril de 2017).

procedimientos administrativos. Dichos procedimientos deberán realizarse antes de que los servicios fiduciarios puedan comenzar a funcionar y a operar, los cuales en su mayoría se recogen en la Resolución SBS N° 10440-2008 y en el TUPA de la SBS. Se exigen estos requisitos para que las empresas fiduciarias se desarrollen con una verdadera seguridad jurídica que les impida realizar operaciones que perjudiquen los activos transferidos en dominio fiduciario; y, que en caso se generen perjuicios, exista un capital suficiente respaldado de la sociedad para poder subsanar dichos daños.

Sumado a los requisitos administrativos exigidos por la SBS se precisa saber con exactitud quiénes serán los accionistas, directores, gerente general y demás funcionarios quienes estarán a cargo de la compañía fiduciaria. Estas personas no deben estar incurso en impedimentos legales razonables o en situaciones que puedan generar conflictos de interés⁵⁰. Se busca brindar estabilidad al ciudadano que va a contratar con la empresa de servicios fiduciarios.

Ejemplos de los requisitos que se solicitan para la constitución de las empresas de servicios fiduciarios serían que la minuta de constitución de sociedad pase una evaluación previa por parte de la SBS antes de que se pueda elevar a escritura pública. También se le solicitará a la compañía un certificado que acredite que se ha depositado en una entidad del sistema financiero nacional el capital mínimo exigido por ley. Además, se tendrá que dar una proyección de estudio de mercado (temas financieros) realizada por una consultora documentada a nivel nacional. Estos requisitos son trascendentales en la constitución de una entidad financiera. Cumplen un rol importante y decisivo, y sin estos documentos su creación no se va a producir. Una vez cumplidos los requisitos, la SBS promulga las resoluciones de organización y funcionamiento, respectivamente otorgándole los permisos a la empresa fiduciaria.

⁵⁰ Como ejemplo se puede ver el artículo 6° de la Resolución SBS 10440-2008 ya mencionada en donde se exigen a los accionistas una serie de documentos los cuales permitirán acreditar idoneidad moral y solvencia económica. El artículo 4° a su vez señala que los organizadores deberán presentar una declaración jurada sobre la existencia o no de procesos judiciales no concluidos o incurrir en supuestos no permitidos por ley.

Todos estos requisitos, que parecen formalistas, son para asegurar la real estabilidad y presencia que va a tener la empresa. De esta manera, blindar a la empresa de seguridad jurídica para que los usuarios puedan saber que la misma es fiable y se puede confiar en ella. Es muy importante que sean sólidas y que la superintendencia aprecie eso ya que como se ha dicho con anterioridad, utilizarán recursos ajenos.

Cuando la empresa es sólida se puede confiar que tendrá el respaldo suficiente para garantizar todas sus obligaciones. De esta manera se cumplirá con el servicio esperado por el cliente.

En conclusión, con lo señalado se aprecia que la SBS exige diversos requisitos para lograr la seguridad jurídica de las empresas supervisadas como sociedad con miras a que éstas sean rentables y sostenibles en el tiempo, de esta manera, se cumple con los criterios de protección al cliente y no pone en riesgo las finanzas del país.

1.11. Aspectos registrales del fideicomiso

La figura jurídica del fideicomiso es inscribible y ello conlleva a brindar publicidad a terceros sobre el acto celebrado. Tal circunstancia se señala en la Ley de Garantía Mobiliaria en su artículo 32° inciso 3°:

“Cuando los actos inscribibles a los que se refiere este artículo recaigan sobre bienes muebles registrados en un Registro Jurídico de Bienes, estos se inscribirán en la correspondiente partida registral. En caso contrario, se inscribirán en el Registro Mobiliario de Contratos”.

Esto significa que el fideicomiso se inscribirá en todos los registros necesarios en función de los bienes transferidos. Por ejemplo, si un fideicomiso en garantía tiene como bienes fideicometidos una embarcación pesquera matriculada en Chimbote y un inmueble ubicado en la ciudad de Ica, el mismo contrato de fideicomiso en garantía es inscribible tanto en el Registro de Propiedad Inmueble de Ica y en el Registro de Embarcaciones Pesqueras de Chimbote.

Es importante tomar en consideración que mediante Directiva contenida en la Resolución de la Superintendencia Nacional de los

Registros Públicos n. 316-2008 (en adelante, la “Directiva Sunarp”) se estableció que, en general, cualquier transferencia en dominio fiduciario sería calificada como acto invalorado. Ello significa que la tasa registral a cobrar por parte de Registros Públicos por la calificación del título materia de rogatoria es fija, no debiendo considerar bajo ninguna circunstancia el valor de los bienes fideicometidos, como es para el caso de los derechos registrales en otros actos jurídicos como compraventa o aumento de capital de sociedades anónimas. Se señala en el artículo 4° de la Directiva Sunarp mencionada que:

“El fideicomiso es un acto jurídico que cumple una función económica de administración de bienes, por lo cual será posible que no se fije un monto o valor del contrato. Atendiendo a ello el registrador lo liquidará como acto invalorado.”

1.12. Clases de fideicomisos

La LGSF en el capítulo de fideicomiso hace referencia a algunos tipos de fideicomiso no dando mayores detalles sobre cada uno de ellos. Aunque no de alcances exactos de cada uno de los tipos de fideicomiso que pueden constituirse, se puede señalar que en el ordenamiento y mercado peruano se reconocen los siguientes tipos:

a. Fideicomiso en garantía

Esta modalidad de fideicomiso será desarrollada más detalladamente en el capítulo dos del presente trabajo.

b. Fideicomiso de “administración”⁵¹

Este fideicomiso podría ser definido como la “*gestión de un conjunto de bienes, ya sean propios o ajenos, de acuerdo a pautas que pueden ser dadas por un tercero o adoptadas por quien ejerce*”

⁵¹ Resulta preciso señalar que, en ninguna parte de la normativa se establece cuál es el fideicomiso en administración. Todos los fideicomisos no son otra cosa que una administración de bienes por parte de un fiduciario encargado para ello. Es por ello que “administración” lo pongo entre comillas.

el control, para llevar adelante un fin conservativo o de multiplicación”⁵².

Como dice BELLO, citando a LENARDON y MAURY DE GONZALEZ “*el fiduciario recibe los bienes que le transmite el fiduciante y debe administrarlos de la manera indicada en el fideicomiso y entregarlos al cabo de un período al beneficiario, por lo que su característica principal es la constitución de un patrimonio separado para su administración por el fiduciario. Se entregan los bienes para su administración, guarda, conservación y percepción de sus productos y rentas*”⁵³.

En este tipo de fideicomiso el fideicomitente encomienda su patrimonio al fiduciario para que éste lo cuide y administre en favor de un tercero con miras a una finalidad específica.

La modalidad más frecuente en este tipo de fideicomiso es el fideicomiso de flujos, que es aquel fideicomiso que mediante derechos de cobro y flujos dinerarios se busca generar un patrimonio que tiene la función de garantía y medio de pago de un crédito.

Un ejemplo de derecho de cobro y flujos dinerarios serían los ingresos futuros y variable de las ventas de una cadena de restaurantes de comida rápida. Al constituir el fideicomiso, las ventas deberán ser recaudadas a través de cuentas que serán abiertas y administradas por el fiduciario. Se establece para la administración del patrimonio el orden de prelación de la salida de dichos flujos dinerarios de las cuentas del fiduciario. Como primer orden serán los pagos al fideicomisario plasmados en cuotas del financiamiento otorgado, y el remanente, luego de haber pagado los propios gastos del fideicomiso será destinado al fideicomitente.

⁵² JULIÁN E. NEIROTTI, *Manual Práctico de Fideicomiso: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Modelos Contractuales* (Rosario: Nova Tesis, 2000), 36.

⁵³ SUSY INÉS BELLO KNOLL, *Fideicomiso Público* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2013), 117 - 118.

Como ejemplo se presenta el caso de las empresas Bombos S.A.C., Alert del Perú S.A., EP de Restaurantes S.A.C., EP de Franquicias S.A.C, Corporación Peruana de Restaurantes S.A.C. y Nutra S.A., que, en calidad de fideicomitentes, el 22 de diciembre de 2014 suscribieron un fideicomiso en administración con la empresa La Fiduciaria S.A., en calidad de fiduciario, y el Banco Internacional del Perú – Interbank y el Scotiabank Perú S.A.A., en calidad de fideicomisarios, a través del cual los fideicomitentes transfirieron en dominio fiduciario a La Fiduciaria S.A. los derechos de cobro y flujos dinerarios de las ventas de comida rápida de las cadenas Bombos, Popeyes y Don Belisario (las mismas que son operadas por dichos fideicomitentes), en garantía del cumplimiento total y oportuno de una facilidad crediticia otorgada por el Interbank. El aviso de constitución de dicho fideicomiso fue publicado en el Boletín Oficial de Normas del Diario Oficial “*El Peruano*” los días 10, 11 y 12 de enero de 2015.

De igual forma se presenta el fideicomiso *escrow* o condicionado. Esta estructura tiene como objetivo facilitar una operación de compraventa de activos (usualmente empresas) para que esta se realice con mayor transparencia y facilidad. El patrimonio fideicometido está compuesto por los activos a venderse (otorgados por el vendedor) y el precio de los mismos (otorgados por el comprador), los cuales se mantienen en el patrimonio hasta que se den ciertas condiciones acordadas por las partes. Una vez que se dan estas condiciones, se transfieren los activos al comprador y el precio al vendedor⁵⁴.

Para el caso de compra de empresas, la estructura del fideicomiso *escrow* resulta de gran facilidad ya que las partes no intercambian las acciones y flujos dinerarios hasta contar con un reporte final de auditor. Asimismo, el fideicomiso asegura que las condiciones que establecieron las partes, una vez recibido el reporte del auditor, se cumplan⁵⁵.

⁵⁴ La Fiduciaria S.A., Sección “Productos”, <https://goo.gl/Cpca9L> (consultada el 4 de abril de 2017).

⁵⁵ Ídem.

Esta estructura también se utiliza en la compra de inmuebles para fortalecer las garantías de las partes en conjunto con el contrato o acuerdo de arras⁵⁶.

Otro tipo de fideicomiso de administración podría llamarse fideicomiso de gestión familiar. En este tipo de fideicomiso, el fiduciario maneja un patrimonio familiar bajo ciertas reglas y termina concentrando las decisiones que podrían estar atomizadas entre los numerosos miembros del clan familiar.

En palabras de COMITRE:

“Así, la gestión de ese patrimonio sea hace más simple. Por ejemplo, el dueño de las acciones de una empresa familiar que está próximo a fallecer puede entregar sus acciones a sus diez hijos para que constituyan un fideicomiso que las administre y establezca las condiciones para que todos vendan su parte (o ninguno)”⁵⁷.

Por tanto, en caso de ocurrir una venta, el fiduciario cobra el dinero y los reparte por igual entre todos los hijos, y no hay uno que se beneficie más que otro. También está la gente que ha heredado dinero o que inesperadamente se encuentran con una fortuna en sus bolsillos al vender empresas familiares.

Señala COMITRE también que:

“Este fideicomiso es también para quienes no sepan qué hacer con esos diez, quince o veinte millones de dólares y deciden ponerlos en un fideicomiso; entonces, junto con sus familiares o socios arman un patrimonio conjunto para realizar inversiones con la ayuda de un gestor de patrimonios. Tales

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Diario Gestión, Sección “Tu Dinero”, <https://goo.gl/DQKYdy> (consultada el 28 de julio de 2017).

*volúmenes de recursos ya resultan atractivos para estos gestores y pueden generar mayor rentabilidad*⁵⁸.

En adición a ello podría presentarse el fideicomiso de control de flujos que respalda obligaciones por emisiones de carta fianza por compañías aseguradoras o bancos. Esta estructura es muy usada en obras públicas y privadas licitadas y tiene como objetivo administrar por medio del fideicomiso los fondos otorgados por la entidad contratante al ganador de la buena pro, quien en calidad de fideicomitente suscribirá el fideicomiso para la realización de la obra. Para participar de la obra, el fideicomitente tuvo que entregarle cartas fianza a la entidad. Quien emitió dichas cartas fianza participará como fideicomisario en el fideicomiso. Al administrar los fondos mediante un fideicomiso, se minimiza el riesgo de ejecución de las cartas fianza y se asegura que los fondos serán usados exclusivamente en la obra.

En este caso, el patrimonio fideicometido está compuesto por los derechos de cobro sobre los desembolsos de los fondos, y en el contrato de obra participa un supervisor elegido por el fideicomisario quien aprueba los desembolsos del fideicomiso para la obra según el avance de la misma. Un ejemplo es el fideicomiso de fecha 4 de mayo de 2015 constituido por la empresa OAS Constructora S.A. Sucursal del Perú (en adelante, “OAS”), en calidad de fideicomitente, La Fiduciaria S.A., en calidad de fiduciario y el Banco de Crédito del Perú (en adelante, el “BCP”), en calidad de fideicomisario, en el marco de la construcción del *By Pass* de la Avenida 28 de Julio en Lima.

Una vez que OAS obtuvo la buena pro por parte la entidad contratante, la Municipalidad Metropolitana de Lima le solicitó la entrega de cartas fianzas por los dineros entregados como adelantos correspondientes del monto total contratado, adelantos de dinero para la compra de materiales de construcción y por fiel cumplimiento de la realización del contrato de obra. Para ello, el BCP le solicitó la constitución de un fideicomiso asegurándose éste que OAS tuviera aislados los fondos de dicha obra en un fideicomiso. El aviso de

⁵⁸ Ídem.

dicho fideicomiso fue publicado en el Boletín Oficial de Normas del Diario Oficial “*El Peruano*” los días 19, 20 y 21 de junio de 2015.

c. Fideicomisos de titulación

Se podría afirmar que dentro de la regulación de los fideicomisos bancarios aparecen también los fideicomisos de securitización o titulación. En palabras de SERRA, “*si bien no existe una definición legal sobre esta figura estamos en condiciones de afirmar que su concepto tiene relación con el proceso que permite convertir activos ilíquidos en activos líquidos*”⁵⁹.

En el Perú la figura de este fideicomiso funciona a través del llamado originador (o fideicomitente) quien transfiere bienes a un patrimonio fideicometido administrado por una sociedad tituladora. Dicha sociedad tituladora emite valores (títulos) que posteriormente van a ser ofrecidos a través de una oferta pública o una oferta privada. La conversión que se realiza por tanto es a través de una emisión de valores.

Una vez cancelados los títulos originados a través del fideicomiso de titulación, el remanente se devolverá al fideicomitente o entregado al fideicomisario, según estipule el acto de constitución (contrato de fideicomiso).

