

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**LA INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD INTERPUESTA POR LOS
FIDUCIARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS DE COBRANZA
COACTIVA SEGUIDOS CONTRA EL FIDEICOMITENTE. LA (IN)DEFENSA DE
LOS PATRIMONIOS FIDEICOMETIDOS EMBARGADOS ANTE LA SUNAT Y
EL TRIBUNAL FISCAL**

Tesis para optar por el Título de Abogada, que presenta la Bachiller:

KRIZIA ESTEFANIA HURTADO ANTONIO

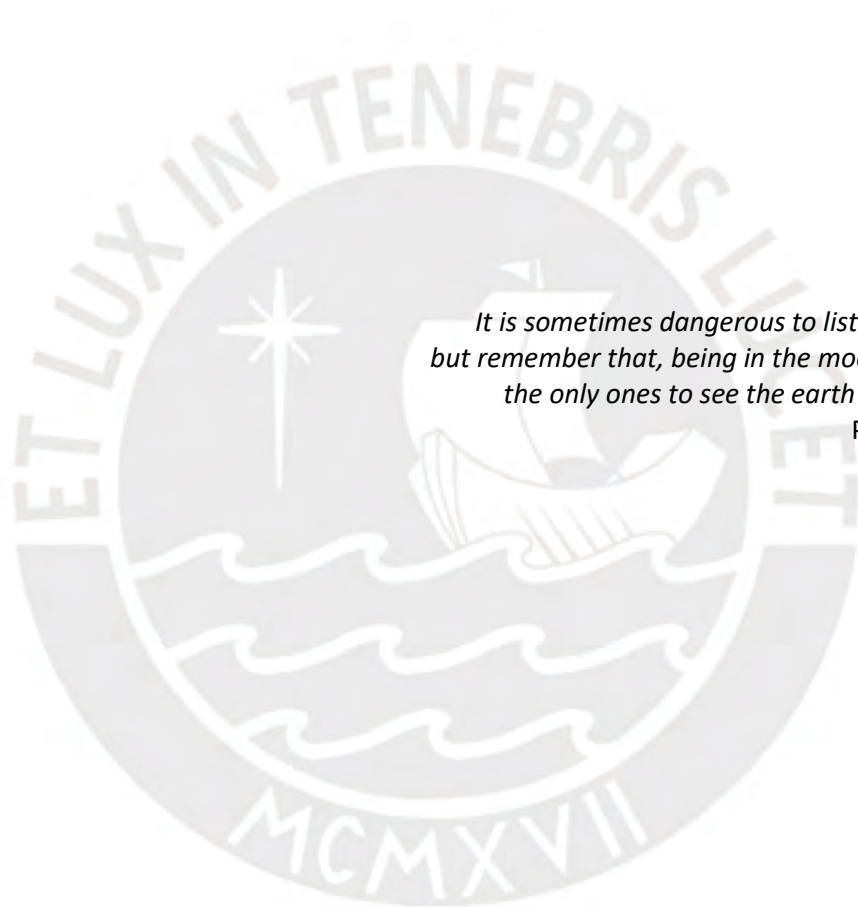
Asesor: LUIS DURAN ROJO

Lima, 2019



A Edgar y Chela, con cariño.

A ustedes me debo infinitamente.



*It is sometimes dangerous to listen to poets,
but remember that, being in the moon, they are
the only ones to see the earth as a whole!*

Paul Claudel

ABREVIATURAS

CC	Código Civil Peruano, aprobado por Decreto Legislativo N° 295 y modificatorias
CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS y modificatorias
CT	Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF
CP	Constitución Política del Perú de 1993
D.L.	Decreto Legislativo
D.S.	Decreto Supremo
EXP.	Expediente
LGSF	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y modificatorias
RES.	Resolución
RFESF	Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, aprobado por Resolución SBS N° 1010-99 y modificatorias
RPCC	Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2004
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal
RTFOO	Resolución del Tribunal Fiscal de Observancia Obligatoria
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	Tribunal Constitucional
TF	Tribunal Fiscal
T.U.O.	Texto Único Ordenado

RESUMEN

El presente trabajo parte del hallazgo de cuatro expedientes tributarios de cobranza coactiva bastante similares y recientes. En éstos un contribuyente tiene una deuda tributaria exigible, en virtud de lo cual la Administración Tributaria inicia su cobranza coactiva y posteriormente ordena el embargo de los bienes del deudor. No obstante, el problema surge cuando dicho embargo recae sobre bienes fideicometidos, respecto de los cuales el deudor solo es el fideicomitente. Una primera cuestión, es la ilegalidad del embargo del bien fideicometido, dada la existencia de un patrimonio autónomo, el cual instituye automáticamente un cerco de aislamiento patrimonial que protege a los bienes que lo componen, de cualquier deuda y/o obligación del fideicomitente. Asimismo, una segunda cuestión, es la relativa a la legitimidad del fiduciario para accionar la Intervención Excluyente de Propiedad (art. 120° del Código Tributario), pues como bien lo señala el Tribunal Fiscal y la SUNAT, éste no tiene la condición de propietario de los bienes afectados con el embargo. Esta investigación resulta relevante pues los cuatro casos identificados demuestran no solo una situación de indefensión de los fideicomisos dada la ausencia de un mecanismo procedimental que permita la desafectación de bienes ilegítimamente embargados, sino también que la reciente aparición de los fideicomisos en el ámbito tributario, genera una espesa nebulosa de confusión entre la Administración y los administrados que necesita ser resuelta con apremio a fin de evitar que dicha situación redunde. En tal sentido, este trabajo busca responder a si: ¿Los fiduciarios deberían poder accionar la Intervención Excluyente de Propiedad del art. 120° del Código Tributario? Para lo cual, la metodología está establecida de modo que a partir de la casuística y del estudio de las instituciones y mecanismos procesales respectivos (i.e. Intervención excluyente de propiedad, tercería de propiedad, embargo, procedimiento de cobranza coactiva, *trust*, fideicomiso y patrimonio autónomo) se pueda responder tanto a la cuestión de carácter procedimental (legitimidad para obrar del fiduciario), como a la cuestión referida al fondo del asunto (ilegalidad del embargo). Conforme a lo cual, la conclusión arribada es que los fiduciarios, en tanto representantes del patrimonio autónomo fideicometido, sí tienen legitimidad para accionar la Intervención Excluyente de Propiedad.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	4
RESUMEN.....	5
CONTENIDO.....	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1	
LA (IN)DEFENSA DE LOS PATRIMONIOS FIDEICOMETIDOS EN LOS CUATRO FALLOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL FISCAL	15
1. Casuística y apuntes en torno a la problemática	15
1.1. Resolución del Tribunal Fiscal No. 2048-10-2015	16
1.2. Resolución del Tribunal Fiscal No. 0772-4-2015	20
1.3. Resolución del Tribunal Fiscal No. 2195-4-2015	22
1.4. Resolución del Tribunal Fiscal No. 8147-8-2016	25
2. Situación de indefensa de los Patrimonios Fideicometidos: un problema de forma sobre fondo	32
3. Otras consideraciones en torno a la problemática	38
3.1. Estado de la cuestión	38
3.2. Dificultades que contribuyen al problema.....	39
CAPÍTULO 2	
EL FIDEICOMISO PERUANO COMO PRODUCTO DE UN TRASPLANTE JURÍDICO	44
4. Antecedente del Fideicomiso: ¿El trust anglosajón o el fideicommissum romano?	44
4.1. El fideicommissum romano.....	45
4.2. El trust anglosajón.....	47
5. Importación jurídica del trust en Latinoamérica.....	52
5.1. El fideicomiso bajo la propuesta de Ricardo Alfaro	53
5.2. El fideicomiso bajo la propuesta de Pierre Lepaulle	54
5.3. El misceláneo Fideicomiso actual.....	56
6. Evolución normativa del fideicomiso peruano.....	60
6.1. Primera etapa de la evolución normativa: del auge a la decadencia	61
6.2. Segunda etapa de la evolución normativa: réplicas legislativas y teóricas.....	63
CAPÍTULO 3	
LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL DE RIESGOS: ESENCIA DEL FIDEICOMISO PERUANO	66
7. Fundamentos del trust.....	67
7.1. El Principio de Asset Partitioning: esencia del trust.....	69
7.2. El Principio de Fiduciary Regime	75
8. Fundamentos del Fideicomiso Peruano.....	77

8.1.	El Principio de Separación Patrimonial de Riesgos: esencia del fideicomiso	79
8.2.	El Patrimonio Autónomo: quid de la defensa del fideicomiso	83
8.3.	El Principio de Gestión Especializada y el dominio fiduciario	91
9.	Alcances de la responsabilidad objetiva del Fideicomitente	94
CAPÍTULO 4		
LA INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DE COBRANZA COACTIVA		
		98
10.	El procedimiento tributario de cobranza coactiva	98
10.1.	Antecedentes	100
10.2.	Fundamentos del procedimiento administrativo de cobranza coactiva.....	104
10.3.	Presupuestos del procedimiento tributario de cobranza coactiva	105
10.4.	Facultades y limitaciones del Ejecutor Coactivo	106
10.5.	Causales de suspensión y conclusión del procedimiento	109
11.	La Intervención Excluyente de Propiedad prevista en el artículo 120° del Código Tributario.....	109
11.1.	Fuente: la Tercería de Propiedad regulada en el Código Procesal Civil	110
11.2.	La Intervención Excluyente de Propiedad y sus presupuestos	117
11.3.	Legitimidad para obrar activa en la “oposición de terceros”: ¿exclusivamente los titulares del derecho de propiedad?.....	125
12.	El acceso a la justicia y la defensa de los patrimonios fideicometidos	137
13.	Propuesta del presente trabajo	139
13.1.	Problema jurídico y finalidad de la propuesta	139
13.2.	Alternativas de solución	139
CONCLUSIONES		144
ANEXOS.....		150
ARTÍCULO 120° DEL CÓDIGO TRIBUTARIO		150
REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA LGSF		151
RTF N° 2048-10-2015		155
RTF N° 772-4-2015		160
RTF N° 2195-4-2015		165
RTF N° 8147-8-2016		170
INFORME N° 254-2005-SUNAT.....		175
CAS. N° 492-2009-ICA.....		178
BIBLIOGRAFÍA.....		185

INTRODUCCIÓN

En el año 1999, cuando la actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 (LGSF) tenía apenas tres años de haber sido promulgada, aparecieron en el Perú las primeras experiencias exitosas de financiamiento que involucraban de por medio el casi desconocido “fideicomiso”. Entre ellas, el proyecto minero Antamina por US\$ 6,000 millones y la construcción del hotel JW Marriott Lima por US\$ 30 millones.¹ Para ambos casos, el Banco Sudamericano (hoy Scotiabank Perú) actuó como fiduciario.

A pesar de la reciente introducción normativa del fideicomiso en nuestro país y de su incipiente uso –a diferencia de otros países cuyo legado era basto²–, dichos ejemplos y otros más se encargaron de demostrar las ventajas y el potencial que éste tenía como herramienta de financiamiento y garantía. Es así que por ejemplo a inicios del año 2001, el Grupo Crédito (BCP), Interbank y el Banco Sudamericano (Scotiabank) formaron la primera empresa peruana de servicios fiduciarios, “La Fiduciaria”.³ En el mismo año, la Asociación de Bancos del Perú (ASBANC) organizó el XII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso – COLAFI, el cual se realizó con éxito en octubre del 2002 en la ciudad de Lima y contó con la participación de más de 400 expertos nacionales y extranjeros que destacaron y promovieron el empleo de este instrumento en la economía del continente.⁴

Es así como a inicios del siglo XXI, el Fideicomiso se asentaba e iniciaba su despegue en el mercado peruano, para luego expandirse paulatinamente a todo tipo de operaciones (préstamos garantizados, compraventa de empresas, financiamientos, proyectos inmobiliarios, entre otros). En el 2006, diez años después de promulgada la Ley de Banca, el Perú ya se repuntaba junto a Venezuela y Colombia, como uno de los tres países de la región con mayores activos fideicometidos, e incluso por encima del promedio.⁵ Aunque con la variante de que contrariamente a lo que ocurría en América Latina y el Caribe, donde la participación del sector público en los fideicomisos era del 45%; en el caso peruano, la participación del sector privado y público, se mantenía en una proporción de 90% y 10%, respectivamente.⁶ Sin perjuicio de ello, casi quince años después, para finales del 2012 en nuestro país ya se habían celebrado un total de 856 contratos fiduciarios, para el año 2014 se bordeaba los 1400, y para finales del 2017 la

¹ CHAPPUIS, Jacqueline “El fideicomiso, Themis y las frías mañanas de invierno”, *Themis*, 2005, 47–58 (p. 52) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8746/9132>>; PEREZ, Claudia y Maria Luisa TEJADA, *Scotia Sociedad Titulizadora S.A. Patrimonio en fideicomiso - D.Leg. N° 861 Título XI, 2013 - Inversiones La Rioja* (Lima, Perú) <<http://www.equilibrium.com.pe/LaRioja.pdf>>.

² Entre ellos, México, Panamá, Colombia, Venezuela y Argentina.

³ La Ley de Banca sólo autoriza a operar como fiduciarios a empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (véase el artículo 242°). A enero del 2018, las empresas fiduciarias en el país sólo son tres.

⁴ CHAPPUIS, Jacqueline. *Ib.*

⁵ Para el año 2006, Colombia encabezaba la lista de activos administrados en fideicomiso con US\$ 41,930 millones, luego le seguía Venezuela con US\$ 33,195 millones y finalmente Perú con US\$ 10,640 millones. Sin embargo, las estadísticas por número de negocios fiduciarios celebrados, ha sido encabezada casi siempre por Panamá, Colombia y Ecuador. Véase: COMITÉ LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO, *Estadísticas Fiduciarias de Latinoamérica* (República Dominicana), pp. 16–17 <www.felaban.net/archivos_documentos_comites/archivo20140721222115PM.pptx>.

⁶ *Ib.*

cifra llegaba a las 2000 operaciones, con un promedio de US\$ 50,000 millones de activos administrados.⁷

Desde el año 2015, el crecimiento del fideicomiso en el país se vio particularmente fomentado por una actividad peculiar del sector inmobiliario y de infraestructura. En estos años dichos sectores, junto al sector *retail* y familiar, congregaron entre el 45% y 55% de todas las operaciones fiduciarias. Nótese que incluso en el 2016, una nota periodística revelaba que de enero a agosto, las empresas brasileñas de construcción habían hecho crecer a los fideicomisos en un rango de 15%, a comparación del mismo periodo en el año anterior.⁸ En ésta se señalaba que el sector construcción había sido el de mayor demanda de fideicomisos, en especial para la reestructuración de empresas y de operaciones que garantizaran los flujos de las obras adjudicadas a “estas empresas brasileñas que venían atravesando situaciones adversas”. Así, en este escenario, se esperaba que el año terminara con un crecimiento del 25% en las operaciones fiduciarias del sector.

Indudablemente, una de dichas empresas brasileñas a la que se hacía alusión era “Constructora OAS Sucursal Perú”. Una de las siete empresas brasileñas involucradas en el caso *Lava Jato*⁹ en Perú y adjudicataria, en solitario y en consorcio, de siete obras en Lima y Cusco.¹⁰ Concretamente, entre el año 2009 y el año 2015, se le adjudicaron siete proyectos con una inversión de 1,281 millones de dólares. Sin embargo, dado que en cuatro de éstas hubieron incrementos por un total de 89 millones, la inversión final del Estado fue de 1,313 millones de dólares. Las siete obras en cuestión fueron: Tránsito del Proyecto Derivación Huascacocha – Rímac; Proyecto Línea Amarilla (Parque Vía Rímac); Carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta; By Pass de 28 de julio Lima Metropolitana; Centro de Convenciones en Lima Perú; Carretera Camaná Dv. Quilca Maratani Ilo Tacna Tramo Dv. Quilca Maratani; y Hospital Antonio Lorena nivel III-1, Cusco. Los cuales en su mayoría incluían contratos de fideicomiso para la administración de los fondos recibidos como contraprestación por las obras.

Ahora bien, sería a finales del año 2016, que por cuestiones de la vida uno de dichos proyectos me conduciría indirectamente a lo que hoy es este trabajo de investigación. Como parte de mi experiencia pre-profesional, tomé conocimiento de un procedimiento tributario que involucraba el embargo de los fondos de un fideicomiso celebrado con ocasión de la obra “Carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta”. A pesar de que no tuve contacto con el caso y someramente supe de éste, una breve conversación en torno a ella sembró en mí aquel “bichito” de la curiosidad, que si bien en un principio no pasó de ser un tema “interesante”, tras iniciar una pesquisa más perfilada, las interrogantes se fueron multiplicando más y más, y conforme a ello caí en la cuenta de que definitivamente éste era un tema explotable académicamente. En particular, este caso y la posterior identificación de otros

⁷ COMITRE, Paulo et al., *El fideicomiso y el financiamiento público* (Lima, Perú: ESAN, 2015), pp. 91–92.

⁸ Véase: REDACCIÓN EL COMERCIO, “Empresas aumentaron fideicomisos en 15% entre enero y agosto”, *El Comercio*, 2016 <<https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=articulo&id=28&pagina=1>> [accedido 3 abril 2018].

⁹ El escándalo político por corrupción más grande de Latinoamérica, que ha involucrado a candidatos, mandatarios, funcionarios y empresarios de 12 países del continente por licitaciones de obras con Odebrecht y vinculadas (Camargo Correa; OAS; Andrade Gutiérrez; Queiroz Galvao; Pattac, Tucuman y Fortesol; y Engevix Engenharia S.A.).

¹⁰ RPP, “Los megaproyectos en los que trabajaron las constructoras brasileñas en Perú”, *RPP* <<http://rpp.pe/politica/judiciales/en-que-megaproyectos-en-peru-trabajaron-las-constructoras-brasilenas-entre-2004-y-2015-noticia-1061932>> [accedido 3 abril 2018].

tres similares, implicaban a grandes rasgos una discusión sobre “fideicomisos”, “embargos”, “cobranzas coactivas”, “dominio fiduciario”, “tercerías de propiedad”, “legitimidad para obrar”, entre otros. Se trataba indudablemente de una “caja negra”, respecto de la cual, tomando palabras de María de los Ángeles Fernández y Julio Del Valle, a donde yo apuntara con mi investigación, ésta se convertía en mi “linterna que iluminaba un segmento circular de esa caja negra compleja de relaciones”.¹¹

Para posicionarnos en el contexto del tema a tratar, debemos partir haciendo la precisión de que éste se ubica principalmente en el plano tributario y se circunscribe al supuesto de contribuyentes con deudas impagas. Hecha la atinencia, imaginemos entonces que la deuda tributaria de un contribuyente no es pagada oportunamente y por lo tanto ésta se torna exigible coactivamente, lo cual faculta a la Administración Tributaria peruana (SUNAT) la posibilidad de iniciar un procedimiento de cobranza en su contra. Al iniciarse el procedimiento de cobranza coactiva, la Administración Tributaria le otorga cierto plazo al deudor para que cancele la deuda. En dicho lapso, éste bien puede optar por pagar la deuda o por fraccionarla. Caso contrario, transcurrido el plazo, el Ejecutor Coactivo de la SUNAT, a efectos de asegurar la cobranza de los tributos adeudados (además de los intereses y/o multas que correspondieran), puede disponer de medidas de embargo sobre cualquier bien de propiedad del deudor (terrenos, depósitos, cocheras, autos, acciones, cuentas bancarias, etc.) y luego ordenar su remate. Se trata pues de un procedimiento de cobranza tributaria bastante expeditivo, que tiene como única finalidad hacer efectiva la recaudación fiscal –en defecto del pago voluntario y oportuno por parte de los contribuyentes–, y que faculta para ello a la Administración, el uso de acciones coercitivas.

Hasta ahí, nada fuera de lo común. No obstante, compliquemos un poco la situación. ¿Qué sucedería si las medidas cautelares dispuestas por el Ejecutor Coactivo, recayeran sobre bienes que no son de propiedad del deudor? ¿Qué pasaría si mañana nos diéramos cuenta de que uno de nuestros bienes está siendo embargado por la SUNAT, pero en virtud de deudas tributarias que no nos corresponden? ¿Es que acaso podría embargarse, por error tal vez, bienes que no le pertenecen al deudor bajo cobranza, sino más bien a otro(s) contribuyente(s)? Por supuesto, es factible y ocurre con frecuencia; por ejemplo cuando el nuevo adquirente de un inmueble no ha inscrito su propiedad en Registros Públicos, y por lo tanto se embarga el bien creyéndose que éste aún le pertenece al antiguo titular inscrito (embargo en virtud de la publicidad registral). Por ello ante tales casos, para impedir que nuestros bienes respondan por deudas ajenas, nuestro ordenamiento jurídico, tutelando el derecho de quien se ve afectado con dichas medidas (el verdadero propietario), establece que podemos solicitar al Ejecutor la desafectación de los mismos. A este recurso se le llama “Intervención Excluyente de Propiedad” y está regulado en el artículo 120° del Código Tributario.¹² Lo que en otros términos supone que el “real propietario” de los bienes embargados se presente en el procedimiento de cobranza (seguido ante el deudor) y mediante este recurso solicite el levantamiento del embargo, por no existir efectiva correspondencia entre el deudor tributario y los bienes afectados.

¹¹ FERNÁNDEZ, María de los Ángeles y Julio DEL VALLE, *Cómo iniciarse en la investigación académica: una guía práctica* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016), p. 37.

¹² “Artículo 120°.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

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.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas: (...).”

Al respecto, debe advertirse que nada más lejos de la realidad, es el hecho de creer que estas situaciones se den de modo extraordinario en el día a día. Pues al contrario, éstas son casi *habituales*. Día a día, se inician procedimientos de cobranza coactiva, se interponen embargos y se plantean Intervenciones Excluyentes de Propiedad. Aunque ciertamente debe precisarse que, ello no implica que todas las intervenciones excluyentes sean justificadas, pues a veces se usa este recurso únicamente con el propósito de dilatar el procedimiento de cobranza tributario – pero éste es otro tema–.

Ahora bien, compliquemos un poco más la situación. ¿Qué pasaría si los bienes embargados “erróneamente”, no son cualquier tipo de bienes, sino bienes que constituyen un patrimonio fideicometido? Más aún, ¿qué sucede si éstos se embargan por deudas tributarias del fideicomitente? ¿Los bienes fideicometidos siguen siendo parte de la garantía general de deuda del fideicomitente? ¿Por el fideicomiso se transfiere la propiedad de los bienes? ¿El patrimonio fideicometido tiene propietario? ¿Quién es el titular del patrimonio fideicometido? ¿Qué es el dominio fiduciario? Sin duda, con ello la discusión adquiere un nuevo grado de complejidad. Pues aún cuando puede decirse que en este supuesto también queda expedita la posibilidad de formular una “intervención excluyente de propiedad” y con ello resolver el asunto, resulta que la institución del fideicomiso es de tal particularidad, que la respuesta requiere un nivel mayor de análisis, a fin de evitar una solución frívola y endeble.



Precisamente el caso “interesante” al que hice referencia en un inicio, es de este tipo. Se trata pues de un supuesto en el que hay de por medio un contrato de fideicomiso. La cuestión surge cuando en el procedimiento de cobranza coactiva por las deudas tributarias impagas de un sujeto (fideicomitente), el Ejecutor Coactivo de la SUNAT decide trabar embargo sobre los bienes de éste, pero el embargo recae sobre bienes que anteriormente el deudor había transferido al fideicomiso. Así, cuando el fiduciario toma conocimiento del embargo y decide intervenir en el procedimiento para exigir la desafectación del patrimonio fideicometido, surge el problema jurídico; pues tanto en primera como en segunda instancia administrativa, la intervención excluyente de propiedad es rechazada, en consideración de que el fiduciario no tiene legitimidad para accionarla. En concreto la SUNAT y el Tribunal Fiscal declaran la inadmisibilidad del recurso, aduciendo que de acuerdo a los artículos 273° y 241° de la Ley de

Banca¹³, éste no era “propietario” de los bienes que administraba y por lo tanto no podía formular el recurso del artículo 120° del Código Tributario “intervención excluyente de propiedad”. Este escenario descrito se replica en cuatro expedientes tributarios.

Lo curioso es que a primera vista, todo parecía indicar que se trataba de supuestos en los que la Intervención Excluyente de Propiedad “había sido planteada de manera incorrecta”, pues el fiduciario efectivamente no tenía la calidad de propietario sobre los bienes embargados. No obstante, en el asunto había un cabo suelto. Pues si bien lo resuelto en ambas instancias administrativas parecía ajustarse al principio de legalidad, por otro lado parecía desatenderse lo estipulado en el artículo 241° de la Ley de Banca, referido al hecho de que los bienes en fideicomiso constituyen un “patrimonio autónomo” diferente del patrimonio del fideicomitente y del patrimonio del fiduciario. Conforme a lo cual, no solo terminaba siendo cuestionable el embargo de bienes que lejos de pertenecer al patrimonio del deudor (fideicomitente), se encontraban fuera de su esfera patrimonial; sino también que se pretendiera desconocer la “inembargabilidad” de los patrimonios fideicometidos por deudas del fideicomitente.

Es decir, todo se alineaba a la idea de que el accionar de los fiduciarios –en pro de la defensa de los patrimonios autónomos que administraban–, quedaba obstruido a causa de la literalidad del artículo 120° del Código Tributario; y que en virtud de ello, la defensa de la autonomía de los patrimonios fideicometidos quedaba en el aire (o mejor dicho por los suelos). La introducción del fideicomiso en los procedimientos de cobranza coactiva tributaria, definitivamente hacía de éstos una materia *sui generis*. Se trataba indudablemente de algo no antes visto en los procedimientos de cobranza ordinarios. Los cuatro casos en observación se habían dado solamente en un lapso de dos años y con la contingencia de que se convirtieran en un *modus operandi* en el ámbito fiscal. El problema jurídico planteaba una discusión de fondo, referida a la “inembargabilidad” del patrimonio autónomo; pero también una discusión procedimental, referida a la legitimidad de los fiduciarios para interponer el recurso establecido en el artículo 120°. De allí que dicha situación de los patrimonios fideicometidos embargados por la SUNAT, me llevara entonces a preguntarme, casi al estilo de un conocido personaje de Roberto Gómez Bolaños: ¿y ahora quién podrá defenderlos?

En ese contexto, el propósito del presente trabajo es analizar: (i) si los patrimonios autónomos fideicometidos pueden ser embargados por deudas tributarias del fideicomitente, y (ii) si la Intervención Excluyente de Propiedad dispuesta en el artículo 120° del CT puede ser accionada

¹³ “Artículo 273°.- CONTABILIDAD SEPARADA POR CADA FIDEICOMISO

El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario.

(...)

La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.”

“Artículo 241°.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

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

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 mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.”

a favor de un patrimonio fideicometido ilegítimamente embargado, y si lo fuera, qué sujeto es el legitimado para ello. Lo cual en definitiva conllevará previamente a estudiar y comprender a cabalidad: qué es el fideicomiso, qué es el dominio fiduciario, qué es un patrimonio autónomo, qué es la Intervención excluyente de propiedad, cuál es la función de la tercería de propiedad y si la legitimidad para obrar en ella es exclusiva para los “propietarios” de bienes embargados.

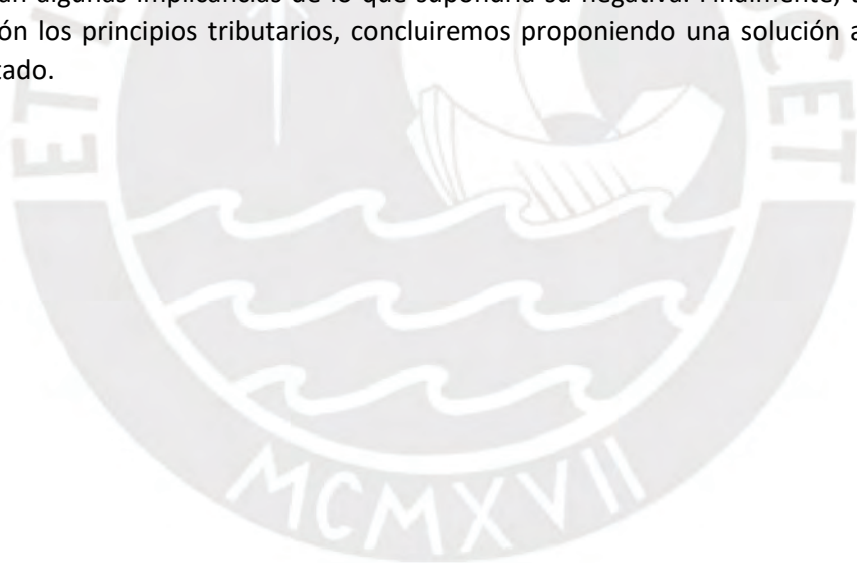
Bajo tal esquema, el sistema de exposición de este trabajo se dividirá en cuatro capítulos. Teniendo en cuenta que esta investigación parte del hallazgo de una casuística real y que el mismo provee de todos los elementos primordiales para su estudio, se propone en un primer capítulo exponer los cuatro casos que el Tribunal Fiscal ha resuelto sobre la materia hasta el momento. El objeto de ello es identificar los factores en común que éstos presentan, así como las cuestiones accesorias que surgen al respecto. Como se verá, una de las mayores dificultades con las que nos toparemos, será la deficiente concepción que se tiene sobre el fideicomiso y sus implicancias; pues la confusión y dudas al respecto, no sólo están presentes entre los administrados sino también entre la Administración. A partir de ello, se analizará el problema jurídico identificado más específicamente, es decir la (in)defensa de los patrimonios autónomos fideicometidos ante la SUNAT y el Tribunal Fiscal. Conforme a lo cual, una vez definido el objeto de estudio, se pasará a establecer el marco teórico y los objetivos específicos que guiarán las riendas de este trabajo.

Por otro lado, en tanto el Fideicomiso es la figura central del problema jurídico que nos convoca, en un segundo capítulo se propone examinarlo más a detalle, con el objetivo de conocer a profundidad la esencia y funcionalidad del mismo. Pues sabiendo que éste es producto del trasplante jurídico del *trust* desde el *Common Law* –cuyo legado data de la época feudal inglesa–, no resulta suficiente partir de un análisis superficial de la regulación bancaria peruana –vigente poco más de veinte años– sin antes comprender porqué, cómo y para qué opera el fideicomiso hoy en día. Por ello se partirá por examinar brevemente el origen y evolución del *trust* en el sistema anglosajón; en base a lo cual identificaremos cómo su estructura bipartita de la propiedad de los bienes, constituye el núcleo distintivo que hace del mismo un fenómeno paradigmático y sin reflejo en otros sistemas jurídicos. Seguidamente, se hará un repaso de las teorías más influyentes del Civil Law que se encargaron de maquinar la tan compleja importación del *trust* hacia Latinoamérica. Finalmente, atendiendo al tipo de modelo legislativo adoptado en nuestro país, se hará un rápido repaso de la evolución normativa fiduciaria peruana, a fin de conocer más a detalle el camino seguido por el legislador, y cómo es que éste debe ser entendido teniendo en consideración la esencia y función del fenómeno trasplantado.

Teniendo una mejor y más profunda comprensión del *trust* y del fideicomiso peruano, en el tercer capítulo se analizarán los dos principios sobre los cuales éste último se fundamenta: el Principio de Separación Patrimonial y el Principio de Gestión Especializada. Sin embargo, considerando que ambos son reflejo de sus homólogos ingleses, es decir, los Principios de *Asset Partitioning* y de *Fiduciary Regime*, se partirá haciendo un examen de éstos. Luego de ello, se analizarán a sus análogos continentales, siendo la Separación Patrimonial la más importante, pues es en virtud de ésta que el patrimonio autónomo fideicometido se constituye. El cuál como veremos, además de cumplir perfectamente bien la función de “aislamiento de riesgos” que su par el *trust* logra a través de la bipartición de la propiedad, configura el *quid* de la defensa ante los embargos por deudas del fideicomitente. Seguidamente, se analizará el Principio de Gestión Especializada a la luz del dominio fiduciario, tratando de desmitificar algunas concepciones desafortunadas que se manejan hasta ahora y que no hacen más que opacar al patrimonio autónomo; en concreto, la concepción del dominio fiduciario como nuevo derecho real. Frente

a lo cual afirmaremos más bien, que éste es un deber jurídico. Por último, ante las posibles suspicacias de uso del fideicomiso como instrumento de obstaculización de la recaudación tributaria, se examinarán algunos alcances de la responsabilidad objetiva del fideicomitente.

Habiendo analizado y determinado las razones que fundamentan la “inembargabilidad” del patrimonio autónomo fideicometido por deudas tributarias del fideicomitente; en un cuarto capítulo pasaremos a analizar la Intervención Excluyente de Propiedad como único recurso disponible en el Código Tributario, que permite a un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva cuestionar los embargos que en éste se dispongan. El propósito es comprender el funcionamiento de este recurso procedimental, y determinar si la legitimidad para obrar en ella es exclusiva para “propietarios”, o si puede incluir o hacerse extensiva a otros sujetos. Para ello, a fin de ubicarnos en el contexto se partirá por estudiar el Procedimiento de Cobranza Coactiva y sus fundamentos, a fin de ubicarnos en el contexto previo a la interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad por un tercero. Seguidamente, antes de examinar el artículo 120° del Código Tributario, repararemos en la Tercería de Propiedad regulada en el artículo 533° del Código Procesal Civil, en tanto fuente de inspiración de la primera. Conforme a lo cual veremos que a pesar de la formulación literal y exclusiva que tiene, la legitimidad para obrar en este recurso puede resultar extensiva a sujetos distintos a los “propietarios”. En ocasión del mismo analizaremos la Casación No. 492-2009-ICA, por ser un caso civil que involucra una demanda de tercería de propiedad formulada por un fiduciario. De ese modo, luego de haber determinado la viabilidad para que los fiduciarios puedan plantear una intervención excluyente de propiedad, se plantearán algunas implicancias de lo que supondría su negativa. Finalmente, teniendo en consideración los principios tributarios, concluiremos proponiendo una solución al problema jurídico tratado.



CAPÍTULO 1

LA (IN)DEFENSA DE LOS PATRIMONIOS FIDEICOMETIDOS EN LOS CUATRO FALLOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL FISCAL

El presente capítulo tiene como propósito, exponer los cuatro casos que el Tribunal Fiscal ha resuelto sobre la materia hasta el momento. Con ello se pretende identificar la problemática en común que éstos presentan, así como las cuestiones y dudas que surgen al respecto. Asimismo, a partir de dicho análisis, se explica por qué bajo nuestra posición consideramos que los patrimonios fideicometidos se encuentran en una situación de indefensa.

Siguiendo ese orden de ideas, en un primer apartado se expondrá la problemática fáctica del objeto de estudio, la cual claramente se ve reflejada en cuatro expedientes de cobranza coactiva resueltos en segunda instancia. En estricto, esta problemática se exhibe a través de las apelaciones resueltas por el Tribunal Fiscal entre los años 2015 y 2016, éstas son: la RTF N° 2048-10-2015, N° 772-4-2015, N° 2195-4-2015 y la N° 8147-8-2016. Estos cuatro casos se asemejan pues retratan una misma fotografía, valga decir, el rechazo de la Intervención Excluyente de Propiedad que un fiduciario plantea dentro de un Procedimiento tributario de Cobranza Coactiva.

En un segundo apartado se realizará una reflexión de los cuatro casos expuestos. El contenido de esta sección es la más sustancial, pues a partir de un análisis integral de la casuística ofrecida, se identificará la mayor dificultad que éstos arrastran. En otras palabras, lo que aquí se expone, es el problema jurídico que da pie a esta investigación. Con ello a fin de cuentas, se trata de explicar por qué en este trabajo se afirma que los patrimonios en fideicomiso se encuentran en indefensa, ante procedimientos de cobranza coactiva tributaria seguidos contra el fideicomitente.

Por último, en un tercer apartado, se expondrá el estado de la cuestión y otras consideraciones conexas a la problemática. A partir de lo cual, se intentará mostrar el contexto actual y las dimensiones del problema jurídico a tratar, con el objeto de que sirva para deliberar sobre los temas secundarios que tendrían que ser abordados aquí o de lo contrario en un futuro trabajo. Lo que a su vez permitirá definir tanto el marco conceptual, como los objetivos específicos de esta investigación.

1. Casuística y apuntes en torno a la problemática

En esta sección se exponen cuatro procedimientos de cobranza coactiva resueltos en segunda instancia por el Tribunal Fiscal. En cada caso se analizan los argumentos invocados por los fiduciarios en la formulación de los recursos de Intervención Excluyente de Propiedad, y los criterios sostenidos por la Administración Tributaria en las Resoluciones que los resuelven. Aunque ciertamente, con un mayor énfasis se analiza el razonamiento del Tribunal Fiscal, dado que competen a éste el conocimiento y resolución en última instancia administrativa de las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria. A partir de ello, se realizan en cada caso las observaciones pertinentes, y se puntualizan además las semejanzas y/o diferencias que se advierten entre éstos. La finalidad de esta primera pesquisa no es sino ampliar bajo la lupa, el espectro del objetivo, entendiéndose, problema jurídico. Pues solo habiendo

“desmenuzado” lo debatido por estos tres actores, estaremos en una mejor posición para profundizar sobre algunas preguntas o incertidumbres surgidas en torno a la casuística.

Ahora bien, cabe precisar que estos cuatro casos corresponden al universo de casuística hallada hasta el mes de agosto del 2017.¹⁴ Bajo este esquema, ello no implica decir que dicha casuística no pueda hacerse extensiva. Pues si bien esta investigación parte del análisis de estos cuatro expedientes tributarios de cobranza coactiva, es totalmente factible la existencia de otros que discutiendo la misma materia, escapen o hayan escapado del presente análisis debido a diversos factores. Por lo tanto, en el supuesto de haberse obviado alguna RTF (anterior o posterior a agosto de 2017), ello no implicaría algún inconveniente para la presente investigación. Pues lo más probable es que la SUNAT y el TF mantengan la misma posición así sostenida desde el 2015.