El objetivo último de esta figura es obtener financiamiento a un costo más bajo. De esta manera, una empresa utiliza parte de su activo para obtener recursos a un costo menor, por medio de la emisión de obligaciones negociables o de acciones a través de un banco o entidad financiera. La transferencia de los créditos afectos al repago de los títulos valores sirve para aislar la operación de los riesgos, ya que si el acreedor quiebra, solo se encuentran afectos al pago de las obligaciones los bienes del patrimonio fideicometido y no los bienes propios de los sujetos, tal como lo establece el artículo 254° de la LGSF.

⁵⁹ JUAN CARLOS SERRA, *Fideicomiso: Análisis Integral y Aspectos Tributario* (Argentina: Osmar D. Buyatti, 2007), 177.

Surge la interrogante si existe la posibilidad de obtener el mismo fin a través del uso de otras instituciones. La respuesta claramente es positiva, sin embargo, repitiendo lo señalado, el costo y la seguridad que otorga el fideicomiso de titulización hace que esta figura resulte de más atracción.

Como ejemplo de este fideicomiso se presenta aquel constituido por la empresa Inmuebles Panamericana S.A., como fideicomitente y a Creditítulos Sociedad Titulizadora S.A. como sociedad titulizadora, en el marco de la construcción del centro comercial de la zona norte de la capital Mega Plaza.

d. Fideicomisos vitalicio, cultural y filantrópico

Estos tipos de fideicomiso exceptúan el plazo máximo de treinta años establecido para el resto de los fideicomisos de acuerdo con lo señalado en el artículo 251° de la LGSF. Asimismo, estos fideicomisos no tienen una finalidad de índole económica como aquellos que se han analizado previamente, sino finalidades orientadas al bienestar de una familia en específico, o al desarrollo en general de la sociedad.

El fideicomiso vitalicio se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios que hubieran nacido o sido concebidos en el momento de constitución del fideicomiso.

De igual forma, el fideicomiso filantrópico es aquel que subsistirá en tanto cumpla aún el propósito el cual es favorecer aquellos hogares en donde alberguen huérfanos, ancianos, o en general aquello que procure el bien de las personas de manera desinteresada.

Por último, la LGSF señala el fideicomiso cultural, el cual se constituye para la creación de museos, bibliotecas, y de manera similar al fideicomiso filantrópico, buscar el bien de la sociedad.

Cabe señalar que la SBS es quien da la autorización para extender el plazo, y ésta se encontrará facultada también para solicitar la extinción del fideicomiso en caso los supuestos previstos para la extensión del plazo legal no se estén cumpliendo a cabalidad.

1.13. Plazo del fideicomiso

En el Perú el plazo máximo de duración de un fideicomiso son treinta años.

Sin perjuicio de ello, el artículo 251° de la LGSF establece ciertas excepciones para los fideicomisos de tipo vitalicio, cultural y filantrópico, los mismos que han sido explicados en el punto 1.12 precedente.

1.14. Término del fideicomiso

El acto de constitución del fideicomiso debería prever las disposiciones que detallan su extinción. Sin embargo, la LGSF, en su artículo 269° ha establecido supuestos en los que el fideicomiso podría concluir, los mismos que se detallan a continuación:

1. Renuncia de la empresa fiduciaria, con causa justificada, aceptada por la Superintendencia

Una renuncia podría suceder, en caso la empresa fiduciaria tome conocimiento que la empresa a quien le está brindando el servicio fiduciario se ha visto implicada en un caso de corrupción. En dicho supuesto, la renuncia por parte de la empresa fiduciaria se vería totalmente justificada.

2. Liquidación de la empresa fiduciaria

Para este supuesto específico, la ley citada desarrolla el artículo 255°, que señala que, en caso de liquidación de la empresa fiduciaria, corresponde a quienes tengan legítimo interés el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos del patrimonio fideicometido.

3. Remoción de la empresa fiduciaria

4. Renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso⁶⁰

5. Pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria

Lo señalado es bastante obvio. En caso de pérdida de los bienes que integran el patrimonio fideicometido éste automáticamente se extinguiría. Sin perjuicio de las acciones correspondientes al causante de dicha pérdida en caso haya mediado culpa grave o dolo.

6. Haberse cumplido la finalidad para la cual fue constituido

7. Haber devenido imposible la realización de su objeto

8. Resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario, con aprobación de los fideicomisarios en el caso del primer párrafo del artículo 250° de la LGSF

9. Revocación por parte del fideicomitente, antes de la entrega de los bienes a la empresa fiduciaria, o previo cumplimiento de los requisitos legales, salvo lo previsto en el primer párrafo del artículo 250° de la LGSF

10. Vencimiento del plazo

Luego de mencionar todos los supuestos, la norma continua: “en los casos de los numerales 1, 2 y 3, las causales operan si en el término de seis meses no se encuentra otra empresa que asuma el cargo. Si la revocación a que se refiere el numeral 9 fuese parcial, subsiste el fideicomiso con los bienes que se integren en el patrimonio.”

1.15. Efectos de la conclusión del fideicomiso

⁶⁰ Si bien la LGSF prevé esta causal, no todos los ordenamientos lo hacen; así, la legislación argentina regula que en caso ocurriera este supuesto, el fideicomitente asume el rol del beneficiario.

Tal como lo establece el artículo 270° de la LGSF, al término del fideicomiso, si no se señala en el acto constitutivo a quién debe entregarse los bienes, se devuelven al fideicomitente o en su defecto a sus herederos.

Si el fiduciario no cumpliera con la entrega de los bienes subsiste, el patrimonio separado porque si no se violaría la prohibición de que el fiduciario no puede adquirir para sí los bienes constituidos en patrimonio fideicometido⁶¹.

Una vez producida alguna de las causales del artículo 269° de la LGSF, analizadas en el numeral anterior, el fideicomiso deberá entrar en liquidación y actuarse conforme a lo que haya sido pactado en el contrato de fideicomiso.

1.16. Responsabilidad del fiduciario como administrador de un patrimonio autónomo

Las funciones que corresponden al fiduciario no son discrecionales. Éstas se sujetan a lo establecido al momento de la constitución del fideicomiso, ello es, en el contrato de fideicomiso, así como a las normas aplicables. Asimismo, las obligaciones que corresponden al fiduciario, son obligaciones de medios y no de resultados. En adición a ello, dichas obligaciones son prestadas observando las cláusulas del contrato de fideicomiso y las instrucciones escritas que le sean notificadas por las partes, éstos son, el fideicomisario, el supervisor y/o el fideicomitente, de ser el caso.

En adición a ello, el artículo 259° de la LGSF dice así:

“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, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. (...)”

⁶¹ SUSY INÉS BELLO KNOLL, *Fideicomiso Público* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2013), 98.

Del texto citado queda claro que, como en cualquier acto jurídico, no se puede actuar a sabiendas del daño a causar, sino se responderá por el mismo. En ese sentido se imputarán al fiduciario las negligencias que por su origen fueron causadas. Es por ello que la responsabilidad del fiduciario derivada de la administración del fideicomiso se limita a la inobservancia, por culpa grave o dolo, de las referidas disposiciones e instrucciones.

Asimismo, de lo señalado se concluye que, el fiduciario estará libre de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios respecto del fideicomitente y del fideicomisario, sus representantes y/o terceros, sus cesionarios o sucesores, en tanto cumpla -con la diligencia debida- lo contemplado en el contrato de fideicomiso y las instrucciones –escritas o a través del medio estipulado- que le sean enviadas.

A su vez, el artículo 241° de la LGSF, en su quinto párrafo señala que *“los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios”*.

Por dicho motivo es que, si el fiduciario actúa con dolo, será responsable de los daños generados y responderá con su patrimonio.

Asimismo, el artículo 271° de la LGSF menciona que:

“Para cada fideicomiso que reciba, la empresa designa un factor fiduciario, quien asume personalmente su conducción, así como la responsabilidad por los actos, contratos y operaciones que se relacionen con dicho fideicomiso. La empresa es solidariamente responsable de los actos que, respecto al fideicomiso, practiquen el factor y los trabajadores del fiduciario, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 259°. Una misma persona puede ser factor de varios fideicomisos. La designación del factor debe ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, organismo que está facultado para disponer su remoción, en cualquier momento”.

De lo señalado se puede observar que será el factor fiduciario quien responda personalmente por la actuación de la administración del

fideicomiso. Considero que dicha figura es bastante importante a efectos de respaldar la solidez de la empresa fiduciaria.

Asimismo, la LGSF desarrolla de manera clara las obligaciones competentes a la empresa fiduciaria, ya que como es en ella en quien se deposita la confianza y las personas entregan sus bienes, podría haber una asimetría en ese sentido y las empresas fiduciarias ostentar una posición ventajosa la cual implique una cierta capacidad de abuso.

El artículo 256° de la norma citada reconoce que son obligaciones de las empresas fiduciarias:

- 1- *Cuidar y administrar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio del fideicomiso, con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador*

Diferentes ordenamientos legales señalan que el fiduciario debe actuar como un “buen padre de familia” (en México lo señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del año 1932) y como un “buen hombre de negocios” (en Uruguay lo señala la Ley de Fideicomiso del año 2003).

Lo que realmente es relevante, es que el fiduciario debe actuar con un criterio de buena fe sin aprovecharse de su función y evitando conflictos de intereses.

- 2- *Defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad*

De esta obligación se desprende que el fiduciario, en cuanto titular del dominio fiduciario de los activos que le han sido transferidos, deberá defender, o causar la defensa en caso tome conocimiento de que los bienes bajo su administración están siendo vulnerados. Ello va a variar dependiendo de qué bien es el que está siendo perjudicado.

El tipo de defensa en caso de alguna invasión en un terreno no va a ser el mismo en un supuesto de robo de maquinaria. Para ello, será importante consignar en el instrumento constitutivo

de fideicomiso las pautas a seguir en caso haya que proceder con la defensa del patrimonio fideicometido. Asimismo, el fiduciario debe asegurar la custodia de la documentación necesaria para el ejercicio de los derechos del patrimonio fideicometido.

- 3- Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo a lo pactado en el instrumento constitutivo

En concordancia con lo señalado, el aseguramiento de los bienes fideicometidos por medio de las pólizas de seguro se va a realizar de acuerdo a lo que acuerden las partes en el contrato de fideicomiso. Dicho acuerdo podrá consistir en que se contraten pólizas de todo riesgo, responsabilidad civil, o que en su defecto no se vayan a contratar pólizas de seguro para el aseguramiento de los bienes.

- 4- Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso, realizando para ello los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios que se requiera, con la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos

Como se ha señalado anteriormente, el fiduciario obedece únicamente al instrumento constitutivo del fideicomiso y a lo mandado por la ley.

- 5- Llevar el inventario y la contabilidad de cada fideicomiso con arreglo a ley, y cumplir conforme a la legislación de la materia las obligaciones tributarias del patrimonio fideicometido, tanto las sustantivas como las formales

En adición a ello, el artículo 273° también desarrolla el aspecto de la contabilidad independiente. Dice que “la empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados”.

- 6- Preparar balances y estados financieros de cada fideicomiso, cuando menos una vez al semestre, así como un informe o memoria anual, y poner tales documentos a disposición de los fideicomitentes y fideicomisarios, sin perjuicio de su presentación a la Superintendencia

Para cumplir con las obligaciones 5 y 6, el fiduciario deberá abrir libros contables legalizados por cada patrimonio autónomo que administre. Asimismo, para el caso de fideicomiso que administren flujos dinerarios a través de las cuentas, los estados financieros serán el reflejo del movimiento de ingresos y egresos de las cuentas. Para el caso de fideicomisos que incluyen inmuebles, los estados financieros serán el reflejo de los valores contables que los mismos tengan en la contabilidad del fideicomitente, o en caso estos sean personas naturales, los costos computables a los cuales fueron adquiridos dichos inmuebles.

- 7- Guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos, documentos e información que se relacionen con los fideicomisos, con los mismos alcances que esta ley establece para el secreto bancario

Claro está que el deber de confidencialidad del fiduciario responde a los términos del secreto bancario. En ese sentido, la única forma de que una empresa fiduciaria levante el secreto bancario será a través de una solicitud por parte de la SBS.

- 8- Notificar a los fideicomisarios de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito

En efecto, en ningún caso el fiduciario va a hacerse acreedor de bienes y servicios disponibles en los patrimonios fideicometidos. En todos los casos, estos van a pertenecer a los fideicomisarios.

- 9- Devolver al fideicomitente o a sus causahabientes, al término del fideicomiso, los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que, atendida la finalidad de la transmisión

fideicomisaria, corresponda la entrega a los fideicomisarios o a otras personas

Esta disposición no es otra cosa sino la restitución de los bienes fideicometidos a su titular una vez que el fideicomiso se haya concluido. Sin perjuicio de ello, cabrá también la posibilidad que el fin del fideicomiso sea la transferencia de los bienes al fideicomisario, momento en el cual también concluirá el fideicomiso.

En adición a ello, el artículo 270° de la LGSF dice que “*si el convenio constitutivo no contiene indicación de la persona a la que, al término del fideicomiso debe entregarse los bienes, se devuelve éstos al fideicomitente o a sus causahabientes y, en su defecto, se hace entrega de ellos al fondo*”.

10- Transmitir a la nueva empresa fiduciaria, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso

Ello aplicará únicamente cuando opere una cesión de posición contractual de fiduciario por causales de renuncia o remoción.

11- Rendir cuenta a los fideicomitentes y a la Superintendencia al término del fideicomiso o de su intervención en él

Es común que esta rendición de cuentas se manifiesta en una memoria final, la misma que informa sobre todo el detalle y situación legal, operativa y contable del patrimonio durante el plazo de vigencia del mismo.

Todas las disposiciones mencionadas anteriormente podrían resumirse en una sola: el fiduciario es el encargado de la correcta administración y cuidado de los bienes, para cumplir la finalidad que ha sido establecida al momento de la constitución del patrimonio autónomo.

Estas potestades del fiduciario deben ser ejercidas en función a la finalidad con que se constituye el fideicomiso y observando siempre las limitaciones que se imponen en el acto constitutivo, para no caer en una causal de anulabilidad, ya que, si la empresa fiduciaria dispone de los

bienes fideicometidos omitiendo las estipulaciones contenidas en el acto constitutivo, lo pactado es anulable.

Por último, se debe tener en consideración que, el artículo 272° de la LGSF establece la posibilidad de designar comisiones administradoras para la correcta administración de cada uno de los fideicomisos. Dice así:

“Si es necesario, la empresa fiduciaria podrá designar a una comisión administradora por cada fideicomiso, compuesta por no menos de tres ni más de siete miembros sujetos a las reglas establecidas en el contrato. Por ello, el fiduciario podrá contratar al personal ad hoc para cada fideicomiso. Tal personal solo ejerce funciones respecto a ese fideicomiso y la vigencia de su relación laboral se encuentra vigente a ese fideicomiso. Los contratos serán por escrito”.

CAPÍTULO II

El Fideicomiso en Garantía

2.1. Qué es el fideicomiso en garantía

El fideicomiso en garantía se reconoce expresamente en el artículo 274° de la LGSF. La norma señala que es:

“Aquel fideicomiso constituido por un fideicomitente que transfiere bienes fideicometidos en dominio fiduciario a una entidad fiduciaria para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte del mismo fideicomitente o de un tercero. Queda establecido que, si el deudor no cumple, el fiduciario ejecuta los bienes y con el producto de ese remate se pagan las acreencias”.

La LGSF no hace mención a qué bienes son los que pueden conformar el patrimonio fideicometido del fideicomiso en garantía, es decir, qué bienes pueden formar la garantía. Sin perjuicio de ello, de la lectura del artículo 266° que se refiere a fideicomisos sobre bienes fuera del comercio, se deduce que los bienes que pueden integrar el patrimonio fideicometido son aquellos que se encuentran dentro del comercio.

Como ejemplo de dichos bienes se encontrarían inmuebles, muebles (maquinarias, inventarios, mercadería, entre otros), concesiones mineras, acciones o participaciones sobre sociedades peruanas o extranjeras, entre otros.

Esta modalidad de fideicomiso es la más usada en el Perú⁶² por los múltiples beneficios que ofrece, los mismos que serán analizados detenidamente en el acápite de ventajas del fideicomiso en garantía del presente capítulo.

Además, estos fideicomisos aparecen en diversos sectores económicos como lo son el inmobiliario, construcción, energía, agroindustria, *retail*, telecomunicaciones, entre otros.

Como se ha señalado anteriormente en el presente trabajo, el fideicomiso es un acto inscribible. Más específicamente, la transferencia en dominio fiduciario del fideicomiso en garantía se anota, según el artículo 1° de la Directiva contenida en la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos n. 316-2008 (en adelante, la “Directiva Sunarp”), en el rubro de título de dominio (propiedad) sobre la partida registral del inmueble, en caso los bienes transferidos sean inmuebles.

En caso los bienes sean de otro tipo, se anotarán en el registro público correspondiente para dicho bien. En caso dichos bienes no tengan un registro propio, se inscribirán como conjunto en el Registro Mobiliario de Contratos tal como lo señala el inciso 3° del artículo 32° de la Ley de Garantía Mobiliaria.

El fiduciario que administre el patrimonio fideicometido deberá ser una empresa autorizada para desempeñarse como tal. Asimismo, el fideicomitente deberá tener la facultad de disponer de los bienes.

En adición a ello, la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por un contrato entre las partes formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente, según señala la LGSF. Con ello se aprecia que el fideicomiso requiere de formalidad escrita y no podrá darse bajo ninguna circunstancia de manera verbal.

⁶² Mundo Fiduciario, ÁNGEL REVATTA VERA, *Perú: Los Fideicomisos, cada vez más cerca de los peruanos* <https://goo.gl/PPxjZa> (consultado el 1 de abril de 2017).

El fideicomiso estará bien constituido cuando se respete el conjunto de normativa vigente en la materia y que el mismo no se haya constituido para la realización de un fraude de acreedores.

El fraude de acreedores consiste en la constitución de un fideicomiso con el fin de evadir el pago a los acreedores y beneficiarse de las ventajas que le ofrece el fideicomiso en cuanto a inembargabilidad.

Para ello es que la LGSF ha previsto en el artículo 245° la acción para anular la transmisión fideicomisaria en caso el fideicomiso se haya realizado en fraude de acreedores. A través de dicha normativa, los acreedores afectados deberán solicitar la anulación de la transferencia en dominio fiduciario vía judicial.

Asimismo, de acuerdo a la norma citada, dicha acción de anulabilidad caduca a los seis meses de publicado en el Diario Oficial, por tres días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación, o a los dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

Es por esta razón que es usual que en el Boletín Oficial de normas del Diario “*El Peruano*” se publiquen avisos de constitución de fideicomisos.

Con lo señalado, vemos que una vez que el aviso se ha publicado, comienza a regir el conocido periodo de sospecha. Una vez que dicho plazo ha caducado, no existe acción alguna para anular la transferencia fideicomisaria y el fideicomiso queda perfectamente constituido.

2.2.Ventajas del uso del fideicomiso en garantía

Una vez que el fideicomiso se encuentre constituido, va a ostentar todos los beneficios de ley, los mismos que se detallan a continuación:

- a. Los bienes fideicometidos permanecen fuera de la esfera patrimonial del fideicomitente

Como se ha señalado anteriormente, en un fideicomiso los bienes fideicometidos permanecen fuera de la esfera patrimonial del fideicomitente. En esta modalidad del fideicomiso en garantía, los

bienes fideicometidos están en garantía del cumplimiento de cierta obligación, los mismos que pasan a formar parte de una nueva masa de bienes, diferente del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario llamado *patrimonio autónomo*.

Al encontrarse dichos bienes en un patrimonio autónomo, no están sometidos a la afectación de ningún embargo, medida cautelar u otra medida judicial o administrativa que se podría imponer sobre el propietario de los bienes que lo conforman, ya que dichos bienes pasaron a formar parte del patrimonio autónomo constituido.

Ello se señala en el artículo 2° de la Directiva Sunarp que establece que, luego de la inscripción de un fideicomiso en una partida registral, no procederá sobre esta inscripción de transferencia o gravamen alguna sobre la misma. En adición a ello, no procederá la inscripción de ningún embargo ni gravamen, sin el consentimiento del fiduciario. Esto significa que el bien transferido en dominio fiduciario queda fuera de la acción de otros eventuales acreedores del fiduciante y del fiduciario.

La conformación del patrimonio autónomo resulta por tanto un beneficio atractivo para quien acude al fideicomiso en garantía, ya que por encontrarse fuera de la esfera patrimonial del fideicomitente y del fiduciario va a proteger a los bienes de ser inembargables de posibles medidas arbitrarias e injustas por parte de la administración tributaria, entre otros.

En síntesis, se aprecia que los bienes fideicometidos permanecen fuera del concurso o quiebra del fideicomitente, fideicomisario o fiduciario, dejando a salvo la acción revocatoria en caso de fraude en perjuicio de los acreedores del fiduciante, la misma que ha sido comentada previamente.

- b. Los bienes fideicometidos constituyen una garantía exclusiva que no se comparte con otros acreedores

Para el caso de concurso de acreedores, existe por ley un orden de prelación para cada uno de éstos. Los primeros son los créditos laborales y en segundo lugar son las deudas tributarias.

Posteriormente, se encuentran los demás acreedores de acuerdo al orden de antigüedad y relevancia que tengan los mismos.

Sin perjuicio de lo señalado, y allí la ventaja del fideicomiso en garantía, en que mediante esta figura se constituye a través del patrimonio autónomo una garantía exclusiva que no se comparte con otros acreedores.

Ello significa que el fideicomisario o los fideicomisarios del fideicomiso van a ser los únicos beneficiarios en caso de posible ejecución de garantía, quedando de lado todos los demás acreedores.

c. Ejecución extrajudicial de la garantía fiduciaria

Considero que la ventaja más importante del fideicomiso en garantía se da en su forma de ejecución. La ejecución de un bien que se encuentre en un fideicomiso en garantía no requiere ser judicial, pudiendo rematarse el bien en forma privada, con la celeridad y economía que ello supone soslayando las incomodidades propias de demoras y costos surgidos en general del procedimiento de ejecución judicial de los derechos reales de garantía.

Se debe tomar en consideración que el hecho que un fiduciario experto en la materia administre un proceso de ejecución va a brindar una mayor seguridad en el pacto del precio del bien a enajenar, brindando mayor seguridad a las partes contratantes.

De lo dicho se puede señalar la recuperación del financiamiento es más rápida y eficaz, cuando el la garantía a ejecutarse se encuentra en un fideicomiso.

2.3.Fideicomiso en garantía y derecho de propiedad

De acuerdo a lo establecido en el artículo 252° de la LGSF:

“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 lo señalado se concluye que el fiduciario goza de facultades sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Dichas facultades en ningún caso pueden ser equiparadas al derecho de propiedad. Ello se desprende del artículo 273° de la LGSF que señala el fiduciario no es propietario de los bienes fideicometidos.

El dominio fiduciario difiere plenamente del derecho de propiedad. Ello es, porque la primera parte del artículo 923° del Código Civil establece que:

“La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”.

Se evidencia que al fiduciario se le ha otorgado la administración, concepto que difiere totalmente del disfrute. Pero, ¿qué razón explica que aquel atributo no haya sido entregado al fiduciario? La razón es que, si la LGSF le hubiera otorgado al fiduciario además de lo mencionado el disfrute, hubiera otorgado el derecho de propiedad.

Ahora bien, cabe cuestionarse, ¿por qué la legislación optó por el disfrute como la atribución de propiedad que no otorgaría? ¿ello qué implicancias conlleva? Para hallar la respuesta de dichas interrogantes cabe analizar cada uno de los atributos otorgados al fiduciario.

Uso

El uso es necesario que esté incluido en el dominio fiduciario en caso el fiduciario requiera proceder con la ejecución del patrimonio fideicometido. Puede acordarse en el contrato de fideicomiso en garantía que el uso sea otorgado al fideicomitente mientras dure el fideicomiso, sin perjuicio de ello, una vez constituido el patrimonio autónomo el uso pasa a ser de titularidad del fiduciario.

Es imprescindible que el dominio fiduciario requiera el atributo del uso porque si el fiduciario no lo tuviera no se podría ejecutar.

Reivindicación

La reivindicación significa recuperar los bienes en caso los mismos hayan sido tomados por alguien más. Como fiduciario es imprescindible que se tenga el atributo de reivindicación para recuperar los bienes que tiene en dominio fiduciario.

Es más, es ineludible este atributo que el inciso 2° del artículo 256° de la LGSF obliga al fiduciario a defender el patrimonio fideicometido, y ello no sería posible si no tuviera la reivindicación.

Disposición

La disposición va a ser necesaria para cumplir el encargo otorgado al fiduciario. Por ejemplo, se constituye un fideicomiso a través del cual al fiduciario se le entrega una casona para que la misma sea demolida y se construya un edificio. Para cumplir el encargo será necesaria la disposición.

Otro ejemplo sería un fideicomiso que se constituye por aporte de acciones e inmuebles y al fiduciario se le encarga que una vez cumplidos ciertos actos el fiduciario otorgue los bienes a determinadas personas. De igual modo en este supuesto el fiduciario va a requerir la disposición.

Si se le otorgara además de los tres atributos mencionados (uso, reivindicación y disposición) precedentemente el disfrute, el fiduciario ostentaría la propiedad y ello en ningún caso es así en la normativa peruana. Sin perjuicio de ello, ¿el titular del disfrute podría sobre un bien transferido en dominio fiduciario y ejerciendo el disfrute, tomar los frutos de sus bienes sin mayor autorización del fiduciario?

El fideicomitente como titular del disfrute (ya que esta atribución no fue entregada al fiduciario), se encuentra en la facultad de tomar los frutos que han sido producto de los bienes. Sin perjuicio de ello, debido a que esos bienes se encuentran en dominio fiduciario es la empresa fiduciaria quien deberá entregarle los bienes al titular o en su defecto vender los mismos y entregarle las ganancias. El dinero gestionado como consecuencia de la venta de los frutos servirá para el fideicomitente, y en este caso de fideicomiso en garantía servirán justamente para pagar las

obligaciones garantizadas al fideicomisario. Concluyo que la administración es aquella gestión del disfrute del fideicomitente.

En el supuesto en que no existieran obligaciones garantizadas adicionales, los frutos si se le entregarían al titular del disfrute.

Ha quedado evidenciado que el fiduciario en ningún caso ejerce propiedad sobre los bienes fideicometidos. Ello se señala en la LGSF. Ahora bien, cabría cuestionarse si luego de la constitución de un fideicomiso la propiedad la ostenta el fideicomitente. La LGSF no señala que en un fideicomiso el fideicomitente deje de ser propietario, así como tampoco señala que lo continúa siendo.

El segundo párrafo del artículo 252° afirma: “*dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito⁶³ personal contra el patrimonio fiduciario*”.

Surge la interrogante de qué se entiende en este contexto por derecho de crédito. El derecho de crédito no es más que el derecho otorgado a un acreedor de poder exigir a un deudor una prestación debida surgida de un acuerdo previo.

En tal sentido, el fideicomitente tampoco es propietario del patrimonio fideicometido ya que nadie tiene un derecho de crédito contra su propio patrimonio.

En ese contexto, las diferencias entre el dominio fiduciario y el derecho de propiedad se resumen en tres aspectos: (i) la vigencia del dominio fiduciario es temporal, mientras que el derecho de propiedad es perpetuo; (ii) a pesar de tener excepciones, el plazo máximo para un contrato de fideicomiso es treinta años, mientras que ningún instrumento legal recoge el plazo máximo que puede tener la propiedad, por lo tanto es perpetua; y, (iii) las facultades del fiduciario se ejercen para obtener una finalidad precisa la misma que se establece en el acto constitutivo del

⁶³ El subrayado es añadido.

contrato de fideicomiso mientras que el propietario puede buscar cualquier finalidad no prohibida por ley⁶⁴.

En síntesis, mientras que derecho de propiedad es derecho pleno, el dominio fiduciario no lo es. Asimismo, se ha podido acreditar que, en el fideicomiso, ni el fiduciario ni el fideicomitente ostentan una propiedad plena sobre los bienes. Lo que se constituye es un patrimonio autónomo, tal como ha quedado evidenciado en la explicación sobre naturaleza jurídica del fideicomiso descrita en el punto 1.7 del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, para todos los efectos de tributos y demás obligaciones de las que es responsable el propietario, se debe considerar al fideicomitente como tal y en ningún caso al fiduciario. Los contratos entre partes no son oponibles a la autoridad tributaria. En tal sentido, el contrato de fideicomiso no modifica la responsabilidad tributaria que tienen los propietarios sobre los bienes de su titularidad.

2.4.Fideicomiso en garantía e hipoteca

El objeto del presente acápite es realizar un análisis comparativo entre el fideicomiso en garantía y la hipoteca, para determinar cuál de las dos figuras resulta más ventajosa comparando sus similitudes y diferencias.

En el Código Civil se regula la figura de la hipoteca. Ello servirá de punto de partida para el posterior análisis del fideicomiso en garantía.

El jurista italiano BARBERO señala:

*“La hipoteca es una garantía real consistente en vincular un determinado bien, mediante especial inscripción en el registro inmobiliario del lugar en que se encuentra o está matriculado, a la satisfacción personal de un determinado crédito. Su constitución no necesita desposesión, basta solo la inscripción”*⁶⁵.

⁶⁴ FREDDY ESCOBAR ROZAS, “Breve Ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el Sistema Jurídico Peruano” *Themis 48 Revista de Derecho* (Lima, 2004), 91.

⁶⁵ DOMÉNICO BARBERO, *Sistema del Derecho Privado, Tomo II* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967), 222.