Las Resoluciones del Tribunal Fiscal que a continuación se analizan pueden ser revisadas en el Anexo del presente trabajo.

1.1. Resolución del Tribunal Fiscal No. 2048-10-2015

A continuación se presenta un cuadro-resumen que detalla los actos jurídicos y procedimentales más importantes del Expediente de Cobranza Coactiva N° 0230060496675:

Fecha de celebración del Fideicomiso:	El 16 de mayo de 2006 se elevó a Escritura Pública y el 25 de julio del mismo año se inscribió en Registros Públicos.
Fideicomitente:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fiduciario renunciante:	Banco de Comercio
Fiduciario sucesor:	La Fiduciaria S.A. (desde el 07 de octubre de 2010)
Patrimonio fideicometido:	Inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Tipo de fideicomiso:	Fideicomiso en garantía
Fecha de inicio del Procedimiento de Cobranza Coactiva:	(no se precisa)
Deudor tributario:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fecha de la Resolución Coactiva que dispone el embargo:	14 de abril de 2014
Tipo de embargo:	Embargo en forma de inscripción

¹⁴ Nótese que, este trabajo se inició con la búsqueda preliminar de expedientes similares a lo resuelto en la RTF No. 8147-8-2016 (resuelta en setiembre de 2016). Así, al concluir la investigación inicial, en marzo del 2017, se logró identificar tres RTF semejantes a aquella -entre publicadas y no publicadas en la página web oficial del Tribunal Fiscal- y una Resolución Unipersonal que ha quedado excluida por motivos que más adelante se explicarán.

Patrimonio embargado:	Inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Fecha de interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo:	24 de setiembre de 2014
Tercero interviniente:	La Fiduciaria S.A.
Formulada contra:	SUNAT y la deudora
La Resolución Coactiva que resuelve el recurso declaró:	Inadmisible el recurso
Fecha de Apelación:	03 de noviembre de 2014
El Tribunal Fiscal resolvió:	Confirmar la Resolución Coactiva que declara inadmisible el recurso

Como se indica, éste es un Procedimiento de Cobranza Coactiva seguido contra el contribuyente Veritas Edificaciones S.A.C. (en adelante, “Veritas” o “la deudora”). Resulta que en mayo del año 2006, mediante escritura pública, Veritas celebró un contrato de fideicomiso con el Banco de Comercio. La primera, en tanto propietaria de un inmueble denominado UC 10335 del predio “El Potrero” ubicado en el distrito de Pimentel (inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361), se constituyó en fideicomitente, transfiriendo en fideicomiso dicho inmueble al Banco en calidad de fiduciario. La finalidad de dicha transferencia, según la cláusula tercera del contrato de fideicomiso, consistía en: desarrollar el proyecto inmobiliario de 605¹⁵ unidades inmobiliarias como parte del proyecto Inmobiliario Condominio Residencial “Las Garzas”; la independización de las respectivas unidades; así como la suscripción de la escritura pública de transferencia de propiedad. En julio del mismo año, el contrato se inscribió en los Registros Públicos.

Cabe señalar que, el 15 de diciembre del 2006 se logró la independización de la partida electrónica del inmueble, en un total de 1220 lotes de vivienda, un área de asignación a educación, 4 parques y 726 estacionamientos; encontrándose dentro de dichos lotes la registrada en la Partida Electrónica N° 11059059 –inmueble que luego la SUNAT embargaría-. Años después, mediante escritura pública del 07 de octubre de 2010, el Banco (“fiduciario renunciante”) transfirió a La Fiduciaria, en su calidad de fiduciario sucesor, el fideicomiso y en consecuencia el patrimonio fideicometido; asumiendo este último los derechos, obligaciones y potestades correspondientes a su calidad de fiduciario. Esta renuncia del fiduciario original se inscribió respectivamente en la Partida N° 02285361 del inmueble.

Ahora bien, en el 2014 se inició un Procedimiento de Cobranza Coactiva tributaria contra el contribuyente Veritas. Ante la falta de cancelación de la deuda exigible dentro del plazo establecido y a efectos de asegurar el pago, el Ejecutor Coactivo ordenó un embargo en

¹⁵ Mediante Escritura Pública de la Adenda al Contrato de Fideicomiso, se observa que se procedió a modificar las unidades inmobiliarias, siendo estas 493.

forma de inscripción sobre el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11059059. Con fecha 21 de mayo de 2014, dicho embargo se inscribió en la partida registral. No obstante, el 24 de setiembre del mismo año, La Fiduciaria en su calidad de fiduciario y al amparo del artículo 120° del Código Tributario, presentó una Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo. Mediante este recurso solicitaba intervenir en el procedimiento, alegando que la medida cautelar contravenía lo dispuesto en el artículo 253° de la Ley de Banca; el cual en otros términos señala que el patrimonio fideicometido no responde por las deudas y obligaciones que tenga el fideicomitente, en este caso Veritas (la deudora). Asimismo, indicaba que al constituirse en fiduciario sucesor del Contrato de Fideicomiso en el año 2010, el inmueble embargado le había sido transferido en dominio fiduciario con anterioridad a que se dispusiera dicha medida cautelar.

Sin embargo, mediante Resolución Coactiva N° 0230073922611 de fecha 27 de octubre de 2014, el Ejecutor Coactivo de la SUNAT declaró inadmisibles la Intervención Excluyente de Propiedad presentada por La Fiduciaria. En ésta señalaba que, siendo la Intervención Excluyente de Propiedad (artículo 120° del Código Tributario), un recurso dispuesto para todo tercero propietario de bienes embargados en un Procedimiento de Cobranza Coactiva; en el caso no se evidenciaba que la medida cautelar hubiera recaído en un bien de propiedad de La Fiduciaria. Pues en palabras propias del Ejecutor, de la documentación presentada por ésta¹⁶, no se acreditaba la transferencia a su favor del inmueble embargado, ya que “la transferencia fiduciaria no implicaba la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo cual representaba una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica, esto es, la utilización y administración del patrimonio fideicometido para el desarrollo inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias”. De esta manera, lo que la Administración Tributaria señalaba al desestimar el recurso de La Fiduciaria, era que el inmueble no le pertenecía a ésta y por lo tanto, no le correspondía interponer una Intervención Excluyente de Propiedad respecto de dicho bien.

En vista de ello, La Fiduciaria apeló dicha Resolución Coactiva. No obstante, sin éxito, mediante la RTF N° 2048-10-2015, el Tribunal Fiscal resolvió confirmar la Resolución que declaraba inadmisibles su recurso. Conforme a esta RTF, en cuanto a los hechos, se indica que de los documentos presentados por la recurrente (La Fiduciaria) en la Intervención Excluyente de Propiedad, se podía apreciar que efectivamente el inmueble con Partida Electrónica N° 02285361 se había independizado, entre otras, a la unidad inmobiliaria inscrita en la Partida Electrónica N° 11059059. Asimismo, se confirmaba que La Fiduciaria era el fiduciario sucesor del contrato de fideicomiso, y que en virtud de ello éste tenía dominio fiduciario sobre el inmueble embargado, entre otros. Por último, se corroboraba que con posterioridad a dicha transferencia fiduciaria, se había ordenado el embargo de dicho bien en virtud de una deuda tributaria del fideicomitente, Veritas. De esta manera, el Tribunal dejaba claro que en cuanto a los hechos no existía discusión alguna.

¹⁶ Entre los documentos presentados por La Fiduciaria para acreditar su pretensión se observa: copias de las escrituras públicas del contrato de fideicomiso, copias de la *Adenda* al contrato de fideicomiso y copias de las Partidas Electrónicas N° 02285361 y 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos jurídicos, en esta RTF se analizan dos aspectos: por un lado el fideicomiso, y por el otro la Intervención Excluyente de Propiedad; respecto a los cuales sin embargo el Tribunal no dice nada novedoso, pues sólo se limita a citar la normativa que regula cada uno. En cuanto al primero, solo menciona la definición de fideicomiso y de dominio fiduciario. En cuanto a la Intervención Excluyente de Propiedad, apenas haciendo eco de lo estipulado en el Código Tributario, recalca que el tercero propietario de bienes embargados puede interponer este recurso, el mismo que “será admitido solo si prueba su derecho mediante documento público o privado”. Seguidamente, el Tribunal comenta un par de Resoluciones anteriormente emitidas por él mismo. Así, cita algunos extractos de la RTF N° 6938-3-2009 y de la N° 10709-3-2013, ambas referidas a la definición del Fideicomiso según la doctrina; así como de la RTF de Observancia Obligatoria N° 8184-1-2007, referida a la Tercería o Intervención Excluyente de Propiedad.

Finalmente, habiendo expuesto la normativa de ambas figuras, el Tribunal Fiscal procede a dictaminar, señalando lo siguiente:

“Que conforme se constata el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas Edificaciones S.A.C., quien en su calidad de fideicomitente (...), transfirió el dominio fiduciario de dicho predio al Banco de Comercio, más no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública (...), ello no implica que se hubiere transferido la propiedad del inmueble a su favor.

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de “pertenencia” del fideicomitente no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al Procedimiento de Cobranza Coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos el embargo en forma de inscripción trabado (...), no ha recaído sobre un bien de propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la Intervención Excluyente de Propiedad formulada por aquella, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada.” (Subrayado mío)

Comentarios

Corresponde ahora hacer unos breves apuntes y observaciones. En primer lugar, nótese que en relación a lo resuelto en esta RTF, el análisis del Tribunal Fiscal es bastante breve. Lo cual no resulta extraño si se tiene en cuenta que el TF confirma la inadmisibilidad del recurso, observando literalmente lo prescrito en el Código Tributario y en el Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva; los cuales precisan que para la admisión de la Intervención Excluyente de Propiedad, se debe acreditar el derecho de propiedad mediante documento público o privado. Por lo tanto, dado que en este caso el fiduciario no logró acreditar su derecho de propiedad, el recurso fue declarado inadmisibile en ambas instancias. Sin embargo, aunque lo resuelto aquí podría parecer no tener cuestionamiento alguno, como veremos en el siguiente apartado de este capítulo, en ocasiones no podemos fiarnos de las apariencias pues a veces incluso la sal parece azúcar.

Ahora bien, existen otras dos cuestiones, que aunque transversales al problema principal, merecen también de cierta reflexión. La primera está relacionada a lo que el dominio

fiduciario implica. Pues en palabras del Ejecutor Coactivo de la SUNAT, éste representa una “cesión de dominio condicionada”. No obstante, aunque dicho símil puede parecer elocuente, lo cierto es que la expresión resulta menesterosa de cara a la naturaleza jurídica del dominio fiduciario, como veremos más adelante. En segundo lugar, se advierte además que entre lo dicho en el primer y segundo párrafo de la parte resolutive de esta RTF (ver última cita), existiría una gran contradicción. Como se aprecia, el Tribunal Fiscal primero indica que “el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas (...) quien en su calidad de fideicomitente (...) transfirió el dominio fiduciario (...) más no su propiedad”. Sin embargo, en el siguiente párrafo expresa también que “los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de “pertenencia” del fideicomitente”. Es decir, ¿se dice que el fideicomitente (Veritas) no transfiere la propiedad del inmueble (la conserva), pero que a la vez la pierde? ¿Resulta ello lógico? Parecería más bien que el Tribunal dice y se desdice a la vez. ¿Será un error material? Podría ser un desliz que pasó inadvertido. Pero ya veremos.

1.2. Resolución del Tribunal Fiscal No. 0772-4-2015

Estos son los actos jurídicos y procedimentales más relevantes del Expediente de Cobranza Coactiva N° 0230060496675:

Fecha de celebración del Fideicomiso:	El 16 de mayo de 2006 se elevó a Escritura Pública y el 25 de julio del mismo año se inscribió en Registros Públicos.
Fideicomitente:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fiduciario renunciante:	Banco de Comercio
Fiduciario sucesor:	La Fiduciaria S.A. (desde el 07 de octubre de 2010)
Patrimonio fideicometido:	Inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Tipo de fideicomiso:	Fideicomiso en garantía
Fecha de inicio del Procedimiento de Cobranza Coactiva:	(no se precisa)
Deudor tributario:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fecha de las Resoluciones Coactivas que disponen los embargos:	02 de agosto de 2013
Tipo de embargo:	Embargo en forma de inscripción
Patrimonios embargados:	Inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Fecha de interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo:	18 de noviembre de 2014
Tercero interviniente:	La Fiduciaria S.A.
Formulada contra:	SUNAT y la deudora

La Resolución Coactiva que resuelve el recurso declaró:	Inadmisible el recurso
Fecha de Apelación:	02 de diciembre de 2014
El Tribunal Fiscal resolvió:	Confirmar la Resolución Coactiva que declara inadmisibile el recurso

Conforme se aprecia, este Procedimiento de Cobranza Coactiva también es seguido contra el contribuyente Veritas Edificaciones S.A.C. La historia es bastante similar a la anterior. En mayo del año 2006, Veritas celebró mediante escritura pública un contrato de fideicomiso con el Banco de Comercio. La primera, en tanto propietaria de un inmueble ubicado en el distrito de Pimentel (inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361), transfirió en fideicomiso dicho inmueble al Banco. Según la cláusula tercera del contrato, el objeto de la transferencia era: desarrollar el proyecto inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, como parte del proyecto inmobiliario Condominio Residencial “Las Garzas”; independizar las unidades; así como suscribir la escritura pública de transferencia de propiedad. Este contrato se inscribió en los Registros Públicos en julio del mismo año.

El 15 de diciembre del 2006 se logra la independización de la partida electrónica del inmueble, en un total de 1220 lotes de vivienda; encontrándose dentro de ellos las registradas en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 –inmuebles que luego serían embargos por la SUNAT–. Años después, mediante escritura pública del 07 de octubre de 2010, el Banco transfiere a La Fiduciaria, en su calidad de fiduciario sucesor, el fideicomiso y en consecuencia el patrimonio fideicometido; asumiendo este último los derechos, obligaciones y potestades correspondientes a su calidad de fiduciario. Este acto de renuncia del fiduciario original, se inscribe en la Partida N° 02285361 del inmueble.

Ahora bien, iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva tributaria contra Veritas en el año 2013 y ante la falta de cancelación de la deuda exigible dentro del plazo; el Ejecutor Coactivo, ordena un embargo en forma de inscripción sobre los inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063. Con fecha 26 de agosto de 2013, dichas medidas cautelares se inscriben en las partidas registrales correspondientes. No obstante, el 18 de noviembre del 2014, al amparo del artículo 120° del Código Tributario, La Fiduciaria formula una Intervención Excluyente de Propiedad. Así, mediante este recurso, solicita intervenir en el procedimiento, toda vez que la afectación de los patrimonios con dichas medidas cautelares, contravenía lo dispuesto en el artículo 253° de la Ley de Banca, el cual señala que el patrimonio fideicometido no responde por las deudas del fideicomitente o fiduciario. Asimismo, alega que debe procederse a la desafectación de los predios sobre los cuales ejerce dominio fiduciario, más aún cuando las medidas habían sido trabadas con posterioridad a la constitución de dicho patrimonio.

Pese a ello, mediante Resolución Coactiva N° 0230074047040 de fecha 25 de noviembre de 2014, el Ejecutor Coactivo de la SUNAT declara inadmisibile la Intervención Excluyente de Propiedad presentada por La Fiduciaria. En ésta señala que, siendo la Intervención Excluyente de Propiedad, un recurso dispuesto para todo tercero propietario de bienes embargados indebidamente en un procedimiento de cobranza coactiva; en el caso, no se evidenciaba que la medida cautelar hubiera recaído en un bien de su propiedad. Pues, de la documentación presentada por La Fiduciaria¹⁷, no se acreditaba la transferencia a su favor

¹⁷ Entre los documentos presentados por La Fiduciaria para acreditar su propiedad se observa: copias de las escrituras públicas del contrato de fideicomiso, copias de la *Adenda* al contrato de fideicomiso y copias

del inmueble embargado, siendo que “la transferencia en fideicomiso no implicaba la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo cual representaba una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica”. De este modo, lo que la SUNAT señalaba, era que no le correspondía a la recurrente interponer una Intervención Excluyente de Propiedad sobre dichos bienes.

En vista de ello, La Fiduciaria apela la Resolución Coactiva que declara inadmisibile el recurso. No obstante, mediante la RTF N° 0772-4-2015, el Tribunal Fiscal resuelve confirmándola. Del examen efectuado por el Tribunal, se observa claramente que es el mismo de aquél contenido en la RTF N° 2048-10-2015. En efecto, la estructura y el cuerpo son casi iguales, excepto por algunos datos. De ahí que el razonamiento del Tribunal Fiscal en este caso siga la misma línea, pues en su parte resolutive expresó:

“Que conforme se advierte, los inmuebles materia de embargo constituyen propiedad de Edificaciones S.A.C, quien en su calidad de fideicomitente (...), transfirió el dominio fiduciario de dichos predios al Banco de Comercio, más no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública (...), ello no implica que se hubiere transferido la propiedad de los inmuebles a favor de la recurrente.

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de “pertenencia” del fideicomitente, no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al Procedimiento de Cobranza Coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos los embargos en forma de inscripción trabados (...), no han recaído sobre bienes de propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la Intervención Excluyente de Propiedad formulada por aquella, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada.”

Comentarios

Como resulta previsible, dada la gran similitud, las tres observaciones antes puntualizadas en la RTF N° 2048-10-2015, también se replican en ésta. La primera, respecto al razonamiento “aparentemente pacífico” adoptado por el Tribunal Fiscal conforme al cual confirma la inadmisibilidad del recurso. La segunda, respecto a la concepción del dominio fiduciario como una simple “cesión de dominio condicionada”. La tercera, respecto a la contradicción en la parte resolutive, referida al derecho de propiedad en cabeza del fideicomitente.

1.3. Resolución del Tribunal Fiscal No. 2195-4-2015

A continuación, el cuadro-resumen con los actos jurídicos y procedimentales más sustanciales del Expediente de Cobranza Coactiva N° 0230060496675:

Fecha de celebración del Fideicomiso:	El 16 de mayo de 2006 se elevó a Escritura Pública y el 25 de julio del mismo año se inscribió en Registros Públicos.
--	---

Fideicomitente:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fiduciario renunciante:	Banco de Comercio
Fiduciario sucesor:	La Fiduciaria S.A. (desde el 07 de octubre de 2010)
Patrimonio fideicometido:	Inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Tipo de fideicomiso:	Fideicomiso en garantía
Fecha de inicio del Procedimiento de Cobranza Coactiva:	(no se precisa)
Deudor tributario:	Veritas Edificaciones S.A.C.
Fecha de la Resolución Coactiva que dispone el embargo:	02 de agosto de 2013
Tipo de embargo:	Embargo en forma de inscripción
Patrimonio embargado:	Inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo
Fecha de interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo:	17 de noviembre de 2014
Tercero interviniente:	La Fiduciaria S.A.
Formulada contra:	SUNAT y la deudora
La Resolución Coactiva que resuelve el recurso declaró:	Inadmisibles los recursos
Fecha de Apelación:	02 de enero de 2014
El Tribunal Fiscal resolvió:	Confirmar la Resolución Coactiva que declara inadmisibles los recursos

Como puede observarse, éste también es otro Procedimiento de Cobranza Coactiva seguido contra el contribuyente Veritas Edificaciones S.A.C. El patrimonio fideicometido también es el inmueble denominado UC 10335 del predio “El Potrero”, ubicado en el distrito de Pimentel (inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361); transferido en fideicomiso, al Banco de Comercio, quien luego renuncia y transfiere su condición a La Fiduciaria. La finalidad de esta transferencia, era también desarrollar el proyecto inmobiliario Condominio Residencial “Las Garzas”, incluyendo la independización de las unidades inmobiliarias. Una de dichas unidades posteriormente independizadas, sería precisamente el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral de Chiclayo.

Ahora bien, en el año 2013 se inicia un Procedimiento de Cobranza Coactiva tributaria contra Veritas. Ante la falta de cancelación de la deuda dentro del plazo establecido, en agosto de ese año, el Ejecutor Coactivo ordena el embargo en forma de inscripción sobre el inmueble

inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994. Con fecha 06 de agosto de 2013, dicho embargo se inscribe en Registros Públicos. No obstante, en noviembre del año siguiente, La Fiduciaria en su calidad de fiduciario y al amparo del artículo 120° del Código Tributario, presenta una Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo. En este recurso, señala los mismos argumentos expuestos en los dos casos previos. Afirma que debe procederse a la desafectación del predio sobre el cual ejerce dominio fiduciario, en tanto el embargo había sido trabado con posterioridad a la constitución del patrimonio fideicometido. Además, indica que la medida cautelar contraviene lo dispuesto por la Ley de Banca, la cual en otros términos, señala que el patrimonio fideicometido no responde por las deudas y obligaciones que tenga el fideicomitente, en este caso, Veritas.

Sin embargo, mediante Resolución Coactiva N° 0230074136539 de fecha 29 de diciembre del 2014, el Ejecutor Coactivo de la SUNAT declara inadmisibles las Intervenciones Excluyentes de Propiedad formuladas. Los argumentos vertidos por el Ejecutor, son exactamente los mismos narrados en los dos casos anteriores. Expresa que, siendo la Intervención Excluyente de Propiedad un recurso dispuesto para los terceros propietarios de bienes embargados en un procedimiento de cobranza coactiva ajeno, dicha condición de propietaria no se evidenciaba en la recurrente. Pues, la transferencia fiduciaria no implicaba la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo cual representaba una “cesión de dominio condicionada a una finalidad específica”.

De igual modo, en etapa de apelación, mediante la RTF N° 2195-4-2015, el Tribunal Fiscal resolvió confirmar la Resolución Coactiva que declaraba inadmisibles los recursos. Sin variar el contenido de su examen, expresó lo siguiente:

“Que conforme se constata el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas Edificaciones S.A.C., quien en su calidad de fideicomitente (...), transfirió el dominio fiduciario de dicho predio al Banco de Comercio, más no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública (...), ello no implica que se hubiere transferido la propiedad del inmueble a favor de la recurrente.

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de “pertenencia” del fideicomitente no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al Procedimiento de Cobranza Coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos el embargo en forma de inscripción trabado (...), no ha recaído sobre un bien de propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la Intervención Excluyente de Propiedad formulada por ésta, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada.”

Comentarios

Como se aprecia, en este procedimiento y en los dos anteriores, la Intervención Excluyente de Propiedad planteada por el fiduciario es declarada inadmisibles tanto en primera como en segunda instancia. Aunque los bienes embargados son distintos en cada caso, la discusión que plantea el fiduciario es la misma. Por esta razón, los apuntes y observaciones son los mismos que se señalaron previamente. No obstante, resulta interesante preguntarnos ¿por

qué los ejecutores coactivos de la SUNAT ordenaron trabar las medidas cautelares sobre bienes en fideicomiso? ¿Por qué más bien a fin de evitar dilaciones en la cobranza coactiva de la deuda, no se ordenó el embargo sobre bienes de titularidad indudable del deudor tributario?, ¿a caso no existían otros bienes en su patrimonio? Tal vez así se hubiera evitado toda esta discusión y embrollo con los fiduciarios, quienes solicitaban intervenir en los procedimientos de cobranza coactiva con el único propósito de evitar la ejecución de las medidas cautelares.

1.4. Resolución del Tribunal Fiscal No. 8147-8-2016

A continuación se presenta un caso algo más interesante. Estos son los actos jurídicos y procedimentales más importantes de los Expedientes de Cobranza Coactiva N° 0110080047587 y N° 0110110000035:

Fecha de celebración del Fideicomiso:	El 16 de octubre de 2015 según Escritura Pública
Fideicomitente y Fideicomisario:	Consortio Vial Santa Rosa
Fiduciario:	La Fiduciaria S.A.
Patrimonio fideicometido:	Derechos de cobro y los flujos dinerarios generados por la ejecución del Contrato de Obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta" celebrado con PROVIAS
Tipo de fideicomiso:	Fideicomiso en administración
Fecha de inicio de los Procedimientos de Cobranza Coactiva:	22 de enero de 2016
Deudor tributario:	Constructora OAS Sucursal Perú
Fecha de las Resoluciones Coactivas que disponen los embargos:	06 y 09 de junio de 2016
Tipo de embargo:	Embargos en forma de retención
Patrimonio embargado:	Las sumas de S/ 927,896.00 y S/ 2'665,197.00 sobre derechos de crédito y otras acreencias de titularidad del deudor tributario y que estuviesen en posesión de PROVIAS
Fecha de interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo:	10 de junio de 2016
Tercero interviniente:	La Fiduciaria S.A.
Formulada contra:	SUNAT y la deudora
Las Resoluciones Coactivas que resuelven el recurso declararon:	Inadmisibles los recursos
Fecha de Apelación:	30 de junio de 2016
El Tribunal Fiscal resolvió:	Acumular los procedimientos e inhibirse del conocimiento de las apelaciones interpuestas

Conforme se aprecia, éste es un Procedimiento de Cobranza Coactiva seguido contra el contribuyente Constructora OAS Sucursal Perú (en adelante, "OAS"). Resulta que mediante escritura pública del 10 de mayo de 2012, las empresas OAS, Mota-Engil Perú S.A., y Constructora Upaca S.A., celebraron un contrato de consorcio denominado Consorcio Vial Santa Rosa (en adelante, "el Consorcio"). El objeto del mismo era el de suscribir con PROVIAS el Contrato de Ejecución de Obra N° 032-2012-MTC/20, en virtud de la adjudicación de la buena pro otorgada en abril de 2012, en el proyecto "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta" (en adelante, "el Proyecto"). Asimismo, el contrato estipulaba que las partes acordaban que el Consorcio no tendría contabilidad independiente y que el operador del contrato sería OAS.

Cabe señalar que, con fecha 11 de mayo de 2012, el Contrato de Obra fue suscrito entre el Consorcio y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL (en adelante, "PROVIAS"). En razón del mismo, el Consorcio se obligaba a realizar la ejecución del Proyecto, bajo los términos y condiciones ahí estipulados; y a su vez, PROVIAS se comprometía a efectuar los pagos correspondientes al Consorcio. Nótese que siendo OAS el operador, éste emitiría las facturas por las prestaciones ejecutadas y conforme a ello, PROVIAS realizaría los pagos.

Mediante escritura pública de fecha 16 de octubre de 2015, el Consorcio suscribió con La Fiduciaria S.A., un Contrato de Fideicomiso en Administración. En virtud de éste, el Consorcio se constituía en fideicomitente y fideicomisario, transfiriendo en dominio fiduciario a La Fiduciaria, los derechos de cobro y los flujos dinerarios generados por la ejecución de la obra. A mayor precisión, mediante el contrato se transfería: (a) los "Derechos de Cobro"¹⁸, definidos como aquellos derechos de crédito presentes y futuros, determinados o determinables, que otorgan legitimidad para exigir, demandar y recibir el pago de todas las sumas de dinero adeudadas al Consorcio por PROVIAS de conformidad con el Contrato de Obra; y (b) los "Flujos Dinerarios", definidos como las sumas de dinero que le corresponde percibir al Consorcio en mérito a (i) la cobranza y realización efectiva de los Derechos de Cobro, (ii) los intereses que estos generen, y (iii) cualquier otra suma de dinero de la que el Consorcio sea beneficiario derivado del Contrato de Obra.

Cabe señalar que con fecha 22 de octubre de 2015, La Fiduciaria y el Consorcio pusieron en conocimiento de PROVIAS, la constitución del fideicomiso. Adicionalmente, en dicha comunicación precisaban que a partir del día siguiente de recibida la misma, cualquier pago que PROVIAS realizara a favor del Consorcio por concepto de ejecución del Contrato de Obra, debía ser realizado en la cuenta que La Fiduciaria comunicara oportunamente. El 26 de octubre de ese año, el Contrato de Fideicomiso se inscribió en el Registro Mobiliario de

¹⁸ De acuerdo con lo señalado en el Contrato de Fideicomiso, se incluye en esta definición, entre otros conceptos, a (i) valorizaciones, (ii) las sumas de dinero adeudadas al Consorcio por PROVIAS por concepto de penalidades, (iii) los intereses compensatorios o moratorios que se devenguen, (iv) los pagos por indemnizaciones, los cargos y cualquier otro pago debido al Consorcio por cualquier concepto bajo el Contrato de Obra, sin limitación alguna; y, (v) cualquier otra suma dineraria que PROVIAS le adeude al Consorcio derivada del Contrato de Obra.

Contratos de los Registros Públicos de Lima. Y mediante Carta recibida por PROVIAS el 28 de octubre de 2015, La Fiduciaria indicó las cuentas en las cuales debían efectuarse los pagos.

No obstante, desde noviembre del 2015 hasta marzo del 2016, el Consorcio tuvo que solicitar reiteradamente a PROVIAS que cesara de depositar los abonos de las facturaciones de la obra en la cuenta de OAS. Recién en marzo, PROVIAS informó al Consorcio que considerando la solicitud de cambio de la cuenta, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de dicha institución recomendaba efectuar una *adenda* al Contrato de Fideicomiso, a fin de precisar que todas las operaciones dinerarias indicadas en el contrato serían efectuadas para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la ejecución de la obra. Así, con fecha 5 de abril de 2016, se celebra la Adenda N° 1¹⁹ del Contrato de Fideicomiso, y con fecha 06 de mayo PROVIAS comunica su aceptación respecto al fideicomiso y el cambio de cuenta bancaria, mencionando que en dicha cuenta sólo se abonaría los importes netos resultantes después de las retenciones de ley y que sean aprobadas por la SIAF-SP²⁰ del Ministerio de Economía y Finanzas.

Ahora bien, en junio del 2016, el operador del Consorcio, OAS, emite a PROVIAS cuatro facturas, producto de la ejecución del Contrato de Obra. Antes de proceder con el pago, PROVIAS comunica a la SUNAT sobre la existencia de éstas, en atención a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 931.²¹ La Administración Tributaria a su vez, refiere que el emisor de las mismas tenía la calidad de deudor tributario en cobranza coactiva, de modo que se le ordena retener la suma de S/ 927,896 y proceder su entrega al Ejecutor Coactivo dentro del plazo de cinco días hábiles.²² Éste asimismo emite la Resolución Coactiva N° 0110070116209, por la cual ordena formalmente el embargo en forma de retención de la suma antes indicada, "sobre los derechos de crédito y otras acreencias de titularidad del deudor tributario OAS y que estuvieran en posesión de PROVIAS". Tres días después, emite también la Resolución Coactiva N° 0110070116248 que dispone un embargo en forma de

¹⁹ Por medio de esta *Adenda* se deja sin efecto (i) la definición de inversiones, (ii) se elimina y deja sin efecto la palabra "inversiones" en la definición de instrucción, y (iii) se elimina y deja sin efecto el numeral 9.1.2 de la Cláusula Novena del Contrato de Fideicomiso.

²⁰ Sistema Integrado de Información Financiera, diseñado como herramienta para la gestión financiera del Tesoro Público en su relación con las llamadas Unidades Gestoras (UE) del Gobierno Central y Regional. Tiene como objeto la integración del sistema de administración financiera. Las UEs registran sus operaciones de gastos e ingresos, información que es transmitida al MEF para su verificación y aprobación.

²¹ El Decreto Legislativo N° 931 aprobó el procedimiento para el cumplimiento tributario de los proveedores de las entidades del Estado, cuya finalidad es establecer un mecanismo especial a través del cual, la Administración Tributaria efectúe el cobro de las deudas tributarias exigibles (en cobranza coactiva) de los proveedores del Estado. En razón de ello, se establece que las entidades comuniquen a la SUNAT, a través del sistema implementado, cada vez que se devengue un gasto a favor de sus proveedores; entendiéndose por entidades a aquellas pertenecientes al sector público nacional y que sean designadas como tales por la SUNAT. De esta manera, la SUNAT verifica la condición de estos últimos como deudores tributarios y ordena a la entidad estatal, de ser el caso, efectuar un embargo en forma de retención por la suma indicada.

²² Cabe precisar que en el ínterin de la emisión de las órdenes de embargo, PROVIAS informó a la SUNAT sobre la existencia del contrato de fideicomiso y le solicitó que se pronunciara sobre la procedencia o no de las medidas de embargo. Asimismo, el Consorcio y La Fiduciaria intercambiaron comunicaciones con PROVIAS y el Ejecutor Coactivo, advirtiendo que los bienes a embargar constituían parte de un patrimonio fideicometido, y que además la deuda exigible le correspondía a OAS más no al Consorcio.

retención por la suma de S/ 2'665,197, ordenando igualmente a PROVIAS a efectuar la retención respectiva.

Frente a ese escenario, con fecha 10 y 13 de junio de 2016, al amparo del artículo 120° del Código Tributario, La Fiduciaria formula una Intervención Excluyente de Propiedad en cada Expediente Coactivo. Pese a ello, con fecha 21 y 22 de junio del 2016, los recursos son declarados inadmisibles mediante Resolución Coactiva N° 0110070116399 y Resolución Coactiva N° 0110070116408. En éstas, el Ejecutor Coactivo señaló que PROVIAS le había informado sobre la existencia de devengados en favor del deudor tributario OAS, conforme a lo cual inició los procedimientos de cobranza coactiva, y que “dado a que el deudor formaba parte de un consorcio, emitió las Resoluciones Coactivas trabando los embargos cuestionados”. Además, precisó que la recurrente no había acreditado mediante documento público o privado su condición de propietaria de los créditos embargados, ello aunado a que la Ley de Banca establecía que las empresas fiduciarias no tenían derecho de propiedad sobre los bienes fideicometidos, siendo solo responsables por su administración. Por tal motivo, concluía que aquella no estaba legitimada para presentar la Intervención Excluyente de Propiedad, procediendo a declarar inadmisibles las solicitudes.

Bajo tal contexto, La Fiduciaria decide apelar dichas Resoluciones Coactivas.²³ En éstas alegó que PROVIAS no le había precisado a la SUNAT que las facturas emitidas por el Operador OAS, correspondían a créditos pertenecientes al Consorcio, las cuales a su vez constituían parte del patrimonio fideicometido. Conforme a lo cual, ni OAS ni el Consorcio tenían titularidad sobre los referidos derechos de crédito, pues las normas bancarias así lo estipulaban. Además que las mismas establecían que el patrimonio fideicometido no responde por las deudas del fideicomitente (Consortio), y por lo tanto de ninguno de los consorciados. Asimismo, reiteró que desde el 22 de octubre del 2015 (fecha de comunicación a PROVIAS sobre el Contrato de Fideicomiso), el titular de estos derechos de crédito era el mismo patrimonio fideicometido, administrado por La Fiduciaria.²⁴

Del mismo modo, expresó que en su calidad de fiduciario, conforme al artículo 252° de la Ley de Banca, el dominio fiduciario que ejercía “compartía las características esenciales del derecho de propiedad” –entiéndase, administración, uso, disposición y reivindicación–. En virtud de ello, afirmaba que no cabía duda de que éste era quien se encontraba legitimado

²³ Adviértase que presentadas las apelaciones, La Fiduciaria interpuso también un recurso de Queja en contra de la SUNAT. En ésta cuestionó el criterio adoptado por la Administración, al haber considerado que no tenía legitimidad para presentar tales intervenciones. Señaló además, que no se tuvo en cuenta la naturaleza inembargable de los bienes que integran el patrimonio fideicometido, así como lo expresado en el Informe N° 254-2005-SUNAT. No obstante, mediante la RTF N° 02387-Q-2016 del 07 de julio de 2016, la Queja fue declarada improcedente, en tanto el Tribunal indicó que La Fiduciaria carecía de legitimidad para cuestionar las actuaciones de la Administración, en tanto el Procedimiento de Cobranza Coactiva era seguido contra OAS y no contra ella.

²⁴ “Tal como hemos detallado y probado en los puntos 1 al 19 del presente escrito, estos flujos son originados por el Consorcio, no por OAS y desde el 22 de octubre de 2015, el titular de estos derechos de crédito es el patrimonio fideicometido, administrado por La Fiduciaria .

Ni OAS, ni el Consorcio tienen esta calidad desde la mencionada fecha, pues con motivo de la constitución del Fideicomiso, tanto los Derechos de Cobro, cuanto los Flujos Dinerarios provenientes de la ejecución del Contrato de Obra, fueron transferidos a favor de dicho patrimonio.” (Resaltado mío)

para interponer la Intervención Excluyente de Propiedad, además de ser su obligación la defensa de tal patrimonio, de acuerdo al artículo 256° de la misma ley.²⁵ Por lo tanto, decía que a pesar de que el artículo 120° del Código expresaba que dicho recurso es interpuesto solo por quien ostenta la calidad de “propietario”, se debía considerar que el Poder Judicial ya le había reconocido dicho derecho.²⁶ No obstante, en el supuesto negado, indicaba que la Administración Tributaria debió haber declarado la improcedencia de ambos recursos más no su inadmisibilidad, correspondiendo que se pronunciara sobre todos los argumentos vertidos, puesto que la cuestión sobre su legitimidad para obrar era un tema de fondo.

En virtud de ello, en agosto del 2016, el Tribunal Fiscal emite la RTF N° 8147-8-2016. En ésta, el Tribunal decide acumular ambos Expedientes Coactivos y resuelve inhibirse del conocimiento de las apelaciones interpuestas, “ordenando remitir los actuados a la Administración a efecto de que proceda conforme a lo señalado en la misma”.²⁷ Al respecto, el Tribunal expresó:

“Que de lo actuado se advierte que los embargos trabados por la Administración, mediante las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116248, recaen sobre derechos de crédito o acreencias que se mantendrían frente a PROVIAS; es decir, en realidad versan sobre una relación obligacional con dicha entidad, sobre la que no podría ostentarse derecho de propiedad alguno.