Ahora bien, el carácter real es otorgado por cumplir las siguientes características que según el jurista italiano y maestro de Derecho civil MESSINEO, “*son el derecho de persecución (la hipoteca sigue al bien en terceras manos), el derecho de expropiación, el derecho de prelación (correspondientes al acreedor) y el poder del acreedor se ejercita recta vía sobre el bien que esté sujeto a ellas, y no por intermedio de terceros*”⁶⁶.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1097° del Código Civil, “*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*”.

Asimismo, la figura de la hipoteca se encuentra en la sección de derechos reales de garantía, por lo que, corresponde a esta figura.

Como señala ALBALADEJO el derecho real es el “*poder directo e inmediato sobre una cosa, que concede a su titular un señorío, bien pleno (propiedad), o bien parcial (derecho real en cosa ajena) sobre aquella, de forma que en el ámbito de poder concedido (que varía según el derecho real de que se trate), tiene la cosa sometida a su dominación*”⁶⁷.

Con relación a la forma de constitución de la hipoteca, el artículo 1098° del mismo cuerpo normativo prevé que la hipoteca deberá ser otorgada por Escritura Pública, salvo disposición diferente de la ley, mientras que el artículo 246° de la LGSF señala que “*la constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente*”.

⁶⁶ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV* (Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa – América, 1952), 142.

⁶⁷ MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil Tomo III Volumen I* (Barcelona: Editorial José María Bosch Editor S.A., 1994), 5.

De lo señalado se infiere que la hipoteca requiere ser formalizada por Escritura Pública ante Notario, mientras que el fideicomiso en garantía puede constar en documento privado, no siendo requisito de validez su formalización ante Notario.

En adición a ello, el artículo 1099° describe los requisitos para la validez de la hipoteca, los mismos que son definidos a continuación:

1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley

Este requisito resulta común en todos los actos jurídicos de disposición. Efectivamente, quien ostenta la titularidad del bien, o esté facultado con un poder para ello es el único que podrá disponer del bien para afectarlo a favor de un tercero.

Ahora bien, haciendo la comparación con el fideicomiso en garantía, la situación es similar. En el artículo 243° de la LGSF se menciona que para la validez del acto constitutivo (del fideicomiso) es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita.

2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable

Este requisito significa que, para la constitución de la hipoteca, debe existir previamente a su constitución una obligación garantizada o que posteriormente vaya a existir una obligación.

Para el caso del fideicomiso en garantía no resulta tan claro, si debe existir una obligación determinada o determinable. Lo que sí es claro, en concordancia con el artículo 274°, es que, en caso de incumplimiento del crédito, el acreedor se cobrará con el producto de la ejecución del patrimonio.

El contrato de hipoteca requiere que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Es un contrato accesorio, cuya eficacia dependerá en todo momento del principal. La nulidad del préstamo, por ejemplo, producirá

la ineficacia del contrato de prenda o hipoteca que lo garantizaba⁶⁸.

De igual forma, el contrato de fideicomiso en garantía es accesorio al contrato de crédito que existe entre fideicomitente y fideicomisario.

3. *Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble*

En la hipoteca, de acuerdo a lo señalado, es requisito esencial que se establezca un monto de gravamen, ello es, hasta cuánto se garantiza a través de la ejecución del inmueble. Asimismo, dicho acto (hipoteca) junto el monto de gravamen debe ser anotado en el Registro Público de Propiedad Inmueble de la localidad en donde el bien en cuestión se encuentre ubicado.

Ahora bien, para la validez de constitución del fideicomiso en garantía no es necesario ni que haya un gravamen determinado o determinable, ni mucho menos que se inscriba. Únicamente para que exista fideicomiso en garantía válido debe haber contrato escrito entre las partes que lo constituyen.

¿Cuál habrá sido la intención del legislador al haber regulado la formalidad del fideicomiso tan diferente a la de la hipoteca?

Considero que con la formalidad del fideicomiso se buscó agilizar el proceso de constitución del mismo, evitando demoras al no exigir que se deba acudir al Notario y posteriormente a los Registros Públicos.

Asimismo, considerando que el fiduciario es una empresa autorizada para desempeñarse como tal de acuerdo al artículo 242° de la LGSF y supervisada por la SBS, de aquella forma, la seguridad o fe pública que brinda el Notario y la publicidad

⁶⁸ LUIS DÍEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* (Madrid: Editorial Tecnos, 1998), 228.

de los Registros Públicos se ve reemplazada por la empresa fiduciaria.

Sin perjuicio de lo señalado, inscribir el fideicomiso en el Registro de Propiedad Inmueble es indispensable para dar oponibilidad a terceros sobre el acto de fideicomiso. Por ello, por más que no sea requisito esencial el inscribir el fideicomiso en garantía en el Registro de Propiedad Inmueble, en la mayoría de los casos sí va a ser inscrito a solicitud del acreedor, en este caso el fideicomisario, a efectos de brindarle al acto de transferencia en dominio fiduciario publicidad y oponibilidad a terceros.

Continuando con el análisis, el artículo 1100° del Código Civil señala que *“la hipoteca debe recaer sobre inmueble específicamente determinado”* ¿Qué significa ello? Que en el contrato de hipoteca se deberá mencionar expresamente qué inmueble se está otorgando como garantía hipotecaria. Para ello, bastará con describirlo tanto en su ubicación, ficha o partida registral o aquellos parámetros que sean establecidos por el registro.

Con relación al fideicomiso en garantía, éste puede afectar tanto a bienes muebles como inmuebles. El único requisito que señala la LGSF en el artículo 266° es que los bienes del fideicomiso no pueden estar fuera del comercio. Por ello, los bienes que pueden integrar el fideicomiso en garantía podrán ser inmuebles, muebles, incluidos materias primas, minerales, animales, entre otros. El artículo 246° de la LGSF dice que los activos mobiliarios se inscribirán en la Central de Riesgos de la SBS. De igual modo, para oposición a terceros (sobre el acto de fideicomiso) cada tipo de bien se anota además en el registro respectivo.

Por otro lado, el artículo 1101° del Código Civil dice que *“la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.”*

Ello no es otra cosa sino el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Para el caso del fideicomiso en garantía, ello no siempre será así. Va a depender de lo que se pacte en el instrumento constitutivo. Podría establecerse como bien fideicometido la edificación de una fábrica de textiles con todas sus maquinarias, así como endosarse a favor del fiduciario las pólizas de seguro que se tengan contratadas para el riesgo del negocio, como podría darse únicamente que el bien fideicometido sea la edificación. Va a depender de lo que acuerden las partes.

Asimismo, la hipoteca se extiende a los mejoramientos⁶⁹.

En adición a lo señalado, el artículo 1102° dice que “*la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados*”. Ello es así porque se busca proteger al acreedor y respetar la garantía constituida. Bajo ninguna circunstancia el bien o el gravamen podrá ser disminuido sin la conformidad del acreedor. Si es que el inmueble se llegará a independizar en dos inmuebles más pequeños (lo que conllevaría a la aparición de dos nuevas partidas registrales), la hipoteca será trasladada con sus mismas características a las nuevas partidas, por el principio de la indivisibilidad.

Con relación al fideicomiso en garantía, la LGSF no señala expresamente que el mismo sea indivisible. Sin perjuicio de ello, el artículo 250°, inciso 1, dice que “*si el fideicomisario interviene en el contrato adquiere a título propio los derechos que en él se establecen a su favor, sin que puedan ser modificados sin su consentimiento*”. Dicho ello, si el fideicomisario no interviene, el bien transferido al fideicomiso en garantía tampoco sería divisible ya que no podría modificarse sin el consentimiento del fideicomisario.

Por otro lado, el artículo 1103° del Código Civil establece que “*los contratantes pueden considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí*”. De esta manera, el valor del bien hipotecado aumentaría porque en caso de realización de la garantía hipotecaria, se vendería como una unidad de producción.

⁶⁹ DOMÉNICO BARBERO, *Sistema del Derecho Privado, Tomo II* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967), 228.

Del mismo modo ocurre en el fideicomiso en garantía, en casos en que se transfieren al patrimonio fideicometido varios bienes independientes, pero que en su conjunto forman una unidad de producción como lo podría ser una concesión minera que explore y explote mineral o una central hidroeléctrica, entre otros. En el proceso de ejecución del fideicomiso van a regularse las opciones de ejecutar ya sea por bienes separados o por unidad de producción.

“La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual” de acuerdo al 1104° del Código Civil. Con relación a la obligación futura, existe certeza que la misma existirá. Sin embargo, con relación a la obligación eventual, podría ocurrir que la misma no llegara a existir. En dicho supuesto la hipoteca se extinguiría por ausencia de obligación. Asimismo, *“la hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo”* según el artículo 1105°.

De igual modo que la hipoteca, el fideicomiso en garantía también puede ser en respaldo de una obligación futura o eventual. Asimismo, dicho fideicomiso puede ser constituido bajo condición o plazo.

El artículo 1106° señala que *“no se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros”*. Cabe analizar qué se entiende por bienes futuros. Éstos no son más que bienes que en el momento en que se pacte la obligación no existen, pero su existencia se encuentra condicionada al paso del tiempo. Ahora bien, resulta interesante analizar la razón de este artículo. Como señala la exposición de motivos del actual Código Civil, *“tal hipoteca (sobre bien futuro) tendría imposibilidad material para inscribirse, por cuanto por regla general, ningún bien futuro tiene partida registral, ni puede, por tanto, acogerse un asiento registral en ese sentido”*. Todo ello, en el entendido que la inscripción registral de la hipoteca resulta parte de la validez del acto constitutivo de dicha figura. Entonces, como los bienes futuros no tienen partida registral, no va a poder existir sobre dichos bienes futuros ningún acto que requiera la existencia previa de la partida registral.

Sin embargo, frente a la imposibilidad que existe de constituir hipoteca sobre bienes futuros, en la práctica existe una forma de eludir dicho impedimento. La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, a través de la Resolución Sunarp N° 030-2003-SUNARP/SN del

27 de enero de 2003, promulgó una directiva que prevé la posibilidad de que el registrador anote de manera preventiva en la partida registral de un inmueble un contrato de hipoteca de bien futuro. En dicha normativa se reguló la inscripción de los contratos de compraventa de viviendas en proceso de construcción o en planos financiados por terceros, así como la obligación del registrador de extender de oficio la hipoteca legal o la hipoteca convencional que grave los bienes enajenados, una vez que los mismos lleguen a existir. Considero todo ello positivo, en el marco del acceso al crédito tanto para promotores inmobiliarios como para personas que requieran financiar proyectos en planos, a través de un crédito hipotecario con una entidad bancaria del sistema financiero. Se debe recordar que *“la garantía hipotecaria está dirigida a favorecer de modo especial el crédito territorial y urbano”*⁷⁰.

Con relación a la posibilidad de constituir un fideicomiso en garantía sobre bienes futuros, volvemos a analizar la LGSF y en ella no se establece ningún impedimento. Como se ha dicho anteriormente, el único requisito que señala la LGSF en el artículo 266° es que los bienes del fideicomiso no pueden estar fuera del comercio. Es por esta razón que, todo lo que sí se encuentra dentro del comercio es válido para constituir un fideicomiso y ello sí incluiría los bienes futuros.

Extendiendo el análisis de la hipoteca y sus similitudes y diferencias con el fideicomiso en garantía, el artículo 1107° del Código Civil establece que *“la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio”*. Ello resulta lógico, porque los gastos y costos en la mayoría de contratos son atribuidos y asumidos por el deudor. En el fideicomiso en garantía la LGSF no establece ni promueve una fórmula para el cálculo de los gastos y costos que conlleva la ejecución extrajudicial de los bienes, así como del costo de por sí del fideicomiso (más específicamente comisiones del fiduciario). Dicha fórmula de cálculo será la que acuerden las partes en la redacción del instrumento constitutivo de fideicomiso. Lo común y usual en el mercado financiero y crediticio es que sea el fideicomitente quien asuma los gastos y costos ya sea por la administración del patrimonio y de la ejecución de éste, en caso de llevarse a cabo.

⁷⁰ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV* (Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa – América, 1952), 140.

Además, el artículo 1109° señala que “*el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o sólo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas*”. Lo promulgado resulta lógico para el acreedor, debido a que parte de su derecho es que pueda elegir el orden de prelación en caso que su garantía vaya a ser realizada. Para el caso del fideicomiso en garantía la LGSF no hace mención a prelación alguna para la realización de la garantía en pago del crédito incumplido. El orden de prelación va a ser el que las partes acuerden en el contrato de fideicomiso. Al respecto se puede señalar que en la mayoría de casos, las partes sí acuerdan que sea el fideicomisario quien de las instrucciones al fiduciario sobre qué bienes van a ser los que se ejecuten, en caso no se opte por todos.

En adición a lo señalado, el artículo 1110° del Código Civil establece que “*si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación, aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor*”. Ello no corresponde a otra cosa sino a un beneficio para el acreedor. Resulta lógico poder acelerar la garantía, si el objeto que sirve para ésta se ve deteriorado de algún modo. La LGSF no establece nada similar para el fideicomiso en garantía, debiendo señalar una vez más que no existe impedimento alguno para que el mismo precepto sea pactado en el contrato de fideicomiso en garantía.

Además, el artículo 1112° del Código Civil dice que “*las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro, salvo cuando se ceda su rango*”. Ello, corresponde al principio general del derecho “primero en el tiempo, mejor en el derecho”. Con relación al fideicomiso, y ya que el mismo va a anotarse en el rubro título de dominio de una partida, no existe la posibilidad de un fideicomiso en segundo rango. En ese sentido, el fideicomiso es único. Una vez que se constituye el fideicomiso a favor de un tercero, no podría ser en beneficio de otra persona o sobre el mismo bien, aunque sea en un rango inferior.

Igualmente, el artículo 1115° del Código Civil dice que “*el monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor. La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro*”. Esta normativa tiene sentido debido a que el contrato de

hipoteca es privado y las partes son libres de acordar lo que mejor estimen conveniente. La precisión acá es que dicha reducción tendrá efecto frente a terceros una vez que se inscriba en el registro correspondiente. Ello sigue la suerte de constitución de la hipoteca, que como hemos visto anteriormente, para que sea válida debe inscribirse en el registro de la propiedad inmueble de la localidad en donde su ubica el inmueble. Bien pues, haciendo la analogía con el fideicomiso en garantía se puede aplicar la misma figura. Las obligaciones garantizadas podrán ser reducidas de común acuerdo entre fideicomitente, fiduciario y fideicomisario porque vendrían a ser una modificación del contrato y para que la adenda sea válida, deberá ser suscrita por las mismas partes que suscribieron el acto primigenio. De igual forma, dicha reducción únicamente tendrá efectos frente a terceros con posterioridad a su inscripción.

Adicionalmente, el artículo 1117° del Código Civil dice “*el acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley*”. Dicha disposición resulta de la acción personal (en virtud del contrato de crédito) que tiene el acreedor frente al deudor y la acción real (en virtud del contrato de hipoteca) que tiene el acreedor frente al inmueble. En el caso del fideicomiso en garantía, únicamente existe por parte del acreedor (fideicomisario) frente al deudor (fideicomitente) acciones personales, ya que el fideicomiso no forma parte de la lista taxativa de garantías reales del Código Civil. De igual forma, en caso de incumplimiento contractual, existe contra el fiduciario una acción personal por parte del fideicomitente y del fideicomisario.

BORDA señala que “*no existen otros derechos reales que aquellos que la ley crea y reglamenta. Este es el principio llamado numerus clausus. Todo el régimen de derechos reales interesa de manera directa e inmediata al orden público. Si las personas pudieran crear derechos reales que convinieran a sus intereses circunstanciales, no tardaría en producirse el caos en el régimen de la propiedad*”⁷¹.

⁷¹ GUILLERMO BORDA, *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1992), 15.

El artículo 252° de la LGSF dice que, “*dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.*”

Asimismo, en el mismo artículo se 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, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria*”. Esta disposición de la norma señala las acciones de las cuales podrán ser titular las partes de un fideicomiso contra el fiduciario en caso de que se contravenga lo establecido en el contrato de fideicomiso. De igual forma, la relación primigenia entre el fideicomisario (acreedor) y el fideicomitente (deudor) se protege con la acción personal.

Al respecto, ALBALADEJO señala que la diferencia entre derecho real y derecho de crédito es la que hay entre el “*tener*” y el que “*nos deben*”. Igualmente, el derecho de crédito tiene por objeto la conducta de otra persona mientras que el derecho real tiene por objeto una cosa. Asimismo, el derecho real atribuye un poder directo sobre la cosa, que se puede hacer valer frente a cualquiera mientras que el derecho de crédito solo se puede hacer valer frente al deudor. Además, en el derecho de crédito, el beneficio que el titular obtiene por el uso del derecho se lo proporciona la conducta del obligado (deudor) mientras que, en el derecho real, su titular lo obtiene directamente de la cosa (usa la cosa, vende la cosecha, entre otros)⁷².

El artículo 1118° del Código Civil reconoce la posibilidad de que existan hipotecas legales, ello es, que una vez ocurridos ciertos supuestos de hecho, alguien de oficio deberá constituir la hipoteca. Señala el artículo que:

“Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

⁷² MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil Tomo III Volumen I* (Barcelona: Editorial José María Bosch Editor S.A., 1994), 8.

1. *La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.*
2. *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.*
3. *La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.*

Como puede analizarse, son situaciones en que se constituye la hipoteca a favor de una parte que podría verse desprotegida por la misma razón de como el inmueble fue transferido o enajenado. En el caso del fideicomiso en garantía bajo ninguna circunstancia corresponde a que se constituya de manera legal o de oficio por alguien más. Ello significa, que siempre habrá previo acuerdo de las partes dentro de la libertad contractual.

Además, el artículo 1122° del Código Civil dice que:

“La hipoteca se acaba por:

1. *Extinción de la obligación que garantiza.*
2. *Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.*
3. *Renuncia escrita del acreedor.*
4. *Destrucción total del inmueble.*
5. *Consolidación”.*

Asimismo, en un acápite previo se han detallado las razones por las cuales se extingue el fideicomiso en garantía.

Únicamente señalaré la similitud entre las causales de extinción de la obligación que garantiza y destrucción total del inmueble tanto para el fideicomiso en garantía como para la hipoteca.

2.5. ¿Atenta el uso del fideicomiso en garantía contra la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca de acuerdo al artículo 1111° del Código Civil?

El derogado artículo 1066° del Código Civil señalaba que, aunque no se pagara la deuda, el acreedor no podía apropiarse del bien prendado por el monto de la cantidad prestada y era nulo el pacto en contrario.

Dicho de otro modo, para el caso de una obligación pecuniaria con garantía prendaria (como se denominaba anteriormente) el señalado artículo no permitía al acreedor garantizado apropiarse de los bienes prendados por la cantidad prestada al deudor. En el ordenamiento vigente, a través del artículo 53° de la Ley de Garantía Mobiliaria, se permite que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien afecto a garantía mobiliaria (siempre cuando las partes lo acuerden previamente). Esto, únicamente, para los casos de bienes muebles.

Sin perjuicio de ello, para el caso de los bienes inmuebles el artículo 1111° del Código Civil señala que, aunque no se cumpla la obligación garantizada, el acreedor en ningún caso adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca.

Por otro lado, la doctrina señala que el “pacto comisorio” es aquella figura por medio de la cual un acreedor garantizado, a través de una garantía de bien mueble o inmueble, pasa a obtener la propiedad de dicho bien en caso el deudor no cumpla con cancelar la deuda.

CASTILLO FREYRE señala que *“el pacto comisorio es el acuerdo según el cual, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede ejecutar la garantía, adjudicándose él mismo el bien dado en garantía.”*⁷³. DIEZ PICAZO Y GULLÓN sostienen que *“la lucha contra este pacto (el pacto comisorio)⁷⁴ y otros que vulneraban la prohibición indirectamente ha sido constante en la historia del derecho, porque siempre se ha estimado que es contrario a las buenas costumbres; deja a deudores necesitados en manos del acreedor, permite un enriquecimiento injusto de éste que pueda quedarse con una cosa de mayor valor por un crédito de cuantía menor, y puede ocultar usura”*⁷⁵.

⁷³ MARIO CASTILLO FREYRE, “Compendio Especializado de Doctrina de la Revista Peruana de Jurisprudencia,” (noviembre 2006): 3.

⁷⁴ El subrayado es añadido.

⁷⁵ LUIS DÍEZ PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil* (Madrid: Editorial Tecnos, 1998), 508.

La normativa peruana no brinda una definición del “pacto comisorio”.

Asimismo, el pacto comisorio, regulado por el artículo 2744° del actual Código Civil italiano, según el italiano MESSINEO es:

“Establecer entre las partes que, en defecto del pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o dada en prenda pasa al acreedor, sin necesidad de asignación por parte del juez y excluyéndose que la cosa se enajene para la satisfacción de los derechos del acreedor sobre el producto”⁷⁶. Además, señala que “la prohibición del pacto se debe a la sospecha de que el mismo oculta la usura en daño del deudor. La importancia de la prohibición en cuestión se manifiesta cuando se trata de la ejecución forzada”.

Concluyo que, para el caso de garantías otorgadas por medio de bienes inmuebles, es decir, garantías hipotecarias, queda prohibido el pacto comisorio. De lo contrario, para el caso de bienes muebles, que han sido otorgados en garantía mobiliaria, dicha Ley señala que, previo pacto, es viable el pacto comisorio.

Dicho ello, cabe analizar si la ejecución del fideicomiso en garantía, materia de estudio del presente capítulo, contraviene la prohibición del pacto comisorio para el caso de garantías otorgadas por bienes inmuebles de acuerdo al artículo 1111° del Código Civil.

El fideicomiso en garantía es una figura utilizada y requerida por las entidades bancarias al momento de efectuar financiamientos. Las áreas de riesgos crediticios de las entidades financieras son las que identifican el nivel de exposición en cada una de las transacciones y según ello se les va a asignar un tipo u otro tipo de garantía. El otorgamiento de créditos a través de garantías hipotecarias es bastante frecuente. No obstante, por las ventajas de ejecución de la garantía otorgada a través del fideicomiso hace que esta figura resulte atractiva en casos en donde los montos de

⁷⁶ FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV* (Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa – América, 1952), 142.

financiamiento son mayores y exista algún riesgo de incumplimiento de pago de deuda.

Entonces, ¿para qué situaciones las entidades bancarias solicitan como garantía una hipoteca? Y, ¿para cuáles otras las entidades bancarias solicitan como garantía un fideicomiso?

Los costos de una garantía hipotecaria y de una garantía por fideicomiso son totalmente diferentes.

Para la garantía hipotecaria basta que la entidad bancaria y el deudor garantizado celebren una minuta de mutuo o crédito con garantía hipotecaria la cual únicamente requiere su formalidad ante notario y su posterior inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble correspondiente a efectos de brindar oponibilidad a terceros. Dicha hipoteca se anota en el rubro de cargas y gravámenes de la partida registral de la vivienda financiada y en caso de incumplimiento de pago por parte del deudor, la entidad bancaria procede con la ejecución de la garantía, la misma que se llevará a cabo vía judicial. Es importante señalar, además, que el contrato de mutuo y garantía hipotecaria es uno prácticamente estándar en donde el poder de negociación del deudor es casi mínimo y su negociación y posterior celebración no suele tomar mucho tiempo. *“Las entidades financieras o bancarias, prestamistas por condición, cuentan a su favor con gabinetes de estudio y potentes unidades de asesoramiento jurídico; mientras que, lo general, los prestatarios son personas individuales o sociedades de mucho menor fuste y preparación. Por ende, el contrato de préstamo y la operación financiera acaban por ser un supuesto más de contratos de adhesión con condiciones predispuestas por las entidades financieras”*⁷⁷.

Por el contrario, para la creación de un fideicomiso en garantía se debe acudir a una entidad fiduciaria a efectos de que ésta cotice sus servicios de administración a efectos de actuar como fiduciario del fideicomiso que se busca constituir. Hay una contribución que el fiduciario cobrará durante todo el tiempo que el fideicomiso esté vigente, así como por la ejecución del mismo –que será en los términos pactados en el

⁷⁷ CARLOS LASARTE, *Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Principios de Derecho Civil Tomo Quinto* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 44.

instrumento de constitución de fideicomiso pudiéndose haberse acordado de ejecución judicial o extrajudicial– hasta que el patrimonio fideicometido deje de ser objeto de administración fiduciaria. Por ello se aprecia una diferencia sustentable en términos de costo económico con la garantía hipotecaria.

En cuestiones de tiempo, en la mayoría de casos, la negociación para constituir una hipoteca es significativamente más rápida que la negociación para constituir un fideicomiso. Mientras que en la hipoteca la negociación es casi nula, porque éste es un contrato casi estándar y entre dos partes, en la negociación del fideicomiso habrá mínimo tres partes (siempre y cuando intervenga un banco) las cuales querrán confeccionar los términos de acuerdo a sus condiciones y preferencias y esto produciría una eventual demora en la negociación.

A pesar de ello, ambas modalidades de garantías se constituyen al momento de la suscripción de los respectivos contratos, y son oponibles a terceros cuando las mismas son inscritas en las partidas correspondientes de los inmuebles, según corresponda.

Ahora bien, en el instrumento constitutivo del fideicomiso en garantía, que es el pacto a través del cual se instruye al fiduciario sobre las pautas de administración, como se ha dicho anteriormente, se van a pactar los términos a través de los cuales el fiduciario llevaría a cabo la ejecución del inmueble, en caso la entidad bancaria notificará al fiduciario que el deudor no ha cumplido con pagar las cuotas correspondientes u obligaciones pactadas en el acuerdo de préstamo o facilidades crediticias. En estos términos acordados, cabe la posibilidad de que el acreedor pueda adjudicarse la propiedad del inmueble y de esta manera cobrarse la deuda impaga. ¿Contraviene ello de algún modo lo normado por el artículo 1111° del Código Civil?

Un argumento en contra es señalar que, en el Perú, las entidades fiduciarias están en una constante supervisión por parte de entidades autónomas como lo son la SBS y la Superintendencia de Mercado de Valores. Por esa razón es que, en un caso de adjudicación que podría otorgársele a los fideicomisarios, la misma se ejercería en un marco previo de regulación y supervisión, por lo tanto, ya que se encuentra en el marco de la ley no sería un pacto comisorio.

Otro argumento en contra es señalar que la adjudicación que se realiza el fideicomisario del inmueble lo hace en valor precio del inmueble y en ningún caso en valor deuda. Ello es, que el inmueble va a ser adjudicado por el valor del inmueble de acuerdo a un valor comercial o de realización del mismo.

A pesar de lo señalado, considero que la posibilidad que tiene el acreedor en la figura del fideicomiso en garantía de adjudicarse el inmueble transferido en dominio fiduciario por incumplimiento del crédito contraviene la esencia de lo dispuesto en el artículo 1111° del Código Civil ya que éste prohíbe al acreedor hipotecario hacerse de la propiedad del inmueble en caso de incumplimiento de la obligación del deudor.

A pesar de que la naturaleza del fideicomiso en garantía y la garantía hipotecaria sean completamente diferente, el fin para el cual se constituyen en los casos presentados son los mismos. Éste es, otorgar una garantía a través de un inmueble (u otro bien) y ante el incumplimiento de la obligación pactada, el inmueble es ejecutado –de manera judicial o extrajudicial– para que el producto de dicha ejecución cumpla con pagar la deuda.

El fideicomiso en garantía y la hipoteca formalmente son figuras jurídicas diferentes, sin perjuicio de ello en este contexto de garantías bancarias ambas cumplen una misma función la cual es servir de respaldo para el otorgamiento de un crédito.

Entonces, si fideicomiso y garantía e hipoteca, ambos son garantías de lo mismo, considero que la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca, estaría siendo permitida en el fideicomiso en garantía, lo cual resulta una contradicción y vacío de la norma.

2.6.¿Existe monto mínimo para constituir un fideicomiso?

Para la constitución de un fideicomiso en garantía no existe un monto mínimo de valor que deben tener los bienes fideicometidos ni tampoco para el monto de las obligaciones que se estén garantizando. Sin embargo, habrá que considerar que, por los montos de gastos, ya sean derechos notariales, derechos registrales, de publicación en el Diario Oficial “*El Peruano*”, comisiones de administración por parte del fiduciario, entre

otros que puedan surgir, el fideicomiso si debería garantizar obligaciones mayores para que el mismo sea rentable.

CAPÍTULO III

Análisis y Comentarios

3.1. Sobre el impuesto predial y el sujeto obligado al pago en el marco de un fideicomiso

El impuesto predial es un tributo que grava una propiedad (o posesión) inmobiliaria. Es un tributo que pagan los ciudadanos que son dueños de un inmueble, ya sea vivienda, despacho, oficina, edificio o local comercial, entre otros. El sujeto acreedor del tributo es la Municipalidad en donde se encuentre el inmueble. Corresponde a un tributo de orden local.

La Ley de Tributación Municipal es la norma que trata sobre el impuesto predial. El artículo 9° de dicha norma indica que el obligado al pago del impuesto predial es el propietario del inmueble y sólo se exigirá el pago al poseedor o tenedor cuando no sea posible determinar la existencia del propietario. Señala así:

“Artículo 9.- Son sujetos pasivos (del impuesto predial)⁷⁸ en calidad de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas propietarias de los predios, cualquiera sea su naturaleza.

(...)

Cuando la existencia del propietario no pudiera ser determinada, son sujetos obligados al pago del impuesto, en calidad de

⁷⁸ El subrayado es añadido.

responsables, los poseedores o tenedores, a cualquier título, de los predios afectos, sin perjuicio de su derecho a reclamar el pago a los respectivos contribuyentes."