Que dado que la Interposición de la Intervención excluyente de propiedad, prevista en el artículo 120° del Código Tributario, solamente versa sobre bienes y no sobre derechos de crédito, y según lo establecido en el artículo 101° del Código Tributario, en cuanto a los derechos de terceros que pudieran verse afectados en un procedimiento de cobranza coactiva sólo es competente para pronunciarse sobre las intervenciones excluyentes de propiedad, esta instancia carece de competencia para pronunciarse sobre las apelaciones interpuestas, criterio recogido por este Tribunal en las Resoluciones N° 08182-8-2015, 07032-5-2014 y 00876-10-2014, entre otras.

Que en tal sentido, al no ser competencia de este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto, procede a inhibirse de su conocimiento.

Que estando al sentido del fallo carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre los demás argumentos esgrimidos por la recurrente vinculados con la legitimidad que tiene para obrar, toda vez que estos corresponden que sean analizados en la vía pertinente.”

Comentarios

Como puede advertirse, en esta RTF el razonamiento del Tribunal Fiscal es otro. Aquí, si bien la Administración Tributaria, al igual que en los casos anteriores, aduce la imposibilidad del fiduciario para interponer la Intervención Excluyente de Propiedad —en tanto alega que éste

²⁵ Lo que el recurrente parecía indicar con ello, era que en virtud de tal deber (de defensa), toda acción procesal o procedimental que antes tenía el propietario (hoy fideicomitente), quedaba subrogada en cabeza del fiduciario. Es decir, que este deber le confería (y garantizaba) a todo fiduciario la legitimidad para accionar cualquier recurso con el fin de salvaguardar el patrimonio fideicometido, incluyendo obviamente la Intervención Excluyente de Propiedad.

²⁶ Al respecto, hace referencia a la Sentencia del 23 de abril de 2010 (Resolución No. 28) del Exp. No. 2007-3163-0-1401-JR-CI-02 y a la Casación No. 492-2009 de fecha 25 de setiembre de 2009. En éstas se faculta a La Fiduciaria a interponer la Intervención Excluyente de Propiedad en el proceso civil.

²⁷ Esta última línea, referida a la remisión de los actuados —y que no guarda relación con el contenido de lo discutido—, fue posteriormente eliminada, pues era un error material que el Tribunal Fiscal corrigió de oficio en la RTF Aclaratoria N° 9399-8-2016 de fecha 04 de octubre de 2016.

no tiene la calidad de propietario sobre los bienes embargados–; el Tribunal Fiscal, por su lado, cuestiona otro tema que lo lleva a declarar su inhibición. Veamos rápidamente.

Lo que este órgano resolutivo cuestionó, era que el recurso planteado por el fiduciario no versaba sobre bienes sino supuestamente sobre “una relación obligacional” (derechos de crédito). A su juicio, la literalidad del artículo 923° del Código Civil que define la propiedad en base al término “bien”²⁸, y la de los artículos 885° y 886° que clasifican los bienes en muebles o inmuebles; determina que la Intervención Excluyente de Propiedad se plantee únicamente respecto de bienes tangibles embargados (muebles o inmuebles).²⁹ Resultando por lo tanto absurdo formular una Intervención Excluyente de Propiedad sobre derechos de crédito, los cuales no pueden ser objeto de propiedad. No obstante, si se tuviera en cuenta que hay un amplio sector doctrinario que considera que el término “bien” comprende tanto a muebles, inmuebles y derechos patrimoniales; el asunto sería discutible, pues entonces el término “bienes” –además de tangibles– incluiría también a ciertos derechos plausibles de ser objeto de propiedad y por lo tanto del recurso en cuestión.³⁰

De todos modos, lo que más llama la atención, es el hecho de que el Tribunal Fiscal pareció haber olvidado que las Resoluciones Coactivas que ordenaban los embargos en forma de retención “sobre los derechos de créditos y otras acreencias respecto de las cuales el deudor fuese titular”, se trabaron por las sumas de S/ 927,896.00 y S/ 2’665,197.99. Es decir, que las retenciones se efectuaron sobre montos plenamente determinados, y que en virtud de ellos, el fiduciario interpuso los recursos de Intervención Excluyente de Propiedad. Sin embargo, pese a algo tan evidente, el Tribunal irónicamente adujo e insistió en que los recursos se habían planteado sobre “derechos crediticios”. Así, prescindiendo del hecho de que los embargos habían recaído sobre dos sumas plenamente determinadas, el Tribunal resolvió finalmente inhibirse del conocimiento de la causa –debido a un supuesto mal planteamiento de la Intervención Excluyente de Propiedad–. No obstante, ¿acaso no era claro que los embargos en forma de retención se habían materializado sobre dos montos dinerarios, y que en razón de ellos se interponían las Intervenciones? ¿O acaso PROVIAS había retenido una “relación obligacional”, tal y como parecía expresar el Tribunal Fiscal?

Sin duda, en mi opinión, el motivo de inhibición del Tribunal carece de sustento sólido. Pues como se ha advertido, éste resulta bastante cuestionable por los dos motivos antes referidos. Francamente, haber confirmado las resoluciones que declaraban la inadmisibilidad de los recursos –como en los tres casos anteriores–, hubiera sido una posición más apacible. Y aunque cabe precisar que el presente estudio no abordará este extremo referido a los tipos de bienes (o derechos) sobre los que una Intervención Excluyente de Propiedad puede versar; de todos modos, queda efectuada la observación sobre el criterio usado por el Tribunal para inhibirse en este caso.

²⁸ “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.” (subrayado mío).

²⁹ Estos artículos del Código Civil son citados literalmente en la RTF.

³⁰ Conforme a esta corriente, se dice que si bien los derechos patrimoniales son *per se* derechos, éstos no son derechos subjetivos en estricto, en tanto comportan intrínsecamente un valor económico materializable.

Ahora bien, por si fuera poco, el Tribunal Fiscal además prescindió de otro dato elemental: que el deudor tributario en el procedimiento de cobranza coactiva no era el Consorcio (fideicomitente), sino OAS (consorciado). Como se recordará, OAS, en su condición de operador del Consorcio, emitía las facturas a PROVIAS. Lamentablemente, esta última reportó a la SUNAT, como si los comprobantes devengaran un gasto a favor de ella y no a favor del Consorcio (como correspondía conforme al Contrato de Obra). Y es a raíz de la existencia de deudas tributarias exigibles de este contribuyente, que se inició el procedimiento de cobranza en su contra. No obstante, lo inquietante fue que los embargos sobre ambas sumas, se efectuaron sobre un patrimonio que no era de titularidad de OAS³¹ –ni del Consorcio–³². Y es debido a ello, que La Fiduciaria solicitó intervenir en el procedimiento –para impedir la ejecución de los embargos–. Sin embargo, aun bajo conocimiento de esto, el Tribunal Fiscal permitió el embargo de éstos, y con ello, el fideicomiso terminó prácticamente respondiendo por las deudas tributarias de uno de los miembros del fideicomitente. Empero, ¿por qué el Ejecutor Coactivo ordenó embargar una acreencia que a todas luces no era de titularidad de OAS?, ¿por qué el Tribunal Fiscal omitió pronunciarse al respecto?, ¿no cabía a caso la posibilidad de disponer las medidas cautelares sobre bienes cuya titularidad de OAS no resultara cuestionada?,

Como puede advertirse, las tres observaciones antes efectuadas, son cuestiones inherentes al razonamiento del Tribunal Fiscal que no merecen mayor desarrollo para los fines de este estudio; pero que en tanto pueden repercutir directamente en el sentido de lo resuelto, no podían dejarse pasar. No obstante, existen otros tres aspectos transversales al tópico principal, que por el contrario sí merecen ser estudiados con mayor detalle. Estos son: en primer lugar, la cuestión referida a la similitud del derecho de propiedad y el dominio fiduciario. Recuérdese que el fiduciario hizo una suerte de analogía entre éstos –refiriéndose a la facultad de administración, uso, disposición y reivindicación–, para así tratar de demostrar su legitimidad como tercero interviniente. En segundo lugar, algo muy interesante manifestado también por la recurrente, vinculado a la concepción del patrimonio fideicometido como titular propio de los bienes o derechos fideicometidos.³³ Y por último, pero no por ello menos importante, la cuestión referida a lo resuelto en la Casación N° 492-2009-ICA. El tratamiento de estos tres aspectos será abordado durante el desarrollo de los siguientes capítulos; no obstante, al final de este primer capítulo se explicarán los motivos que nos llevan a su reflexión.

Finalmente, a modo de acotación, se habrá advertido que a diferencia de los tres procedimientos anteriores, en éste se alegaron nuevos factores que enriquecieron la

³¹ Nótese que en palabras del Ejecutor Coactivo, “dado que el deudor formaba parte de un consorcio, emitió las Resoluciones Coactivas trabando los embargos”. Lo cual es a todas luces un sinsentido. ¿Acaso era motivo suficiente que el deudor tributario fuera parte de un consorcio en actividad, como para embargar las contraprestaciones de este contrato asociativo? Evidentemente no.

³² Obsérvese además que, cuando la SUNAT ordena los embargos “sobre los derechos de crédito y otras acreencias respecto de los cuales el deudor fuese titular y que estuvieran en posesión de PROVIAS”, ¿acaso PROVIAS poseía alguna suma dineraria de titularidad de OAS? Definitivamente no, pues su único acreedor (proveedor) era el Consorcio Vial Santa Rosa.

³³ Ver supra nota 24.

discusión y la hicieron más interesante. Tanto el recurrente (fiduciario) como el Tribunal Fiscal, aportaron nuevos tópicos al debate. ¡Pero vaya construcción argumentativa! Pues si bien lo alegado por ambos goza de algunos aciertos jurídicos, padece también de lo contrario. Es más, lo argumentado por el primero termina proyectando incluso una defensa algo desesperada –y cómo no, si se trata de embargos–.

2. Situación de indefensa de los Patrimonios Fideicometidos: un problema de forma sobre fondo

Bien, expuesta la casuística y hechas las observaciones preliminares, conviene ahora presentar la razón principal que ha promovido esta investigación. Por tal motivo, sin perjuicio de los cuestionamientos incidentales antes anotados, veremos porqué en los procedimientos tributarios de cobranza coactiva se ha negado a los fiduciarios el planteamiento de la Intervención Excluyente de Propiedad regulada en el artículo 120° del Código Tributario, y por qué la misma representa una situación de “indefensa”.

Preliminarmente, cabe hacer hincapié en lo reciente de esta problemática, ya que los cuatro procedimientos expuestos han sido resueltos en segunda instancia entre los años 2015 y 2016. Si bien es cierto que la interposición de una Intervención Excluyente de Propiedad en el ámbito fiscal puede arrojar un gran universo de expedientes tributarios; lo cierto es que casi en su totalidad, éstos han sido formulados generalmente por terceros propietarios que no tenían la calidad de fiduciarios, de modo que su legitimidad para interponer dichos recursos no se ha visto discutida, como sí ha ocurrido en estos cuatro expedientes. En todo caso, por lo menos no parece existir antes del año 2015, algún procedimiento de cobranza coactiva tributaria en el que un fiduciario haya formulado este tipo de recurso para defender un patrimonio fideicometido de un embargo trabado a causa de las deudas tributarias del fideicomitente.

Aunque, sin perjuicio de lo anteriormente dicho, es menester hacer mención a la RTF Unipersonal N° 0876-10-2014. En este caso, el fiduciario pretendió intervenir en el procedimiento de cobranza coactiva seguido al fideicomitente (deudor), cuestionando el embargo en forma de retención recaído sobre el patrimonio fideicometido –constituido por los derechos de cobro y flujos dinerarios derivados de un Contrato de Obra celebrado entre el fideicomitente y PROVIAS– que le había sido transferido en fideicomiso, previamente a la medida cautelar trabada. No obstante, en primera instancia, la Intervención Excluyente de Propiedad interpuesta fue declarada improcedente; y en segunda instancia, el Tribunal resolvió inhibirse del conocimiento de la apelación, atendiendo a que el recurso interpuesto originalmente por el fiduciario había sido una Intervención Preferente de Pago³⁴, más no una Intervención Excluyente de Propiedad. Es decir, el fiduciario recurrente había formulado un

³⁴ Como bien lo señala el Tribunal Fiscal, conforme al Código Procesal Civil, este recurso tiene como objeto la suspensión del “pago producto de la ejecución, en tanto el juez decida respecto a la preferencia de la acreencia”. Es decir, luego de la ejecución de la medida cautelar, el pago del producto del remate queda suspendido hasta que el juez defina cuál de los acreedores concurrentes en el proceso tiene mejor derecho. Por el contrario, en la Intervención Excluyente de Propiedad “lo que se suspende es el propio proceso de ejecución”, pues se pretende evitar el perjuicio que éste mismo ocasionaría en los bienes de propiedad de un tercero.

recurso previsto en el Código Procesal Civil, más no en el Código Tributario. En otras palabras, el fiduciario había errado al plantear el recurso procedimental adecuado. Caso contrario, es probable que este expediente de cobranza coactiva del año 2013, hubiera sido el primero en discutir la legitimidad del fiduciario para interponer una Intervención Excluyente de Propiedad.

Ahora bien, volviendo la mirada al objeto de este apartado, es oportuno explicar por qué para el presente estudio se considera que los patrimonios fideicometidos (embargados o no), se encuentran en una situación de indefensa en los procedimientos tributarios de cobranza coactiva. Para ello, analizaremos con mayor profundidad la posición sostenida al respecto por la SUNAT y el Tribunal Fiscal.

Recuérdese que los cuatro casos bajo examen, revelan un mismo patrón. A grandes rasgos, la SUNAT inicia un procedimiento de cobranza coactiva, a raíz de las deudas tributarias de un contribuyente, en el cual se dispone una medida de embargo contra bienes que se presumen suyos. Sin embargo, la particularidad reside en que dicha medida cautelar recae sobre bienes que pertenecen a un patrimonio fideicometido, el mismo que fue transferido por dicho contribuyente (fideicomitente) con anterioridad al embargo. De allí que el fiduciario –en tanto tercero ajeno al procedimiento seguido contra el fideicomitente– pretenda intervenir, con el fin de evitar la ejecución del embargo recaído sobre los bienes que le fueron transferidos para su administración. No obstante, su solicitud de intervención (recurso previsto en el art. 120° CT) termina siendo denegada tanto en primera y segunda instancia administrativa.

Adviértase que la discusión común en los cuatro procedimientos, además de la “inembargabilidad” del patrimonio fideicometido, está relacionada a la legitimidad del fiduciario para interponer la Intervención Excluyente de Propiedad prevista en el artículo 120° del CT. Es en base a ello, que en los tres procedimientos seguidos contra Veritas, la SUNAT declara la inadmisibilidad de los recursos y el Tribunal Fiscal resuelve confirmándolos. De igual modo, en el procedimiento seguido contra OAS, la SUNAT también declara la inadmisibilidad aunque en este caso el Tribunal Fiscal decide inhibirse del conocimiento. Nótese entonces, que tanto en primera como en segunda instancia, la Intervención Excluyente de Propiedad formulada por un fiduciario termina siendo rechazada. Y esto, debido a que en palabras de los Ejecutores Coactivos como del Tribunal Fiscal, éste es un recurso que puede ser formulado exclusivamente por los “propietarios” de los bienes embargados, cualidad que evidentemente no cumplirían los fiduciarios.³⁵ ¿Empero hay una base legal para afirmar ello? Sí, pues este criterio es sostenido en virtud de dos normas: el artículo 273° de la Ley de Banca y el artículo 120° del CT.

En efecto, el artículo 273° de la LGSF expresa que, “El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario. (...) La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.” (Subrayado mío). De lo cual se aprecia que la redacción de este artículo es bastante clara y enfática: el fiduciario no es propietario de los bienes transferidos en fideicomiso. Ahora, por otro lado tenemos el artículo 120° del Código Tributario, el cual establece que, “El tercero propietario

³⁵ En las cuatro RTFs examinadas, el Ejecutor Coactivo señala que declaró inadmisibles los recursos interpuestos por el fiduciario, en tanto éste no había probado su derecho; es decir, no había acreditado la transferencia a su favor de los bienes embargados.

de bienes embargados, podrá interponer intervención excluyente de propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.” (Subrayado mío). Como puede advertirse, esta disposición parece indicar que el tercero que pretenda accionar el recurso, debe tener necesariamente la calidad de propietario. De allí que, considerando lo dispuesto por ambas normas, se arribe a la conclusión de que un fiduciario no pueda interponer este recurso.

Bajo dicha perspectiva, todo indicaría que la postura sostenida por la SUNAT y el Tribunal Fiscal, no solo resulta razonable sino que además posee un innegable asidero legal. Pues obedeciendo a una aplicación literal de la norma bancaria y tributaria, resulta evidente afirmar que ciertamente los fiduciarios no son terceros legitimados para interponer la Intervención Excluyente de Propiedad que el Código Tributario dispone, en tanto éstos no son propietarios de los bienes embargados. Entonces, si lo resuelto parece estar conforme a ley ¿cuál es la objeción?, ¿dónde está el problema?

Se trata pues de que también resulta innegable el hecho de que, conforme lo dispone el artículo 253° de la LGSF, el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fideicomitente ni de sus causahabientes. Pues, tal y como lo expresa el artículo 241° del mismo, “El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes”. Es decir, el patrimonio fideicometido se constituye como un patrimonio separado, ajeno a cualquier otro. Pues, una vez efectuada la transferencia fiduciaria, se instituye una separación patrimonial, de modo que dichos bienes ya no pueden ser confundidos con el patrimonio de las partes involucradas en el contrato. De allí que lo resuelto en los cuatro casos parezca conforme, pero que en realidad resulte inaudito el embargo de bienes fideicometidos con el propósito de cobrar las deudas tributarias de los fideicomitentes.

Reflejando dicha particularidad del fideicomiso en los cuatro casos expuestos, conllevaría entonces a advertir que los bienes fideicometidos embargados por la SUNAT no debían de ser objeto de la responsabilidad patrimonial de los fideicomitentes, Veritas y el Consorcio Santa Rosa –ni mucho menos de su consorciada OAS– ¿cierto? Más aún si se tiene en cuenta que en todos éstos, las medidas cautelares fueron trabadas con posterioridad a la constitución del patrimonio fideicometido, y no antes.³⁶

No obstante, como sabemos sucedió lo extraordinario, tanto en primera como en segunda instancia administrativa, se inobservaron estas disposiciones bancarias referentes a la separación patrimonial. Lo cual implicó desconocer la “intangibilidad” de estos patrimonios ante las deudas tributarias del fideicomitente. ¿Pero cómo sucedió esto? Pues, en mi opinión, debido una dificultad de carácter formal, referida a la falta de acreditación del derecho de propiedad mediante documento público o privado. El literal a) del artículo 120° del Código Tributario, dispone que la intervención excluyente de propiedad “solo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a

³⁶ Pues en su defecto, si se hubieran trabado antes que las transferencias fiduciarias surtieran efectos, ya no se hablaría de una separación patrimonial y por lo tanto los bienes constituirían garantía de deuda del fideicomitente indubitablemente.

juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes”. En síntesis, las disposiciones bancarias que constituyen la esencia para la defensa de los patrimonios fideicometidos –ante los embargos ilegítimos por adeudos del fideicomitente–, no lograron ser tomadas en cuenta por la Administración Tributaria ni por el Tribunal Fiscal, debido a la *obstaculización* procedimental que los fiduciarios enfrentan actualmente para formular la Intervención Excluyente de Propiedad.

En efecto, considero que la (in)defensa –aludiendo a una defensa que se materializa en indefensa– se manifiesta en la existencia de argumentos de fondo contenidos en la Ley de Banca, que amparan inexorablemente la autonomía de los patrimonios fideicometidos (art. 241° y 253° de la LGSF), pero que terminan siendo entorpecidos por una cuestión de índole formal de la norma tributaria (literal a) del art. 120° del CT). Pues el decir que sólo pueden interponer una tercería aquellos que tengan la condición de “propietarios”, genera un efecto restrictivo en la tutela de los patrimonios fideicometidos, referido a la supuesta falta de legitimidad para obrar de los fiduciarios (gestores de los patrimonios). De ese modo, la exigencia de esta condición a todo aquel fiduciario que quiera accionar una tercería, no solo termina bloqueando toda defensa legal existente en las normas bancarias, sino que adicionalmente, tiene efectos segregacionistas. Se excluye en general de poder accionar una intervención excluyente de propiedad, a todos los patrimonios fideicometidos que pudieran verse afectados ilegalmente en un procedimiento tributario –a causa de una deuda ajena–. Lo cual alarmante y paradójicamente, tiene como efecto hacer permisible el embargo de éstos en razón de las deudas de los fideicomitentes, contrariando así lo estipulado en el artículo 241° y 253° de la LGSF.

Como hemos visto, a pesar de que las normas bancarias legitiman la “inembargabilidad” de estos patrimonios por deudas del fideicomitente, el obstáculo que parece ser insuperable, es el referido a la existencia de un recurso que permita a los fiduciarios poder intervenir dentro de un Procedimiento de Cobranza Coactiva tributaria, para así evitar la ejecución de las medidas cautelares trabadas. Pues aunque ésta sea precisamente la función de la Intervención Excluyente de Propiedad, los fiduciarios parecen no disponer de este tipo de mecanismo, dada su calidad de “administradores”. Lo cual, en la práctica, equivale a decir que los patrimonios fideicometidos afectados con un embargo a raíz de las obligaciones del fideicomitente, son patrimonios jurídicamente desprotegidos. En mi opinión, aquella desprotección incluso alcanza a todo el universo de patrimonios fideicometidos, sean embargados o no; pues desde ya existe la potencialidad de que cada fideicomiso celebrado perezca ante una situación así. Es más, si solo caviláramos en embargar hoy a todos los patrimonios fideicometidos constituidos en nuestro país en razón de las deudas tributarias de sus fideicomitentes, hoy éstos no podrían ser amparados por carecer de un mecanismo legal que lo viabilice. En otras palabras, la Resolución Coactiva que dispone la medida cautelar contra éstos, representa algo así como una crónica de muerte anunciada; pues sinceramente, todo esfuerzo durante la etapa administrativa sería vano. ¡Que la suerte nos ampare!

Por otro lado, llama la atención que esta situación de confrontación entre normas bancarias y tributarias, no parece haber sido desconocida por la SUNAT o el Tribunal Fiscal. Al contrario, es

evidente que sobretodo este último llegó a advertir el mismo.³⁷ Sin embargo, como se sabe, este órgano resolutorio optó por no pronunciarse al respecto.

De todos modos, podría considerarse que, aun pudiendo haber advertido el Tribunal que el artículo 120° del Código Tributario parecía afectar la posibilidad de accionar y por lo tanto el derecho a la defensa de los patrimonios fideicometidos, éste técnicamente estaba “atado de manos”. Pues como se sabe, preliminarmente se observan los requisitos de admisibilidad, razón por la cual no sería extraño que ante un “evidente” escenario de falta de requisitos formales (acreditar mediante documento el derecho de propiedad), se declare de plano inadmisibile el recurso. Aunque, cabe preguntarnos si debería resolverse de igual manera, cuando se anticipa que un recurrente y todos los de su condición, no gozan administrativamente de otro mecanismo de defensa apropiado para reivindicar su derecho y/o patrimonio. Lo cual nos lleva a una segunda consideración, referida al ejercicio del control difuso en sede administrativa. Pues aún si el Tribunal Fiscal hubiera advertido que el artículo 120° del Código podría ser inconstitucional; en tanto esta atribución fue revocada por el propio Tribunal Constitucional en el año 2014, este órgano no podía ir más allá de una aplicación literal.³⁸ Es decir, a pesar de haber podido distinguir el conflicto jurídico, todo conduce a apuntar que el TF irremediamente tenía que apegarse a resolver conforme a lo positivizado. Por ello, siguiendo la misma línea de lo ya antes advertido, es que se puede afirmar que la problemática examinada no sería producto de un error resolutorio sino más bien del obstáculo formal observado, reducido a la redacción y aplicación literal del artículo 120°.

Adviértase que la Intervención Excluyente de Propiedad establecida en el artículo 120° del Código Tributario, fue trasplantada del artículo 533° del Código Procesal Civil Peruano, referido a la tercería de propiedad, contemplando también que en el ámbito tributario los únicos “terceros intervinientes” en el procedimiento serían solo sujetos con la calidad de “propietarios”. Es decir, no se previó que las medidas cautelares trabadas sobre los bienes que se presumen del deudor, podrían afectar a un tercero sin esa calidad. Lo cual no es del todo extraño si se considera que además el desarrollo del Fideicomiso en nuestro país es casi incipiente. El hecho de que hoy esta figura inquiete el ámbito de la tercería de propiedad – institución pensada primigeniamente en “propietarios” que sufren de una afectación ilegítima sobre sus bienes–, nos lleva a reflexionar a si la Tercería de Propiedad y por lo tanto la Intervención Excluyente de Propiedad, deberían acoger sus requerimientos apremiantes de tutela.

En mi opinión, el artículo 120° del Código Tributario comporta cierta deficiencia normativa, ya que su aplicación e interpretación literal materializa un estado de indefensión y por lo tanto de desconocimiento de la figura del fideicomiso. Es innegable que a raíz de ello, cualquier fiduciario

³⁷ El mismo Tribunal cita tanto las normas referidas a la Intervención Excluyente de Propiedad (que exhiben la supuesta falta de legitimidad de los fiduciarios) como las referidas al fideicomiso (respecto a la inembargabilidad del patrimonio fideicometido por deudas del fideicomitente o fiduciario).

³⁸ El precedente sobre el control difuso de constitucionalidad en la vía administrativa, contenido en la STC N° 3741-2004-AA/TC, pronunciada el 14 de noviembre de 2005 en el “Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque”, fue revocado mediante la sentencia expedida el 18 de marzo de 2014, correspondiente al Expediente N° 4293-2012-PA/TC, referido a la nulidad de una resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado.

que pretenda defender un patrimonio fideicometido de una medida cautelar tributaria ilegítima, inexorablemente fracase en ambas instancias administrativas. Conforme lo cual, una vez agotada la vía administrativa, la suspensión en virtud de la interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad, seguiría su curso, procediéndose con la ejecución de la medida cautelar. Frente a lo cual, en aras de evitar el mismo, el fiduciario tendría que recurrir forzosamente al Poder Judicial para iniciar una acción contenciosa administrativa, además de solicitar una medida cautelar que inmovilice los bienes. Es decir, por si todo este asunto de indefensión fuera exiguo, los fiduciarios –en tanto administradores– se ven forzados a tener que emprender un “atractivo” proceso judicial de varios años. De lo contrario, únicamente les quedaría contemplar con total rezago la ejecución del embargo sobre los bienes que administran.

En suma, atendiendo a todo lo mencionado, queda claro que el fundamento que ha promovido llevar a cabo esta investigación, no es otro que el estado de indefensa en el que se encuentran los patrimonios fideicometidos en el ámbito de las cobranzas coactivas tributarias. Se puede afirmar que la privación a los fiduciarios de poder interponer el recurso estipulado en el artículo 120° del CT, tácitamente presupone una condena a los fideicomisos. Pues no solo se desconoce la intangibilidad de estos patrimonios sino que además se le resta confianza a la figura. En efecto, un fallo del Tribunal Fiscal en ese sentido, en primer lugar podría poner en riesgo la operación del fideicomiso afectado, debido a la reducción súbita de sus activos o de sus procesos comerciales; lo cual incluso podría significar el término del fideicomiso (numeral 5 del art. 269° de la LGSF). Ello, sin contar los perjuicios del tiempo y los costos adicionales de las acciones legales administrativas y judiciales. En segundo lugar, podría inducir a que las estructuras del fideicomiso sean más onerosas, lo cual generaría un desincentivo en el mercado –si es que aún no lo ha hecho–. A modo de ejemplo, los *due diligence* tendrían que incluir un análisis exhaustivo del escenario tributario en el que se encuentra el fideicomitente, lo cual normalmente no se realiza; o en el caso de los fideicomisos inmobiliarios, los bancos que asuman el financiamiento tendrían que pedir los estados financieros y declaración de impuestos de la inmobiliaria en cuestión.

Más allá de todas aquellas consecuencias negativas, lo más insólito resulta ser el mismo hecho de lo que implica en sí la ejecución de una medida cautelar trabada sobre un patrimonio fideicometido (o un bien fideicometido). Pues al haberse trabado este embargo en razón de una deuda tributaria ajena (la del fideicomitente-deudor), lo que su ejecución representa, no es sino el consentimiento de que el patrimonio fideicometido tiene un propietario. Es decir, como si los bienes transferidos en fideicomiso aún constituyeran parte del patrimonio del fideicomitente, y que en virtud ello, las medidas cautelares pueden ser ejecutadas con total regularidad. No obstante como vimos, la norma bancaria explícitamente expresa lo contrario (el patrimonio fideicometido no tiene propietario). Por lo tanto, atendiendo a ello, lo que el rechazo de la Intervención Excluyente de Propiedad planteada por el fiduciario desencadena, no solo es la ejecución de una medida cautelar ilegítimamente trabada; sino también el desconocimiento sistemático de la peculiaridad y esencia del fideicomiso.

Es por dicho motivo que el planteamiento del recurso en cuestión, resulta ser tan demandante e imperioso. Contemplar o no su interposición por parte de los fiduciarios, puede presuponer

un estado de indefensa. Una indefensa, claramente conducente a la transgresión de la naturaleza del fideicomiso. De allí que este tópico sea merecedor de nuestra total atención y en virtud del mismo concentremos nuestro enfoque de investigación. Enfoque, que precisamente en este estudio materializaremos mediante la formulación de la siguiente pregunta: *¿Los fiduciarios deberían poder interponer la Intervención Excluyente de Propiedad dispuesta en el artículo 120° del Código Tributario?*

3. Otras consideraciones en torno a la problemática

Habiendo explicado el porqué se considera que los patrimonios fideicometidos se encuentran en un estado de indefensión; es oportuno pasar a exponer rápidamente la relevancia del tratamiento de aquellas cuestiones adyacentes a la problemática central, las cuales permitirán conocer además con mayor detalle el contexto actual del problema. Por ello, en este apartado se verá el estado de la cuestión (o estado del arte), así como algunas cuestiones transversales – antes advertidas en la casuística expuesta– que contribuyen al problema central. Ambos puntos son relevantes, pues solo a partir de ello será factible definir el marco conceptual y los objetivos específicos de investigación en este trabajo.

3.1. Estado de la cuestión

Como hemos apreciado, la restricción del universo de sujetos legitimados a interponer una Intervención Excluyente de Propiedad en el transcurso de un procedimiento de cobranza coactiva tributaria, se debe a la imperfecta aplicación del artículo 120° del Código Tributario. Pero aun cuando este problema siempre estuvo latente, no fue sino desde el año 2015 que el peligro se materializó, al resolverse denegatoriamente los primeros tres procedimientos de cobranza coactiva en segunda instancia administrativa. No obstante, desde aquel entonces, el problema ha persistido y lamentablemente nada se ha avanzado. Aunque cabe señalar, que la notoriedad del problema no es exactamente nula, pues de hecho algunas voces lograron alertar sobre el mismo. Entre dichas voces tenemos la de Arturo Tuesta³⁹, Gino Sangalli Ratti⁴⁰, la asociación civil Círculo de Derecho Administrativo⁴¹ y la revista *Semana Económica*⁴².

Nótese que la revista de perfil ejecutivo *Semana Económica*, publicó un artículo manifestando que un fallo del Tribunal Fiscal en el sentido de lo resuelto –probablemente en alusión a la RTF N° 8147-8-2016–, únicamente terminaba mermando la figura del fideicomiso. En éste opinaron además un par de abogados renombrados del medio, todos

³⁹ Quien al parecer advirtió sobre lo resuelto en la RTF N° 2048-10-2015 y N° 772-4-2015, en una exposición sobre los “Aspectos tributarios del Fideicomiso en el Perú”, presentada en octubre del 2016.

⁴⁰ SANGALLI, Gino “El dominio fiduciario”, *El Peruano*, 2016 <<http://www.elperuano.com.pe/noticia-el-dominio-fiduciario-49871.aspx>> [accedido 12 febrero 2017].

⁴¹ SALAZAR, Octavio “El Fideicomiso en el Perú como herramienta financiera: breve análisis de sus reales implicancias”, *Prometheo CDA*, 2016 <<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=202>> [accedido 3 marzo 2017].

⁴² VALDIVIEZO, Claudia “Fideicomisos: fallo del Tribunal Fiscal resta confianza a figura ya probada”, *Semana Económica*, 2016 <<http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/203168-un-fallo-que-resta-confianza-a-una-figura-probada/>> [accedido 14 febrero 2017].

ellos coincidiendo en el mismo sentido de lo expresado en el artículo. Sin embargo, lo que más llama la atención, es que se advirtió que si bien esta RTF no era un precedente de observancia obligatoria, la decisión de este órgano resolutorio conllevaría a que las estructuras del fideicomiso pudieran ser más onerosas. Pues bajo tal esquema, el mercado tendría que acomodarse a cubrir **escenarios innecesarios de prever** para ofrecer una mayor tranquilidad. Aunque ciertamente, coincido en la línea de que una mayor tranquilidad la brindaría *“una entidad tributaria que no incurriera en inconsistencias”*.

Por otro lado, en el portal web de la asociación civil Círculo de Derecho Administrativo, se publicó un artículo curioso que analiza brevemente las implicancias del fideicomiso en la RTF del caso OAS. En éste el autor consideró justo que el Tribunal Fiscal no haya amparado la solicitud de Intervención Excluyente de Propiedad formulada por el recurrente, toda vez que bajo su opinión, este recurso es una herramienta de defensa única y exclusiva para el tercero propietario. A lo cual añadió que: *“la herramienta de defensa utilizada por el recurrente para defender su derecho de dominio fiduciario no fue la que correspondía”*. Pues bajo su criterio, consideraba que la Queja podría ser el remedio idóneo para que tanto el fideicomitente como el fiduciario defiendan la integridad del patrimonio fideicometido.

Sin embargo, más allá de aquellas denuncias y opiniones, no existe por el momento antecedentes académicos donde se haya analizado y escrito más al respecto. Mucho menos alguna propuesta formal de algún ente que pretenda dar solución a este problema. Tal vez debido a que la casuística es reducida, en tanto los fideicomisos afectados apenas se cuentan con los dedos de una sola mano o porque en términos de temporalidad, la casuística es bastante reciente.⁴³ Sea lo que sea, parece que la necesidad de su tutela es urgente; pues la incipiente notoriedad de la problemática resulta insuficiente de cara a que el estado de la cuestión se encuentra incólume desde su origen. En efecto, dado que hasta ahora no ha sido objeto de estudio y por lo tanto nadie ha propuesto una salida, el peligro de que el mismo patrón se siga repitiendo, es aún inminente. No obstante, a pesar de la inexistencia de antecedentes académicos, el presente trabajo humildemente podría ser un primer intento de ello.

3.2. Dificultades que contribuyen al problema

Ahora bien, para conocer un poco más del contexto actual del problema jurídico que nos convoca, veremos que hay dificultades que contribuyen a asentar el mismo. Si bien estas dificultades son cuestiones secundarias y transversales, indudablemente constituyen aspectos que no pueden dejarse de lado. Pues en su defecto, ignorarlos solo podría significar no resolver el problema principal de raíz. Más aún si se tiene en cuenta que desde ya, el objeto de estudio implica la discusión de diversos conceptos jurídicos.

⁴³ Más aún, si consideramos que el universo de aquellos fiduciarios perjudicados –con embargos en razón de deudas del fideicomitente- que han planteado una Intervención Excluyente de Propiedad, se reduce a uno solo: La Fiduciaria S.A.. Es decir, el número de contribuyentes o empresas fiduciarias afectadas con este tipo de fallos, es extremadamente reducido.

Entonces como bien se ha precisado, las cuestiones en las que repararemos a continuación, son cuestiones procedentes de la misma problemática expuesta en los cuatro casos analizados en el primer apartado de este capítulo. Recordaremos pues que de los procedimientos seguidos contra Veritas y OAS, quedaron algunos puntos pendientes a reflexionar. Éstos son justamente los que serán comentados aquí, a fin de conocer la relevancia que comportan para los fines de este estudio.

Para empezar, nótese que de las observaciones hechas en los procedimientos de cobranza coactiva seguidos contra Veritas, quedaron dos puntos en suspenso. La primera, referida a la concepción del dominio fiduciario como una “cesión de dominio condicionada”. Y la segunda, referida a la contradicción de si el fideicomitente mantenía o no el derecho de propiedad sobre los bienes transferidos.

El dominio fiduciario como una simple “cesión de dominio condicionada”

Se recordará que en los tres expedientes seguidos contra Veritas, el Ejecutor Coactivo de la SUNAT afirmó que: “la transferencia fiduciaria no implica la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo que representa una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica, (...)”. Afirmación que no hace más que cuestionarnos si nosotros conocemos qué es el dominio fiduciario y qué es lo que implica.

Ciertamente, la Administración atina al indicar que la transferencia que opera en el Fideicomiso y en el Derecho de Propiedad, son distintas. Pues como se sabe, el fideicomiso no implica una enajenación, y por lo tanto no hay una transferencia absoluta y plena. Sin embargo, no parece acertar cuando señala que el dominio fiduciario representa una “cesión de dominio condicionada –a la finalidad del contrato–”.

Ahora, si bien este trabajo no versa sobre el dominio fiduciario y esta afirmación en particular tampoco será tratada en el mismo, la observación queda hecha para un futuro estudio. Pues sería bueno despejar todas esas concepciones equívocas y mitos que rondan en relación al dominio fiduciario, a efectos de evitar caer en los mismos una y otra vez.⁴⁴ Más aún si se tiene en cuenta que este tipo de creencias menesterosas no son ajenas incluso a la Administración Tributaria, lo cuál evidentemente termina perjudicando a los administrados y menoscabando la figura del Fideicomiso.

¿Qué sucede con el derecho de propiedad del fideicomitente?

Recordaremos también que en la parte resolutive de las tres primeras RTFs, se advirtió que el Tribunal Fiscal había caído en una incongruencia al replicar una y otra vez lo siguiente:

“Que conforme se constata, el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas Edificaciones S.A.C, quien en su calidad de fideicomitente en el contrato de fideicomiso elevado a escritura pública el 16 de mayo de 2006, transfirió el dominio fiduciario (...) más no su propiedad.

(...)

⁴⁴ La más popular es la noción que conceptúa al dominio fiduciario como un “nuevo derecho real”.

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de “pertenencia” del fideicomitente, no integran el patrimonio del fiduciario.” (Subrayado mío)

En otras palabras, se decía que Veritas se mantenía como propietaria del bien fideicometido, pero al mismo tiempo se indicaba que este bien ya no le pertenecía. ¿Pero cómo así alguien puede ser propietario de un bien que ya no le pertenece? Bien se aseveraba que el fideicomitente mantenía la propiedad sobre los bienes o bien se aseveraba que éste ya no la tenía. No obstante, lo que pareció ser un error material en un principio, no lo fue porque esta contradicción se replicó en todos los procedimientos seguidos contra la deudora.⁴⁵

Entonces ¿será que el derecho de propiedad sobre los bienes se mantiene intacto en cabeza del fideicomitente?, ¿o es que se extingue una vez constituido el fideicomiso? ¿Acaso queda suspendido temporalmente hasta que el fideicomiso culmine o cumpla su finalidad?, ¿o es que este derecho real se sustituye por un derecho de crédito? En líneas generales podría decirse que no se tiene certeza al respecto, pues la norma bancaria no lo estipula.

Pese a que el tratamiento de este tema podría dar para un estudio por separado, en el capítulo tres haremos una breve aproximación que servirá para despejar la incertidumbre y determinar si en efecto el fideicomitente mantiene o no los bienes fideicometidos dentro de su esfera patrimonial. A partir de lo cual sabremos además si resulta conforme el embargo y ejecución de medidas cautelares sobre bienes fideicometidos, por responsabilidad patrimonial del fideicomitente.

Ahora bien, por otro lado, corresponde ver los tres puntos pendientes derivados del procedimiento seguido contra OAS. El primero, referente a las semejanzas entre la propiedad y el dominio fiduciario. El segundo, vinculado a la noción del patrimonio fideicometido como titular mismo de los bienes fideicometidos. Y el tercero, respecto a lo resuelto en la Casación N° 492-2009-ICA.

La analogía entre el derecho de propiedad y el dominio fiduciario

Se recordará que el cuestionamiento más grande que debían enfrentar los fiduciarios era el referido a su falta de legitimidad, en tanto éstos no tienen la calidad de propietarios sobre los bienes embargados. Anticipándose a ello, lo que el fiduciario alegó en este caso, fue que tal era la semejanza entre la propiedad y el dominio fiduciario –entiéndase la administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes– que por correspondencia su legitimidad no debía ser cuestionada. Es decir, considerando que la ley otorgaba en ambos casos las mismas “potestades”; para la recurrente, los propietarios y fiduciarios debían poder ejercer las mismas acciones de defensa sobre los bienes, lo que implicaba poder interponer la intervención excluyente de propiedad.

⁴⁵ Nótese que estas RTFs no tienen una RTF aclaratoria.

No obstante, como sabemos, pretender ridículamente acortar las diferencias entre ambas situaciones jurídicas haciendo uso de la analogía, es inconcebible no solo porque cada institución tiene sus propias reglas y éstas no pueden ser alivianadas haciendo una simple extrapolación; sino también porque en el Derecho Tributario la analogía está prohibida.

El patrimonio fideicometido como titular de los bienes fideicometidos

Esta concepción procede de lo expresado así por el fiduciario en su recurso de apelación:

“Tal como hemos detallado y probado en los puntos 1 al 19 del presente escrito, estos flujos son originados por el Consorcio, no por OAS y desde el 22 de octubre de 2015, el titular de estos derechos de crédito es el patrimonio fideicometido, administrado por La Fiduciaria .

Ni OAS, ni el Consorcio tienen esta calidad desde la mencionada fecha, pues con motivo de la constitución del Fideicomiso, tanto los Derechos de Cobro, cuanto los Flujos Dinerarios provenientes de la ejecución del Contrato de Obra, fueron transferidos a favor de dicho patrimonio.” (Subrayado mío)

Lo que se pretendió alegar con ello, fue que en tanto ninguno de los sujetos intervinientes en el fideicomiso tenía la titularidad de los bienes transferidos –ni el fideicomitente (antiguo propietario), ni el fiduciario (simple administrador), ni el fideicomisario–; era el propio patrimonio autónomo el que la ostentaba. En virtud de lo cual, el patrimonio fideicometido podía interponer la cuestionada intervención excluyente de propiedad.

A nuestro juicio, diríamos que éste fue un último intento (desesperado) de la recurrente por esquivar el cuestionamiento de falta de legitimidad de los fiduciarios. No obstante, siguiendo la línea de la penúltima observación, este extremo referido a la titularidad de los bienes embargados nos compete, pues es sumamente relevante determinar si efectivamente éstos tienen un titular o un propietario. Ya que si la respuesta a ello fuera afirmativa, saber quién es ese titular conllevaría no solo a determinar quien puede plantear el recurso del artículo 120° del CT, sino también a confirmar si los embargos trabados por deudas del fideicomitente son legítimos o no. Por dicho motivo, esta cuestión será analizada más a detalle en el capítulo tres.

La Casación que contradice lo resuelto por el Tribunal Fiscal

Por último, está la cuestión referida a la Casación N° 492-2009-ICA, la cual se expidió con motivo de un proceso civil en el que justamente La Fiduciaria interpuso una Tercería de Propiedad, en vista del embargo –por deudas del fideicomitente– de un patrimonio fideicometido que administraba. Lo interesante de ésta, es que fue invocada por la recurrente en el caso de OAS a fin de que el Tribunal Fiscal tuviera en consideración el criterio esbozado por la Corte Suprema. Sin embargo, a pesar de que éste no se pronunció al respecto y de que dicho criterio parece haber pasado desapercibido en el ámbito tributario; sin duda constituye un elemento importante que merece nuestra especial atención. Ésta será analizada en el cuarto capítulo.

Habiendo explicado brevemente las razones por las cuales estas cuestiones adyacentes al problema jurídico principal no deben ser ignoradas y por el contrario, merecen ser tratadas oportunamente en éste o en un futuro trabajo; es preciso hacer ahora, a modo de comentarios finales, una síntesis del contexto actual del problema a tratar:

- La confusión conceptual en relación a lo que es el dominio fiduciario, a lo que sucede con el derecho de propiedad del fideicomitente, a las potestades que el dominio fiduciario otorga a su titular, o a lo que supone decir que el patrimonio fideicometido constituye un patrimonio autónomo; son indudablemente reflejo de que aún tenemos muchas ideas difusas y hasta contradictorias respecto a las implicancias del Fideicomiso.
- Las dificultades antes reparadas, son innegablemente producto de la aún divergente concepción del Fideicomiso en nuestro país, incluyendo a nuestros tribunales. Esto posiblemente debido a que el trasplante de esta figura en el Perú es algo reciente y su uso no tiene todavía la difusión anhelada –aunque ciertamente va en aumento–.
- Ahora, si bien la materia que nos concierne, versa sobre la aparente incompatibilidad entre el Fideicomiso y la Intervención Excluyente de Propiedad; es claro que además del afianzamiento de estas dos figuras jurídicas, la discusión involucra tratar además temas particulares como la legitimidad para obrar en la tercería, la separación patrimonial de riesgos y la constitución de patrimonios autónomos. Los cuales son definitivamente trascendentales para el esclarecimiento de la cuestión principal.
- Enmarcada la pregunta de investigación en términos de si los fiduciarios deberían poder plantear o no la Intervención Excluyente de Propiedad del artículo 120° del Código Tributario, los objetivos que se proponen desarrollar quedan circunscritos a lo siguiente:
 - (1) Comprender con mayor profundidad las implicancias del Fideicomiso, entre ellas: (i) conocer el Fideicomiso a partir de su trasplante jurídico a nuestro sistema; (ii) comprender la esencia y funcionalidad del Fideicomiso como “patrimonio autónomo”; (iii) determinar los alcances de la responsabilidad patrimonial objetiva del fideicomitente.
 - (2) Examinar la Intervención Excluyente de Propiedad desde una perspectiva bancaria y tributaria: (i) comprender la funcionalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad; (ii) determinar si la legitimidad para obrar activa en la Tercería de Propiedad, y por lo tanto en la intervención excluyente de propiedad, es exclusiva para los propietarios o si puede ser inclusiva para los fiduciarios.

CAPÍTULO 2

EL FIDEICOMISO PERUANO COMO PRODUCTO DE UN TRASPLANTE JURÍDICO

Conforme se anticipó, en este capítulo se examinará puntualmente la figura del Fideicomiso. En tanto el problema jurídico se circunscribe alrededor de este elemento, sería un fracaso intentar resolver la problemática sin antes tener en claro lo que jurídicamente implica. Por dicha razón, a continuación se explicarán los aspectos más trascendentales de éste. Con lo cual fundamentalmente se pretende comprender su esencia, para a partir de ello definir si consecuentemente la intervención excluyente de propiedad es un mecanismo jurídico de protección válido para el mismo.

En atención a ello, para comprender el Fideicomiso y luego pasar a resolver el problema jurídico que nos convoca, bien se podría partir haciendo un breve recuento de la evolución normativa, doctrinaria y jurisprudencial peruana, desde 1931 hasta la actualidad. Sin embargo, aquello solo serviría de introducción para contextualizar el Fideicomiso en el Perú. Por tal motivo, con la finalidad de comprender con mayor profundidad lo que este fenómeno implica como institución, considero necesario ir más allá de una visión parcializada y superficial de su historia. Más aún si tenemos en cuenta que esta figura no solo es resultado de un trasplante normativo, sino que además tiene sus raíces en un sistema jurídico ajeno al *Civil Law*.

De allí que el objeto del primer apartado de este capítulo, sea remontarnos a los antecedentes históricos del Fideicomiso. Lo cual implicará hacer primero una rápida mención al *fideicommissum* romano, para luego describir de manera resumida el origen y evolución del *trust* en el *Common Law*, así como sus particularidades bajo dicho sistema jurídico. En un siguiente apartado, se hará un breve recuento de los postulados más influyentes que encabezaron el proceso de importación del *trust* hacia Latinoamérica. Por último, en un tercer apartado se hará un breve repaso de la transformación normativa peruana sobre la materia, a fin de conocer más a detalle el camino seguido por el legislador hasta la actualidad, así como los aciertos y errores cometidos.

4. Antecedente del Fideicomiso: ¿El *trust* anglosajón o el *fideicommissum romano*?

Como bien se ha señalado, en este apartado recorreremos brevemente desde sus orígenes, los antecedentes históricos del trasplantado “fideicomiso latinoamericano”. No obstante, debemos partir haciendo una breve distinción entre el *trust* y el *fideicommissum*⁴⁶. Pues aunque en la actualidad existe un vasto consenso doctrinario que reconoce al *trust* como precursor histórico inmediato del Fideicomiso moderno, no han faltado quienes han considerado que éste derivaría de lo que el Derecho Romano denomina como *fideicommissum*. Sobretudo al considerarse que ambas figuras pertenecen al mismo sistema jurídico, el Derecho Continental. Si bien no es objeto de este trabajo explayarnos al respecto, vale la pena partir haciendo una efímera distinción para disipar desde ya la posible confusión; ya que como veremos a continuación, esa afirmación no es correcta. Pues si examinamos con cuidado las diferencias y similitudes entre éstas, veremos que la institución romana y el fideicomiso actual no siguen la misma línea.

⁴⁶ Referido también por algunos como *fiducia*.

4.1. El *fideicommissum* romano

En el Derecho Romano, como bien señala Manuel De la Flor Matos, el término fideicomiso deriva del latín *fides commissus*, en el que *fides* significa fe y *commissus* significa comisión o encargo. De modo que éste hacía alusión a un “encargo de confianza” o a una “comisión basada en la fe”.⁴⁷ Lo cierto es, que esta figura apareció como una de las formas más antiguas para garantizar deudas (*inter vivos*) y rehuir a las restricciones impuestas para heredar a ciertas personas (*mortis causa*).

En el plano de las obligaciones, Herzen manifiesta que para dotarlas de cierta seguridad, los romanos durante largo tiempo recurrieron primero al *pactum fiduciae*⁴⁸, luego al *pignus* (prenda) y ya después a la hipoteca.⁴⁹ Mediante la primera, Eugene Petit indica, que en el contexto de una enajenación (u otro contrato que implicara una transferencia real), cuando el acreedor exigía a su deudor alguna seguridad real, se solía añadir un “pacto de fiducia”.⁵⁰ Éste, funcionaba como una suerte de garantía real y se traducía en un compromiso del acreedor para restituir la propiedad de aquella cosa transferida por el deudor una vez cumplida determinada obligación por el deudor.⁵¹ Mientras tanto, el deudor podía consentir el uso de la cosa por el acreedor, a título de arrendatario o precario. Cumplida la obligación, el acreedor debía transferirle nuevamente la propiedad a su antiguo propietario; a falta de voluntad, ello le podía ser exigido por el deudor mediante la acción *fiducia directa*.⁵² No obstante, si bien el pacto de fiducia le ofrecía al acreedor una gran garantía: la propiedad y además la *rei vindicatio* (restitución de la propiedad), ésta desapareció debido a que el deudor sufría de varios inconvenientes, siendo el principal el supuesto en el que el acreedor, abusando de su derecho, enajenaba prematuramente la cosa y el deudor no tenía modo seguro de recuperarla, en tanto no tenía acción real contra los terceros adquirentes, sino solamente una acción personal.⁵³ Se dice que hasta el siglo II de nuestra época el *pactum fiduciae* estuvo aún en uso, pues también se empleaba cuando uno prestaba una cosa (comodato) o depositaba un objeto precioso en casa de un amigo (depósito); aunque como se explicó, su uso era sobretodo para la constitución de una seguridad real.⁵⁴

⁴⁷ DE LA FLOR, Manuel. *El Fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999), p. 24.

⁴⁸ De la Flor Matos, refiere que el *pactum fiduciae* suponía un acuerdo *inter vivos*, el cual podía ser de dos modalidades: la *fiduciae cum creditore* y la *fiduciae cum amico*. Ambas, tenían como fin otorgar una garantía real al acreedor, aunque con la particularidad de que éste debía restituir el bien al deudor si se verificaba el cumplimiento de la obligación. Pero, precisa además que el bien recibido podía ser usado y disfrutado gratuitamente por el adquirente, con el provecho de todas las facultades inherentes del propietario, hasta llegado el momento de su retransmisión.

⁴⁹ HERZEN, Nicolas. *Origine de l'hypothèque Romaine* (Paris: Rousseau, 1899), p. 32.

⁵⁰ PETIT, Eugene. *Traité élémentaire de droit romain: contenant le développement historique et l'expose général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien*, 9^{éd} (Paris: Rousseau, 1920), p. 341.

⁵¹ PETIT, p. 341.

⁵² Íd. P. 342.

⁵³ Ibíd.

⁵⁴ PETIT, Eugene. Ob. Cit. P. 378.

Por otro lado, en el plano de las sucesiones, cuando el testador quería favorecer a una persona con la cual no tenía la *testamenti factio*, no tenía otro recurso que pedir o rogar a uno de sus herederos que fuese el ejecutor de su voluntad, para así dar al incapaz un objeto en particular, o la sucesión en todo o en parte.⁵⁵ Al heredero gravado se le llamaba *fiduciario*, y a quien restituía, *fideicomisario*. En palabras de Manuel De la Flor, en este caso, el *fideicomissum* era una liberalidad mediante la cual un tercero (de confianza) se convertía en propietario de los bienes transferidos por el testador, a conciencia de cumplir con el encargo encomendado por éste. Esto último era usado sobretodo en beneficio de personas que no podían heredar. Esta disposición no era obligatoria civilmente, era sobretodo un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario, quien debía ejecutarla en favor del *fideicomisario*. Sin embargo, con el tiempo, los emperadores lograron que éstas se ejecutaran mediante intervención de los cónsules, incluso se creó un pretor especial para ocuparse ellos (*pretor fideicommissarius*). Su uso fue amplio, dado que permitía mayores ventajas que el legado. Entre ellas, la posibilidad de que a la muerte del fiduciario, éste restituya la cosa al primer fideicomisario, y así sucesivamente. Asimismo, es preciso mencionar que en sus orígenes, el fideicomisario adquirió un derecho de crédito frente al fiduciario, no obstante, con las reformas de Justiniano, tratando de unificar las modificaciones introducidas previamente por dos senadoconsultos, el Trebeliano y el Pegasiano, se dispuso entre otras cosas, que el fideicomisario adquiriera en lo sucesivo un derecho real. En virtud de ello, éstos ya no tenían porqué temer respecto a la enajenación o hipoteca que efectuaran los fiduciarios extralimitándose, pues mediante la *rei vindicatio*, podían lograr la restitución de los bienes aún en contra de los adquirentes de buena fe.⁵⁶

Como se aprecia, el *fideicommissum* romano (*inter vivos* o *mortis causa*), basado fundamentalmente en la confianza, suponía la constitución de un nuevo propietario (el fiduciario); aunque claro está, sujeto a una posterior restitución del derecho real o a su ejecución en provecho de un tercero. El *trust* por su lado, como veremos más adelante, fue también una figura que tenía como fundamento aquella noción de conciencia y buena fe, pero cuyos rasgos particulares lo alejan bastante del primero. Y aunque no han faltado autores que como Manuel De la Flor o Juan Jordano, tajantemente consideran que la distinción entre ambas figuras, radica únicamente en los remedios jurídicos que se otorgan ante el uso de los bienes de manera contraria al fin predispuesto por el fiduciante, discrepamos de ello. En primer lugar, porque como veremos, en el *trust* no se habla de una restitución *per se* de la cosa transferida, como sí lo hay en este caso. En segundo lugar, porque estos autores señalan que en el *fideicommissum*, la inobservancia del encargo por parte del fiduciario, produce únicamente efectos personales –es decir, que el fideicomisario o fiduciante sólo tendría un derecho de crédito contra el fiduciario–; y que es en el *trust*, en el que sí hay efectos reales.⁵⁷ No obstante, tratados de Derecho Romano demuestran que aquello no fue así siempre. Como se ha mencionado, si bien primigeniamente la figura romana solo tuvo efectos personales, luego de las enmiendas introducidas por Justiniano, ésta también adquirió efectos reales, provocando a ineficacia real del acto y permitiendo la

⁵⁵ Íd. P. 768

⁵⁶ PETIT, Eugene. Ob. Cit. P. 773.

⁵⁷ DE LA FLOR, Manuel. Ob. Cit. P. 37; JORDANO, Juan. *El negocio fiduciario* (Barcelona: Bosch Editor, 1959), p. 24.

reivindicación del bien (acarrea *ipso iure* la restitución del bien aun en perjuicio de terceros).

De todos modos, aunque la confianza y los remedios legales referidos, son aspectos que asemejan inicialmente al *fideicommissum* y al *trust*, la doctrina autorizada coincide en que el *fideicommissum* se aleja de poder ser considerado precedente histórico directo del Fideicomiso moderno por varias razones. Una de ellas sería la manifiesta existencia de incompatibilidades en las características de ambas, lo cual a comparación con el fenómeno anglosajón no se evidencia, como veremos a continuación. La otra hace referencia a la caída en desuso del *fideicommissum*, lo cual aparentemente generó una gran brecha histórica entre éste y el Fideicomiso actual, y que no parecería haber sucedido con el Trust –caso en el cual más bien varios juristas e historiadores han hallado continuidad en su uso–⁵⁸.

4.2. El *trust* anglosajón

Aunque existe cierto sector en el Derecho Comparado que ha relacionado históricamente al *trust* con otras figuras análogas –pertenecientes incluso a sistemas legales ajenos al Common Law–, como el Treuhand alemán⁵⁹, el Waqf de la Sharia⁶⁰, o el mismo Fideicommissum romano⁶¹; mayoritariamente se afirma que el Trust del *Common Law*, tuvo como antecedente al *use* inglés.⁶² F. Maitland, un referente en el tema, indica que el término “*use*” es muy curioso, pues aunque pudiera creerse que deriva del latín *usus*, éste deriva más bien del latín *opus*.⁶³ En documentos jurídicos francos y lombardos de los siglos VII y VIII, se puede encontrar la expresión en latín vulgar *ad opus* que significaba “en su representación”. En francés antiguo se encuentra como “*al oes*” o “*ues*”, cuya pronunciación inglesa se confunde con “*use*”. Así el autor manifiesta: “*If I hold land ad opus Johannis, this of course means that I hold it on behalf of John. [...] In the fourteenth century (which for us*

⁵⁸ En este punto cabe precisar que por lo menos en Latinoamérica, es posible encontrar actualmente y en el siglo pasado, figuras claramente inspiradas en la institución romana. Al respecto, el Código Civil de Chile, Brasil y Colombia, contemplan la llamada “propiedad fiduciaria” o “negocio fiduciario”. No obstante, éstas no son más que una “propiedad real limitada” (derecho real con obligación de restitución posterior), como lo hemos visto en el *fideicommissum*. Claramente, éstas no pueden ser pensadas como instituciones derivadas del Derecho Anglosajón.

⁵⁹ Véase: R. HELMHOLZ and R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (Berlin: Duncker & Humblot, 1998).

⁶⁰ Véase: D. POWERS, ‘The Islamic Family Endowment (Waqf)’ (1999) 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1167; J. A. SCHOENBLUM, ‘The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust’ (1999) 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1191.

⁶¹ Véase: D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts* (Oxford: Clarendon Press, 1988); D. JOHNSTON, *Roman Law in Context* (Cambridge University Press, 1999), pp. 47–9.

⁶² Cfr. LEPAULLE, Pierre. ‘Civil Law Substitutes for Trusts’, *The Yale Law Journal*, 36.8 (1927), 1126–47 (p. 1127) <<http://www.jstor.org/stable/789606>> “*If one uses such an approach, one will find, as will be shown later, that there is at least one right in rem that is remarkably similar to that created by a great many trusts - this is fiducia. The technique, much closer to trusts than the fidei commissum with which it is generally compared, is no longer in use, but is still in existence and can be utilized*”.

⁶³ MAITLAND, Frederic W. “Uses and Trusts”, en *Equity: also the forms of actions at Common Law: Two courses of lectures*, ed. M. A. CHAYTOR y W. J. WHITTAKER (Cambridge: Cambridge University Press, 1910), pp. 23–42 (p. 27) <<https://archive.org/stream/equityalsoformso00mait#page/n6/mode/1up>>.

*is the important time) it has long been used currently to describe cases of agency and bailment. My agent receives money to my use.”*⁶⁴

De todos modos, lo cierto es que el *use* surgió a partir de la premura por librarse de las cargas feudales y otras confiscaciones de la época feudal. Se sabe que su empleo despegó en el siglo XIII, periodo definido por una notable prohibición de transferencia *mortis causa* de las tierras. En tanto el sistema inglés reconocía como único propietario de las tierras al rey, los que recibían las tierras de la corona eran simplemente tenedores de las mismas (*landlords or tenants*), sometidos a cambio, a un régimen de vasallaje a la corona (provisión de recursos militares o monetarios).⁶⁵ No se podía garantizar que las estirpes de las familias poseedoras de tierras pudieran continuar poseyéndolas, pues cuando los terratenientes iban a la guerra, las leyes solo admitían que por testamento se transfiriera la tenencia de tierras a los primogénitos varones. Lo cual implicaba serios inconvenientes para aquellos que al partir, en su familia solo tenían a esposas, hijas mujeres e hijos menores de edad; ya que si no tenían un hijo varón mayor al morir, la tenencia de sus tierras era revocada.

Es en razón de ello, que mediante el *use*, los terratenientes con el objeto de velar por el bienestar de sus descendientes, dadas las restricciones impuestas por las leyes feudales, empezaron a transferir sus tierras a otras personas (de confianza), bajo la orden de poseerlas en beneficio de su familia. El *feoffor to use* o *settlor* (el terrateniente) transfería la propiedad a favor del *feoffe to use*, con la obligación de conciencia de éste, de actuar en favor de un tercero llamado *cestui que use*, quién además podía ser el mismo *settlor*. De esta manera, a través de esta herramienta de administración de tierras –la mayor fuente de riqueza de aquel entonces–, se garantizaba su preservación para las futuras generaciones dentro de la misma línea de descendencia. El *use* fue el mecanismo medieval más importante creado también para evitar las cargas feudales que imponían la obligación de pagar tributos al señor feudal, cuando las tierras se transferían a un heredero mayor de edad, así como para evitar las confiscaciones por la Guerra de las Dos Rosas y por las Leyes de las manos muertas.⁶⁶

No obstante, dado que la tutela de los *uses* no estaba contemplada en las *Courts of Common Law*, los conflictos surgidos por incumplimiento o abuso del *feoffe to use*, no eran atendidos.⁶⁷ Se consideraba que los “encargos a conciencia” dados por los transferentes a los *feoffees to use*, no hacía de éstos sus “deudores legales”, sino únicamente sus “deudores

⁶⁴ *Ibidem*.

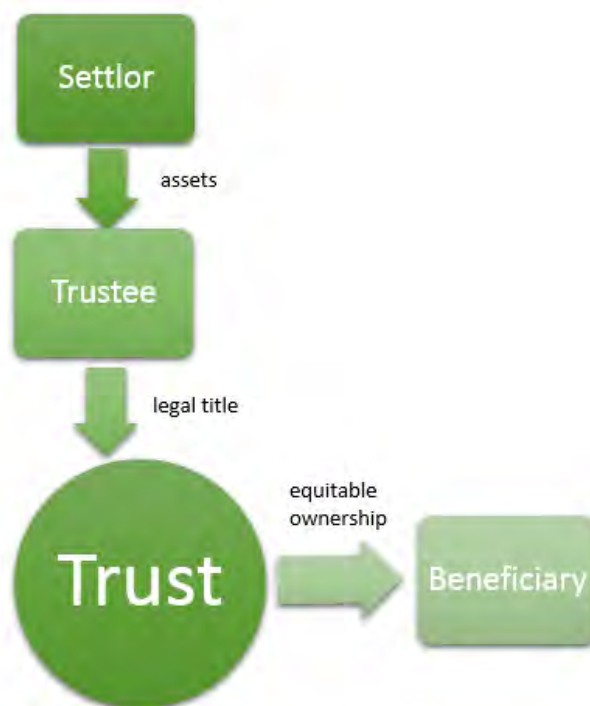
⁶⁵ ESCOBAR, Freddy “Breve ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el sistema jurídico peruano”, *Themis*, 2004, 85–103 (p. 87) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9627/10034>>.

⁶⁶ GRUNING, David W. “Reception of the Trust in Louisiana: The Case of Reynolds v. Reynolds”, *Tulane Law Review*, 1982, 89–93.

⁶⁷ Los contratos privados no eran ejecutables ante las cortes, a no ser que hubieran sido celebrados bajo ciertas formalidades. Además el sistema rígido de los *writs*, que gobernaba dicha jurisdicción impedía crear unos nuevos. Por esta razón, las cortes solo podían ofrecer remedios para los casos en los que existía un *writ* específico.

morales”.⁶⁸ Lo cual, por el contrario, derivaba en la calificación de los *feoffees to use*, como los dueños indubitables de las tierras que poseían en virtud del *use*. Todos los reclamos que presentaban los *cestuis que use*, terminaban siendo rechazados de facto.⁶⁹ No obstante, este contexto de aprovechamiento para que los *feoffees* abusaran de su posición, alarmó a la sociedad inglesa. Ante las injusticias, a fines del siglo XIV, las *Courts of Chancery* decidieron intervenir, y escapando de las normas de derecho común recurrieron a la aplicación de normas basadas en *equity*, ordenando así a los *feoffees* a cumplir el mandato en beneficio de los *cestui*. Conforme a ello, mientras las *Courts of Common Law* reconocían al *feoffee* como propietario, las *Courts of Equity*, velaban por los intereses de los *cestui*. En los siglos posteriores, la idea de una dualidad en la propiedad se generalizó: el *feoffee to use* era el “propietario legal” y el *cestui que use* era el “propietario económico”.

Las restricciones feudales a la transferencia de propiedad sobre las tierras, fueron desapareciendo sucesivamente desde el siglo XVII, y con ello la necesidad que hizo nacer al *use*. No obstante, éste resucitó como un instrumento de administración de patrimonios, bajo el nombre de *trust*. El principio fundamental siguió siendo el mismo: por conciencia, el *trustee* (*feoffee*), titular del derecho legal, debía actuar conforme a los propósitos (*explícitos o implícitos*) por los cuales la propiedad le había sido investida, es decir en favor del *beneficiary* (*cestui*), o caso contrario, conforme a los remedios a los que el *beneficiary* podía acceder en *Equity a causa* de la conducta del *trustee*.⁷⁰



⁶⁸ ESCOBAR, Freddy “Tradiciones, transplantes e ineficiencias: el caso del ‘fideicomiso peruano’”, *Revista IUS ET VERITAS*, 2006, 105–38 (p. 107) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12381/12945>>.

⁶⁹ PETTIT, Philip *Equity and the Law of Trusts*, Twelfth ed (United Kingdom: Oxford University Press, 2012), p. 13.

⁷⁰ Ídem p. 14

Precisamente, fue en base a la protección que otorgaban estos remedios, que se logró determinar que el *beneficiary* tenía un derecho de propiedad paralelo al del *trustee*; se decía que como el *trust* se había constituido para provecho de éste, la propiedad de los activos del *trust* le correspondía. Al respecto, la labor de Lord Nottingham (Canciller, llamado “el padre del *Equity*”) resultó rotunda, pues en su intento de otorgar tutela *in rem* al *beneficiary* frente a los terceros adquirentes de mala fe o sucesivos adquirente (como producto de disposiciones inoficiosas o insolvencia del *trustee*), creó la doctrina según la cuál los activos del *trust* (*trust assets*) no formaban parte de los activos personales (*personal assets*) del *trustee*.⁷¹ Es decir, si bien los activos del *trust* eran formalmente de propiedad del *trustee*, esta doctrina estableció una diferenciación de los bienes que éste tenía, a efectos de evitar que por un mal manejo de sus cuentas personales, sus acreedores pudieran cobrarse sobre los bienes del *trust*, perjudicando así al beneficiario.

Se consideraba que una vez establecido el *Trust*, el *beneficiary* tenía en *Equity* un interés como propietario, el cuál podía ser exigible contra cualquier titular posterior. Además, en caso de quiebra del *trustee*, los acreedores de éste no podían tener pretensiones sobre los *trust assets*.⁷² Conforme a ello, el derecho del *beneficiary* dejó de tener las características de un simple derecho *in personam* y adquirió en la práctica las de un verdadero *derecho in rem* –aunque el *Common Law* nunca reconoció formalmente esto último–.⁷³ De allí que el *trust* pasara a constituir un fondo distinto e independiente del patrimonio de las partes (*settlor, trustee y beneficiary*).⁷⁴

Es en virtud de lo anterior, que se afirma que el *Trust* se cimienta en la obra más importante de las *Courts of Equity*: la estructura dual de la propiedad de los *trust assets* en: (i) *legal title* y (ii) *equitable ownership*.⁷⁵ Esta división de la propiedad⁷⁶, se fundamenta en el principio de *Asset Partitioning*, el cual le otorga protección al *beneficiary*, en tanto reconoce a éste como el verdadero propietario del *trust*.⁷⁷ No obstante, cabe precisar que la concepción de la

⁷¹ Ídem p. 5; GRUNING, David. Ob. Cit. p. 87; ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65.

⁷² PETTIT, Philip. Ob. Cit. P. 14

⁷³ GRUNING, David. Loc. Cit

⁷⁴ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. Loc Cit.

⁷⁵ MAITLAND, Frederic W. A. H. ed CHAYTOR, and W. J. jt ed WHITTAKER, *Equity, Also the Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*, 1913; SMITH, Lionel ‘Trust and Patrimony’, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 1–33; ROJAS, Giacomo ‘Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis’, *University of Pennsylvania Journal of Business ...*, 2010, 1–55 <<https://doi.org/10.2139/ssrn.1395342>>; MUELLER, Rudolf ‘Reviewed Work: Traité Théorique et Pratique Des Trusts En Droit Interne, En Droit Fiscal et En Droit International by Pierre Lepaulle’, *Mohr Siebeck GmbH & Co. KG*, 7 (1933), 984–86; WEISSMAN, Michael L. ‘The Common Law of Business Trusts’, *Chicago-Kent Law Review*, 38.1 (1961), 11–21; PETTIT, Philippe Ob. Cit. p. 42.

⁷⁶ En la práctica, esta dualidad de “derechos” no se superponía. No sólo porque cada uno resultaba protegido por un Derecho distinto (*Common/ Equity*), sino también porque tenían un contenido distinto. El *legal right* permitía explotar y transferir los *assets*, mientras que el *equitable right* permitía oponerse erga omnes –salvo buena fe del adquirente– al ejercicio irregular del *legal right*. Véase: ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. P.87.

⁷⁷ Cfr. ‘The common law trust was not created by changing the idea of property; it was not created by any decision to split ownership into ‘legal title’ and ‘equitable title’. Rather, it was created by a distortion of the law of obligations, in particular an enormous expansion of the universally accepted possibility of third party liability for interference with obligations’ SMITH, Lionel. Ob. Cit. p. 18.

naturaleza del Trust, no ha estado exenta de debates, incluso en el mismo Derecho Inglés. Juristas destacados han debatido la concepción de esta figura como una institución del *Property Law* o *Contractual Law*.⁷⁸ Y esto en virtud de la discusión en torno a la naturaleza *in rem* o *in personam* del derecho del *beneficiary*, el *equitable title* sobre el trust.⁷⁹ De todos modos, hoy se sostiene que pretender comprender el Trust bajo otras instituciones como la Propiedad o el Derecho Contractual resulta limitado.⁸⁰ Por ello, esto último ha generado que hoy en día se asegure categóricamente que la contribución más importante del *Trust Law*, es el aislamiento de los activos transferidos por el *settlor* al *trustee* (*Asset Partitioning*)⁸¹.

Sin embargo, el *Asset Partitioning* no es el único principio en el que se fundamenta el *trust*. Existe otro, denominado *Fiduciary Regime* (Régimen fiduciario), el cual regula las actuaciones del *trustee* en nombre y en beneficio del *trust*. Este principio también es relevante, pues es a partir de éste que los terceros con quienes el *trustee* establece relaciones o contrata, quedan vinculados a las máximas del Trust⁸²; y por el mismo, el *trustee* tiene la capacidad para demandar y ser demandado en un proceso judicial. Cuando con la evolución del *trust*, el *trustee* pasó de ser un “administrador real” a un “administrador especializado”, éste pasó a tener facultades discrecionales para la consecución de la finalidad del *trust*.⁸³ Lo cual, en otros términos, creó la posibilidad de contar con un experto conocedor del mercado, capaz de obtener y procesar información de forma confiable y eficiente. De esta manera, en razón de esta evolución del *trustee* como “gestor especializado”, es que se afirma que el principio de *Fiduciary Regime* permite también hoy en día la reducción de los costos de agencia, lo cual veremos en el capítulo tres.

En suma, se advierte entonces que el *trustee* adquiere la propiedad del *trust* (*legal title*), pero que los activos que lo conforman (*trust property*), se encuentren separados de sus activos personales (*non trust property*), en virtud del principio de *Asset Partitioning*. De manera complementaria, en tanto el *trust* tiene una finalidad previamente determinada, la administración que ejerza el *trustee* en favor del *beneficiary* (*equitable title*) se encuentra respaldada por un régimen de administración, en virtud del principio de *Fiduciary Regime*.⁸⁴

⁷⁸ Al respecto, véase las tesis de Frédéric Maitland, John Langbein, Austin Scott y Harlam Stone. Los dos primeros, partidarios de la teoría contractual.

⁷⁹ Se decía que el trust pertenecía al reino contractual, debido a que éste se originaba a partir de una promesa y que la esencia del trust no era la transferencia de propiedad, sino el mismo contrato celebrado entre el *settlor* y el *trustee*, cuyo objeto era determinar la gestión de éste último. Sin embargo, la más grande crítica que enfrentaban, era explicar cómo se establecía la oponibilidad del *Asset partitioning* frente a terceros (*non-parties*). Es decir, cómo podía hacerse efectiva la independencia patrimonial del *trust assets* frente a sujetos ajenos a la relación contractual. ¿podía ser oponible? Al parecer no, porque la oponibilidad solo resultaría parcial. Esto determinaba que, la explicación de la naturaleza del trust bajo teorías contractuales resultara insuficiente.

⁸⁰ Aunque paradójicamente, hoy la doctrina anglosajona mayoritaria concibe al Trust en términos de propiedad.

⁸¹ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. P. 135

⁸² Entiéndase las establecidas por el *Asset Partitioning*: aislamiento de activos y responsabilidad limitada del Fideicomiso frente a los acreedores personales de las partes (fideicomitente, fiduciario, fideicomisario y otros intervinientes).

⁸³ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. P. 134

⁸⁴ BREGANTE, Dario ‘El Derecho de Los Patrimonios Autónomos: Un Estudio Transversal Del Fideicomiso, La Titulización, Los Fondos Mutuos Y Los Fondos de Inversión.’ (PUCP, 2016), p. 24.