Por otro lado, no existe norma que indique que al constituir un fideicomiso el contribuyente del impuesto predial sea el fiduciario. Por ello, se concluye que el obligado al pago continúa siendo el fideicomitente, ello es, quien transfirió el inmueble en dominio fiduciario.

Un ejemplo de eso podemos encontrarlo en el Expediente de SUNAT N° 15648-2015 (en adelante, el "Expediente") iniciado a través de la Orden de Pago N° 109-2015-UR/MDIE de fecha 28 de septiembre de 2015 (en adelante, la "Orden de Pago") notificada a La Fiduciaria S.A. (en adelante, "La Fiduciaria"), empresa supervisada por la SBS y dedicada a la prestación de servicios fiduciarios con más de 15 años en el mercado peruano.

En el caso del Expediente, La Fiduciaria ostentaba el dominio fiduciario sobre ciertos predios (en adelante, los "Predios") ubicados en el Distrito de San Ignacio de Escudero, Provincia de Sullana, Departamento de Piura (en adelante, la "Municipalidad").

El fideicomiso se constituyó a través de un contrato suscrito entre Agrícola del Chira S.A. y otros, en calidad de fideicomitentes, La Fiduciaria y el Banco de Crédito del Perú con fecha 8 de abril de 2010 formalizado ante Notario de Lima, Dr. Ricardo Ortiz de Zevallos (en adelante, el "Contrato de Fideicomiso").

El Contrato de Fideicomiso tuvo por objeto la constitución de un patrimonio fideicometido, por medio del cual los fideicomitentes transfirieron en dominio fiduciario a La Fiduciaria los Predios en garantía de las obligaciones asumidas frente a los acreedores (fideicomisarios representados por el Banco de Crédito del Perú).

En efecto, en virtud del Contrato de Fideicomiso, se acordó que: (i) el objeto sería la constitución de un patrimonio fideicometido, en el cual los fideicomitentes transferían en dominio fiduciario los Predios a La Fiduciaria; (ii) los fideicomitentes serían los legítimos titulares de los bienes en fideicomiso y tendrían el libre y pleno derecho de disposición sobre dichos bienes; (iii) el fideicomitente se obligaba solidariamente al

pago de una retribución por la prestación del servicio encomendado a La Fiduciaria.

Los datos más relevantes del Expediente son los siguientes:

1. Con fecha 28 de setiembre de 2015, la Municipalidad notificó a La Fiduciaria la Orden de Pago, mediante la cual la Jefatura de Unidad de Rentas de la Municipalidad le requirió el pago del impuesto predial sobre los Predios (en adelante, el “IP”) de los años de 2011 a 2015.
2. Con fecha 12 de octubre de 2015, la Oficina de Ejecución Coactiva de la Municipalidad, notificó a La Fiduciaria la Primera Resolución, a través de la cual inició un Procedimiento de Ejecución Coactiva, otorgando un plazo de siete días hábiles para la cancelación del IP sobre los Predios sobre los cuales ejercía dominio fiduciario bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzosa y dictarse las medidas cautelares correspondientes, por un importe de S/ 2’910,903.58.
3. Con fecha 15 de octubre de 2015, La Fiduciaria interpuso un Recurso de Reclamación contra la Orden de Pago señalando que no era propietaria de los Predios, ejerciendo únicamente sobre éstos el dominio fiduciario de acuerdo al Contrato de Fideicomiso y por tanto no era sujeto deudor ni a título de contribuyente ni a título de responsable.
4. Con fecha 19 de octubre de 2015, la Municipalidad notificó a La Fiduciaria con el Requerimiento de Admisibilidad N° 0109-2015-MDIE/UR indicando que para admitir en trámite el Recurso de Reclamación precedente, debía acreditar el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclamaba.
5. Con fecha 21 de octubre de 2015 La Fiduciaria presentó un escrito cuestionando la Resolución Coactiva, reiterando que, al no ser propietaria de los Predios, no cuenta con la obligación de liquidar y pagar el IP correspondiente y por tanto la cobranza coactiva era indebida.

6. Con fecha 22 de octubre de 2015, la Municipalidad notificó a La Fiduciaria una Segunda Resolución a través de la cual declaró improcedente el escrito de cuestionamiento a la Primera Resolución, alegando que la Ley de Tributación Municipal señala expresamente que el obligado al pago es el propietario, cualquiera sea su naturaleza⁷⁹, sin excepciones; disponiendo por tanto el inicio de la ejecución forzada.
7. Con fecha 27 de octubre ciertas instituciones financieras (Bancos) comunicaron a La Fiduciaria que la Municipalidad les había ordenado trabar medidas cautelares de embargos sobre sus Cuentas Bancarias.
8. Con fecha 28 de octubre de 2015, La Fiduciaria presentó ante el Tribunal Fiscal una Queja contra el Procedimiento de Cobranza Coactiva por medio de la cual reiteró, entre otros, que no procedía el cobro del IR debido a que no era propietario de los Predios.

De los hechos relatados en el Expediente la administración tributaria ha considerado que La Fiduciaria es la propietaria de los Predios por tanto se le atribuye a dicha entidad el pago del IP.

A pesar de que La Fiduciaria indicó a la SUNAT que no era propietaria de los bienes, ésta interpretó de manera literal el artículo 9° de la Ley de Tributación Municipal el mismo que como hemos visto dice que el sujeto obligado al pago del IP de los inmuebles es el propietario cualquiera que sea su naturaleza.

Por ello, la Municipalidad dio inicio al Procedimiento de Cobranza Coactiva contra La Fiduciaria promulgando incluso la medida cautelar del embargo de cuentas considerando que el fiduciario de acuerdo a su naturaleza era propietario de los Predios.

Hay que recordar (punto 2.3) que el dominio fiduciario no se asimila la propiedad. En tal sentido, tal como se ha explicado la propiedad es el

⁷⁹ El subrayado es añadido.

poder directo, inmediato y perpetuo sobre un bien, mientras que el dominio fiduciario es ese atributo que tiene el fiduciario sobre los bienes que administra con el objeto y finalidad determinada en el instrumento constitutivo.

Cabe recordar que el patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes, de acuerdo a lo señalado en la LGSF. Se advierte por tanto que La Fiduciaria no posee la calidad de propietaria de los bienes; dado que solo adquirió el dominio fiduciario en el marco del Contrato de Fideicomiso, percibiendo una retribución por los servicios prestado a favor de los fideicomitentes.

El artículo 273° de la referida Ley, y como se ha mencionado a lo largo del trabajo, señala que el fiduciario no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo únicamente responsable de la administración del mismo.

Ello ha sido reconocido por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos a través de la Resolución N° 316-2008-SUNARP-SN, la cual aprobó la Directiva N° 007-2008-SUNARP-SN, que señala que la transferencia de los bienes que se realiza a favor del fiduciario no es en propiedad, absoluta ni plena, sino en dominio fiduciario, que importa una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica, la cual es que el fiduciario utilice o administre el patrimonio fideicometido para los fines o conforme al destino previsto en el instrumento constitutivo.

La actuación del ente tributario en el Expediente por tanto asimiló el dominio fiduciario con la propiedad y por ello atribuyó al fiduciario el pago del IP. Ello no guarda coherencia con el punto 2.3 desarrollado previamente, el mismo que señala que el dominio fiduciario no es propiedad plena. En tal sentido, al no ser el fiduciario el propietario de los inmuebles que conforman el patrimonio fideicometido no tiene la obligación del pago del IP sobre los inmuebles que conforman dicho patrimonio fideicometido.

El único obligado al pago del IP es el propietario y solo se exigirá el pago al poseedor o tenedor cuando no sea posible determinar la existencia del propietario, lo cual no ha sucedido en los hechos⁸⁰.

Para dejar sin efecto la cobranza coactiva, bastaría que el afectado, en este caso el fiduciario, al amparo del artículo 38° de la Ley del

⁸⁰ Un similar caso, pero de multas por infracciones vehiculares se presenta en el Expediente N° 079262-2014-017 de la Sub Dirección de Procedimientos de Transporte, Tránsito y Servicios Complementarios, dependencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el “Expediente”).

Previamente al Expediente, resulta importante considerar los siguientes hechos:

1. Mediante Escritura Pública de fecha 8 de abril de 2010 elevada ante Notario de Lima, Dr. Ricardo Ortiz de Zevallos, Agrícola del Chira S.A. y otros, en calidad de fideicomitentes, La Fiduciaria y el Banco de Crédito del Perú suscribieron un Contrato de Fideicomiso por medio del cual Agrícola del Chira S.A. transfirió bienes en fideicomiso a La Fiduciaria constituyendo de esta forma el patrimonio fideicometido (en adelante, el “Contrato de Fideicomiso”).
2. Mediante Adenda al Contrato de Fideicomiso de fecha 7 de mayo de 2011 elevada ante Notario de Lima, Dr. Eduardo Laos de Lama, Agrícola del Chira transfirió al patrimonio fideicometido un vehículo con placa de rodaje N° B2I992 del Registro de Propiedad Vehicular de Lima (en adelante, el “Vehículo”).
3. La transferencia fiduciaria del Vehículo quedó debidamente inscrita en la Partida Electrónica del mismo.

Con fecha 18 de junio de 2016 se dio inicio al Expediente a través de la notificación de la Resolución Sub Directoral N° 032857-S-2015-SUTRAN/07.2.1 a La Fiduciaria en su calidad de transportista por medio de la cual se le sancionaba con el 0.5 de la UIT, por la comisión de la infracción tipificada con el código S.3 d) del Anexo 2 Tabla de Infracciones y Sanciones del Reglamento Nacional de Administración de Tránsito equivalente al pago de S/ 1,900.0.

En el caso, la autoridad tributaria ha considerado al deudor tributario a La Fiduciaria porque es esta quien aparece como titular del dominio del Vehículo en la Partida Registral de éste.

Queda evidenciado que la atribución de propiedad al fiduciario no es únicamente en cuanto a aspectos del Impuesto Predial, sino también para el caso de multas vehiculares, sobre el cual debería aplicarse un mecanismo de descargo similar señalando que el fiduciario no es propietario, por tanto, no resulta el sujeto responsable del pago de las multas correspondientes.

Procedimiento de Ejecución Coactiva, formulara queja contra el Procedimiento de Ejecución Coactiva solicitado se ordene la conclusión del referido procedimiento ya que no existe deuda exigible coactivamente. Dicho artículo se transcribe a continuación:

“Artículo 38°.- Recurso de queja.

38.1. El Obligado podrá interponer recurso de queja ante el Tribunal Fiscal contra las actuaciones o procedimientos del Ejecutor o Auxiliar que lo afecten directamente e infrinjan lo establecido en el presente capítulo.

38.2 El Tribunal Fiscal resolverá dentro de los veinte (20) días hábiles de presentado el recurso. Si de los hechos expuestos en el recurso de queja se acreditara la verosimilitud de la actuación o procedimiento denunciado y el peligro en la demora en la resolución de queja, y siempre que lo solicite el obligado, el Tribunal Fiscal podrá ordenar la suspensión temporal del procedimiento de ejecución coactiva o de la medida cautelar dictada, en el término de tres (3) días hábiles y sin necesidad de correr traslado de la solicitud a la entidad ejecutante ni al Ejecutor coactivo.”

Sólo si existe una orden de pago emitida observando el ordenamiento legal, es decir una “orden de pago emitida conforme a ley” puede iniciarse un procedimiento de cobranza coactiva. En el presente caso, La Fiduciaria en ninguna oportunidad presentó una declaración jurada sobre la existencia de los Predios, y por ende su vinculación con los mismos, verificándose la invalidez e improcedencia de la Orden de Pago. La Fiduciaria no presentó declaración jurada determinativa por el sólo hecho que no es contribuyente del IP.

Una solución similar se puede encontrar en el Tribunal Fiscal. Éste, a través de la Oficina de Atención de Quejas con fecha 23 de diciembre de 2015 declaró fundada la queja presentada por La Fiduciaria en el extremo referido a la suspensión del procedimiento de cobranza coactiva, e improcedente en el extremo referido a los cuestionamientos de aspecto de fondo. Fue por ello, que dicho proceso de ejecución coactiva fue apelado (en el aspecto de fondo) para revisión del Poder Judicial, emitiendo finalmente este ente la Resolución N° 12 de fecha 21 de junio de 2016,

dentro del Expediente N° 00069-2015-0-3101-SP-CI-01, declarando fundada la demanda y declarando nulo el procedimiento de ejecución coactiva dejando sin efecto cualquier medida cautelar que se haya dictado en dicho procedimiento.

3.2.Sobre la tercería de propiedad y el sujeto encargado de accionarla en un fideicomiso

Tal como se ha venido señalando en el trabajo (punto 2.3), el fiduciario en un fideicomiso en garantía no tiene propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Ahora bien, resulta interesante analizar si bajo dicho concepto de dominio, el fiduciario podría plantear intervención excluyente de propiedad sobre los bienes que mantenga en dominio fiduciario, aun no siendo propietario.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 23° del Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva, aprobado mediante Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT: *“Por la intervención excluyente de propiedad, un tercero que no es parte del Procedimiento invoca a su favor un derecho de propiedad respecto del bien embargado por la SUNAT.”*

A su vez, el artículo 120° del Código Tributario señala *“el tercero que sea propietario de bienes embargados, podrá interponer intervención excluyente de propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.”*

Por su lado, RIOJA define a la tercería de propiedad como *“aquella pretensión deducida por un tercero en un proceso del cual no es parte sustantiva ni procesal, en cuya virtud reclama el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de su crédito con el producido de la venta del bien embargado”*⁸¹.

En otro caso se hace referencia a una tercería de propiedad interpuesta por un fiduciario. El caso se encuentra contenido en el Expediente de SUNAT N° 236-2015 (en adelante, el “Expediente”):

⁸¹ ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ, “En Defensa de la Propiedad Indebidamente Embargada,” *Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4-5, N° 6 y N° 7* (2010-2011): 188.

Los principales aspectos del caso, y en orden cronológico, detallo a continuación:

1. Por Escritura Pública de fecha 28 de agosto de 2006 otorgada ante Notario de Lima, Dr. Jaime Alejandro Murguía Cavero, Veritas Edificaciones S.A.C. (en adelante, “Veritas Edificaciones”), en calidad de fideicomitente; el Banco de Comercio, en calidad de fiduciario; y, el Fondo MiVivienda S.A. y del Fondo de Vivienda Policial, en calidad de fideicomisario suscribieron un Contrato de Fideicomiso (en adelante, el “Contrato de Fideicomiso”).

Veritas es una empresa promotora de construcción de proyectos inmobiliarios. Por su parte, el Fondo MiVivienda S.A. un fondo inscrito al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (a su vez supervisado por la SBS) cuyo objetivo principal es el financiamiento de la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas de los sectores C y D. A vez, el Fondo de Vivienda Policial permite administrar los fondos provenientes del personal de la Policía Nacional del Perú y sus familiares con derecho, con la finalidad de apoyar el acceso a una vivienda digna a sus beneficiarios.