Caracterizado por la armoniosa asonancia entre estos dos principios, hoy se afirma que el *Trust Law* moderno proporciona un régimen legal especial que lo consolida como la creación más importante de las Cortes de *Equity*. No es para menos, pero dicha concepción, sitúa al Trust sustancialmente como vehículo legal para desarrollar actividades económicas especializadas. Su uso actual como instrumento de administración de riqueza bajo la gestión profesional del *trustee*, permite a los titulares de los activos, un retorno mayor, dada su flexibilidad a comparación de otras figuras. No obstante, a pesar del impacto positivo que ha tenido en la economía, lo que más llama la atención de esta institución es la complejidad de su regla operativa, la cual ha proyectado al Trust como todo un paradigma del *Common Law*.

5. Importación jurídica del *trust* en Latinoamérica

Durante los primeros años del siglo XX, el incremento de la presencia norteamericana en la economía de Latinoamérica se acentuó y muchos empresarios hispanoamericanos comenzaron a interesarse por el trust anglosajón como mecanismo de inversión. Esto, dado el creciente interés de inversionistas estadounidenses sobre algunos países de la región –aún a pesar de la gran inestabilidad política que se vivía en ese entonces–, y a que éstos efectuaban sus inversiones usualmente a través de *trust companies*. Como resultado, en tanto los gobiernos sudamericanos tenían una gran necesidad de promover la inversión extranjera, la doctrina y los legisladores latinoamericanos emprendieron su estudio. Aunado a ello, la Misión Kemmerer⁸⁵, creada por el gobierno de los Estados Unidos para el estudio de la ineficiencia de los sistemas bancarios latinoamericanos, emitió un informe que establecía precisamente que uno de los motivos de tal ineficiencia, se debía a la falta de instituciones similares al *trust*; lo cual hizo que Estados Unidos a su vez, promoviera reformas legislativas bancarias en Latinoamérica.⁸⁶

Como era previsible, la importación del *trust* al Civil Law (bajo el término de “Fideicomiso”), evidenció muchas dificultades que insinuaron desde un inicio la inevitable adecuación de las legislaciones latinoamericanas a ésta. Las principales dificultades que se advirtieron en su adopción, fueron dos: (a) la imposibilidad de establecer dos derechos de propiedad sobre la misma cosa, y (b) la imposibilidad de conceder al beneficiario un “estatus real”, de modo que pudiera ejercer acciones reales. A pesar de ello, surgieron en especial dos formulaciones que terminaron siendo acogidas con gran beneplácito en varios países, éstas fueron las tesis del panameño Ricardo Alfaro y del francés Pierre Lepaulle.

⁸⁵ La Misión Kemmerer, liderada por el economista norteamericano Edwin Walter Kemmerer, contribuyó principalmente con el establecimiento del marco institucional para la estabilidad financiera de países como México, Costa Rica, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia y el Perú. En nuestro país, la Misión recomendó, entre otras, la creación del Banco Central, con la facultad exclusiva de emitir la moneda y de una oficina a cargo de la supervisión de bancos comerciales. No obstante, se debe precisar que, aún incomprendida la institución del *trust* en la época, dichas reformas en su mayoría, equívocamente legislaron el “fideicomiso” más en términos de una “comisión por encargo”. Por ejemplo, en Chile (1925) se introdujo la “propiedad fiduciaria” que no era otra cosa que una propiedad real limitada como el *fideicommissum* romano. En Perú (1931), se introdujo el fideicomiso pero como una comisión por encargo que podían realizar los Bancos.

⁸⁶ ESCOBAR, Freddy. *Supra* nota 65. P. 109-110.

5.1. El fideicomiso bajo la propuesta de Ricardo Alfaro

Ricardo Alfaro sostuvo que el *trust* era en esencia como un contrato de mandato, dada la naturaleza de la actividad del *trustee*, quien actuaba prácticamente como un mandatario, en función del encargo o comisión del *settlor*; pero cuya diferencia radicaba en que el *trust* anglosajón otorgaba al *trustee* un título legal sobre los bienes.⁸⁷ De modo que si bien en el Fideicomiso, el fiduciario también debía tener este título legal sobre los bienes, la naturaleza del contrato de mandato impedía que éste pudiera crear derechos a su favor, en tanto el único que podía recibir derechos y beneficios del fideicomiso era el fideicomisario; siendo el fiduciario, un simple depositario del título legal.⁸⁸ No obstante, a pesar de señalar que el *trust* y el mandato eran parecidos, Alfaro sostuvo que el último no resultaba el más apropiado para que los *settlor* lograran su propósito. Dada la naturaleza del mandato, este contrato no contemplaba una transferencia de activos del mandante (fideicomitente) al mandatario; además, éste podía ser revocado en cualquier momento por el mandante. Y aunque ambas objeciones podrían salvarse de algún modo, lo más incompatible era que los beneficiarios no tendrían derechos reales y que los acreedores personales del mandante podían embargar los bienes. Conforme a lo cual concluyó que debía adoptarse la figura anglosajona, a partir de la creación de una institución *sui generis* que constituya un “mandato irrevocable” y mediante el cual se pudiera verificar una transmisión de bienes.⁸⁹

La propuesta de Alfaro, comúnmente conocida como la “Teoría del mandato irrevocable”, suponía que el Fideicomiso era producto de un acuerdo (de mandato) entre el fideicomitente y el fiduciario, el cual tenía dos efectos.⁹⁰ El efecto real implicaba una transferencia “irrevocable” de los activos al fiduciario, y por lo tanto de todas las potestades y acciones inherentes de la propiedad. El efecto personal, implicaba un deber de administración de los activos según las pautas del fideicomitente. Asimismo, en cuanto al beneficiario, éste tenía un derecho personal contra el fiduciario. Sin embargo cabe precisar que, si bien en teoría Alfaro sostenía que el fiduciario solo debía ser un mero “depositario” del título legal, su propuesta le otorgaba todos los derechos y beneficios de la propiedad a éste; privando al beneficiario, de aquellos efectos reales que debía de gozar conforme al *trust*. En consecuencia, ello solo suponía una cosa, que ante un caso de insolvencia del fiduciario, el beneficiario quedara desprotegido dada la ausencia de derechos y acciones reales a su favor.

Los estudios de Alfaro fueron importantes en su país y en todo el continente. En 1924, éste presentó su propuesta en la Tercera Conferencia Científica Panamericana, realizada en Lima, la cual recibió con gran reconocimiento su trabajo. Un año después, la Asamblea Nacional de Panamá promulgó la Ley 9ª de 1925, la cual fue la primera en crear el “fideicomiso”. Aunque hay juristas sobretodo mexicanos, que sostienen que el término fue originalmente acuñado en su legislación: “*The term fideicomiso made its initial appearance in its new meaning as equivalent to the trust in the General Law of Credit Institutions and Banking Establishments of December 24, 1924. The so-called “trusts banks” (bancos de fideicomiso)*”

⁸⁷ ALFARO, Ricardo *El fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al Trust del derecho inglés* (Panamá, 1920), p. 45.

⁸⁸ ESCOBAR, Freddy. *Supra* nota 16. P. 110.

⁸⁹ ALFARO, Ricardo. *Óp. Cit.* P. 49.

⁹⁰ ESCOBAR, Freddy. *Supra* nota 16. P. 110

were among the various banking institutions regulated by this law which, however, lacked a concept of fideicomiso. The regulation of trust banks was dealt with by a subsequent special law, the Trust Banks Law of June 30, 1926".⁹¹ En 1926, México⁹² promulgó la Ley de Bancos de Fideicomiso, adoptando casi en las mismas líneas lo legislado en Panamá. No obstante, las críticas surgieron, dado que en ambas legislaciones se concebía que el fideicomiso se originaba como un "contrato de agencia", y por lo tanto resultaba contradictorio la existencia de un sujeto (mandatario) que fuera "agente" y "propietario" a la vez.

5.2. El fideicomiso bajo la propuesta de Pierre Lepaulle

Lepaulle fue un jurista francés que cursó estudios en *Harvard Law School*. Durante su formación en Estados Unidos se topó con el *trust*, figura que estudió muy de cerca e incluso trató de importar a Francia.⁹³ En su cometido, logró advertir de ciertas discrepancias entre el Civil Law y las teorías anglosajonas sobre la naturaleza jurídica del Trust (la teoría real y obligacional); las cuales concebían al *trust* como un *right in rem* y un *right in personam* del *beneficiary*, respectivamente. Él decía que bajo la primera, en el sistema continental resultaba difícil considerar una división de la propiedad entre dos titulares; y que además, resultaba confuso sostener que alguien con un título legal de propiedad (*trustee*), tuviera que actuar en beneficio de un tercero (*beneficiary*). Asimismo, respecto a la segunda, señalaba que resultaba inconcebible cómo un acuerdo u obligación podía terminar siendo oponible a terceros, si los contratos solo vinculaban a los contratantes. Es a partir de ello, que él afirmaba que había un error metodológico⁹⁴ en la concepción del *trust*.⁹⁵ Decía que la esencia de éste no se hallaba en identificar la naturaleza de los derechos que componían el *trust fund* –ya que éste podía contener tanto *rights in rem* como *rights in personam* a la vez–, sino que "*all that is necessary for the existence of a trust is a res and an appropriation*

⁹¹ BATIZA, Rodolfo "The Evolution of the Fideicomiso (Trust) concept under Mexican Law", *University of Miami Law Review*, 11 (1957), 478–86 (pp. 479–80).

⁹² Cabe precisar que previamente existieron otros intentos de regulación normativa. El primero fue emprendido por José Limantour, Secretario de Hacienda de ese entonces, quien presentó un proyecto legislativo en 1905, redactado por Jorge Vera Estañol, pero que nunca se discutió. El segundo fue propuesto por Enrique Creel en 1924, durante una convención bancaria que el Secretario de Hacienda de ese entonces convocó –ante la caótica situación de la banca nacional producto de la Revolución Mexicana–, pero también sin resultados prácticos. Véase: PEIRE, Juan Manuel "El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso en distintas etapas", *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia* (Buenos Aires, abril 2017), pp. 1–5 (p. 2) <<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/04/17042017.pdf>>.

⁹³ "But the civilian, being an outsider, is bound to consider trusts from a logical point of view if he wants to understand them, and intuition could not be a safe guide for him." Véase: LEPAULLE, Pierre "An outsider's view point of the nature of Trusts", *Cornell Law Review*, 14.1 (1928), 52–61 (p. 53) <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss1/4>>.

⁹⁴ "What is the reason of the failure of both theories? In our opinion, a defective method of approach to the problem. It seems to us that any one starting from the notion of right could not reach any result, since it is impossible to point out one single definite right (or duty) that is to be found necessarily in all trusts. (...) It is submitted that if one could take one by one all the rights and duties that the trustee and the cestui have, one would realize that each of these rights and duties taken separately could be stricken out without destroying the thing in its essence."

⁹⁵ "Hence trusts form a logical whole if one does not try to force them into frames that are not fitted for them. It is submitted that if one ceases to explain trusts by using the difference between the jurisdiction of common law and equity courts, legal title and equitable title, rights in rem and rights in personam, many fallacious explanations may be avoided and the true nature of trusts may be better discovered."

of that res to some aim".⁹⁶ Es decir, que lo único necesario, era la existencia de: un bien y una afectación predeterminada para ese bien.

Es así como nace su teoría del *Patrimoine indépendant*: "*The trust is a legal institution that consists of a patrimony independent of any legal person, whose unity is defined by an appropriation, which is unconstrained except for the limits imposed by law and public policy*" (subrayado mío)⁹⁷. Conforme a ella, sostenía que las partes constitutivas del trust (*settlor*, *trustee* y *beneficiary*) no eran constantes ni necesarias; sino que lo sustancial era la subsistencia de un patrimonio destinado a un fin determinado: "*if the need of a patrimony and an affectation are essential conditions for the creation and the life of a trust, we cannot escape the conclusions that the trust is an affected patrimony*" (Subrayado mío).⁹⁸ De este modo, bajo su noción, el fideicomiso debía ser considerado como un "patrimonio separado afectado a una finalidad determinada" con existencia independiente de sujeto alguno, lo cual en otros términos, aludía a que los activos no pertenecían a las partes.⁹⁹ Decía que si bien en el trust, el *trustee* y el *beneficiary* tenían un título sobre el trust, ninguno de éstos podía ser considerado como titular de un derecho real bajo el *Civil Law*, en tanto no contaban con las acciones y beneficios inherentes del derecho de propiedad. Haciendo una extrapolación, si bien era cierto que el *trustee* tenía la posibilidad de actuar sobre el trust y que el *beneficiary* tenía el derecho de recibir los beneficios derivados del mismo; también era cierto que ninguno de ellos podía reivindicar para sí la propiedad del trust, o que sus acreedores tuvieran sobre ella garantía de deuda, o que en conjunto ambos pudieran vender o destruir los *trust assets*.¹⁰⁰

La propuesta de Lepaulle, conocida también como "Teoría del Patrimonio de Afectación", suponía que el *Civil Law* adopte una versión particular del trust, conforme a la cual éste naciera por el acuerdo entre el fideicomitente y fiduciario, generando dos efectos legales. El efecto real implicaba la constitución de un "patrimonio separado" (sin dueño). El efecto personal implicaba la imposición de un deber de administración de los activos según las instrucciones del fideicomitente. En cuanto al beneficiario, decía que éste debía tener un derecho personal contra el patrimonio. Y que este patrimonio debía tener un domicilio y una nacionalidad.¹⁰¹

⁹⁶ Ídem. P. 55.

⁹⁷ LEPAULLE, Pierre. *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international* (Paris: Rousseau, 1932), p. 31.

⁹⁸ Ídem. P. 23-24.

⁹⁹ "This theory held that trusts are a patrimony 'without owner' that should be used to carry out a certain activity or to reach some particular end. The key element of the trust is the application of assets to a particular purpose. Put differently, under this theory a trust is a 'special-purpose patrimony' (in Spanish, patrimonio de afectación) that does not require someone to be its owner, but instead it is sufficient if the desired aim is stated by an instrument." MALUMIAN, Nicolás "Trusts in Latin America", *Trusts & Trustees*, 16.3 (2010), 143–54 (p. 146) <<https://doi.org/10.1093/tandt/ttq007>>.

¹⁰⁰ "Finally, we will see a little later that a trust can not be a partition of the element of individual ownership because if one makes an addition of all the rights of the trustee and those of the cestui, the result gives something very different from the notion of ownership." Véase: LEPAULLE, Pierre. Supra nota 97. P. 54.

¹⁰¹ LEPAULLE, Pierre. Supra nota 97. pp. 41–51. Citado por: ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65.

Sus estudios resultaron importantes en su país y en Latinoamérica. En 1932, México introdujo modificaciones considerables en materia de Fideicomisos, lo cual supuso abandonar la propuesta de Alfaro para adoptar la de Lepaulle.¹⁰² Del mismo modo, legislaciones de otros países que también habían sido seducidas por la propuesta de Alfaro, resultaron atraídas por la del jurista francés, en vista de que la primera dejaba desprotegidos a los beneficiarios en caso de insolvencia del fiduciario.¹⁰³ No obstante, la tesis de Lepaulle fue abrazada con poca firmeza y de manera muy tímida, dadas las críticas surgidas al respecto.¹⁰⁴ Entre ellas se acusaba a Lepaulle de “desdeñar la existencia de las partes” y sobretodo de concebir “la existencia de un patrimonio sin titular”.¹⁰⁵ Para la doctrina de aquel entonces, siguiendo el dogma tradicional según el cual el patrimonio era una “extensión de la capacidad legal de la persona”, resultaba totalmente inconcebible la idea de un patrimonio sin dueño.¹⁰⁶ Lo cual generó que cada país adoptara su propia versión del Fideicomiso, abrazando bien los preceptos de Alfaro o los de Lepaulle (aunque sutilmente). Pero aunque incomprendido en la época, el gran aporte de Lepaulle en Latinoamérica, consistente en visualizar a los bienes fideicometidos como una unidad patrimonial separada de los bienes de las partes, fue más tarde sustraída para la composición de un nuevo modelo.¹⁰⁷

5.3. El misceláneo Fideicomiso actual

Más que una propuesta, este tercer “modelo” es producto de una mezcla de varias teorías y que lamentablemente en la actualidad ha influido considerablemente en muchas de las legislaciones latinoamericanas, incluyendo la nuestra. Aunque no parece estar claro cómo así es que se llegó a componer, Freddy Escobar señala que fue en virtud de la

¹⁰² El jurista mexicano Pablo Macedo, en su artículo “La naturaleza del Trust”, menciona que fue el único autor de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, en la cual acogió las ideas del profesor Pierre Lepaulle. En virtud de las modificaciones legislativas, en dicha Ley y en la Ley de Instituciones de Crédito, se eliminó toda referencia al “contrato de agencia” y se sustituyó el término “transferencia de activos” por el término “afectación de activos” (para evitar toda alusión a la propiedad del patrimonio). Sin embargo este último término “afectación”, nunca estuvo claro para las Cortes de Justicia.

¹⁰³ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. P. 112

¹⁰⁴ Las principales críticas de la teoría de Lepaulle, comparándola con el Trust, se resumen en: (i) el trust no es un patrimonio independiente porque es propiedad del trustee; (ii) el concepto de “patrimonio” como el “conjunto de derechos y obligaciones” proviene del Civil Law; (iii) el trust solo es conformado por *assets*, no por *liabilities*.

¹⁰⁵ Se critica a Lepaulle, diciendo que estaba equivocado al creer que los activos no pertenecían a ningún sujeto, pues constrariamente a ello, los trust assets pertenecían al trustee, en tanto era éste quien tenía la propiedad legal sobre éstos. En: SMITH, Lionel. Ob. Cit. P. 9.

¹⁰⁶ Este dogma es atribuido a Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, conocidos por su Tratado de Derecho Civil, titulado *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae* (Curso de Derecho Civil Francés: de acuerdo con el método de Zachariae). Su obra publicada en 1837, fue no obstante una adaptación – por no decir traducción al francés– del Tratado Alemán *Handbuch des Französischen Civilrechts* por Karl Salomo Zachariä. Bajo su teoría, el patrimonio era una consecuencia de la personalidad, presentando así tres rasgos esenciales: (i) el patrimonio es una universalidad jurídica; (ii) esta universalidad está ligada a la persona; (iii) el patrimonio no contiene más que derechos pecuniarios.

¹⁰⁷ Pierre Lepaulle demostró con su teoría que bajo el Civil Law: ni el trustee ni el beneficiario ejercían un derecho de propiedad sobre el trust; y que mediante la constitución de un patrimonio independiente se podía garantizar la separación entre el *trust fund* y el *non trust fund* del fiduciario, sin la necesidad de otorgarle al fiduciario un derecho real sobre el primero.

legislación argentina de 1995 que esta nueva fórmula se incorporó en la región.¹⁰⁸ En efecto, él distingue dos momentos en la historia del trust latinoamericano. El primero dado por la adopción de las primeras leyes latinoamericanas sobre el Fideicomiso, a principios del siglo XX, bajo las tesis de Alfaro y Lepaulle.¹⁰⁹ La segunda dada por la apertura de políticas de mercado durante el último decenio del siglo pasado, a partir de la incorporación de esta nueva tesis en la normativa argentina. Lo curioso de este segundo momento, es que el “modelo argentino” surgió en 1995 con la regulación por primera vez del fideicomiso en dicho país bajo la Ley No. 24.441 “Ley de Financiamiento de Vivienda y Construcción”. Lo cual, como veremos, evidenciaría nada menos que la omisión argentina de todo aquel faustoso debate jurídico llevado por más de 50 años en el continente.

En palabras de Escobar, a pesar de que el legislador argentino tuvo acceso a toda la historia rica de debates entre el modelo de Alfaro y el de Lepaulle —y por lo tanto de sus rasgos irreconciliables—, éste decidió simplemente ignorarlos. A cambio, decidió combinar dos ideas: (i) conceder al fiduciario la propiedad sobre los activos transferidos, y (ii) crear un patrimonio autónomo. Esta fórmula legislativa suponía lo siguiente: que el fideicomiso podía originarse por contrato o testamento; que el fideicomitente “transfería en dominio fiduciario”; que el fiduciario debía actuar en beneficio del fideicomisario; que el fiduciario podía transferir o gravar los activos siempre que así se requiriera; que el fiduciario estaba autorizado para ejercer acciones legales para defender el fideicomiso; que los activos bajo “propiedad fiduciaria” constituían un patrimonio separado del de las partes y que el fiduciario debía transferir la “propiedad fiduciaria” al fideicomitente o fideicomisario una vez transcurrido cierto plazo o cumplida la finalidad del acto constitutivo. Como se aprecia, en virtud de este modelo el fideicomitente transfería la propiedad de los activos y por lo tanto el fiduciario adquiría un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, lo conceptualmente irreconciliable, tal y como lo advierte Freddy Escobar, consiste en idear cómo una persona (fiduciario) puede ser propietaria de activos que no le pertenecen —dada la existencia de un patrimonio autónomo—, y cómo siendo titular de un derecho real ésta está obligada a ejercerlo en beneficio de otra.¹¹⁰

En mi opinión, este modelo que agrupó las tesis de Alfaro y Lepaulle, se originó recogiendo los diversos postulados engendrados durante el siglo pasado. Lejos de mantener presente que el *trust* era una institución del *Common Law* excepcional y por lo tanto sin precedentes, el “fideicomiso latinoamericano” recientemente gestado en el continente, suscitó diversas teorías que erráticamente lo encasillaron dentro de concepciones civilistas. Como era previsible, no faltaron quienes olvidándose del *trust* anglosajón, emprendieron la tarea de catalogar la naturaleza del nuevo “fideicomiso latinoamericano” dentro de categorías jurídicas ya conocidas como las obligaciones, los contratos, el negocio jurídico, etc. Es así como desde inicios del siglo XX, México agrupó la mayor cantidad de estudiosos sobre el tema, como Rodolfo Batiza, Pablo Macedo, José Manuel Villagordoa, Toribio Esquivel, Juan

¹⁰⁸ ESCOBAR, Freddy. *Supra* nota 65. p. 114.

¹⁰⁹ En países: Panamá (1925), México (1926 y 1932), Colombia (1941), Honduras (1950), Venezuela (1956), Costa Rica (1961), Bolivia (1977), Guatemala (1970), El Salvador (1970), Perú (1993).

¹¹⁰ ESCOBAR, Freddy. *Loc. Cit.*

Landerreche, entre otros; quienes a mi juicio, fueron los que con sus trabajos finalmente influyeron en la legislación de Argentina.

Al respecto, Pablo Macedo, fue un jurista mexicano que no solo era partidario de la teoría de Lepaulle, sino que además en base a ello contribuyó en 1932 con la redacción del cambio legislativo en su país.¹¹¹ Si bien al principio había acogido la tesis del mandato irrevocable de Alfaro, rápidamente se apartó de ella. Inclusive, en 1975 tradujo el famoso Tratado de Lepaulle, publicando en el prefacio del mismo, su conocido escrito “El Fideicomiso mexicano”, en el cuál decía que rechazaba la tesis de Alfaro en tanto creía necesario establecer que el fiduciario era legalmente un propietario (título), pero que ésta no era una propiedad absoluta pues estaba limitada a los fines del fideicomiso.¹¹² Así, Macedo asumía la idea de “la propiedad con un propósito determinado” (un patrimonio de afectación y una propiedad limitada por la finalidad del fideicomiso). No obstante se le criticó severamente porque había privado a la tesis de Lepaulle de un elemento fundamental: la transmisión de bienes del fideicomitente al fiduciario.¹¹³ Respecto de la cual, precisamente Alfaro había dicho que sin ella el encargo conferido al fiduciario no podía ser ejecutado. Así, hablando de la “transmisión” de bienes, Alfaro expresaba: “si éstos no pasan de una persona a otra y permanecen en poder de su dueño, no hay acto de confianza del fideicomitente para con el fiduciario, ni puede cumplirse el propósito del fideicomiso”.¹¹⁴ De todos modos, aunque algunos consideran que fue Macedo quien introdujo primigeniamente el concepto de “propiedad fiduciaria” (a pesar de no haber usado expresamente el término), hay otros quienes se lo atribuyen a Batiza.

Rodolfo Batiza, fue otro jurista mexicano destacado por sus estudios sobre el fideicomiso, principalmente en sus obras: *Fideicomiso: teoría y práctica* (1958) y *Principios básicos del fideicomiso* (1977). A diferencia de Macedo, éste no fue partidario de la tesis de Lepaulle, a quien criticó diciendo que su teoría era insuficiente para determinar la naturaleza del fideicomiso¹¹⁵, además de “su excesivo simplismo y artificialidad” por pretender quitar importancia a las partes integrantes de la relación jurídica¹¹⁶. Batiza más bien consideraba que en tanto el fideicomiso generaba obligaciones, éste pertenecía al ámbito contractual.¹¹⁷

¹¹¹ Ver: Supra nota 92.

¹¹² MALUMIAN, Nicolás ‘Conceptualization of the Latin American Fideicomiso: Is It Actually a Trust?’, *Trusts & Trustees*, 19.7 (2013), 720–729 (pp. 724–725) <<https://doi.org/10.1093/tandt/ttt110>>.

¹¹³ Batiza criticó a su colega, afirmando que “no es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en la idea del patrimonio de afectación, propuesta por Lepaulle con la mutilación del efecto traslativo de dominio (...)”.

¹¹⁴ ALFARO, Ricardo. Op. Cit. p. 64.

¹¹⁵ BATIZA, Rodolfo *Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria* (México D.F.: Editorial Porrúa, 1985), p. 39.

¹¹⁶ BATIZA, Rodolfo *El fideicomiso*, 2da edición (México D.F.: Editorial Libros de México S.A., 1973), p. 79.

¹¹⁷ “No es posible negar que el concepto legal del fideicomiso mexicano se inspira en lo esencial en la idea del patrimonio de afectación a un fin propuesto por Lepaulle (...) sin embargo, el concepto de afectación patrimonial es insuficiente, por sí mismo, para determinar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Lo mismo puede decirse de otras elaboraciones doctrinarias, como la del negocio fiduciario. Más que en construcciones de doctrina, el fideicomiso debe encuadrarse dentro de las categorías del derecho positivo. La lectura de la ley sustantiva revela claramente que 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 recíprocos. Jurídicamente, el fideicomiso es una obligación.”

A lo cual añadía diciendo que, su existencia comenzaba cuando el fiduciario aceptaba el “cargo”, pues no podía existir con una manifestación unilateral de la voluntad. De todos modos, la labor más importante que se le atribuye a este jurista, es el de resolver dos de los problemas teóricos más discutidos de aquel entonces: el de la naturaleza jurídica del fideicomiso (negocio fiduciario, acto unilateral o contrato) y el del significado de la “titularidad” que adquiere el fiduciario. Respecto a lo cual, Batiza dijo que, la naturaleza del fideicomiso era la de un contrato bilateral sinalagmático perfecto, y que aquella “titularidad” era un nuevo derecho real: “el fideicomiso presupone un desmembramiento del derecho de propiedad, **un nuevo derecho real con caracteres distintivos propios** (...) que podría llamarse **propiedad fiduciaria** (...) y cuya reglamentación rebasa al marco de las leyes mercantiles y corresponde estrictamente al Código Civil.” (Negrita mía).¹¹⁸

Ahora bien, Villagordoa Lozano, fue otro jurista mexicano conocido principalmente por su obra *Doctrina General del Fideicomiso* (1976) y por compartir la tesis de Lepaulle, aunque con una visión particular. De manera semejante a Macedo, creía también que la teoría de Lepaulle debía entenderse a partir de la noción de propiedad. Así, en un primer momento aseguró que la transmisión de los bienes y derechos del fiduciante al fiduciario era una transmisión plena; no obstante, luego de afinar un poco más su análisis, admitió que dicha transmisión no era absoluta, pues dio cuenta que el fiduciario no disponía en su propio beneficio de los derechos transmitidos.¹¹⁹ Sin embargo lo que más llama la atención, es que al igual que Batiza, llegó a la conclusión –aunque sutilmente– de que (acorde a la teoría de Lepaulle) se debía situar al fideicomiso como otro derecho real, en tanto si bien éste no era asimilable dentro de la propiedad, de todos modos sus rasgos distintivos lo situaban en el “mismo plano”:

“(…) para precisar su teoría, [Lepaulle] trata de medir las consecuencias de la misma, dentro de un régimen jurídico de ascendencia romana, como lo es el francés, en el que trata de explicar la naturaleza jurídica de una institución netamente anglosajona. Su primera consecuencia la especifica cuando afirma que si el trust es una afectación de bienes, **constituye una noción jurídica que no puede reducirse al derecho de propiedad individual, sino que se encuentra por decirlo así en el mismo plano que él.** Este autor encuentra en el trust elementos que son totalmente extraños a la noción de propiedad: siempre hay en el trust la idea de un fin que realizar, lo que no ocurre en el caso de la propiedad individual, pues para este autor el trust y el derecho de propiedad están fundados en filosofías opuestas.” (Negrita mía)¹²⁰

Conforme a lo anterior, es posible observar entonces que producto de las primeras adopciones legislativas en Latinoamérica de las propuestas de Alfaro y Lepaulle, surgieron también muchas otras concepciones acerca del “fideicomiso latinoamericano”. Éstas, dejando de lado el hecho de asegurar que la nueva figura sea un trasplante jurídico exitoso en el Civil Law, se ocuparon más en asimilar al fideicomiso dentro de categorías jurídicas ya preexistentes. Es decir, en vez de persistir con el análisis del Trust desde el Derecho Comparado y con el consecuente perfeccionamiento de su importación jurídica, toda la

¹¹⁸ BATIZA, Rodolfo. Supra nota 116. p. 73.

¹¹⁹ ROCHA, Eduardo “El Fideicomiso mexicano. Un estudio en Derecho Comparado” (Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010).

¹²⁰ VILLAGORDOA, José Manuel *Doctrina General del Fideicomiso*, 2da edición (México D.F.: Editorial Porrúa, 1982), p. 161.

actividad jurídica se concentró en tratar al fideicomiso ya positivizado como algo que necesariamente debía encajar o ser catalogado dentro de una noción continental. Esta desidia, es reconocida incluso actualmente en la doctrina mexicana, pues quedó reflejada en un notorio retroceso legislativo.¹²¹ Irremediablemente, como un efecto dominó previsible, dichas concepciones generaron a su vez más discusiones en el mismo sentido en todo el continente; y con ello ganaron más adeptos, sobretodo en Colombia, Venezuela, Panamá y Chile. Es en razón de dicha dispersión teórica en Sudamérica, que en mi opinión, Argentina finalmente abrazó todas estas concepciones y las consolidó en su ley de 1995¹²²; la cual lamentablemente sirvió de modelo para que en dicha década se efectuaran seguidamente cambios legislativos en otros países, como Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Uruguay.¹²³

Ahora bien, cabe señalar que pese a que hoy todos los artículos de Ley 24.441 referidos al fideicomiso fueron derogados, para posteriormente ser incorporados y regulados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 01 de agosto de 2015); esta última norma ha mantenido el mismo esquema fiduciario, aportando solo algunas novedades.¹²⁴ No obstante, como se ha señalado previamente, las críticas a este modelo legislativo mixto son substanciales, pues se habla simultáneamente de una “transferencia con efectos reales”¹²⁵, de una “propiedad fiduciaria”¹²⁶, de un “dominio fiduciario”¹²⁷, e incluso de la constitución de un “patrimonio separado”¹²⁸; lo cual no es más que una miscelánea jurídica imposible.

6. Evolución normativa del fideicomiso peruano

¹²¹ Luego de la ley de 1932, hubo una modificación no tan sustancial en 1941, referida a la organización en el funcionamiento de las instituciones fiduciarias; la siguiente fue con la dación de una ley en el 2000, que creó el fideicomiso de garantía; y una posterior en el 2006, que con una reforma de lo establecido en 1941, incluyó como fiduciarios a personas jurídicas que no eran parte del sistema bancario.

¹²² En las discusiones parlamentarias de la Ley 24.441, el senador Martínez Almudevar manifestó: “El Proyecto a través de las instituciones jurídicas implementadas, permitirá colocar a la Argentina dentro de las más modernas tendencias en la materia, a las que ya han adherido países como Francia, Inglaterra, Estados Unidos, y España entre otros. Precisamente en la legislación de esos países y en su rica experiencia, se ha inspirado el proyecto que se propicia. En la misma línea se pueden citar las legislaciones de diversos Estados hispanoparlantes como por ejemplo, Colombia, Chile, Venezuela y México”. Extraído del Diario de Sesiones, HC Senadores, noviembre-diciembre de 1994, p. 533. Citado por PEIRE. Juan Manuel. Op. Cit. p. 3.

¹²³ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. p. 115.

¹²⁴ La Ley 24.441, en su artículo 1° definía al fideicomiso: “Habrà 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.”

El actual Código Civil y Comercial, define en su artículo 1666°: “Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.”

¹²⁵ Artículo 1666°, 1682°, 1683°, 1701° y 1704° del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹²⁶ Artículo 1682° del Código Civil y Comercial de la Nación

¹²⁷ Artículo 1701° y 1704° del Código Civil y Comercial de la Nación

¹²⁸ Artículo 1685° y 1686° del Código Civil y Comercial de la Nación.

Resulta curioso que a finales de los años 20 del siglo pasado, casi a la par de los intentos de otros países por legislar el *trust* en Latinoamérica, el Perú también se sumaba a dicho desafío. Nuestra normativa bancaria estaba prácticamente a la orden, colocándonos como uno de los países pioneros en su regulación. No obstante, dada la novedad del fideicomiso, la necesidad de un perfeccionamiento continuo de su fórmula legislativa impuso constantes retos que lamentablemente para nuestro país no fueron prioridad en su momento. Así, la desidia del legislador por mantenernos a la vanguardia bancaria, nos dejó sumergidos por muchos años en una regulación fiduciaria caduca. El fideicomiso parcamente estipulado en la ley peruana, no resultó atractivo y por lo tanto quedó casi obsoleto por décadas.

Dicho rumbo, sin embargo, cambió por suerte en la última década del siglo XX con el incremento abismal del interés por una modernización bancaria. Tal fue el incentivo y necesidad de restauración bancaria, que el empleo del fideicomiso en el mercado financiero simplemente despegó. Aunque, no por eso se puede asegurar que hoy todos los retos han sido superados, pues la referida desidia del legislador sumada a la adopción del misceláneo modelo argentino, trajo como consecuencia una gran confusión en torno al fideicomiso; la cual en la actualidad todavía persiste y por ello urge desmitificar.

6.1. Primera etapa de la evolución normativa: del auge a la decadencia

En el Perú, la introducción del fideicomiso se hizo en el año 1931, en virtud de uno de los proyectos de ley elaborados por la Misión Kemmerer¹²⁹. Para aquel entonces, en los años treinta, la economía peruana se encontraba en una serie crisis, pues tanto la caída de los precios internacionales como la restricción al crédito internacional, hacían difícil el financiamiento de un creciente gasto público, generando a su vez con ello la depreciación acelerada de la moneda. Es así que en un intento de su estabilización, en un contexto en el que no existían organismos internacionales que brindaran asistencia técnico-financiera, se propone llamar a una comisión renombrada de consejeros financieros, dirigida por Edwin Walter Kemmerer (Ph. D. por la Universidad de Cornell y profesor de la Universidad de Princeton, conocido como el “médico monetario internacional”), quien brindaba asesoría privada a los gobiernos. Antes de su llegada al Perú en enero de 1931, la Misión – conformada por Kemmerer y otros siete profesionales expertos– ya había visitado otros cuatro países latinoamericanos, asesorándolos en la re-adopción del “patrón oro” – abandonado como consecuencia de la Primera Guerra Mundial–.¹³⁰

Luego de cuatro meses de trabajo en nuestro país, la Misión Kemmerer presentó un conjunto de nueve proyectos (tres vinculados al ámbito monetario, y seis vinculados a la política fiscal y reorganización del aparato estatal) y dos informes (sobre Crédito público e Impuesto a la Renta). De estos proyectos, solo tres fueron promulgados como leyes: la Ley de Reforma Monetaria; la Ley de Creación del Banco Central de Reserva; y la Ley General de Bancos –siendo esta última, de nuestro particular interés–.¹³¹ El Decreto Ley N° 7159 – Ley General de Bancos, promulgado en mayo de 1931, reguló al fideicomiso como una modalidad de “comisión de confianza”. Según el literal o) del artículo 63°, que enumeraba

¹²⁹ Ver Supra nota 85.

¹³⁰ BANCO CENTRAL DE LA RESERVA DEL PERÚ, *La misión Kemmerer en el Perú: informes y propuestas* (Lima: Banco Central de Reserva del Perú, 1996), p. Volumen I, XIII.

¹³¹ Ídem p. XXXI.

las facultades de los bancos, se decía que éstos podían aceptar y cumplir comisiones de confianza, entre las cuales –según el artículo 94°– se encontraba la ejecución de fideicomisos. Lo que llama la atención de esta primera normativa, no sólo es el hecho de que poco o casi nada se decía sobre el fideicomiso (no definía qué era un fideicomiso, quiénes eran las partes¹³², cuál era su objeto jurídico, cómo se constituía, etc.), sino que teniendo prácticamente como autores a un conjunto de expertos norteamericanos, ésta seguía claramente la concepción prematura de Ricardo Alfaro.

En efecto, el proyecto de ley bancaria que la Misión sugería, inusualmente contemplaba al fideicomiso, no en términos del *trust* anglosajón, sino bajo una tesis latinoamericana propia del Civil Law. Remitiéndonos a la Exposición de Motivos de este proyecto de ley, lo único que se señala es que pese a que en el Perú era nueva la idea de encargar las “comisiones de confianza” a una compañía –pues hasta el momento solo lo habían hecho los particulares–, la Misión sugería que los bancos fueran autorizados para manejarlas “bajo determinadas condiciones y previo depósito de ciertas garantías especiales. Al hacerlo deberán segregarse de su activo los valores de dicha sección especial, manteniéndola separada, materialmente, de los negocios ordinarios del banco, siendo inspeccionados con toda regularidad por el Superintendente de Bancos.” (Subrayado mío).¹³³ La razón de ello, era que “*muchos fideicomisarios [entiéndase, fiduciarios] particulares han resultado faltos de honradez*”, en cambio un banco constituía una entidad continua, bien administrada y de responsabilidad. Sin embargo, nada de ello responde al hecho por cual –siguiendo la teoría del mandato irrevocable de Alfaro–, se asimiló el fideicomiso a la “comisión de confianza”. En palabras de Avendaño Arana, “todas esas comisiones de confianza [de la ley de 1931], se sustentaban en mandatos mercantiles”.¹³⁴ Aunque bien se podría decir que ello se debió sencillamente a la amplia aceptación continental que dicha teoría gozaba en el momento.

No fue hasta 1988, casi 57 años después, que dicho Decreto Ley fue derogado por el Decreto Legislativo N° 469 – Decreto Legislativo de Operaciones Bancarias para asegurar su eficaz Gestión, Descentralización y Democratización.¹³⁵ Éste no obstante, a pesar del existente y vasto desarrollo legislativo latinoamericano sobre el fideicomiso, se limitó ridículamente a señalar que la aceptación y cumplimiento de fideicomisos constituía tanto una operación bancaria (artículo 19° literal m), como una operación financiera permitida (artículo 21° literal g). Es decir, nada. Aunque para dicha (o desdicha), esta norma fue finalmente derogada en 1990 por la Ley N° 25292¹³⁶, la cuál firmada por Alberto Fujimori y Hurtado Miller, derogó además la Ley de Estatización del Sistema Financiero, entre otras. Conforme a ello, estableció que se delegaba al Poder Ejecutivo la facultad de dictar en el plazo de 120 días,

¹³² Cabe indicar que, en el “Proyecto de ley de Impuesto sobre la Renta” elaborada también por la Misión Kemmerer, el numeral 5) del artículo 2° definía el término “fideicomisario” como: “guardador, depositario, administrador, síndico, defensor o cualquiera persona que desempeña cargos de confianza respecto a bienes o depósitos.”. No obstante, dicha definición era únicamente para efectos de esa ley, la cuál por cierto nunca fue promulgada por el gobierno de Samanez Ocampo.

Ver: BANCO CENTRAL DE LA RESERVA DEL PERÚ, Ob. Cit., Volumen II, pp. 353-354.

¹³³ Ídem pp. 216-217.

¹³⁴ AVENDAÑO, Francisco “El Fideicomiso”, *Derecho PUCP*, 1996, 343–65 (p. 344) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5935/5944>>.

¹³⁵ Decreto Legislativo publicado el 10 de abril de 1988 y nuevamente publicado (16) días después bajo el nombre de “Decreto Legislativo de Operaciones de intermediación financiera para asegurar su eficaz gestión, descentralización y democratización”

¹³⁶ Ley N° 25292 – Ley que deroga la Ley de Estatización del Sistema Financiero (entre otras), publicada el 25 de diciembre de 1990.

una Ley General de las Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros. Por lo tanto, hasta que entrara en vigencia dicha ley, las instituciones bancarias se debían regir por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables hasta el 28 de julio de 1987. Lo cual, en otro términos, significó que el Decreto Ley N° 7159 (de 1931) volvía a estar vigente.

Ahora bien, en abril de 1991, se publicó el Decreto Legislativo N° 637 – Ley General de las Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros¹³⁷, el cual derogó (una vez más) el Decreto Ley N° 7159. En éste, a diferencia de los dos primeros, se dejó de incluir a los fideicomisos dentro de las comisiones de confianza, lo cual si bien representaba un avance legislativo, fue absurdamente opacado por la falta de una mayor y mejor regulación. Lo único que se mencionaba al respecto fue que: los fideicomisos constituían activos y créditos contingentes de muy bajo riesgo (artículo 136° inciso f), y 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 (el artículo 334° literal f).¹³⁸ Es decir, a pesar de que en la mayoría de legislaciones contemporáneas, la normativa y práctica sobre fideicomisos era amplia; en nuestro país, la reforma que parecía ser prometedora, no lo fue –es más, las expectativas que incluían integrar las disposiciones del famoso Acuerdo de Basilea¹³⁹ a la nueva ley bancaria peruana, fueron casi nulas–. Por fortuna, dicho decreto tuvo una existencia casi efímera, pues fue sustituido por el Decreto Legislativo N° 770.

6.2. Segunda etapa de la evolución normativa: réplicas legislativas y teóricas

Recién en 1993, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 770 – Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros¹⁴⁰, finalmente se reguló de manera orgánica el fideicomiso –en un total de 36 artículos– y con ello se hizo una distinción clara entre éstas y las comisiones de confianza.¹⁴¹ Así, lo más destacado fue la definición (por primera vez) de la figura, bajo los siguientes términos: “Artículo 314.- 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 a favor de aquél, o de un tercero llamado fideicomisario.”. Aunque debido al aún insuficiente interés del legislador peruano por la figura del fideicomiso y sus antecedentes, recurriendo a la experiencia (errática) de otras legislaciones, replicó que “el fiduciario adquiría la propiedad” de los bienes fideicometidos: “Artículo 326.- El fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio fideicometido, sujeto al cargo de atender con ellos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el instrumento

¹³⁷ Decreto Legislativo publicado el 25 de abril de 1991.

¹³⁸ AVENDAÑO, Francisco. Ob. Cit. P. 350.

¹³⁹ El Acuerdo de Basilea I (Basel I) de 1988, es una directriz elaborada por el Comité de Basilea, conformado por los gobernadores de los bancos centrales del G-10, para evitar riesgos sistémicos en situaciones de *bank run*. Existen tres acuerdos: Basel I, Basel II (2004) y Basel III (2010). Estos acuerdos, aprobados por la gran mayoría de gobernadores y supervisores bancarios, tienen como principios la cooperación transfronteriza, la adopción de medidas de adecuación de capital y la gestión de riesgos. El primero de ellos, establece en términos generales, una serie de directrices en relación al manejo de riesgo de crédito.

¹⁴⁰ El Decreto Legislativo N° 770 – Nuevo texto de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, fue publicado el 30 de octubre de 1993.

¹⁴¹ *Ibidem* y BREGANTE, Dario. Op. Cit. P. 5.

constitutivo. El fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el banco fiduciario. (...)”.¹⁴²

Luego de estar vigente poco más de tres años, en 1996 se promulgó la actual Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, la cual reguló el fideicomiso bancario en sus artículos del 241° al 274°.¹⁴³ En ésta, los cambios normativos fueron sustanciales. No solo el concepto de fideicomiso se modificó, sino que además se hizo una clara distinción entre el patrimonio fideicometido y el patrimonio del fiduciario:

“Artículo 241.- Concepto de Fideicomiso

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

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

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido (...).” (Subrayado mío)

Como se aprecia, con ello se enmendó la disposición anterior que decía que el fiduciario era propietario de los bienes en fideicomiso, la misma que fue incluso reforzada con el artículo 273°, el cuál taxativamente hoy establece que “las empresas fiduciarias no tienen derecho de propiedad sobre los bienes del patrimonio fideicometido”. Así, conforme a ello, toda aquella noción del fiduciario como propietario de los bienes, quedaba finalmente desterrada. O por lo menos eso parecía.

Resulta que si volvemos a leer el último artículo arriba citado en contraste con los precedentes históricos de la actual Ley de Banca, resulta notoria la inserción novedosa de los términos “dominio fiduciario” y “patrimonio autónomo”. Términos no antes relacionados al fideicomiso, pero que de alguna manera terminaron definiéndolo. Al respecto, a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley N° 26702, no indica directamente si en el marco de fortalecimiento y modernización estructural del sistema financiero se tuvo como referente a alguna legislación extranjera; es bastante fácil deducir cómo la legislación chilena y argentina fungieron tal papel, al verificarse su repetitiva alusión en el proyecto de ley.¹⁴⁴ Lo cual no hace más que corroborar, tal y como lo manifiesta Freddy Escobar, la fuerte influencia del “modelo mixto” en nuestra normativa bancaria.¹⁴⁵

¹⁴² Nótese que antes de la promulgación de la ley argentina (1995), como consecuencia de la dispersión de las teorías mexicanas, ya existía entre los países latinoamericanos, cierta idea de que el fiduciario adquiriría la propiedad de los bienes.

¹⁴³ Dichas disposiciones fueron complementadas por resoluciones, directivas y circulares emitidas por la Superintendencia de Banca y Seguros. La más relevante se dio en el año 1999, con la aprobación del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (Resolución SBS N° 1010-99). Este reglamento no sólo contiene disposiciones más específicas y técnicas, sino también definiciones interesantes como la de “dominio fiduciario”.

¹⁴⁴ Cabe recordar que la legislación chilena fue también influenciada por el “modelo argentino”.

¹⁴⁵ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. p. 115.

No obstante, el incipiente interés de la época sobre el fideicomiso sumado a la nueva terminología del modelo argentino repercutió, pues a partir del conocimiento mezquino de la figura, las teorías mexicanas de mediados del siglo y otras ideas equívocas empezaron a “viralizarse” fuertemente en nuestro país. Es así como al Perú llegaron y se replicaron con gran facilidad varias nociones enclenques sobre el patrimonio fideicometido, el dominio fiduciario, la propiedad de los bienes fideicometidos, entre otras. Siendo la “Teoría del dominio fiduciario como nuevo derecho real” la más popular. Una teoría sin pies ni cabeza que en nuestro país también caló –y parece aún no superarse–, pero que lamentablemente contribuyó nuevamente a conceptualizar al fiduciario como titular de los bienes fideicometidos. De allí que a inicios de este siglo, la idea de que el fiduciario era “propietario” de los bienes –en virtud del dominio fiduciario–, otra vez se viera nuevamente generalizada y se hablara entonces de una “propiedad fiduciaria”.

Y aunque ello conlleva a discutir justamente la tarea de reconciliar dos ideas irreconciliables: la existencia de un “derecho real” sobre un “patrimonio autónomo”; llama la atención que hasta el momento la presencia de este último en el fideicomiso haya pasado casi desapercibido –tal vez debido a la oposición en contra de la noción de un “patrimonio sin titular”–.¹⁴⁶ No obstante, este asunto tan trascendental es el que analizaremos con detalle precisamente en el siguiente capítulo.

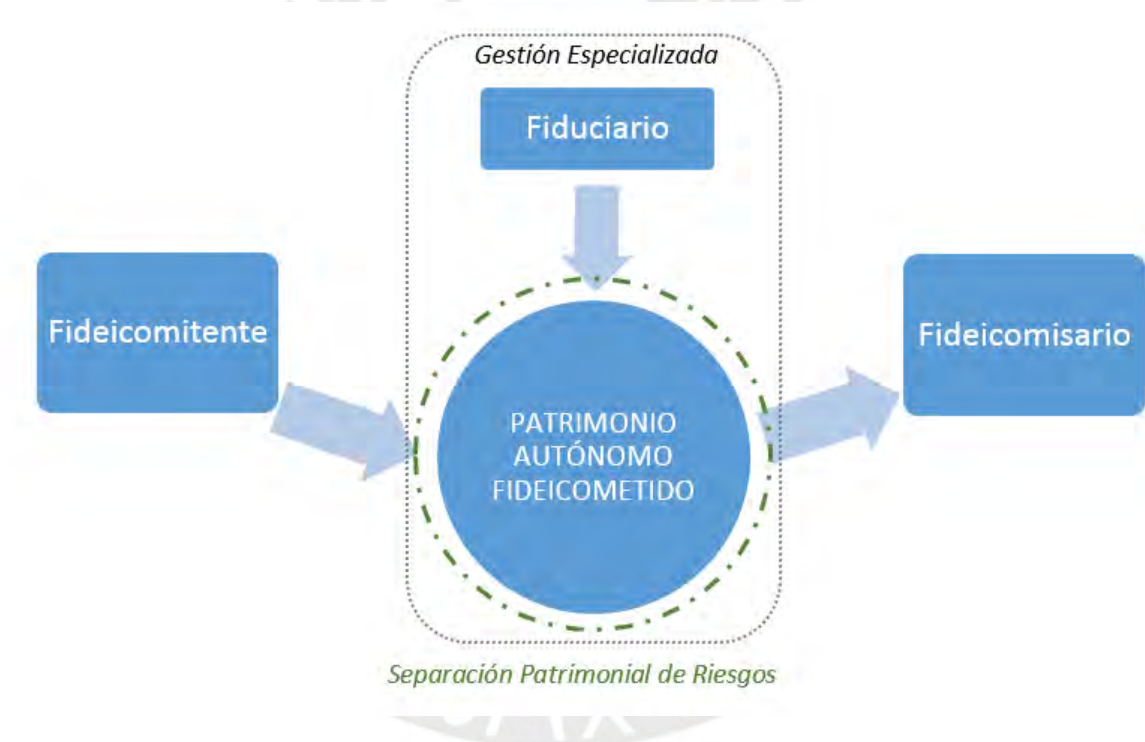


¹⁴⁶ BREGANTE, Dario. Loc. Cit.

CAPÍTULO 3

LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL DE RIESGOS: ESENCIA DEL FIDEICOMISO PERUANO

A fin de demostrar en base a un análisis más pulido, el fundamento de la (in)defensa inicialmente advertida, este capítulo tiene como propósito ahondar en el atributo esencial del fenómeno bajo estudio: la Separación Patrimonial de Riesgos, que se materializa en nada menos que el Patrimonio Autónomo Peruano. El cual, habiendo pasado desapercibido (o ignorado) por la gran mayoría de operadores del Derecho en nuestro país, merece ser examinado con el mayor reparo posible. Pues resulta obvio que sin una concepción coherente del mismo, todo afán por plantear remedios al problema en cuestión, resultaría vano. Por ello, en ánimo de subsanar esa desatención jurídica, a continuación se estudiará el Patrimonio Autónomo a la luz de los dos principios sobre los cuales se cimienta: la Separación Patrimonial de Riesgos y la Gestión Especializada. Siendo el primero el más importante y fundamental.



Considerando que estos dos principios son reflejo de sus homólogos ingleses, los Principios de *Asset Partitioning* y de *Fiduciary Regime*, se partirá por examinar a éstos en un primer apartado. Luego de lo cual, se analizarán a sus análogos continentales, la Separación Patrimonial de Riesgos y la Gestión Especializada. Asimismo, dada la singular relevancia operativa en el *trust* y en el fideicomiso, del *Asset Partitioning* y de la Separación Patrimonial, respectivamente; ambos serán analizados con mayor profundidad en un segundo apartado a fin de verificar su aplicación, efectos e importancia en cada sistema jurídico. A partir de lo cual analizaremos al Patrimonio Autónomo peruano, el cual como formulación de separación patrimonial, fundamenta la tan anhelada defensa de los patrimonios fideicometidos ante deudas del fideicomitente. Por último, en un tercer apartado examinaremos algunos alcances de la responsabilidad patrimonial del fideicomitente ante el fisco.

7. Fundamentos del *trust*

Volviendo la mirada al Common Law, se debe partir destacando la evolución del Trust, como fórmula jurídica que si bien inicialmente estuvo presente de manera muy particular en el plano doméstico y religioso¹⁴⁷; posteriormente su uso se fue ampliando hacia otras fronteras. Resultado de ello, es que además de su empleo como instrumento de administración patrimonial personal y familiar¹⁴⁸, su uso también se expandió hacia espacios como el del financiamiento público o privado, garantías inmobiliarias, transacciones corporativas¹⁴⁹, y hasta como forma organizacional¹⁵⁰, entre otros. Dicha diversificación y continuidad histórica tan extensamente reconocida, que le valieron incluso el poder trascender del continente europeo hacia los demás y desde el sistema jurídico anglosajón hacia otros; sirvió también de inspiración en el ámbito financiero para la creación de vehículos de uso corriente en operaciones de banca, seguros y del mercado de valores, como la titulización (*asset securization*)¹⁵¹, fondos mutuos (*mutual fund*)¹⁵² y fondos de inversión (*hedge fund*)¹⁵³.

No es de extrañar, pero Lepaulle desde la perspectiva continental, se refería al Common Law como una jurisdicción “*where trusts accompany the rhythm of life, from the cradle to the grave, where everyone knows what it is from seeing it functioning at the home as in the office*”.¹⁵⁴

¹⁴⁷ Los frailes franciscanos que regresaban de las cruzadas, se las ingeniaron para adaptar el trust a la conveniencia de su orden mendicante. STERK, Stewart E. “Asset protection trusts: Trust law’s race to the bottom?”, *Cornell Law Review*, 85.4 (2000), 1035–1117 (p. 1041) <<https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>>.

¹⁴⁸ Que comprende la planificación de sucesiones, divorcio, manejo de riqueza familiar (*wealth management*), fideicomisos para personas discapacitadas (*disabled beneficiary trusts*), fideicomisos de caridad (*charitable trusts*) entre otros.

¹⁴⁹ Compraventa de activos entre empresas (*escrow trusts*), administración de acciones (*shares agreement trust*), entre otros.

¹⁵⁰ *Business trust* o conocida también como “*Massachusetts trust*”. Entre el siglo XIX y el siglo XX, antes de que la *corporation* (sociedad anónima) se consolidara como un modelo organizacional en EE.UU, las empresas de gran escala generalmente estaban organizadas como trust (*common law trust business*), siendo un ejemplo de ello la Standard Oil Company de John D. Rockefeller. Particularmente en Massachusetts, donde estaba prohibido que las empresas poseyeran inmuebles, ésta se desarrolló tanto que al extenderse por todo el país, dio origen a las leyes antitrust, las cuales no son más que leyes antimonopólicas y de libre competencia. Y a pesar de que en el siglo XX la *corporation* vino a ser la *legal entity* más popular, el trust sin embargo no dejó de constituir un dispositivo trascendental para la economía norteamericana.

¹⁵¹ Con el fin de crear un método de apalancamiento para las instituciones financieras, a fin de que cuenten con mayor liquidez, en 1970 se empezó a desarrollar un mecanismo de securitization; el cual tenía como objetivo transformar activos de vencimiento futuro como hipotecas, en activos líquidos mediante la emisión de valores mobiliarios. BREGANTE, Dario. Ob. Cit. pp. 13–14.

¹⁵² El primer fondo (trust) del que se tiene conocimiento, fue denominado “Eendregt Meakt Magt” (Unity creates strenght), fue desarrollado en 1774 por Abraham Van Ketwich. Éste tenía como fin invertir en bonos emitidos por gobiernos extranjeros y en préstamos para plantaciones en las Indias Occidentales. No obstante, el primer mutual fund como tal fue creado en Holanda. BREGANTE, Dario. Ib. p. 18.

¹⁵³ Se conoce que el primer *hedge fund* fue creado en 1949 por Alfred Jones, quien creó su propio vehículo de inversión colectiva, el cual luego de haber demostrado su alta rentabilidad se proliferó. Su introducción si bien estuvo de la mano de los *mutual fund*, resultó ser interesante para inversionistas con mayor capital y menor aversión al riesgo.

¹⁵⁴ LEPAULLE, Pierre. “An outsider’s view point of the nature of Trusts”, pp. 52–53.

Ciertamente, en el derecho inglés, el Trust literalmente se ha mostrado (y lo sigue haciendo) como un acompañante del ritmo de vida de las personas, desde la cuna hasta la tumba, y por ello al verlo tanto en el ámbito del hogar como en los negocios, todos saben qué es. A inicios de este siglo, ese gran polimorfismo le concedieron incluso el calificativo de “*la bonne a tout faire*” (la empleada para todo) del Derecho Anglosajón.¹⁵⁵ Hoy en día, se continúa afirmando que el Trust resulta favorable para el logro de cualquier finalidad lícita y que no contravenga el orden público; aunque según algunos, claramente también serviría hasta para lo contrario.

No obstante, aquel éxito universalmente atribuido y generosamente aclamado, tiene por su puesto una razón de ser, pues no es gratuito. De allí que la cuestión que nos convoca en este apartado, sea el de conocer sobre aquel o aquellos elementos que hacen tan extraordinario al Trust, en contraste con otras instituciones jurídicas. Y he ahí la pregunta, ¿cuál es aquella esencia que hace del Trust el instrumento predilecto para un sinfín de propósitos en el Common Law?

En mi opinión, la razón de aquella facilidad de adaptación, es nada menos que su flexibilidad estructural. Nótese, que aunque no necesariamente en el mismo sentido, ya a comienzos del siglo XX el historiador y jurista F. W. Maitland, decía que el *trust* era una institución tan elástica y general como el contrato.¹⁵⁶ Tal es la libertad otorgada para su configuración, que a diferencia de lo que sucede con otros vehículos (*legal entities*), aquí no existen parámetros imperativos rígidos que circunscriban al Trust a un solo propósito; por el contrario, éstos son bastante básicos y por lo tanto versátiles. Lo cual se traduce en una posibilidad infinita de consecución de objetivos. A modo de alegoría, podría decirse que esa libertad de configuración encasillaría a las otras categorías legales disponibles, como figuras geométricas (líneas poligonales cerradas), pero al Trust como un espectro abstracto abierto y moldeable (líneas curvas abiertas). Tan maleable que inclusive éste podría pretender adoptar la forma de una de las categorías existentes. Lo cual se puede verificar inclusive con la otrora usanza del Trust como modelo organizacional de las grandes empresas norteamericanas, comúnmente conocido como *Business Trust* o *Massachusetts Trust*¹⁵⁷. Aunque ciertamente dicha libertad también es su talón de Aquiles, pues la generalidad le resta ese carácter específico y exclusivo del que gozan los otros para el logro a la medida de ciertos fines.

No obstante, sin menospreciar lo anteriormente señalado, debe advertirse que aquella flexibilidad estructural del *trust* se fundamenta en dos principios esenciales: el *Asset Partitioning* y el *Fiduciary Regime*. De los cuales, como veremos a continuación, el primero resulta ser el más relevante, no sólo porque conduce a que la flexibilidad estructural se vea aún más ensalzada; sino también porque como expresión de protección patrimonial (*Asset protection*), se considera que ello constituye un elemento gravitante para catalogar al *trust* como una *legal entity* dentro del *Common Law*.

¹⁵⁵ GUILLAUME, Florence “Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s’effrite”, *Revue suisse de droit international et droit européen (RSDIE)*, 1 (2000), 1–36 (p. 3) <https://www2.unine.ch/files/content/sites/florence.guillaume/files/shared/bibliographie/Incompatibilite_trust.pdf>.

¹⁵⁶ MAITLAND, Frederic. Ob. Cit. p. 60.

¹⁵⁷ Véase: Supra nota 150.

7.1. El Principio de *Asset Partitioning*: esencia del *trust*

En el siglo pasado, el Common Law vio intensificado un debate –casi histórico–, relacionado al derecho del *beneficiary*: su naturaleza *in rem* o *in personam*. La importancia recaía en el hecho de que la solución a los conflictos mediante remedios en uno u otro, no tenía los mismos efectos evidentemente.¹⁵⁸ A raíz de ello, nacieron dos corrientes. La primera sostenida por quienes creían, como Austin Scott y Harlan Stone, que la esencia del Trust recaía en la transferencia hecha al trustee.¹⁵⁹ Los segundos, quienes como Langbein y Maitland, creían que la esencia del *trust* era más bien el contrato entre el settlor y el trustee a favor del *beneficiary* (*third party beneficiary contract*). A su vez, los “contractualistas” eran partidarios de la naturaleza *in personam* del derecho del *beneficiary*, y los otros eran partidarios de la naturaleza *in rem*. Sin embargo, no sería sino hasta inicios del siglo XXI, que nuevas perspectivas surgirían, para así dejar de lado el debate que ni académicos ingleses ni norteamericanos habían podido resolver.¹⁶⁰ Ese aire fresco lo traerían los profesores Henry Hansmann, Reinier Kraakman, Ugo Mattei y Richard Squire; quienes discutiendo sobre el Derecho Organizacional y la *Firm*, sostendrían que la esencia del Trust Law no era ni una ni otra de esas teorías. Veamos.

En cada economía de mercado desarrollada, el Derecho provee de un conjunto de entidades legales estándar (*legal entities*¹⁶¹), a fin de que dos o más sujetos puedan coordinar actividades económicas de diversas maneras. En el Common Law, tradicionalmente se había considerado que éstos eran simples “contratos estándar” que facilitaban la negociación entre las partes; es decir, entre propietarios (*owners or shareholders*), gerentes (*managers*) y acreedores (*creditors*).¹⁶² En el año 1998 sin embargo, los profesores Hansmann y Mattei, escribieron dos artículos sobre el tema que sacudieron en parte esa creencia.¹⁶³ Dos años después, Hansmann junto al profesor Reinier Kraakman, desarrollando mucho más lo anterior, pusieron de cabeza a la doctrina con un artículo que causó gran revuelta¹⁶⁴; –el cuál después fue incluso complementado con otros dos artículos, en colaboración con el profesor

¹⁵⁸ LEPAULLE, Pierre “Trusts and the Civil Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 15.1 (1933), 18–34 (p. 27) <<http://www.jstor.org/stable/753482>>.

¹⁵⁹ SITKOFF, Robert ‘An Agency Costs Theory of Trust Law’, *Cornell Law Review*, 89.3 (2004), 621–683 (p. 627) <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2956&context=clr>>; BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P.8.

¹⁶⁰ “Nótese sin embargo, que pese a la distintas perspectivas desarrolladas a lo largo, es posible afirmar que actualmente, de manera mayoritaria el English Law sigue concibiendo al trust en términos de propiedad”. BREGANTE, Dario. Ib.

¹⁶¹ Entiéndase como “personas jurídicas”. En el sistema norteamericano éstas comprenden: *the business corporation, the cooperative corporation, the nonprofit corporation, the limited liability company, the general partnership, the limited partnership*, entre otras.

¹⁶² Contribuciones de los años setenta, principalmente por las obras de Alchian y Demsetz, y de M. Jensen y Meckling. ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. p. 6.

¹⁶³ HANSMANN, Henry y Ugo MATTEI, “Trust law in the United States: A basic study of its special contribution”, *American Journal of Comparative Law Supplement*, 1998, 118–33; HANSMANN, Henry y Ugo MATTEI, “The functions of Trust Law: A comparative legal and economic analysis”, *New York University Law Review*, 1998, 411–34.

¹⁶⁴ Henry HANSMANN y Reinier KRAAKMAN, “The essential role of Organizational Law”, *The Yale Law Journal*, 110.3 (2000), 387–440 (pp. 390–91).

Squire¹⁶⁵—. En éste, ambos cuestionan si las *legal entities* (“*juridical persons, that are distinct from individual human beings and that can own assets in their own name*”)¹⁶⁶ desempeñaban el mismo papel que los contratos privados estándar o si ofrecían algo más. Es decir, si las *legal entities* servían solamente para simplificar la negociación y redacción de acuerdos habituales, o si además de ello, éstas permitían la creación de relaciones que por medios contractuales era imposible de lograr.¹⁶⁷

En su cometido, Hansmann y Kraakman parten por señalar que desde una perspectiva general, las actividades económicas se tienden a viabilizar por medio de una tercera persona (intermediario), con quien se celebra un contrato a fin de que ésta se encargue de todas las coordinaciones, y a quien se le otorga para dichos efectos, discrecionalidad. Lo cual comúnmente se denomina “*firm*”, que literalmente sirve como un largo “nexo de contratos”, pues es ésta la parte común con quien cada una de las partes celebra uno: propietarios, empleados, proveedores y clientes.¹⁶⁸

No obstante, afirman que para servir a dicho propósito (nexo), la *firm* necesariamente debe tener dos atributos: (i) una autoridad de toma de decisiones bien definida (*well-defined decisionmaking authority*) y (ii) un conjunto de activos designado para la satisfacción de reclamos de acreedores (*the ability to bond its contracts credibly to a pool of assets*).¹⁶⁹ El primero, referido a aquella autoridad máxima con el poder de vincular la *firm* a contratos, no es otro que el gerente o administrador. El segundo, referido a la capacidad de garantizar de manera creíble el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es un tanto más particular pues requiere de la existencia de un set de activos (*firm’s bonding assets*) que pueda estar disponible de manera preferente para sus acreedores. A diferencia de un individuo por ejemplo, las *legal entities* contemplan una distinción de sus activos con aquellos del propietario o gerente; en el sentido de que los acreedores de la *firm* tienen preferencia sobre los acreedores personales del *owner* o *manager*, respecto de los *assets* de la *firm*. Lo que se conoce como “*Asset Partitioning*”.

Esa separación de activos de la *firm*, respecto de aquellos activos personales del *owner* y *manager*, es señalado por los autores, no sólo como aquella característica central de toda *legal entity*, sino también como el rol principal que juega el Derecho Organizacional en la organización de una empresa. Afirman en ese sentido, que el *Asset Partitioning* se manifiesta de dos maneras. De manera interna, éste determina la identificación y delimitación de los activos de la *firm*, diferenciándolos a su vez de los activos personales del *owner* y *manager*.

¹⁶⁵ Henry HANSMANN, Reinier KRAAKMAN, y Richard SQUIRE, “Law and the Rise of the Firm”, *Harvard Law Review*, 119.5 (2006), 1333–1403 <http://www.jstor.org/stable/4093574?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents>; Henry HANSMANN, Reinier KRAAKMAN, y Richard SQUIRE, *Incomplete organizations: Legal Entities and Asset Partitioning in Roman Commerce*, 2014 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2506334>.

¹⁶⁶ HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. P. 393.

¹⁶⁷ Ídem. P. 389; HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. “Law and the Rise of the Firm”. Ob Cit. P. 1338.

¹⁶⁸ HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. P.391.

¹⁶⁹ Íd. Pp. 391-392.

De manera externa, éste determina la asignación de preferencias sobre los activos, lo cual a su vez se distingue en: *Affirmative Asset Partitioning* y *Defensive Asset Partitioning*.¹⁷⁰

El *Defensive Asset Partitioning*, denominado también “*owner shielding*”, es lo que comúnmente se conoce como “responsabilidad limitada” (*limited liability*).¹⁷¹ Establece que en relación a los activos personales del *owner* y *manager*, los acreedores de éstos tienen una preferencia, por sobre los acreedores de la *firm*. Bajo dicho esquema sin embargo, existen diferentes grados. En su forma más fuerte, los acreedores de la *firm* quedan totalmente excluidos al no tener ningún derecho sobre los activos personales del *owner*. Pero en su forma más débil, por ejemplo en el *general partnership*, no existe protección alguna, pues tanto los acreedores de la *firm* como los acreedores personales del *owner*, se encontrarían en igualdad de preferencia ante la insolvencia de la *firm* y sus socios.¹⁷² Así en otras palabras, el *owner shielding* implanta nada menos que la prohibición de que los acreedores de la *firm* se cobren de los activos personales de los socios y gerentes; o lo que es lo mismo, la negación de que los activos de éstos respondan por las deudas de la *firm*.

Sin perjuicio de ello, lo más interesante de la tesis de Hansmann y Kraakman es, que contradiciendo a la tan longeva doctrina conservadora que consideraba a la *limited liability* como el pilar del *Corporate Law*; ellos afirman que más bien ésta puede ser reproducida fácilmente a través de un contrato, lo cual no sucede con el *Affirmative Asset Partitioning*.¹⁷³ En efecto, ellos demuestran que prácticamente todos los beneficios del *owner shielding* pueden alcanzarse de manera contractual.¹⁷⁴ De manera puntual señalan que en el supuesto de incumplimiento de la *firm* de obligación alguna, podría incluirse en cada contrato celebrado con sus acreedores, una cláusula en el que el acreedor renuncia a la satisfacción de su interés sobre los activos del *owner* y *manager*.¹⁷⁵ De ese modo demuestran, a través

¹⁷⁰ Íd. P. 393; HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. “Law and the Rise of the Firm”. Ob Cit. P. 1336.

¹⁷¹ HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. P. 395; HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. Loc. Cit.

¹⁷² HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. Pp. 395-396; HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. Ob Cit. P. 1339.

¹⁷³ HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. P. 430; HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. Loc. Cit.

¹⁷⁴ Economías de monitoreo, economía en toma de decisiones, mejora del monitoreo de acreedores, economías de transferencia y economía de riesgos.

¹⁷⁵ HANSMANN, Henry and Reinier KRAAKMAN. Ob. Cit. Pp. 428-430. En el supuesto que el Derecho Organizacional no existiera y por lo tanto tampoco el Principio de *Limited Liability*, la manera de introducirla contractualmente para obtener los beneficios que ofrece, sería necesariamente introduciendo una disposición de renuncia en cada contrato con los acreedores. Ello por supuesto implicaría altos costos de transacción, además de tener que tratar que todos ellos la acepten. No obstante, los autores señalan que dichos costos serían bastante reducidos en comparación a los costos que implicaría introducir una disposición así para establecer el *Affirmative Asset Partitioning*. Pues incluso históricamente, la responsabilidad limitada fue siempre insertada contractualmente (contrato por contrato).

Cfr. Sin embargo, también se cuestiona a Hansmann y Mattei cuando ellos sostienen “casi porque sí” que los costos de transacción son altos en el primero y bajos en el segundo. Pues podría ser a la inversa, considerando que la negociación entre *settlor* y *trustee*, para lograr el *owner shielding*, tendría que incluir todas las disposiciones sobre el *Fiduciary Law* (régimen fiduciario del trustee); el cual no contiene pocas

de medio contractuales, cómo se podía lograr fácilmente la responsabilidad limitada (*Defensive partitioning* o “*owner shielding*”)

El *Affirmative Asset Partitioning*, denominado también “*entity shielding*”, establece que en relación a los activos de la *firm*, hay una preferencia en favor de los acreedores de ésta, sobre los acreedores personales del *owner* y del *manager*. En su forma fuerte, los acreedores de la *firm* tienen preferencia y una protección en caso de liquidación de la *firm*. En su forma débil, los acreedores de la *firm* tienen preferencia pero sin protección ante la liquidación que pudiera forzar un acreedor personal de un *owner* insolvente. Sin embargo en su forma completa, (casos en los que la *firm* se conduce en nombre de beneficiarios que no tienen ningún derecho de ganancia y control sobre ella), no solo se otorga preferencia a los acreedores de la *firm* sobre los activos de ésta, sino también un derecho de exclusividad.¹⁷⁶ Logrando que los acreedores personales de estos beneficiarios, no tengan derecho alguno sobre el interés que tuvieron los beneficiarios en la *firm* –aún si entraran en bancarrota–. Esta última forma, incluye dentro de las “*super-strong form legal entities*”, al spendthrift trust¹⁷⁷ y charitable trust.¹⁷⁸

A diferencia del *owner shielding*, el *entity shielding* se puede encontrar en toda *legal entity* y no puede ser reproducido contractualmente. Pues si bien en teoría los derechos (preferencias) que crea, podrían construirse a través de contratos, los costos de transacción serían desquiciadamente altos¹⁷⁹; siendo por ello el *Affirmative Asset Partitioning*, la verdadera esencia del *Corporate Law*.¹⁸⁰ Lo que conlleva a aseverar que sin el Derecho Organizacional, el *entity shielding* no podría ser creado de manera efectiva, y viceversa.¹⁸¹

De allí que Hansmann y Kraakman refutaran la idea clásica de que el Derecho Organizacional y los contratos privados estándar cumplían el mismo papel; ya que por el contrario, a través del *Affirmative Asset Partitioning*, el Derecho organizacional permitía más bien la creación

normas en relación a los deberes del trustee. GALLANIS, Thomas P. ‘The Contribution of Fiduciary Law’, *University of Iowa Legal Studies Research Paper Series*, 5.12 (2014), 388–405 (p. 390).

¹⁷⁶ HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN and Richard SQUIRE. Ob Cit. P. 1338.

¹⁷⁷ Es un tipo de trust irrevocable, diseñado para proteger al *beneficiary*, generalmente de su tendencia a derrochar o malgastar. A dichos efectos, el *settlor* otorga al *trustee* toda la autoridad y discrecionalidad para la toma de decisiones respecto a cómo el *trust fund* debe ser utilizado y cuando éstos pueden ser distribuidos en favor de *beneficiary*.

¹⁷⁸ Es también un tipo de trust irrevocable, establecido para propósitos de caridad o beneficencia, que además suele gozar de beneficios tributarios.

¹⁷⁹ Los autores demuestran ello, explorando métodos de creación de equivalentes a *legal entities*, a través del *Property Law*, *Contract Law* y *Agency Law*.

¹⁸⁰ Íd. P. 430. “*In sum, while organizational law plays a role in reducing the transaction costs of establishing defensive asset partitioning, that role is substantially less important than the role that organizational law plays in affirmative asset partitioning. The latter, unlike the former, would generally be quite impossible to establish without organizational law. This critical point has been missed by contemporary scholars who, recognizing that limited liability could be established by contract, have gone on to conclude that corporation law as a whole does no more than avoid unnecessary contracting costs by offering convenient default terms.*”

¹⁸¹ Cfr. El autor crítica el hecho de que Hansmann y Mattei ensalzen tanto al Asset Partitioning, que terminan minimizando el Fiduciary Law. El propósito central de éste, es el de proteger al *beneficiary* contra el peligro de una actitud oportunista del trustee. Por ello éste es un aspecto vital, en tanto los poderes de administración y de decisión son sostenidos por el trustee. GALLANIS. Loc. Cit.

de derechos y relaciones que por simples medios contractuales era (onerosamente) imposible de lograr. Razón por la cual, apartándose de lo señalado en el primer artículo de Hansmann y Mattei¹⁸² y profundizando más bien en el sentido de su segundo artículo¹⁸³, manifestaron que el rol esencial de todas las formas de Derecho Organizacional, no descansaba en la creación de reglas contractuales sobre los derechos y deberes de las partes, sino más bien en la creación de un patrón de derechos de los acreedores, lo que no podía ser establecido por otra vía.¹⁸⁴

Nótese sin embargo, que dentro de esas formas de Derecho Organizacional, se encontraría propiamente el *Trust Law*. Partiendo del régimen establecido por las *Courts of Equity*, es decir la configuración dual de la propiedad de los activos del *trust* en (i) *legal title* y (ii) *equitable ownership*; el trustee se constituye como titular legal de la totalidad de los *assets* transferidos por el *settlor*. No obstante, como quiera que el interés en *Equity* del *beneficiary* debe ser resguardado, es ahí donde entra a tallar el Asset Partitioning. Pues es en virtud de éste, que se establece la diferenciación y protección de los activos transferidos al trust, frente al resto de activos personales del trustee. Es decir, se crea un **aislamiento** de los activos del trust (“*insulation of assets held in trust*”), frente a los acreedores personales del trustee.^{185 186}

Visto de otro modo, ese aislamiento de activos, denominado también por otros como “*ring-fencing*”¹⁸⁷ (anillo de protección), permite al *trustee* negociar separadamente con los acreedores del *trust* y con sus acreedores personales.¹⁸⁸ Es decir, en relación a sus acreedores, el *Trust Law* divide al *trustee* en “*two distinct legal persons*”: una persona natural o jurídica contratando a nombre propio, y otra persona artificial actuando en nombre del beneficiario.¹⁸⁹ Lo cual cobra sentido al considerarse que bajo el *legal title* del *trustee*, existe tanto un “*trust property*” y un “*non-trust property*”. En razón de lo cual, si bien en principio

¹⁸² En este artículo los autores indicaron: “*that it is precisely the property-like aspects of the trust that are the principal contribution of trust law*”. HANSMANN and MATTEI, ‘The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis’, p. 469.