2. A través del Contrato de Fideicomiso Veritas transfirió en dominio fiduciario al Banco de Comercio un inmueble que corría inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de Chiclayo (en adelante, el “Inmueble Matriz”), entre otros.
3. La transferencia en dominio fiduciario a favor del Banco de Comercio con relación al Inmueble Matriz quedó inscrita con fecha 25 de julio de 2006 en el asiento C00002 de la Partida Electrónica correspondiente al dicho inmueble.
4. Con fecha 15 de diciembre de 2006, se independizaron del Inmueble Matriz dos inmuebles, los mismos que corren inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y N° 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de Chiclayo (en adelante, los “Inmuebles Resultantes”).

5. Los Inmuebles Resultantes continuaban perteneciendo al patrimonio fideicometido constituido en virtud del Contrato de Fideicomiso, sin perjuicio de ello, el registrador al momento de la independización del Inmueble Matriz en los Inmuebles Resultantes omitió anotar la transferencia en dominio fiduciario sobre las Partidas Registrales correspondientes a los Inmuebles Resultantes.
6. Con fecha 5 de abril de 2011, quedó anotado en el Asiento C00003 de la Partida Matriz que el nuevo fiduciario del Contrato de Fideicomiso sería el Fondo MiVivienda S.A. por lo tanto el Banco de Comercio dejaba de ser fiduciario.
7. El Expediente inició con el procedimiento de cobranza coactiva iniciado por la SUNAT contra Veritas el 2 de agosto de 2013 a través del cual dicha entidad trabó embargo en forma de inscripción sobre los Inmuebles Resultantes (en adelante, el “Embargo”).
8. El Embargo quedó inscrito en las Partidas Electrónicas de los Inmuebles Resultantes.
9. El 18 de noviembre de 2014, el Fondo MiVivienda S.A. presentó ante la SUNAT una solicitud de intervención excluyente de propiedad, al amparo de lo previsto en el artículo 120° del CÓDIGO TRIBUTARIO, señalando que los Inmuebles Resultantes le fueron transferidos en dominio fiduciario con anterioridad a las medidas cautelares de Embargo y al ser sucesor del Banco de Comercio como fiduciario del Contrato de Fideicomiso. A efectos de acreditar su propiedad sobre los Inmuebles Resultantes, presentó el testimonio de Escritura Pública del Contrato de Fideicomiso, así como sus posteriores adendas, entre otros.
10. Mediante Resolución Coactiva N° 0230074047040 del 25 de noviembre de 2014, la SUNAT no ampara la intervención excluyente de propiedad interpuesta por el Fondo MiVivienda,

argumentando que la recurrente no ha acreditado ser propietaria de los Inmuebles Resultantes afectos al Embargo.

11. Con fecha 22 de enero de 2015, el Tribunal Fiscal emitió la RTF N° 00772-4-2015 a través de la cual confirmó la Resolución Coactiva N° 0230074047040 del 25 de noviembre de 2014 por medio de la cual no corresponde amparar la intervención excluyente de propiedad por parte del fiduciario.

En el Expediente se ve que antes de iniciarse el procedimiento administrativo, el Banco de Comercio renunció a su calidad de fiduciario, por lo que a partir de la renuncia de dicho banco el Fondo MiVivienda S.A. tomó la calidad de fiduciario.

En el rubro de dominio de las Partidas Electrónicas correspondientes a los Inmuebles Resultantes no se encontraba como titular del dominio fiduciario al Fondo MiVivienda S.A. ni el Banco de Comercio (anterior fiduciario), sino a Veritas. Ello porque dichos Inmuebles, como se ha visto en el Expediente, fueron a su vez independizadas del Inmueble Matriz—sobre la cual sí se había anotado el fideicomiso— pero cuando se llevó a cabo la independización, el registrador omitió anotar al fiduciario (ahora Fondo MiVivienda S.A.) en el rubro de dominio de los Inmuebles Resultantes, sin que ello signifique que por dicha omisión los inmuebles hayan dejado de estar bajo el dominio fiduciario.

Como consecuencia de que no haya estado inscrito el Contrato de Fideicomiso en las Partidas Electrónicas de los Inmuebles Resultantes, fue que la SUNAT, en el marco del procedimiento de cobranza coactiva, pudo inscribir el Embargo en dichas partidas, al desconocer el fideicomiso constituido.

Ocurrido esto, el Fondo MiVivienda S.A. (fiduciario) presentó una demanda de tercería de propiedad ante la SUNAT; dicha entidad basó la demanda en el hecho de que la SUNAT sabía que los bienes estaban en fideicomiso pese al error en la inscripción, ya que el antecedente estaba en Registros Públicos. La SUNAT emitió resolución rechazando la demanda y el fiduciario apeló la resolución ante el Tribunal Fiscal.

La Resolución del Tribunal Fiscal N° 00772-2015 de fecha 22 de enero de 2015 (en adelante, la “RTF”) se inclina por considerar que el

fiduciario no puede interponer intervención excluyente de propiedad porque no era el propietario de los bienes afectos al procedimiento de cobranza coactiva.

En la RTF, el Tribunal Fiscal concluye señalando que:

“La finalidad de la intervención excluyente de propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado en el caso de autos los embargos en forma de inscripción trabajados mediante las Resoluciones Coactivas N° (...) inscritos en las Partidas Electrónicas (...), no han recaído sobre bienes que fueron propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente (...).”

En tal sentido, el fiduciario –señala el Tribunal Fiscal–, por no ostentar la propiedad sobre los inmuebles que tiene bajo dominio no puede interponer intervención excluyente de propiedad.

Como primera cuestión a analizar corresponde el afirmar si la inscripción registral del fideicomiso sobre las partidas registrales correspondientes es requisito de validez del fideicomiso. Como se ha visto en la primera parte del presente trabajo (punto 2.4), el patrimonio autónomo se constituye con la suscripción del contrato de fideicomiso. Para ello, basta que el contrato sea suscrito por el fideicomitente y el fiduciario y que se presenten correctamente identificados los bienes fideicometidos para que ya exista fideicomiso.

Dicho esto, en el presente caso, los inmuebles sí se encontrarían en dominio fiduciario ya que la Partida Matriz, la cual fue transferida en dominio fiduciario, fue posteriormente independizada en dos partidas las mismas que seguían formando parte del fideicomiso ya que la independización en ningún caso significa el cambio de titularidad de los bienes.

Lo que se verifica es que aquí hubo un error en la inscripción del fideicomiso (porque el fideicomiso no aparecía inscrito en las partidas embargadas) y al momento de independizar los bienes el registrador olvidó registrar el fideicomiso en las nuevas partidas; es decir, los bienes

independizados salían registrados a nombre de Veritas en Registros Públicos. Ante esto, la SUNAT embargó los bienes basándose en la fe pública otorgada por Registros Públicos en cuanto que el titular registral sí era aquella persona sometida al procedimiento de cobranza coactiva. Luego del embargo, el fiduciario (Fondo MiVivienda S.A.) se dio cuenta del error e inscribió el fideicomiso correctamente.

La RTF no está sosteniendo que la SUNAT pueda embargar los bienes. En este caso hubo un error en el registro público de propiedad lo que permitió que SUNAT inscriba el embargo.

No está permitido por las normas vigentes el embargo de bienes en fideicomiso lo cual ha sido reconocido por la SUNAT en varias publicaciones. Por citar una de ellas, se puede mencionar al Informe N° 254-2005-SUNAT/2B0000 de fecha 10 de octubre del 2005 concluye en lo siguiente:

“En el marco de los contratos de fideicomiso, celebrados al amparo de la Ley de Banca y Seguros, no procede trabar medidas cautelares sobre los bienes y/o derechos transferidos por el deudor tributario, en calidad de fideicomitente, para que integren un patrimonio fideicometido; salvo que dichas medidas hayan surtido efecto con anterioridad a la transferencia fideicomisaria de tales bienes y/o derechos”.

Lo que el Tribunal Fiscal estableció es que el fiduciario no puede interponer tercería de propiedad porque no es el propietario.

Considerando lo dicho por el Tribunal Fiscal mi opinión es que la interpretación del artículo 120° del Código Tributario no debería cerrar la puerta a la intervención excluyente de propiedad del fiduciario como tercero propietario para defender el patrimonio fideicometido, ya que la empresa fiduciaria reviste todas las condiciones necesarias para una intervención de tal naturaleza ya que es la única que ejerce atributos del derecho de propiedad (punto 2) en los términos de la propia LGSF, ya que, ese patrimonio (bienes, derechos, obligaciones y/o cargas) no pueden quedar sin defensa ya que no hay posibilidad jurídica alguna de que ese patrimonio carezca de propietario o quien ejerza tales atributos por éstos.

En mi opinión la RTF no es apropiada porque si bien no establece que la SUNAT pueda embargar bienes en fideicomiso, sí niega la posibilidad de que la empresa fiduciaria pueda defender el patrimonio fideicometido como si fuera su propietario. De esta manera, quiebra la propia institución del fideicomiso y niega uno de sus principales atributos como es la reivindicación de éste.

Cabe señalar que, en la actualidad, la RTF está siendo revisada en el Poder Judicial a través de un contencioso administrativo.

3.3.Sobre el uso del fideicomitente de los bienes fideicometidos y la apropiación indebida

Tal como se ha explicado en el punto 2.3 en el fideicomiso en garantía, se transfiere al fiduciario la atribución de uso sobre el patrimonio fideicometido.

Es usual que, en el tipo de fideicomiso mencionado, se autorice, a través del contrato, a que sea el mismo fideicomitente quien ejerza el uso y posesión sobre los bienes fideicometidos. Sin perjuicio de ello, en caso de incumplimiento y ejecución del patrimonio fideicometido dicha autorización queda cancelada y al fideicomitente se le podría solicitar la entrega de los bienes muebles y la posesión del bien inmueble.

Por otro lado, cabe indicar que la apropiación indebida (o ilícita), delito tipificado en el artículo 190° del Código Penal en la sección de delitos contra el patrimonio, establece que:

“El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Por tanto, en caso de que un fideicomitente, en uso de los bienes muebles transferidos en fideicomiso no entregue los bienes al fiduciario cuando éste se lo ha solicitado, incurriría en delito de apropiación indebida.

Un tema relacionado con esto se puede apreciar en el expediente en la Carpeta Fiscal N° 3899-2015 de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica, Primer Despacho de decisión temprana.

Los datos más relevantes del Expediente son los siguientes:

1. Con fecha 11 de diciembre de 2013 Fondo Agrica S.A.C. (en adelante, el “Fondo Agrica”), en calidad de fideicomitente; La Fiduciaria S.A. (en adelante, “La Fiduciaria”), en calidad de fiduciario; y, el Banco Internacional del Perú – Interbank (en adelante, el “Interbank”), suscribieron un Contrato de Fideicomiso en Garantía (en adelante, el “Contrato de Fideicomiso”). Dicho Contrato de Fideicomiso fue elevado a Escritura Pública ante Notario de Lima, Dr. Eduardo Laos de Lama el 13 de diciembre de 2013 y quedó debidamente inscrito en tres predios del Registro de Propiedad Inmueble de Ica (Ubicación Distrito Salas Guadalupe) y en el Registro Mobiliario de Contratos (en conjunto por todas las maquinarias y equipos agrícolas que habían sido transferidos en dominio fiduciario).
2. Por medio del Contrato de Fideicomiso, el Fondo transfirió en dominio fiduciario a La Fiduciaria ciertos terrenos, equipos, cultivos, entre otros, de su propiedad, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los acuerdos de financiamiento entre el Interbank y el Fondo Agrica.
3. Asimismo, en el Contrato de Fideicomiso se estableció que La Fiduciaria mantendría el dominio fiduciario del patrimonio fideicometido, con pleno derecho de administración, uso, disposición y reivindicación de acuerdo a lo establecido en la LGSF. Estando a ello, La Fiduciaria a su vez autorizó al Fondo Agrica a explotar económicamente la unidad de producción (ello para bienes muebles e inmuebles) a efectos de aprovechar los frutos que se puedan percibir durante la vigencia del negocio fiduciario. Además de ello, se pactó que la vigencia de la autorización se extendería hasta el momento en que Interbank remitiera a La Fiduciaria una notificación de incumplimiento de los acuerdos de financiamiento por parte de Fondo Agrica.

4. El 5 de noviembre de 2014 –mediante carta notarial– Interbank comunicó a La Fiduciaria que el Fundo Agrica había incumplido con sus obligaciones y solicitó la ejecución del patrimonio fideicometido.
5. En el Contrato de Fideicomiso se estableció que en el eventual caso de ejecución del patrimonio fideicometido, el Fundo Agrica debía entregar inmediatamente a La Fiduciaria la posesión mediata o inmediata de los bienes que conforman el patrimonio. Es por ello que, por carta notarial del 19 de noviembre de 2014, Interbank confirmó que procedió a requerir al Fundo Agrica la entrega total de los bienes fideicometidos a La Fiduciaria.
6. A pesar de las reiteradas solicitudes, el Fundo Agrica no entregó la posesión de los bienes fideicometidos a La Fiduciaria, así como de los equipos y maquinarias de la unidad de producción.
7. Por lo señalado precedentemente, el 17 de diciembre de 2015, La Fiduciaria interpuso denuncia penal por delito de apropiación indebida contra el gerente general del Fundo Agrica, por encontrarse en uso y posesión de los equipos y maquinarias que eran de titularidad de La Fiduciaria en mérito del dominio fiduciario. Posteriormente, el 19 de febrero de 2016 la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica – Despacho de Decisión Temprano dispuso el archivo preliminar de la investigación.
8. Luego de transcurrido el proceso de denuncia fiscal, ellos son los actos de recurso de queja de derecho, declaración fundada de la queja de derecho, investigación preparatoria, alegatos finales, entre otros, con fecha 14 de julio de 2017, la Fiscalía dispuso que no procedía formalizar y/o continuar con la investigación preparatoria contra gerente general del Fundo Agrica por la comisión del delito de apropiación indebida.
9. La Fiscalía a través del Informe señaló que no se configuró delito de apropiación indebida y los principales argumentos que indicó fueron:
 - (i) “... conforme se desprende de la cláusula sexta (del Contrato de Fideicomiso) y demás siguientes del mismo, en efecto el

Fundo Agrica transfiere el dominio fiduciario sobre los bienes fideicometidos a favor de La Fiduciaria (...); sin embargo, en esa misma cláusula La Fiduciaria autoriza al Fundo Agrica para que explote económicamente la unidad de producción a título gratuito, es decir en beneficio de ésta, con la condición de que dicha autorización se mantendría vigente hasta que se presente un evento de incumplimiento de obligaciones que sea comunicado por el Interbank a La Fiduciaria, en mérito a ello es que Fundo Agrica ha continuado usando y explotando sus bienes, pero véase, esto significa que La Fiduciaria nunca tuvo en su poder los bienes que pretende ahora le sean devueltos por ésta vía penal, nunca tuvo la posesión de los mismos, en otros palabras nunca tuvo un real “dominio fiduciario” del patrimonio fideicometido, por cuanto antes y después de celebrarlo el Contrato de Fideicomiso, el Fundo Agrica siempre se ha mantenido en posesión real de los bienes, por consiguiente, ahora nos preguntamos ¿Fundo Agrica ha recibido los bienes de parte de La Fiduciaria?, conforme a los fundamentos antes expuestos la respuesta es no, por lo que estaríamos ante la falta de un elemento típico para configurar el delito denunciado.”

- (ii) “... el bien jurídico protegido en el delito de Apropiación Ilícita es el patrimonio, y el sujeto pasivo del mismo solo puede ser propietario del mismo; siendo así veamos, luego que Fundo Agrica, La Fiduciaria y el Interbank firmaron el Contrato de Fideicomiso nos preguntamos, ¿de quién es la propiedad de los bienes constituidos en patrimonio fideicometido? (...) aun cuando los activos son entregados en fideicomiso al fiduciario estos siguen manteniendo la propiedad por parte del fideicomitente (...) Por consiguiente, respondemos a nuestra pregunta formulada, afirmando que luego de la suscripción del Contrato de Fideicomiso “el propietario” de los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido no es La Fiduciaria, quien solo podría ostentar el “dominio fiduciario” del mismo, sino que el Fundo Agrica aún continúa siendo propietario de sus bienes. Por consiguiente, resulta imposible que el denunciante pueda ser

agraviado en el delito denunciado, resultando atípica su conducta.”

En el Informe, la Fiscalía concluyó que no se configuró delito de apropiación ilícita ya que el Fundo Agrica en ningún momento dejó de ser propietaria de los bienes. En tal sentido, hacía falta para la configuración del tipo penal, el sujeto pasivo del delito.

Señala también que La Fiduciaria nunca entró en posesión de los bienes, por ello no corresponde que los reclame. En otras palabras, el fiscal señala que La Fiduciaria nunca tuvo en su poder los equipos y maquinarias objeto de denuncia por apropiación indebida, siendo ello una falta del elemento típico para configurar el delito.

Lo primero que quiero señalar es que el dominio fiduciario en ningún momento es transferido por el fideicomitente al fiduciario, como señala el fiscal en el primer argumento presentado. El dominio fiduciario, es el atributo que tiene el fiduciario sobre los bienes fideicometidos una vez que ha sido suscrito el Contrato de Fideicomiso.

Antes de proceder a analizar si se efectuó o no la entrega de los bienes al fiduciario para configurar el supuesto de hecho y objeto material del delito de apropiación indebida, cabe entender la razón de ser que mediante el Contrato de Fideicomiso se otorgue autorización al fideicomitente al uso de los bienes.

La naturaleza para este tipo de fideicomiso es ser el otorgar una garantía en respaldo de un financiamiento previo. Ello es, que sólo en caso de incumplimiento, se ejecutarían los bienes, y con las ganancias de dicha ejecución se amortizan o cancelan los créditos. Entonces, resulta lógico que el fideicomitente los continúe teniendo en posesión y uso para continuar con el giro del negocio. De esta manera podrá continuar percibiendo ganancias para pagar los créditos adquiridos.

REATEGUI señala que *“para que se configure el delito de apropiación ilícita es requisito sine qua non que el sujeto activo haya*

*entrado en posesión del bien apropiado con la obligación de su posterior devolución o entrega*⁸²”.

Ahora bien, con la sola suscripción del fideicomiso y de acuerdo a lo normado en la LGSF al fiduciario se le otorgan las facultades de uso, administración, disposición y reivindicación de los bienes fideicometidos (punto 2.3). Sin perjuicio de lo señalado REATEGUI también que dice que “*no necesariamente tiene que darse en forma de traditio la entrega del bien mueble*”⁸³.

Por lo tanto, no se requiere que exista una entrega material ni mucho menos desplazamiento físico de los bienes.

La actuación del ente fiscal en este caso no guarda coherencia con el punto 2.3 desarrollado previamente el mismo que señala que el fideicomitente no es propietario de los bienes fideicometidos.

Ahora bien, concuerdo con que en la apropiación indebida el sujeto pasivo es el propietario. Lo que corresponde determinar es en el caso concreto, es quien sería el propietario dentro del marco del fideicomiso, ya que de lo analizado se puede concluir que ni fideicomitente ni fiduciario son los propietarios.

Que el fiduciario no sea el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida considero no es impedimento para presentar denuncia fiscal en caso un tercero, o el mismo fideicomitente (que era el propietario de los bienes fideicometidos antes de la suscripción del contrato de fideicomiso) no le haga entrega de los mismos una vez que se le haya requerido. Habrá que cuestionarse sobre la naturaleza de la apropiación indebida. No se debería limitar el derecho de otros titulares de dominio de presentar dicha acción penal, como es en este caso La Fiduciaria. Cabe recordar que el fiduciario tiene también la acción reivindicatoria sobre los bienes fideicometidos, y ello es, poder solicitarlos a quien los tenga.

⁸² JAMES REATEGUI SÁNCHEZ, *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial* (Lima: Legales Ediciones, 2016), 603.

⁸³ Ídem.

Por tanto, soy de la opinión de que el sujeto tutelado es cualquiera que tenga un interés para que le devuelvan el bien.

Cabe señalar que actualmente la resolución mencionada ha sido interpuesta por Recurso de Elevación, la misma que está siendo revisada por la Fiscalía Corporativa.

CONCLUSIONES

Después de analizar la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del presente trabajo podemos llegar a las siguientes conclusiones.

1. La figura del fideicomiso en garantía, tal como la conocemos hoy, tiene sus orígenes en la institución romana de la *fiducia cum creditore* en donde el transferente entregaba un bien al acreedor, quien lo restituía al transferente una vez que éste había pagado la deuda.
2. La naturaleza jurídica del fideicomiso no se corresponde con ningún derecho real o personal tradicional. Según las conclusiones que se presentan en este trabajo, la noción jurídica del fideicomiso se puede resumir como la afectación de un patrimonio hacia un fin específico (que es el fin que se pacta en el contrato de fideicomiso).
3. Los fideicomisos pueden revestir formas diversas, tales como el fideicomiso en administración, el fideicomiso en garantía, el fideicomiso de titulización, el fideicomiso vitalicio, el fideicomiso cultural o el fideicomiso filantrópico, por mencionar los más conocidos. El plazo máximo para su duración es de 30 años según las normas vigentes. La extinción del fideicomiso puede deberse a la renuncia de la empresa fiduciaria, la renuncia expresa de todos los beneficiarios, la pérdida de los bienes que integran el fideicomiso, haberse cumplido la finalidad del fideicomiso, entre otras causales.

4. En el caso del fideicomiso en garantía, la empresa fiduciaria tiene responsabilidad por dolo o culpa grave frente a las partes contratantes por el incumplimiento de sus obligaciones. Dichas obligaciones son de medios y no de resultados. Entre aquellas obligaciones que le corresponde se puede mencionar: el cuidar los bienes que conforman el patrimonio fideicometido con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador, defender el patrimonio de daños físicos como de acciones judiciales o extrajudiciales que puedan afectar su integridad y llevar una contabilidad independiente por cada uno de los patrimonios fideicometidos.
5. Pese a ser una figura no tan conocida, el fideicomiso en garantía resulta de gran beneficio en múltiples operaciones de financiamiento debido a la seguridad que brinda a los contratantes. Una de sus ventajas más notorias es la conformación de un patrimonio inembargable que genera sobre los bienes del deudor un patrimonio autónomo, contra el cual los acreedores no podrán dirigirse para efectuar el cobro de sus derechos crediticios. Otra ventaja, es que los bienes fideicometidos constituyen una garantía exclusiva para el fideicomisario, garantía que no se comparte con otros acreedores. Si se hace una comparación con figuras afines tales como la Hipoteca, el fideicomiso ofrece singulares ventajas debido a que su ejecución se realiza de manera extrajudicial, no siendo requisito la resolución de un juez para la ejecución.
6. En el fideicomiso en garantía la propiedad bajo ninguna circunstancia se transfiere al fiduciario. Al fiduciario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 252° de la LGSF, únicamente se le transfieren las potestades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Los bienes sobre los cuales se constituye el fideicomiso se aíslan del patrimonio del fideicomitente.
7. Pese a la naturaleza diferente del fideicomiso en garantía y la Hipoteca, estas figuras cumplen una finalidad sumamente parecida: servir como garantía en operaciones de financiamiento. Frente a la interrogante de si la adjudicación de un fideicomisario sobre los bienes fideicometidos -en un escenario de ejecución de garantía- contraviene lo señalado en el artículo 1111° del Código

Civil (pacto comisorio) este estudio considera que la constitución de un fideicomiso en garantía no podría evadir la aplicación de dicha norma.

8. La práctica demuestra que en el Perú no está claro quién es el responsable tributario del pago de impuestos como el predial, el vehicular y otros similares una vez que sobre los bienes se ha constituido un fideicomiso en garantía. La administración tributaria suele dirigirse al fiduciario para el cobro de dichos impuestos y ello encuentra explicación en diferentes causas. En este trabajo se han analizado casos concretos en donde se aprecia, en muchos casos, una falta de entendimiento de la figura, propiciada además por vacíos normativos.
9. Está claro que hay supuestos que exigen un análisis distinto al de las normas privadas. Específicamente, cuando se está frente a la aplicación de una norma de Derecho público, considerar que el patrimonio fideicometido no tiene dueño generaría importantes efectos no deseados. En el caso concreto de la aplicación de las normas tributarias, por ejemplo, se ha concluido que la responsabilidad por el pago de los tributos recae únicamente en el fideicomitente como constituyente de la garantía con finalidad específica. Esto se explica en que las obligaciones del fideicomitente, como “propietario”, siguen permaneciendo en la esfera de éste, aun considerando que el bien objeto del fideicomiso ha sido excluido de su patrimonio. Por tanto, resultan contradictorios los casos en que las entidades tributarias atribuyen propiedad y, por ende, responsabilidad tributaria a las empresas fiduciarias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, Manuel. 1994. *Derecho Civil Tomo III Volumen I*. Barcelona: Editorial José María Bosch Editor S.A.
- Alfaro, Ricardo J. 1971. *El Fideicomiso en Panamá*. Panamá: Estrella de Panamá.
- Avendaño Arana, Francisco. 1996. El Fideicomiso. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*.
- Barbero, Doménico. 1967. *Sistema del Derecho Privado, Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Bardella, Gianfranco. 1989. *Un siglo en la vida económica del Perú*. Lima: Banco de Crédito del Perú.

- Batiza, Rodolfo. 1985. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Bello Knoll, Susy Inés. 2013. *Fideicomiso Público*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Bolsa de Valores de Lima BVL, "Empresas", Rímac Seguros y Reaseguros S.A., Memorias, 2013, Memoria Anual <https://goo.gl/JwvzGu> (consultada el 16 de junio de 2014).
- Borda, Guillermo. 1992. *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Castillo Freyre, Mario. 2006. Compendio Especializado de Doctrina de la Revista Peruana de Jurisprudencia, noviembre.
- Cervantes Ahumada, Raúl. 1954. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México: Editorial Porrúa.
- Césare Sifuentes, José Paulo. 2006. Comentarios a la Resolución N° 1765–2005–SBS (Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero). *Normas Legales Análisis Jurídico*, febrero.
- Comitre, Paulo, Marlene Bazán, Diana Farfán, Ronald Gutiérrez, Joe Navarrete y Márlury Valdez. *Fideicomiso Público*. Lima: Esan Ediciones.
- De la Fuente y Hontañón, Rosario. 2012. *La Herencia Fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho Peruano*. Lima: Palestra Editores.

- Diario Gestión, Sección “Tu Dinero”, <https://goo.gl/DQKYdy> (consultada el 28 de julio de 2017).
- Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. 1998. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. 1996. *Dos Aspectos de la Esencia del Fideicomiso Mexicano*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. 2004. *El Fideicomiso. Negocio Jurídico: Régimen Fiscal Inmobiliario; Instrumento en la Inversión Extranjera*. México D.F.: Porrúa.
- Escobar Rozas, Freddy. 2004. Breve Ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el Sistema Jurídico Peruano. *Themis 48 Revista de Derecho*.
- Ghersi, Carlos A. y Celia Weingarten. 200. *Fideicomiso*. Rosario: Nova Tesis.
- Hakansson Nieto, Carlos. 2012. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI, "Biblioteca virtual", Publicaciones digitales, Empleo e ingreso, Perú: Ingreso promedio mensual proveniente del trabajo, según ámbito geográfico, 2004-2012, consulta hecha sobre el año 2012 en las regiones Lima y Callao <https://goo.gl/UzFw2Z> (consultada el 16 de junio de 2014).
- Kiper, Claudio M. y Silvio V. Lisoprawski. 2004. *Tratado de Fideicomiso*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- La Fiduciaria S.A. Memoria Anual 2015 <https://goo.gl/ojFgAo> (consultada el 2 de abril de 2017).

- La Fiduciaria S.A., Sección “Productos”, <https://goo.gl/Cpca9L> (consultada el 4 de abril de 2017).
- Lasarte, Carlos. 2010. *Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Principios de Derecho Civil Tomo Quinto*. Madrid: Marcial Pons.
- Martín Mato, Miguel Ángel. 2009. *Los Fideicomisos en los Tiempos Modernos*. Buenos Aires: Cengage Learning Argentina.
- Messineo, Francesco. 1952. *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa – América.
- Neirotti, Julián E., *Manual Práctico de Fideicomiso: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Modelos Contractuales* (Rosario: Nova Tesis, 2000), 16.
- Petit, Eugene. 1990. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Reategui Sánchez, James. 2016. *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*. Lima: Legales Ediciones.
- Revatta Vera, Ángel, Perú: Los fideicomisos, cada vez más cerca de los peruanos <https://goo.gl/PPxjZa> (consultada el 27 de agosto de 2017).
- Rioja Bermúdez, Alexander. 2010-2011. En Defensa de la Propiedad Indebidamente Embargada. *Revista Oficial del Poder Judicial*.
- Serra, Juan Carlos. 2007. *Fideicomiso: Análisis Integral y Aspectos Tributario*. Argentina: Osmar D. Buyatti.

- Stewart Balbuena, Alberto. 1996. *El fideicomiso como Negocio Fiduciario*. Lima: Grijley.
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensión, Historia de la Supervisión y Regulación Financiera en el Perú 75 años de la Superintendencia de Banca. 2006.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, "Acerca de la SBS", ¿qué es la SBS? <https://goo.gl/HfYcsi> (consultada el 1 de marzo de 2017).
- Villagordoa Lozano, Jose Manuel. 1976. *Doctrina General del Fideicomiso*. México D.F.: Asociación de Banqueros de México.