¹⁸³ “*In sum, it appears that the important contribution of trust law lies not in its ordering, via default rules of contract, of the relationships among the three principal parties to a trust-like relationship (...) but rather in its ordering of the relationships between those persons and third parties with whom they deal. It is the latter relationships that, owing to high transaction costs, cannot be rearranged easily by contractual means*”. HANSMANN and MATTEI, ‘Trust Law in the United States: A Basic Study of Its Special Contribution’, p. 147.

¹⁸⁴ “*In essence, we argue that the essential role of all forms of organizational law is to provide for the creation of a pattern of creditors’ rights –a form of “asset partitioning”– that could not practicably be established otherwise.*” HANSMANN y KRAAKMAN. Supra nota 164. P. 390

¹⁸⁵ *Ib.*

¹⁸⁶ “*Hansmann and Mattei argue that trust law’s ‘most important contribution’ is what other scholars have called ‘ring-fencing’: separating trust assets from the personal assets of the trustee, thereby defining the rights of third-party creditors*”. GALLANIS. Loc. Cit.

¹⁸⁷ Véase: HAYTON, David. *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, ed. David HAYTON (New York: Kluwer Law International, 2002); MORLES, Alfredo “La esencia del trust o fideicomiso La esencia del trust o fideicomiso”, en *La esencia del trust o fideicomiso* (Lima, Perú: Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016 - ASBANC, 2016), pp. 11–67; SITKOFF, Robert “Trust Law as Fiduciary Governance plus Asset Partitioning”, en *The Worlds of the Trust* (Cambridge University Press, 2013), pp. 428–53 <<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/>>.

¹⁸⁸ SITKOFF, Robert. Supra nota 159. P. 632; HANSMANN and KRAAKMAN. Supra nota 164. p. 416.

¹⁸⁹ SITKOFF, Robert. *Ibíd.*; HANSMANN and KRAAKMAN. *Ibíd.*

el *trustee* debería actuar de manera diferenciada, según se trate de uno u otro; dicho compromiso no resulta del todo suficiente, siendo necesario el principio de *Asset Partitioning*.

A mayor abundamiento, incluso ante una situación de insolvencia del trustee, o una sucesión (rotación) de trustees, la dinámica de separación de activos no se vería afectada –ni mucho menos la continuidad del trust–.¹⁹⁰ Aunque las deudas efectuadas por el trustee predecesor, obligan a sus sucesores en la misma medida de exigibilidad, éste no tiene responsabilidad personal con los acreedores del trust una vez que ha salido. Ningún trustee dentro o fuera de la Oficina del Trustee (“*office of the trustee*”¹⁹¹), tiene responsabilidad personal ante los acreedores del trust –a menos que haya garantizado personalmente las obligaciones–. Del mismo modo, los acreedores personales de éste no tienen recurso contra los activos del trust.

Sin embargo, dada la singularidad del *trust*, se debe destacar que el aislamiento de activos en éste, resulta ser bastante particular. Pues dada la existencia de tres sujetos principales, sus efectos no solo se despliegan frente al *trustee* y sus acreedores personales (que en cierto sentido sería como el *firm’s manager*), sino también frente al *settlor* y el *beneficiary* (que serían casi como los *firm’s owner*). En atención a lo cual, la protección se proyecta tanto con la separación de los activos personales de éstos, como con la restricción de los derechos de sus acreedores personales en caso de insolvencia. Constituyendo eso para la doctrina anglosajona actual, la esencia del Trust Law: “*The trust’s success has, in large measure, been attributable to its flexibility; because the essence of the trust is the separation of legal from beneficial ownership, no inherent limitations exist on the purposes for which a trust may be created*”.¹⁹²

Ahora bien, desde un punto de vista económico, el *entity shielding* ofrece ciertos beneficios. Hansmann y Kraakman hablan primero de cinco beneficios¹⁹³; aunque luego en el artículo con el profesor Richard Squire, señalan seis¹⁹⁴. Sin perjuicio de ello, lo resaltante aquí es el hecho de que es una fórmula eficiente, en términos de costos de agencia. Pues mediante la atribución de un patrón único de reglas de preferencia de acreedores, ésta instituye

¹⁹⁰ SITKOFF, Robert. Íd. P. 641.

¹⁹¹ Ídem. Nótese que en el *Restatement of the Law of Trusts (Second)* de 1959 se hacía mención a “*The Office of the Trustee*”, en lo relativo a las coordinaciones de rotación de trustees. Ésta, según el *Uniform Trust Code* (2000), versión revisada el 2010, es entendida como una oficina que sirve como centro de organización de las diversas relaciones que envuelven a los trustees, p.e. la vacancia o remoción de un trustee, la designación del trustee sucesor, la determinación de los alcances de su responsabilidad (ultra vires), la asignación de su remuneración, entre otros. No obstante, Sitkoff señala además, que esta oficina de facto es como una “entidad separada” del trustee (aunque no formalmente), que se deriva del *Asset Partitioning*. Añade también, que en contraste con el Derecho Corporativo, en el Trust Law existen pocas o ninguna prescripción con respecto a la estructura requerida para la ficticia entidad separada.

¹⁹² STERK, Stewart. Ob. Cit. P. 1041.

¹⁹³ “*Reducing monitoring costs; partitioning between a firm and its individual owners; protecting the firm’s going concern value; risk sharing and the corporation sole.*”

¹⁹⁴ “*Lower creditor monitoring costs; reduced managerial agency costs; reduced administrative costs of bankruptcy; protection of going-concern value; capital accumulation and investment diversification; and transferable shares.*”

fácilmente una serie de relaciones y derechos entre las partes y los acreedores, que resultaría altamente oneroso de lograrse por medios contractuales. De allí que todo Derecho Organizacional se distinga del Derecho Contractual, en virtud de la existencia de ese *corpus* de reglas fundado por el *Affirmative Asset Partitioning*.

Resulta incuestionable la influencia en el *Common Law*, del aporte teórico de Hansmann y Kraakman. Así, aventurándonos un poco, podríamos atribuirles los siguientes méritos. El primero sería –sin seguir un orden de relevancia determinado–, el haber centrado la atención en el poco explorado, *Affirmative Asset Partitioning (entity shielding)*.¹⁹⁵ El segundo sería, el haber promovido una reconsideración de la noción clásica de *legal entity* como mero “nexo de contratos”, y de la noción de *Corporate Law* como una “sub-categoría” del *Contract Law*.¹⁹⁶ Y el tercero, sería el haber situado al *trust* como una *legal entity*, y al *Trust Law* como un Derecho Organizacional.¹⁹⁷

7.2. El Principio de *Fiduciary Regime*

Efectuando un repaso histórico rápido, se recordará que desaparecidas las restricciones feudales a la libre transferencia de tierras, el *use* resurgió a través del *trust*.¹⁹⁸ En principio, ésta continuó manteniendo los mismos fundamentos y remedios otorgados por las Cortes de *Equity*. Sin embargo, dejó de operar como mecanismo de transmisión de riqueza feudal, para transformarse en uno de administración especializada de activos.¹⁹⁹ Dicha evolución funcional que le aseguró subsistir en el tiempo, implicó no obstante otros cambios. Entre los cuales podríamos señalar: (i) la naturaleza de la riqueza, ya que los activos financieros desplazaron a la tierra familiar como la propiedad fiduciaria típica; (ii) la personalidad de los *trustees*, que dejaron de ser caballeros oportunistas y dieron paso a la formación de *trustees* institucionales; (iii) las responsabilidades de gestión de los *trustees*, quienes dejaron de ser simples propietarios inmobiliarios y se convirtieron en gestores activos de portafolios; y (iv) las normas de protección de los beneficiarios dentro del *Trust Law*, ya que las normas de gobernanza fiduciaria pasaron a reemplazar las antiguas y usuales disposiciones restrictivas de los poderes del *trustee*.²⁰⁰

De lo anterior nos interesa especialmente lo relacionado al penúltimo punto. Pues cuando el *trust* comenzó a ser utilizado más frecuentemente como modelo organizacional de negocios (*Business Trust*²⁰¹), éste desembocó en una gran cantidad de casos de comportamiento desleal del *trustee*.²⁰² Frente a ello, el *Trust Law* se vio obligado a intervenir, regulando las

¹⁹⁵ ROJAS, Giacomo. Loc. Cit.

¹⁹⁶ ROJAS, Giacomo. Loc. Cit.; BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 44.

¹⁹⁷ Cfr. “A common law trust is not an entity but a way of holding property”. SMITH, Lionel. Ob. Cit. P. 26.

¹⁹⁸ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. P. 108.

¹⁹⁹ Íd. P. 134.

²⁰⁰ LANGBEIN, John “The contractarian basis of the Law of Trusts”, *Yale Law School*, 105.3 (1995), 625 (p. 629) <<https://doi.org/10.2307/797196>>.

²⁰¹ Véase: supra nota 150.

²⁰² BREGANTE, Dario. Ob. Cit. p. 10.

distintas relaciones mantenidas por las partes con él (*trusteeship*).²⁰³ Regulación que hoy se conoce como *Fiduciary Regime* (Régimen Fiduciario). Así entonces, se establecieron dos tipos de medidas para modelar la actuación del trustee. Una *ex ante*, planteando deberes de conducta. Otra *ex post*, estableciendo reglas firmes de responsabilidad. Siendo la primera la más relevante.

En una red de relaciones como la *firm*, los conflictos de agencia son comunes. En términos económicos más que legales, éstos aparecen cuando una persona, denominada principal, contrata los servicios de otra, denominada agente, quien tiene un poder unilateral y discrecional de afectar el patrimonio de la primera.²⁰⁴ Dicho poder discrecional sin embargo, puede a veces desviarse, incentivando una actitud de aprovechamiento en beneficio propio. Sobre todo cuando sin importar lo detallado que sean sus funciones, al principal le resulta – en términos de asimetría de información–, inobservable el accionar del agente. Lo que se conoce como “*hidden action*” (acción oculta) o “*moral hazard*” (riesgo moral).²⁰⁵ Ante lo cual, surge la necesidad del principal de efectuar un monitoreo constante del agente.

Las pérdidas que se derivan del des-alineamiento de intereses entre el principal y el agente, es lo que se denomina “costos de agencia” (*agency costs*).²⁰⁶ En este punto, la definición de Jensen y Meckling resulta imperante en la literatura legal.²⁰⁷ Ellos señalan que los costos de agencia se refieren a la suma de: los costos de “gastos de monitoreo” del principal, los costos de los “gastos de vinculación” del agente y la “pérdida residual” medida por el “equivalente en dólares de la reducción en el bienestar experimentada por el principal” como resultado de la divergencia de intereses.²⁰⁸ Para hacer frente a dicha problemática, el *Law of Agency* ha recurrido a la tradicional imposición de deberes genéricos.²⁰⁹ Dada la imposibilidad de prever todos los comportamientos oportunistas del agente, éstos deberes resultan eficientes, pues su violación determina responsabilidades sancionables.

Ahora bien, los costos de agencia no son exclusivos del *Law of Agency* en lo absoluto. En el *Trust Law* se pueden encontrar los mismos problemas en relación al trustee. Es por ello que el *Fiduciary Regime* establece determinados deberes para modelar la conducta de éste. Los más importantes son el “*duty of care*” (deber de cuidado) y el “*duty of loyalty*” (deber de lealtad). El primero tiene como objeto evitar el riesgo de un manejo negligente del trust.²¹⁰

²⁰³ En lo que respecta a estas relaciones, el *Fiduciary Regime* establece ciertas reglas que permiten y garantizan tanto una actuación del trustee en nombre del trust, como a favor del beneficiary. Estos son algunos de los problemas surgidos que merecieron tratamiento: la asimetría informativa entre el settlor y el trustee, como consecuencia natural de la demanda creciente de trustees especializados y experimentados; las inversiones negligentes o riesgosas del trustee; la tendencia intervencionista del settlor y/o beneficiary en el trust para diversificar las inversiones o minimizar las pérdidas; entre otras. Véase: ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. P. 122.

²⁰⁴ BREGANTE, Dario. Ob Cit. P. 64; SITKOFF, Robert. Supra nota 159. P. 636

²⁰⁵ SITKOFF, Robert. Íb.

²⁰⁶ Íd. P. 637

²⁰⁷ Véase: JENSEN, Michael and William MECKLING. *Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. P. 308.

²⁰⁸ SITKOFF, Robert. Loc. Cit.

²⁰⁹ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. P. 130

²¹⁰ *Ibid.*

Para ello se impone al trustee, el deber actuar como un hombre prudente de negocios. Es decir, que debe tomar decisiones basadas en la prudencia, como si se tratara de su propio patrimonio.²¹¹ Por su lado, el deber de lealtad tiene como objeto evitar el riesgo de malversación de los activos del trust. Para lo cual se exige que el trustee anteponga siempre el interés del *beneficiary* al suyo, y que evite a toda costa un conflicto de intereses.²¹²

Sin embargo, el ímpetu del Trust Law por garantizar dichos objetivos, no solo se materializa a través de tales deberes de conducta. Como se ha señalado, éste va acompañado de una atribución de responsabilidad e imposición de sanciones en caso los deberes se violen. Lo cual se ve reforzado gracias a la predictibilidad que otorga la jurisprudencia en el uso del trust.²¹³ En la actualidad, ese perfeccionamiento ha sido complementado con “la aparición de *restatements, statutes* e, inclusive, *codes* que reconocen al trust como una modalidad para realizar actividades económicas en Estados Unidos”.²¹⁴ Pero todo ello sin dejar de lado por su puesto, la necesaria armonía entre el Principio de *Asset Partitioning* y el de *Fiduciary Regime*. Pues no solo de la inexorable conjunción de ambos, depende la notable adecuación del trust a los nuevos desafíos circunstanciales de la época, sino también el evitar los peligros de que el *trustee* actúe de modo oportunista y en beneficio propio.²¹⁵

8. Fundamentos del Fideicomiso Peruano

De lo expuesto hasta ahora, queda claro que el *trust* es un vehículo especializado de administración que involucra a tres partes y que implica inherentemente una transferencia de activos del *settlor* al *trustee*, a fin de que éste viabilice el propósito esperado por el primero a favor del *beneficiary*. Sin embargo, dado que la confianza no le garantiza de por sí al *settlor* que el *trustee* de fiel cumplimiento a su voluntad con los activos que le han sido transferidos, es que se establece una bifurcación en *Equity* de la propiedad entre: el *trustee*, quien recibe un *legal title*, y el *beneficiary*, quien recibe un *equitable title*.²¹⁶ Lo que a su vez acarrea una partición de los activos del *trustee*, en dos *pool of assets* plenamente diferenciados: un *trust fund* y un *non-trust fund* (denominados también “*trust property*” y “*non-trust property*” respectivamente). De allí que el *Common Law* no sólo contemple en el *trust* la existencia de dos propietarios, sino también el hecho de que uno de ellos tenga dos patrimonios separados.

Dicha particularidad implicó sin embargo un gran reto para su trasplante al Civil Law. El sistema continental, siguiendo la tan tradicional Teoría Personalista del Patrimonio, no admitía la existencia de dos propietarios sobre una misma cosa, ni la existencia de una persona con más de un patrimonio. Entonces, ¿de qué manera se podía garantizar el cumplimiento de la finalidad constitutiva?, más aún ¿cómo se iba a lograr el tan loable efecto de aislamiento de activos y acreedores del *trust*?

²¹¹ BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 66.

²¹² ESCOBAR, Freddy. Loc. Cit.

²¹³ BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 11.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ GALLANIS, Thomas P. “The Contribution of Fiduciary Law”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper Series*, 05.12 (2014), 388–405 (p. 397).

²¹⁶ DEVAUX, Angelique; Deanna BECKNER, y Margaret RYZNAR, “The Trust as more than a Common Law Creature”, *Ohio Northern University Law Review*, 41 (2014), 91–119 (p. 93).

Como recordaremos, haciendo frente a esta problemática, surgieron dos teorías iniciales: la teoría del mandato irrevocable de R. Alfaro y la teoría del *patrimoine indépendant* de P. Lepaulle. La primera proponía una transferencia irrevocable de bienes del fideicomitente al fiduciario, siendo éstos mandante y mandatario respectivamente; no obstante resultó insatisfactoria debido a la privación de efectos reales en favor del fideicomitente. La segunda, cambiando el enfoque hacia el destinatario de los bienes, proponía ya no una transferencia a favor del fiduciario, sino más bien a favor de un “patrimonio de afectación”; pero resultó fuertemente cuestionada debido a la formulación de un “patrimonio sin dueño”. A partir de las cuales, creyendo irónicamente que mejor sería combinarlas, surgió una teoría mixta, que mezcló las ideas de transferencia irrevocable y de patrimonio separado. La cual, a pesar de haber congregado los problemas mencionados y otros adicionales, hoy en día se puede decir que de algún u otro modo “funciona” para nuestro sistema jurídico.

Al respecto, deben hacerse dos precisiones. En primer lugar, debe destacarse la labor de Lepaulle al idear de modo tan óptimo el anhelado aislamiento (*ring-fencing*) del *trust*. Cambiando el enfoque de R. Alfaro y del mismo *trust*, que daban por sentado que la transferencia de bienes debía efectuarse a favor del fiduciario; él propuso en su defecto, que estos bienes debían componer un patrimonio afectado a un fin. Es decir, introdujo nada menos que la noción de Separación Patrimonial al fideicomiso, lo cual marcó un hito de un antes y un después. Y a pesar de ser poco comprendido y severamente criticado en la época, debido al dogma de la Teoría Personalista del Patrimonio, éste terminó siendo abrazado después en Latinoamérica a través de la figura del “patrimonio autónomo”. Fenómeno que hoy se constituye como elemento medular del Fideicomiso moderno, y cómo no, del Fideicomiso Peruano. Pero que lamentablemente parece ser un concepto ignorado y hasta desdeñado por la SUNAT y el Tribunal Fiscal.

En segundo lugar, debe señalarse que la operatividad del fideicomiso actual, no sólo se debe a la existencia del Patrimonio Autónomo como elemento que asegura la separación de activos. Pues aunque resulta ser el más relevante, éste se complementa con la existencia del Dominio Fiduciario, el cual viabiliza nada menos que un régimen de gestión especializada. De modo que se logra, en cierto sentido, la misma eficiencia que los principios fundamentales del *trust*, el *Asset Partitioning* y el *Fiduciary Regime*. No obstante, ello traducido en el binomio “patrimonio autónomo + dominio fiduciario” comporta cierta ineficiencia, cuando debido a la menesterosa concepción del dominio fiduciario como “derecho real”, éste opaca al patrimonio autónomo y hace tropezar al fideicomiso. La encarnación de la Teoría mixta a través de la normativa bancaria peruana, bien puede parecer hoy “eficiente”, debido al constante crecimiento anual de su uso en el mercado. Sin embargo, ello no resta el hecho de que en determinados aspectos la regulación sea deficiente y conlleve a incurrir en costos innecesarios. Razón por la cual urge desarraigar esas nociones erráticas, a fin de perfeccionar un poco más el funcionamiento de la fórmula legislativa mixta.

Atendiendo a las observaciones antes señaladas, a continuación se expondrán los fundamentos del Fideicomiso y se analizará de manera crítica las cuestiones que terminan pervirtiendo al mismo. Para ello, en un primer sub-apartado se analizará la importancia del Principio de Separación Patrimonial de Riesgos. Como resultado de ello, seguidamente se examinará al Patrimonio Autónomo peruano como modelo de separación patrimonial y como centro de imputación jurídica. Por último, se examinará al Principio de Gestión Especializada, desde la

perspectiva del Dominio Fiduciario; en virtud de lo cual se tratará de desmitificar algunas concepciones desafortunadas.²¹⁷

8.1. El Principio de Separación Patrimonial de Riesgos: esencia del fideicomiso

En términos sencillos, este principio es el que determina tanto una exclusión patrimonial como una exclusión de acreedores en el Fideicomiso. Lo cual representa nada menos que un “aislamiento de riesgos”, entendido como el blindaje frente a la falta de liquidez o insolvencia del fideicomitente, fiduciario o fideicomisario. Procurando así, que los bienes y derechos del fideicomiso queden sujetos como garantía de deuda únicamente a las obligaciones contraídas en razón de la consecución de la finalidad constitutiva. En el caso latinoamericano, este principio se materializa en virtud del patrimonio autónomo, el cual es un modelo especial de disgregación patrimonial que emula bastante bien lo que en términos anglosajones supone el *Asset Partitioning* en el *trust* mediante la división bipartita de la propiedad. No obstante, los orígenes de este principio en el Sistema Continental fueron bastante abruptos. Al ser ésta una propuesta de fragmentación patrimonial, ello inherentemente implicaba lograr un gran cambio intelectual de 180°; el cuál siendo al principio extremadamente renuente, hoy en día parece haber sido superado.

Históricamente el Civil Law ha obedecido a cuatro preceptos axiomáticos: (i) toda persona tiene un patrimonio, (ii) toda persona tiene sólo un patrimonio, (iii) todo patrimonio pertenece a una persona, y (iv) dos personas no pueden tener un mismo patrimonio.²¹⁸ Esto es conocido como la Teoría Personalista del Patrimonio, gestada en el siglo XIX y atribuida a la obra francesa de Charles Aubry y Charles-Frédéric Rau, pero expresamente inspirada en la obra alemana de Karl S. Zachariae.²¹⁹ Esta teoría de contenido metafísico, concibe a la propiedad desde un punto de vista antropocéntrico, pues la califica como una manifestación externa, producto de una expresión individual de la persona.²²⁰ Es decir, entiende a la propiedad como una emanación de la personalidad humana; y por lo tanto, siendo que sólo los seres humanos la ejercen, afirma que el patrimonio es un atributo de la personalidad y que no existe un patrimonio sin un individuo. De ese modo, considerando que los atributos humanos son indivisibles e intangibles, postula que el patrimonio también lo es.²²¹ Pues en tanto un individuo tiene sólo una personalidad, también tiene un sólo patrimonio, el mismo que está caracterizado por su unicidad e indivisibilidad.²²² Lo que se conoce como el dogma del Patrimonio Indivisible.

La Teoría Personalista rápidamente acogida por la doctrina clásica francesa e italiana, fue una corriente que influyó directamente en el Principio de la Garantía Patrimonial o lo que se denomina también como Responsabilidad Patrimonial Universal.²²³ Conforme al cuál, la regla

²¹⁷ Debe precisarse que dicho análisis no pretende ser exhaustivo en lo absoluto. Un tratamiento pormenorizado, bien podría ser tratado extensamente en un trabajo aparte.

²¹⁸ MIRZIA, Bianca “El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones. Traducción de Leysser L. León”, *Derecho PUCP*, 2005, 187–201 (p. 189).

²¹⁹ La obra de Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*. 3ª ed. Estrasburgo, 1858; cuya tercera edición estuvo inspirada expresamente en la obra de K. S. Zachariae, *Cours de droit civil français*. 1858, la cual tuvo hasta una quinta edición. Ver supra nota 105 y 106.

²²⁰ ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 15.

²²¹ Íd. Pp. 15-15.

²²² MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. Pp. 192-193.

²²³ A pesar de que la Responsabilidad Patrimonial Universal no estaba establecida expresamente antes de las codificaciones, existía una exigencia económica antigua de circulación de bienes. Véase: Ib. p. 189

por defecto (política pública) que rige las relaciones entre deudores y acreedores, es que todo el patrimonio de una persona está disponible para la satisfacción de sus acreencias en caso de incumplimiento de sus obligaciones.²²⁴ Éste se plasmó normativamente por primera vez en el *Code Napoléon* de inicios del siglo XIX, al establecer su artículo 2092 que: “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*”.²²⁵ Según éste, cualquiera que se obligara personalmente, quedaba obligado a cumplir su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros. En otros términos, todo lo que era objeto de propiedad del deudor, representaba su garantía general de deuda. A esto se le conoce en el Civil Law, como el Principio de Responsabilidad Universal o Principio de Responsabilidad Patrimonial Ilimitada.²²⁶

La teoría subjetivista de Aubry y Rau derivada en el Principio de Responsabilidad Patrimonial Ilimitada, sufriría sin embargo un giro a fines del siglo XIX. El debate en Alemania, llevado a cabo por los promotores del derecho de pandectas, respecto a la naturaleza legal de la persona jurídica, llevaría a concebir a ésta no sólo como un nuevo sujeto de derecho sino también como un modelo objetante de la responsabilidad ilimitada. Al respecto, surgieron tres teorías: la primera de F. K. von Savigny, que concebía a la persona jurídica como una mera ficción y por lo tanto sin voluntad; la segunda de Otto von Gierke, que concebía a la persona jurídica como poseedora de personalidad propia distinta a la de sus miembros, es decir con voluntad e interés propio; y la tercera de Alois von Brinz, que apartándose de las otras, propuso concebir a la persona jurídica como la existencia de un patrimonio que no pertenecía a una persona sino a un propósito específico.²²⁷

Esta última, la teoría de *Zweckvermögen*, denominada también como “Teoría del Patrimonio destinado a un fin”, cobró relevancia pues contradecía ampliamente la consolidada teoría subjetivista del patrimonio.²²⁸ A diferencia de ésta, la teoría de Brinz era objetiva, pues desvinculando las nociones de personalidad y patrimonio, defendía la existencia de un patrimonio que no perteneciera a una persona sino a un fin.²²⁹ “Un patrimonio puede pertenecer no solo a un sujeto, sino también a un fin”.²³⁰ Afirmaba que el vínculo entre obligación y patrimonio de la persona jurídica, no se forjaba en relación a una persona, sino en relación a su propósito en común.²³¹ La teoría de la *Zweckvermögen* se caracterizaba, de hecho, por distinguir entre los bienes de las personas jurídicas y la de los individuos (*Personalvermögen*); siendo este último el que satisface los compromisos del sujeto, mientras que “el patrimonio de propósito” satisface una necesidad particular propia de la persona jurídica.²³² Ésta no obstante, supuso nada menos que una fórmula de fragmentación del patrimonio del individuo –para su destinación a un fin determinado–, contradiciendo así

²²⁴ ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 12.

²²⁵ MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. Pp. 189-190.

²²⁶ Este principio no solo protege valores como la responsabilidad del deudor, sino también el crédito mismo. Véase: MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. Pp. 189.

²²⁷ BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 49.; VILLCA, Milenka “Aspectos jurídico-tributarios del Fideicomiso. Especial atención a los países de la Comunidad Andina” (Universitat Rovira i Virgili, 2012), p. 39.

²²⁸ ROCHA, Bruno. Ob. Cit. p. 14.

²²⁹ Ib.; BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 50.

²³⁰ MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 193.

²³¹ MORLES, Alfredo. Ob. Cit. P. 47.

²³² MEUCCI, Serena *La destinazione di beni tra atto e rimedi* (Milano: Giuffrè, 2009), p. 29.

el dogma de la Indivisibilidad Patrimonial y dando paso a lo que sería el concepto de Separación Patrimonial.²³³

A inicios del siglo XX, los estudiosos del *Civil Law* comenzaron a cuestionar la unicidad e indivisibilidad de la doctrina del patrimonio, fundada en la noción metafísica de personalidad humana.²³⁴ Se dejó de ver al patrimonio como una expresión externa del individuo, y en su defecto se empezó a afirmar que lo único que era indivisible era el derecho a tener un patrimonio.²³⁵ La Teoría del patrimonio destinado a un fin, lejos de sustentar la divisibilidad del patrimonio, se vio más bien como fortalecedora del credo de la indivisibilidad a través de la creación de un nuevo sujeto de derecho: la persona jurídica.²³⁶ La consolidación de este supuesto de fragmentación del patrimonio de una persona para su afectación a un fin, desencadenó así una proliferación de hipótesis de separación patrimonial, como excepciones a la regla general de Responsabilidad Universal.²³⁷

Como consecuencia, el Código Civil italiano de 1942 –seguido posteriormente por otras legislaciones–, añadió a su artículo inspirado en la máxima francesa de la responsabilidad ilimitada²³⁸, una prohibición expresa de establecer limitaciones de responsabilidad “salvo en los casos establecidos por ley” (artículo 2740, segundo párrafo).²³⁹ De esta manera, restringiendo la autonomía privada de los particulares, la ley se reservaba la potestad de establecer expresamente un *numerus clausus*²⁴⁰ de situaciones de separación patrimonial como excepciones legales a la regla genérica de responsabilidad ilimitada. Pues en tanto las separaciones patrimoniales implicaban *per se* una reducción de la responsabilidad patrimonial del deudor, ello podía conllevar a su uso desproporcional e indiscriminado en perjuicio de los acreedores.²⁴¹ Por ese motivo, bajo la idea universal del patrimonio como instrumento de satisfacción crediticia, sólo la ley a través de ciertas reglas de la propiedad, podía ser capaz de crear los supuestos por los que un sujeto podía segmentar su patrimonio.²⁴² Así, la regla que regía las relaciones entre deudores y acreedores en el Civil Law pasó a definirse: “*On one side, there is a universal patrimonial liability (which stems from the idea of the indivisibility of the patrimony), and on the other, there is the possibility that only property law allows a division, through a partitioning of the patrimony itself*”.²⁴³

A partir del concepto de Separación Patrimonial, se empezó a reconocer la posibilidad de que un sujeto pudiera poseer múltiples patrimonios destinados a un propósito específico. Éste requirió en un inicio del concepto de personalidad jurídica (nuevo sujeto de derecho). En

²³³ “*The assets are available to answer to the liabilities, and in this way the general principle that a person can have only one patrimony serves in part to support the principle that it should not generally be possible to shield assets from creditors.*” Véase: SMITH, Lionel. Ob. Cit. P. 7.

²³⁴ ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 18.

²³⁵ Ib.

²³⁶ MIRZIA, Bianca. Loc. Cit.

²³⁷ BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 50.

²³⁸ El artículo 1948 del Código Civil italiano de 1865, inspirado por el *Code Napoléon* de 1804 señalaba: “*Chiunque sia obbligato personalmente, é tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tuti i suoi beni presenti e futuri*”.

²³⁹ MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 190.

²⁴⁰ El Código Civil italiano hoy dispone entre otros, a la sucesión indivisa, el patrimonio familiar y el fondo de pensión, como supuestos de garantía de deuda exclusiva de los acreedores con quienes éstos se hayan obligado.

²⁴¹ BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 43.

²⁴² ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 19.

²⁴³ Ib.

palabras de Bianca Mirzia: “en el pasado se admitía únicamente la legitimidad de las llamadas limitaciones “personificadas”²⁴⁴ de la responsabilidad patrimonial, o bien de las consiguientes a la creación de un nuevo sujeto jurídico”.²⁴⁵ Las distintas elaboraciones doctrinales sobre el concepto de patrimonio separado, entendido como patrimonio perteneciente al mismo sujeto pero supeditado a una regla diferente de responsabilidad patrimonial, testimoniaban una peculiar tendencia a ubicar el tema de la separación patrimonial en el ámbito de la subjetividad y de la personalidad jurídica.²⁴⁶

Sin embargo, desde que el patrimonio ya no era necesariamente indivisible, se afianzó la idea de que no necesariamente debía reconocerse a un nuevo sujeto de derecho cada vez que la ley proveyera un patrimonio separado.²⁴⁷ A partir de entonces, el *Civil Law* permitió una separación patrimonial a través de dos modalidades.²⁴⁸ La primera técnica, a través del reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho, y la segunda, a través del reconocimiento de un patrimonio separado sin subjetividad. Antes, al hablar de separación patrimonial era indispensable hablar del “crisma formal de la personalidad”; pero cuando la doctrina autorizada empezó a consentir más la idea de fungibilidad de la personalidad jurídica, para permitir otras formas de limitación de la responsabilidad patrimonial, ello cambió.²⁴⁹ Lo cual incluso resultó ser reconocido a nivel normativo –inicialmente en la Unión Europea–, mediante las figuras de la sociedad unipersonal y de la empresa individual de responsabilidad limitada.²⁵⁰

De esa manera, el dogma de la indivisibilidad patrimonial y las prohibiciones de su limitación fueron desapareciendo poco a poco, y en vez de ello se fue abrazando más y más el Principio de Separación Patrimonial. Éste, lejos de transgredir la prohibición de orden público de inmovilización de riqueza²⁵¹ –basado en la noción de responsabilidad universal–, demostró al contrario ser un instrumento de “especialización de la responsabilidad” favorable en distintas esferas.²⁵² La razón de su multiplicación respondió a nada menos que a cuestiones de índole económica, que propendían “a la realización de los valores del provecho y de la eficiencia”.²⁵³ Particularmente, en el ámbito empresarial, esta especialización de la responsabilidad patrimonial resulta eficiente porque permite una mayor y mejor diversificación de las actividades, y con ello una reducción de los riesgos por pérdidas en

²⁴⁴ Un ejemplo de éstas sería la sociedad anónima. La doctrina considera que los patrimonios de destinación societaria, permanecen en el ámbito de las limitaciones de responsabilidad de fuente normativa. Es decir, es una limitación dispuesta por el legislador. Véase: MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 196.

²⁴⁵ Íd. P. 194.

²⁴⁶ MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 194.

²⁴⁷ ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 18.

²⁴⁸ ROJAS, Giacomo. Ob. Cit. P. 14.

²⁴⁹ SPADA, Paolo “Persona giuridica e articolazioni del patrimonio”, *Rivista di diritto civile*, 48.6 (2002), 837–50 (p. 837).

²⁵⁰ El caso italiano logró conseguir con éxito una limitación de la responsabilidad patrimonial en sus dos versiones, personificadas y no personificadas. En el continente, dicha iniciativa aunada a la exigencia de reducción de costos en la constitución de nuevas sociedades, fue impulsada por la XII Directiva Comunitaria en materia de Sociedades. Véase: MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 195.

²⁵¹ Antiguamente, se consideraba por ejemplo al fideicomiso, a la dote y el patrimonio familiar, como supuestos de inmovilización de riqueza. Pero pasaron a ser excepciones legales de limitación del a responsabilidad patrimonial.

²⁵² MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. Pp. 196-197.

²⁵³ Íd. P. 197.

determinados sectores y una reducción de los costos de monitoreo del crédito.²⁵⁴ Por ello, este cambio de paradigma en el sistema continental, más que un modo de limitación de la responsabilidad, se entiende ahora como un modo de ejercicio de la propiedad.²⁵⁵

Ahora bien, corresponde hacer un pequeño paréntesis para precisar que el concepto de “patrimonio” en términos civilistas no existe en el Common Law. Pues el *trust* está compuesto únicamente por activos.²⁵⁶ En cambio bajo nuestro sistema, el patrimonio es concebido como el conjunto de derechos, bienes y obligaciones. Esta diferenciación sirve para responder una posible duda respecto al *trustee*: ¿puede éste tener un patrimonio separado? Podría afirmarse que sí, bajo la concepción de que tiene un patrimonio privado (*trust fund*) y también un “patrimonio especial” (*non-trust fund*).²⁵⁷ Sin embargo, dicha impresión no es correcta, pues como se acaba de precisar, en el *Civil Law* el concepto de “patrimonio” incluyen pasivos, lo cual no se verificaría en el caso inglés. Además, como ya se ha señalado reiteradamente, no es correcto el tratar de entender al *trust* desde concepciones continentales.²⁵⁸

Hoy, el Principio de Separación Patrimonial de Riesgos no es ajeno al continente latinoamericano, ni mucho menos al Perú. Éste ha sido acogido siguiendo a sus consanguíneos civilistas europeos y en virtud de los beneficios que aporta, sobretudo, como lo señala la doctrina estadounidense, cuando ésta tiene lugar en los sectores de la empresa y de las finanzas.²⁵⁹ Así, podemos señalar como hipótesis de proliferación en el sector bancario y financiero peruano, a la titulización, el fideicomiso y los fondos mutuos. No obstante, con la distinción de que a comparación del sistema anglosajón, éstos han acogido el principio de Separación Patrimonial en una versión muy particular: el Patrimonio Autónomo.

8.2. El Patrimonio Autónomo: *quid* de la defensa del fideicomiso

En cuanto al Fideicomiso Latinoamericano, es innegable que Pierre Lepaulle impulsó incidentalmente la concepción de Separación Patrimonial, en su intento de trasplantar el *trust* anglosajón al Civil Law. A fin de garantizar que ninguna de las partes involucradas tuviera un derecho de propiedad sobre el patrimonio fideicometido, él consideró que la transferencia de activos debía realizarse a favor de un “patrimonio independiente”. No obstante, su teoría del *patrimoine indépendant* resultaría ser demasiado obscena y controvertida para la Latinoamérica del siglo XX. En ese entonces la idea de un “patrimonio afectado a un fin” no era más que un patrimonio sin dueño, el cual como producto del dogma subjetivista era absolutamente inconcebible. Paradójicamente, pese a dicha incomprensión

²⁵⁴ Ib.

²⁵⁵ MEUCCI, Serena. Ob. Cit. P. 70.

²⁵⁶ ‘The statement that liabilities are never held in trust seems to be a basic one; but it is not found in any book on the common law of trusts’. Véase: SMITH, Lionel. ‘Trust and Patrimony’, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 1–33 (p. 21).

²⁵⁷ Íd. P. 22.

²⁵⁸ “The common law does not constitute a distinct patrimony. The attempt to understand the common law trust in terms of the civilian idea of patrimony, however, allows us to draw an interesting conclusion. The juristic nature of the common law trust is such that we can say that only assets and never liabilities, are held in trust”. Véase: Íd. P. 23

²⁵⁹ MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. P. 197.

inicial, la doctrina luego le daría luz verde a su propuesta a través de la figura del “Patrimonio Autónomo”.

Debe partirse advirtiendo que el patrimonio autónomo es un fenómeno sin igual. Éste no ha sido trasplantado desde el *Common Law* y mucho menos tiene una contraparte en dicho sistema jurídico. Su incorporación en el sistema continental latinoamericano se da más bien a partir de su reconocimiento expreso en las legislaciones del Fideicomiso de cada país.²⁶⁰ Y es recién a partir de ello que su uso se empieza a difundir y emplear para otros instrumentos financieros. No obstante, su estudio ha sido claramente descuidado y relegado por la doctrina. En relación al fideicomiso, es abundante por ejemplo la cantidad de trabajos que versan sobre la naturaleza negocial o contractual de éste, o sobre la naturaleza jurídica del dominio fiduciario. Sin embargo, a pesar de que en ausencia del patrimonio autónomo no podría hablarse de un Fideicomiso como tal, éste extrañamente no ha sido objeto principal de análisis. Razón que podría dar cuenta de porqué aún persisten titubeos y confusiones entre los operadores jurídicos.

Al hablar del Fideicomiso Peruano, el patrimonio autónomo es nada menos que el vehículo indispensable que materializa la Separación Patrimonial de Riesgos, y que está compuesto por activos y pasivos que conforman una universalidad jurídica. Como instrumento que hace viable el tan preciado aislamiento, emula perfectamente los efectos del *Asset Partitioning* en el *trust* anglosajón; salvo que a diferencia de éste, prescinde de otorgar al fiduciario titularidad sobre los bienes, y con ello la existencia de dos tipos de propietarios. El desistimiento de otorgar necesariamente la propiedad a una de las partes intervinientes, logra de manera única la protección de los activos disgregados ante casos de responsabilidad patrimonial de las partes, así como del cabal cumplimiento de la finalidad constitutiva. Los cuales no se logran con ningún otro contrato de por sí. Extrapolando la versión afirmativa y defensiva del *Asset Partitioning*, se puede afirmar que el patrimonio autónomo cumple espléndidamente bien con ambas conjunciones. Pues según corresponda, el patrimonio autónomo actúa como una valla de separación de activos y de acreedores, sea ello a favor del fideicomiso o sea a favor de las partes. Conforme a lo cual, aún a pesar del infalible aislamiento *in rem* que proyecta, éste no deja de ser una herramienta de satisfacción ante las pretensiones de sus propios acreedores.

Por lo demás, el patrimonio autónomo funciona de manera casi igual al *trust* en términos de eficiencia. La abstracción de sujetos del patrimonio autónomo, entendida como la reducción de la pluralidad de partícipes a una unidad abstracta, permite lograr el propósito de constitución de manera óptima y con ventajas.²⁶¹ Entre ellas se puede mencionar: la garantía de una afectación específica de los bienes conforme a lo estipulado por el fideicomitente; la especialización de la responsabilidad patrimonial; la reducción de los costos de agencia, sobretudo costos de monitoreo; y la considerable mitigación de costos de transacción con

²⁶⁰ En el Perú, dicha incorporación se da en 1996 con la Ley N° 26702 (LGSF). Esta norma fue la que siguiendo el modelo mixto argentino, incluyó por primera vez el concepto de patrimonio autónomo como tal en la regulación fiduciaria. Al respecto, véase el tercer párrafo del artículo 241°, que define el concepto de Fideicomiso, el cual expresamente indica: “patrimonio autónomo fideicometido”.

²⁶¹ “En efecto, en todas las relaciones jurídicas con terceros, el patrimonio autónomo representa a todos los sujetos intervinientes en su formación como si éstos constituyesen uno solo. Así el patrimonio autónomo hace posible la reducción de la pluralidad concreta que participa en su constitución a una unidad abstracta.” Véase: BREGANTE, Dario. Ob. Cit. P. 38.

terceros, en tanto sus efectos no pueden ser logrados por mecanismos contractuales puros.²⁶²

Ahora volvamos la mirada a los efectos del aislamiento, que es lo que particularmente nos preocupa. Aunque la normativa bancaria peruana no estipule expresamente qué es lo que sucede en la esfera patrimonial del fideicomitente; se puede afirmar que desde el momento en que opera la transferencia fiduciaria, los bienes y derechos en cuestión, dejan de integrar su masa concursal. Es decir, los activos transferidos al patrimonio fideicometido, dejan de constituir parte de la “garantía general de deuda” del fideicomitente, y pasan por ello a componer un patrimonio separado –que tiene su propia garantía de deuda–. De modo que, aunque no lo exprese así la LGSF, el fideicomitente deja de ser propietario (o titular) de los bienes (o derechos) transferidos.²⁶³ Pues en el supuesto negado habría una yuxtaposición de derechos sobre los bienes, entre el patrimonio autónomo y el fideicomitente. ¿Pero cabe a caso la posibilidad de su concurrencia?, ¿o es que el patrimonio autónomo excluye inherentemente lo primero?²⁶⁴ ¿Es posible la confluencia del patrimonio autónomo y del derecho de propiedad del fideicomitente? En nuestra opinión, no.

Aunque no es nuestro objetivo explayarnos al respecto, atendiendo a las dos modalidades de Separación Patrimonial se recordará que en nuestro sistema jurídico se habla de limitaciones de responsabilidad patrimonial personificadas y otras no personificadas. Siendo la primera la que implica el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho, y la segunda, la que implica el reconocimiento de un patrimonio separado sin subjetividad. Desde dicha perspectiva conceptual, a mi juicio, el patrimonio autónomo que se constituye en virtud del fideicomiso, es un fenómeno que a pesar de no contar oficialmente con un reconocimiento subjetivo o con el “crisma formal de la personalidad”, es un ente con subjetividad jurídica.²⁶⁵ De modo que ello hace imposible la coexistencia de un mismo derecho sobre el patrimonio fideicometido, por parte de dos sujetos distintos.

²⁶² ESCOBAR, Freddy. Supra nota 68. P. 135.

²⁶³ La Ley de Banca no expresa nada respecto al derecho de propiedad en relación con el fideicomitente, salvo por el artículo 273°, que refiere que la empresa fiduciaria no tiene la propiedad del patrimonio fideicometido que administra. Conforme a lo cual, lo único que puede sostenerse con firmeza, es que el derecho de propiedad no es transferido al fiduciario. Y a pesar de que hay quienes han sostenido o sostienen lo contrario, incluso que el derecho de propiedad se transfiere temporalmente en cabeza del fiduciario, debemos prescindir de ello, no sólo porque la ley así lo manifieste sino por la misma esencia del Fideicomiso (patrimonio autónomo).

²⁶⁴ Cfr. VILLANUEVA, Walker. ‘El Fideicomiso Y Sus Implicancias Tributarias’, *Revista IUS ET VERITAS*, 47 (2013), 264–77 (p. 265) <<http://bit.ly/2e5Ql61>>. Este autor, bajo la concepción de que el Dominio Fiduciario es un derecho real, lo contrapone frente al Derecho de Propiedad del fideicomitente, obviando así la existencia del patrimonio autónomo. No obstante también advierte de la falta de certeza respecto al derecho de propiedad: “Lo que no queda claro a la luz de nuestra legislación de fideicomiso es si el derecho de propiedad queda suspendido en estado de pendencia mientras exista el dominio fiduciario, o si por el contrario, el dominio fiduciario excluye al derecho de propiedad.”

²⁶⁵ Cfr. “*Contrary to first impression, Mr. Lepaulle does not mean to personify the trust fund, to establish it as a juristic person capable of having rights and duties. Rather, the attempt is to avoid a subjective statement of rights and duties. The res is an independent fund, a fund which is not the property of anyone, a "purpose fund (Zweckvermogen) whose legal destinies are determined by law and by the "affectation" given to it by the settlor.*” RHEINSTEIN, Max ‘Reviewed Work: Traite Theorique et Pratique Des Trusts by Pierre Lepaulle Review’, *The Yale Law Journal*, 43.6 (1934), 1049–53 (p. 1050) <www.jstor.org/stable/791481>.

La razón para afirmar aquello, se halla en la capacidad jurídica que el mismo ordenamiento jurídico le reconoce al patrimonio fideicometido.²⁶⁶ Entendiendo por ésta a “la aptitud natural, consustancial y necesaria de todo sujeto de derecho, para asumir titularidades jurídicas”.²⁶⁷ A mayor abundamiento, la noción de “capacidad” deriva de la noción de “sujeto de derecho”, o como lo diría Carnelutti, de “un centro de referencia de relaciones jurídicas”.²⁶⁸ “La capacidad es la institución jurídica que permite determinar la aptitud para que al sujeto de derecho pueda imputársele situaciones jurídicas, y las condiciones que deben presentarse a fin de determinar la validez de su actuación jurídica”.²⁶⁹ Es decir, para poder actuar válidamente las situaciones jurídicas, no es suficiente con ser un sujeto de derecho, sino que además es preciso tener capacidad jurídica. Éste es el mecanismo de reconocimiento de cada sujeto de derecho, respecto a su participación en el ordenamiento jurídico: “la subjetividad se reduce sencillamente a saber si se es sujeto de derecho o no, pero la capacidad jurídica es un quantum measurable en grados”.²⁷⁰

En atención a ello, se puede afirmar entonces que la regulación bancaria reconoce la capacidad jurídica del patrimonio fideicometido, en tanto se estipula que éste puede adquirir diversos derechos y obligaciones, y que le son directamente imputables a él y no a sus miembros individualmente.²⁷¹ Ello se advierte cuando el ordenamiento predispone que éste pueda contratar, demandar, ser demandado, etc.²⁷² Es decir, se le considera como un destinatario directo de imputaciones jurídicas.²⁷³ De lo contrario, ¿cómo explicar que en virtud del artículo 65° del CPC²⁷⁴, alguien pueda demandar a un patrimonio autónomo? ¿A caso ello implícitamente no sugiere que éste tiene subjetividad? Lo mismo sucede si se habla del derecho a demandar o celebrar contratos.²⁷⁵

Aunque claro está que como el ordenamiento jurídico no ha reconocido aún dicha subjetividad, las dudas están a la orden del día en el mercado. Ejemplo de ello es cuando los operadores del Derecho se ven en la obligación de exigir la intervención del fideicomitente – como supuesto titular de los bienes–, en los actos cotidianos como la transferencia o gravamen de los bienes fideicometidos, a fin de evitar cualquier cuestionamiento futuro u objeción legal.²⁷⁶ En el supuesto contrario, si el ordenamiento reconociera expresamente la subjetividad del patrimonio autónomo, por ejemplo, en un caso de transferencia fiduciaria de un terreno o de un derecho de superficie, no cabría duda de que las edificaciones que se realizasen posteriormente –de acuerdo a la finalidad constitutiva–, conformarían parte del patrimonio autónomo, más no de la propiedad del fideicomitente.

Solo para cerrar la idea en relación a la subjetividad, como quiera que el patrimonio autónomo es centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas (derechos y deberes); debe advertirse que la finalidad constitutiva del fideicomiso, define y delimita su capacidad

²⁶⁶ ESCOBAR, Freddy. Loc. Cit.

²⁶⁷ PAZOS, Javier. ‘La Capacidad de La Persona Jurídica’, *Revista IUS ET VERITAS*, 2005, 102–12 (p. 104).

²⁶⁸ PRIORI, Giovanni “La capacidad en el proceso civil”, *Derecho & Sociedad*, 2011, 43–51 (p. 44).

²⁶⁹ Ib.

²⁷⁰ Ib.

²⁷¹ Íd. P. 105.

²⁷² Ib.

²⁷³ ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES, “Categorías, esquemas y sombras: El caso del fideicomiso peruano”, *Advocatus*, 2008, 85–100 (p. 98).

²⁷⁴ Este artículo del Código Procesal Civil regula la representación procesal del patrimonio autónomo.

²⁷⁵ Cfr. “*The common law trust in not a legal person*”. Véase: SMITH, Lionel. Ob. Cit. P. 21.

²⁷⁶ VILLANUEVA, Walker. Loc. Cit.

jurídica. Al igual que la persona natural o la persona jurídica, cada sujeto de derecho “asume una diversidad de derechos en relación a su propia naturaleza”.²⁷⁷ En el caso del patrimonio autónomo, éste asume determinadas titularidades jurídicas, de acuerdo a su propósito constitutivo.²⁷⁸

Dicho eso, volvamos a centrar nuestra atención en el aislamiento, como efecto principal de la constitución del patrimonio autónomo. Como quiera que ya logramos establecer que luego de la transferencia fiduciaria, el fideicomitente deja de ser propietario de los bienes y/o derechos transferidos al fideicomiso; ello conduce inherentemente, a la idea de que su esfera patrimonial se vea afectada. En concreto, decíamos que los bienes y derechos en cuestión dejaban de integrar su masa concursal, para pasar a constituir un patrimonio separado con subjetividad jurídica. A partir de lo cual, la Separación Patrimonial de Riesgos comenzaba a operar, y con ello los bienes dejaban de ser parte de la garantía de deuda del fideicomitente, para pasar a formar parte de la garantía de deuda del fideicomiso.

La constitución del patrimonio autónomo fideicometido, activa de manera automática un cerco de aislamiento que genera efectos *in rem* y efectos *in personam*. El primero referido a la “destinación fiduciaria” que reciben los bienes y/o derechos comprometidos, y el segundo referido a las “relaciones jurídicas” que se crean entre los sujetos en relación al fideicomiso.²⁷⁹



²⁷⁷ PAZOS, Javier. Ob. Cit. P 104.

²⁷⁸ En el caso de las personas naturales, éstas tienen la posibilidad de asumir todos los derechos que le corresponden a su condición de persona (inmanentes a su personalidad). En estricto, “son las únicas que pueden ser titulares de los derechos de la persona (como pueden ser, la vida, la integridad corporal, etcétera).” Véase: Íd. P. 105.

²⁷⁹ Este cerco de aislamiento sería lo que la doctrina inglesa conoce como *Asset Partitioning* en sentido estricto.

En cuanto al efecto *in personam*, éste hace referencia a las relaciones jurídicas que de acuerdo al acto constitutivo se crean entre las partes y/o terceros en relación al fideicomiso. Por ejemplo, en relación al fideicomitente, éste (o sus causahabientes) está obligado a integrar en el patrimonio fideicometido los bienes y/o derechos que se señalan en el contrato, en el momento y lugar ahí convenido (art. 262° de la LGSF). Asimismo, por ejemplo, en relación al fideicomisario, las obligaciones personales que éste tenga pueden ser respondidas con el patrimonio fideicometido, no obstante ello solo es exigible respecto de los frutos y prestaciones que se encuentren a disposición de ellos (art. 253° de la LGSF). El aislamiento referido a estas obligaciones, siempre estará determinado por el acto constitutivo y el ordenamiento.

Respecto al efecto *in rem*, la destinación de los activos comprometidos funciona de dos maneras: (i) impidiendo cualquier tipo de afectación ajena al propósito de destinación (función negativa o de prohibición); y (ii) garantizando que éstos se afecten únicamente por las obligaciones contraídas en el cumplimiento del fin constitutivo (función positiva o de garantía).²⁸⁰ Una es el reflejo de la otra. De modo que el desconocimiento de la primera, implicaría lo mismo de la segunda, y viceversa.²⁸¹ Pero, ¿cómo se reflejan ambas funciones en nuestra legislación fiduciaria?

La respuesta se encuentra en los artículos 254°, 241° y 253° de la LGSF. El primero de éstos contiene lo que llamo la “función positiva o de garantía”, pues esta disposición establece el tipo de afectaciones que de manera exclusiva pueden recaer sobre los bienes del Fideicomiso peruano:

“Artículo 254°.- AFECTACIÓN DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.” (Subrayado mío).

Por otro lado, los artículos 241° y 253° de la LGSF, contienen lo que llamo la “función negativa o de prohibición”. La primera disposición establece el fundamento del mismo, y la segunda establece las afectaciones no permitidas:

“Artículo 241°.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

²⁸⁰ No debe confundirse a estas funciones con el *Affirmative Asset Partitioning (entity shielding)* y el *Defensive Asset Partitioning (owner shielding)*. Pues debe recordarse que éstos hacen referencia, bien a los activos de la *firm* o bien a los activos personales del *owner* y *manager*, respectivamente; y que en virtud de ello, se establece una preferencia en favor de sus respectivos acreedores. En cambio, las funciones a las que se hace alusión en esta parte, dejando de lado las preferencias de acreedores, hacen referencia únicamente a la destinación (negativa o positiva) que reciben los activos del fideicomiso.

²⁸¹ Ambas funciones, podrían extrapolarse también tranquilamente a la destinación que reciben los activos personales de las partes, como consecuencia del aislamiento. La función de prohibición, que impide que los bienes personales sean afectados por vicisitudes propias del fideicomiso; y la función de garantía, que asegura que los bienes personales sean afectados exclusivamente en razón de las obligaciones personales de sus titulares.

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

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 mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

(...)” (Subrayado mío).

“Artículo 253º.- PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

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

En general, conforme se aprecia, estos extractos de la normativa bancaria peruana son nada menos que un reconocimiento legislativo del Principio de Separación Patrimonial de Riesgos. De manera firme, éstos señalan que el patrimonio fideicometido es distinto de aquellos de las partes involucradas (aislamiento de activos o efecto *in rem*), y que por lo tanto no responde por las obligaciones personales de éstos (aislamiento de acreedores o efecto *in personam*). ¿Pero de qué manera nuestro ordenamiento canaliza dicho principio? La respuesta a ello se encuentra en el tercer párrafo del artículo 241º: a través de la constitución de un “patrimonio fideicometido autónomo”.

Resulta innegable entonces, afirmar que el patrimonio autónomo sea la esencia del Fideicomiso Peruano. Es imposible hablar del fideicomiso sin una herramienta que garantice el “anillo de fuego” que determina su razón de ser. Haciendo una analogía podríamos decir que: *Asset Partitioning* es a Separación Patrimonial, como “*legal title + equitable ownership*” son a patrimonio autónomo fideicometido. De allí que cualquier intento de desconocimiento de esta fórmula, sólo conlleve a una cosa: la desnaturalización del Fideicomiso.

Lamentablemente, tal es el caso de los procedimientos tributarios de cobranza coactiva en los que los Ejecutores Coactivos de la SUNAT –inobservando (o ignorando) los efectos *in rem* e *in personam*–, trabaron embargos sobre bienes fideicometidos en razón de las deudas tributarias de los fideicomitentes. ¿Es que a caso los dos artículos antes citados no son claros? ¿Porqué se dispusieron medidas cautelares sobre bienes fuera de la garantía de deuda de los fideicomitentes? Al parecer existe una deficiente concepción de las implicancias del Fideicomiso y del Patrimonio Autónomo peruano, tanto en sede administrativa, como en sede del Tribunal Fiscal. Pero más inaudito que el actuar de ambas entidades, constituye el hecho de lo que supone en sí mismo la ejecución de esos embargos. Pues al ejecutarse las medidas cautelares, no solo se vulnera la “inembargabilidad” del patrimonio fideicometido, sino que además, ello representa nada menos que el consentimiento de que el patrimonio autónomo fideicometido tiene un propietario (fideicomitente). Lo cual lleva a creer que el conjunto de los bienes que componen el patrimonio autónomo, puede responder tranquilamente por las deudas personales de cualquier fideicomitente.

Pese a ello, llama la atención que exista un pronunciamiento oficial de la SUNAT, en el que éste corrobore la improcedencia de dichas medidas cautelares. ¡¿Cómo?! En efecto, se trata

del Informe N° 254-2005-SUNAT/2B0000.²⁸² La consulta tributaria formulada a la Administración Tributaria, fue “si en los casos en que se haya iniciado un procedimiento de cobranza coactiva, resultaba procedente la transferencia de derechos o bienes efectuada con anterioridad por el fideicomitente”. Del análisis efectuado por la Administración, resalta el hecho de que ésta manifiesta que el Fideicomiso tiene *dos* elementos esenciales; siendo el primero la transferencia de bienes en dominio fiduciario, y el segundo, la constitución de un patrimonio autónomo fideicometido. En esa misma línea, reconoce al Patrimonio Fiduciario como “una masa de bienes separada del patrimonio del fideicomitente, de manera tal que los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los sujetos mencionados”. Finaliza su análisis concluyendo que son improcedentes las medidas cautelares sobre los bienes y/o derechos que formen parte de un patrimonio fideicometido.²⁸³

Adelantado para su época, este pronunciamiento de la SUNAT aún vigente hasta el día de hoy, no es más que un claro reconocimiento del carácter intangible del patrimonio fideicometido (efectos *in rem e in personam*) ante la imposición de medidas cautelares por deudas tributarias personales de los fideicomitentes. No obstante, parece que obviando lo ahí resuelto, la misma Administración ha empezado a desconocerlo. Paradójico sin duda. Pues al respecto, vale la pena advertir y recordar que todas las consultas tributarias resueltas por la Administración Tributaria son de obligatorio cumplimiento para los distintos órganos que la conforman.²⁸⁴ Lo que por supuesto incluye a la Gerencia de Cobranza y sus respectivas Divisiones.

En consecuencia, el patrimonio fideicometido autónomo es una unidad jurídico-económica que funciona como instrumento idóneo y eficiente para la administración especializada de activos. La constitución del patrimonio autónomo es el elemento jurídico que dota de flexibilidad al Fideicomiso, y que determina y garantiza el tan reconocido aislamiento de activos y acreedores. No obstante, el embargo y posterior ejecución de medidas cautelares de los bienes fideicometidos en razón de las deudas tributarias del fideicomitente, no sólo resulta improcedente a todas luces, sino que además resta seguridad jurídica a la figura del fideicomiso.

²⁸² Resulta curioso que ésta fue una consulta institucional resuelta en el año 2005, sin embargo sólo fue invocada en el procedimiento seguido a OAS (año 2016), más no en los tres procedimientos seguidos contra Veritas (cursados en el 2014 y 2015). Caso contrario, tal vez hubiera sido de ayuda para que los vocales del Tribunal Fiscal de ese entonces, resolvieran de manera distinta dichos casos. Más aún si el Expediente Coactivo de la RTF N° 0772-4-2015, fue iniciado en el año 2013; un año antes de la eliminación del control difuso administrativo por el Tribunal Constitucional.

Cuando La Fiduciaria invocó este Informe, lo que pretendía era que la SUNAT aplicara el criterio recogido en este acto administrativo, procediendo así a levantar las medidas cautelares trabadas. No obstante, ni la Administración ni el Tribunal Fiscal se pronunciaron al respecto.

²⁸³ La conclusión arribada señala expresamente: “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. De no ser este último el caso, corresponderá que se levanten las medidas cautelares que recaen sobre los referidos bienes y/o derechos.”

²⁸⁴ Segundo párrafo del artículo 94° del Código Tributario.

8.3. El Principio de Gestión Especializada y el dominio fiduciario

Recordaremos pues que con la adopción de la Teoría mixta del fideicomiso, se insertó en nuestra legislación un término novedoso, llamado “dominio fiduciario”. Se desconoce a ciencia cierta cómo surgió, pero todo parecería indicar que fue resultado directo de los postulados de los juristas mexicanos Rodolfo Batiza, Pablo Macedo y José Manuel Villagordoa; pues es a ellos a quienes se les atribuye la introducción del concepto de “propiedad fiduciaria”.²⁸⁵ Sobre todo los dos últimos, quienes bajo la errada concepción de que el fideicomiso al igual que el *trust* suponía un desmembramiento de la propiedad, concibieron que la “propiedad fiduciaria” era un nuevo derecho real.

La influencia de dichas teorías en el modelo argentino fue tal, que incluso hoy en día, a pesar de la existencia del patrimonio autónomo, se sigue concibiendo al dominio fiduciario como un derecho real similar a la propiedad.²⁸⁶ Pero no solo ello, pues por si fuera poco, existen también otras concepciones al respecto que no hacen más que reflejar la existencia de una gran confusión cuando se habla del dominio fiduciario. Muestra de ello es que en los tres procedimientos tributarios de cobranza coactiva seguidos contra Veritas, la expresión repetida una y otra vez por los Ejecutores Coactivos de la SUNAT fue que el dominio fiduciario era una “cesión de dominio condicionada”.²⁸⁷

En nuestro país, no son pocos los que consideran que el RFESF y la LMV han creado un nuevo derecho real. A ello lamentablemente contribuye la herencia teórica latinoamericana, que siguiendo al fenómeno anglosajón, cree que el fideicomitente debe transferir la “propiedad legal” (*legal title*) al fiduciario. Sin embargo, a estas alturas, nada sorprende más que la reproducción como trabalenguas de dicha noción, en la que reconociendo incluso la existencia de un patrimonio autónomo se hable también de un derecho real sobre los mismos bienes. Es ridículamente contradictorio decir que los bienes y derechos fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, y que a la vez exista sobre ellos un derecho real cuyo titular es el fiduciario. No obstante, incluso nuestra legislación ha caído en el error y lo ha promovido.

²⁸⁵ Véase el apartado § 2.2.3 de este trabajo.

²⁸⁶ Véase: AVENDAÑO, Jorge ‘Relaciones Reales En Los Contratos de Leasing Y Fideicomiso’, in *Derecho Civil Patrimonial*, ed. by FERNÁNDEZ, Gastón and Alfredo BULLARD (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997), pp. 153–68; DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El Fideicomiso: Modalidades Y Tratamiento Legislativo En El Perú* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999); PIZARRO, Luis and Andrés KUANG-VENG, ‘Liquidando Las Garantías Reales’, *Revista IUS ET VERITAS*, 215–23; VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker ‘El Fideicomiso Y Sus Implicancias Tributarias’, *Revista IUS ET VERITAS*, 47 (2013), 264–77 (p. 265) <<http://bit.ly/2e5Ql61>>; TUESTA, Arturo ‘Transferencia Fiduciaria, Dominio Fiduciario Y Tributación Municipal’, *Análisis Tributario*, XXI.248 (2008), 18–20; SOTOMAYOR, Abdías ‘El Contrato de Fideicomiso. Aspectos Tributarios Y Civiles (Primera Parte)’, *Análisis Tributario*, XIX.219 (2006), 17–19; CARRANZA, Edith ‘El Fideicomiso Y El Dominio Fiduciario Como Un Nuevo Derecho Real’ (PUCP, 2001).

²⁸⁷ Cfr. “En efecto, el dominio fiduciario permite a su titular ejercer aquellos atributos de la propiedad que en el acto constitutivo expresamente se le atribuyen con el fin de lograr un objetivo específico en beneficio del fideicomisario. No se trata pues de una transferencia de propiedad, sino de una cesión de ciertos atributos inherentes a este derecho real con el exclusivo fin de satisfacer lo dispuesto por el fideicomitente. En ese sentido, el fiduciario goza de facultades sobre los activos que conforman el patrimonio fideicometido, pero en ningún caso pueden ser equiparadas a la propiedad” ECHECOPAR, Javier ‘Derecho de Propiedad vs. Dominio Fiduciario’, *Enfoque Derecho*, 2010 <<https://www.enfoquederecho.com/2010/04/29/dominio-fiduciario-vs-derecho-de-propiedad/>> [accessed 24 January 2018].

Al respecto, debe advertirse que por ejemplo el RFESF, expresa que el dominio fiduciario es un “derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido” (Subrayado mío).²⁸⁸ Éste, conjuntamente con el artículo 252° de la LGSF, que señala que “el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades” (Subrayado mío), incentiva más aún la errada concepción del dominio fiduciario como si se tratara de un derecho real. A ello también se suma, la Resolución N° 316-2008-SUNARP/SN, Directiva de Normas que regulan la Inscripción de Fideicomisos. El cual en la sección de antecedentes y consideraciones señala: “(...) la transferencia de los bienes en fideicomiso no es en propiedad, al menos no en los términos previstos en el artículo 923° del Código Civil, sino en dominio fiduciario. Sin embargo, tal dominio fiduciario viene a constituir un verdadero derecho real a favor del fiduciario, (...)” (Subrayado mío).²⁸⁹

En el ámbito bursátil en cambio, la Res. CONASEV N° 042-2006-EF/94.10 en su artículo 1°, disponía en su momento que: “El Fondo de Garantía es un patrimonio autónomo administrado por la Bolsa de Valores de Lima, (...)” (Subrayado mío).²⁹⁰ Sin apartarse de dicho tratamiento, la Res. CONASEV N° 080-2008-EF/94.01.1²⁹¹ estableció en su artículo 1° que la CONASEV (hoy, SBS) administraría de manera temporal, el patrimonio autónomo constituido por el Fondo de Garantía que respaldaba las obligaciones de las sociedades agentes de bolsa frente a sus comitentes (clientes).²⁹² En la misma línea, la Res. CONASEV N° 008-2009-EF/94.01.1²⁹³, señalaba en su artículo 2° que los comitentes de los agentes de bolsa, legitimados a presentar denuncias, podían ser tanto personas naturales, personas jurídicas y patrimonios autónomos.

A pesar del derogamiento de dichas resoluciones, hoy se pueden encontrar algunos “síntomas positivos” de una correcta categorización; ejemplo de ello es el Reglamento del Fondo de Garantía, aprobado por Res. SMV N° 013-2011-SMV-01, que dispone expresamente

²⁸⁸ “Artículo 4.- Dominio fiduciario

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

²⁸⁹ “Respecto al primer punto, ya mencionamos que la transferencia de los bienes en fideicomiso no es en propiedad, al menos no en los términos previstos en el artículo 923 del Código Civil, sino en dominio fiduciario. Sin embargo, tal dominio fiduciario viene a constituir un verdadero derecho real a favor del fiduciario, quien lo mantiene en tanto no sea declarado nulo o en tanto no haya culminado el fideicomiso. En ese sentido, corresponde asumir en sede registral, que la transferencia de bienes en fideicomiso, opera como una cesión de dominio, y en virtud de ella el fiduciario está facultado a transferir, enajenar, constituir derechos y gravar los citados bienes.”

²⁹⁰ La Resolución CONASEV N° 042-2006-EF-94.10, Reglamento del Fondo de Garantía de la Bolsa de Valores de Lima, fue derogado por el artículo 2 de la Resolución CONASEV N° 080-2008-EF-94.01.1, publicada el 31 de diciembre de 2008.

²⁹¹ La Resolución CONASEV N° 080-2008-EF/94.01.1, Régimen aplicable a la administración temporal del Fondo de Garantía de la Bolsa de Valores de Lima, fue derogado por el artículo 2° de la Resolución SMV N° 013-2011-SMV-01, Reglamento del Fondo de Garantía, publicada el 27 de diciembre de 2011.

²⁹² ESCOBAR y CABIESES, p. 100.

²⁹³ La Resolución CONASEV N° 008-2009-EF/94.01.1, Procedimiento Sancionador Especial por el cual se tramitan las denuncias de comitentes afectados patrimonialmente por la conducta de sus sociedades de agente de bolsa, fue derogado por el artículo 8° de la Resolución SMV N° 006-2012-SMV-01, Normas aplicables a denuncias y reclamos contra las entidades supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores, publicada el 16 de abril de 2012.

en su artículo 1°: “el Fondo de Garantía es un patrimonio autónomo cuya finalidad exclusiva es proteger a los comitentes que realicen operaciones en el mercado de valores” (Subrayado mío).

Pero, ¿por qué el dominio fiduciario no puede ser un derecho? Si bien no es nuestro propósito explayarnos al responder esta pregunta, es preciso señalar que el dominio fiduciario no es un *derecho subjetivo*. Éste no es un derecho real como lo señala la doctrina y hasta nuestra legislación, equívocamente. Al contrario, el dominio fiduciario es más bien un *deber jurídico*.²⁹⁴

Remontándonos un poco a la Teoría General, recordaremos que una Situación Jurídica Subjetiva (en adelante, “SJS”) es aquella posición en virtud de la cual un sujeto tiene la posibilidad de satisfacer o sacrificar un interés.²⁹⁵ Entonces, siendo que ésta responde a una valoración del ordenamiento, de primacía o subordinación de un interés, puede hablarse bien de una SJS de ventaja o bien de una SJS de desventaja. De esta manera, el derecho subjetivo se encontraría dentro del primer grupo, pues es una situación que refleja una preeminencia de un interés sobre otro; garantizando a quien lo ostenta de la realización de su interés. Por el contrario, el deber jurídico se encuentra en el segundo grupo, el de las situaciones jurídicas de desventaja; pues en éste hay una subordinación de su interés, demandando su sacrificio, mediante la exigencia de determinado comportamiento o sujeción por el ordenamiento.²⁹⁶

El derecho de propiedad por ejemplo, es una SJS de ventaja. Pues su titular goza de una valoración a su favor por parte del ordenamiento, que le otorga la libertad para obrar y satisfacer su interés, o también para exigir ciertas pretensiones a terceros en relación al mismo. “El concepto de derecho ha sido cimentado sobre la base de dos ideas centrales: *libertad y beneficio*. De modo que se considera que alguien tiene un derecho cuando ese alguien recibe un beneficio con libertad, esto es cuando ese alguien es protegido sin ser forzado a reclamar la protección conferida”.²⁹⁷

Sin embargo, frente a ello, el dominio fiduciario es más bien una SJS de desventaja. Pues su titular, el fiduciario tiene como único interés recibir una contraprestación por sus servicios; lo cual está sujeto a una relación de subordinación de acuerdo a lo dispuesto en el Acto Constitutivo del Fideicomiso, y por lo tanto a la voluntad del Fideicomitente. Es decir, la satisfacción de su interés requiere que éste despliegue determinado comportamiento –la gestión del patrimonio autónomo– para que su contenido se desarrolle. Siendo que en las SJS de desventaja, el sujeto no goza de libertad para actuar en interés propio.²⁹⁸ Hecho que se confirma, pues en caso el fiduciario no cumpliera con su deber para con el patrimonio fideicometido, su accionar estaría sujeto a la imposición de las sanciones señaladas en la LGSF. Por lo tanto, no debería quedar duda de que el dominio fiduciario es más bien un deber.

En ese sentido, a pesar de la deficiente regulación bancaria o registral, no debería insistirse más con la idea de que el dominio fiduciario es un nuevo derecho real. Por el contrario, éste

²⁹⁴ Ya Freddy Escobar lo había advertido antes. Véase: ESCOBAR, Freddy y CABIESES, Guillermo, “Tradiciones, transplantes e ineficiencias: el caso del ‘fideicomiso peruano’”; *Revista IUS ET VERITAS*, 2006, 105–38 <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12381/12945>>.

²⁹⁵ ESCOBAR, Freddy. *Teoría general del Derecho Civil: 5 ensayos* (Lima: ARA, 2002), p. 25.

²⁹⁶ Íd. P. 15

²⁹⁷ ESCOBAR, Freddy. *Supra* nota 65. P.94

²⁹⁸ *Ib.*

es un deber jurídico en virtud del cual recibe una contraprestación. El fiduciario no tiene la facultad de actuar en favor de su interés, sino más bien la necesidad de actuar en pro de un interés ajeno, el del patrimonio autónomo. Los activos que se le confían son en su calidad de gestor (para su administración), no en calidad de propietario legal. A dicha idea se suma incluso, como veremos más adelante, la obligación de la empresa fiduciaria “de defender el patrimonio del fideicomiso, preservándolo tanto de daños físicos cuanto de acciones judiciales o actos extrajudiciales que pudieran afectar o mermar su integridad” (numeral 2 del artículo 256° de la LGSF) y la de reivindicar los bienes que conforman el patrimonio fideicometido (artículo 252° de la LGSF).

Precisamente, esa necesidad de actuar procurando el beneficio de otro sujeto, es lo que en el *Common Law* se denomina como *Fiduciary Regime*, y lo que en términos del *Civil Law* se ha denominado como “Gestión Especializada”.²⁹⁹ De nada serviría la Separación Patrimonial si los activos estuvieran sujetos a un mal manejo. Es por ello que estos dos principios se complementan, y es por esa única razón que el fiduciario detenta determinadas prerrogativas en su gestión –que como volvemos a repetir son simplemente deberes a los que está obligado a cumplir–. Lo cual no dista si se habla del *trust*: “*The trustee is essential: the trust is the obligation that is owed by the trustee*”.³⁰⁰ En ese sentido, si bien la encarnación de la Teoría mixta a través de la normativa bancaria peruana puede parecer hoy “eficiente”, debido al constante crecimiento anual de su uso en el mercado; ello no resta el hecho de que en determinados aspectos la regulación sea deficiente y conlleve a incurrir en costos innecesarios. Ejemplo de dicha ineficiencia es la menesterosa concepción del dominio fiduciario como “derecho real”, la cual opaca y deja de lado al Patrimonio Autónomo y hace tropezar al Fideicomiso.

9. Alcances de la responsabilidad objetiva del Fideicomitente

Se recordará que el último procedimiento tributario de cobranza coactiva expuesto en el primer capítulo, fue un expediente seguido precisamente contra OAS. Lo particular de este caso, era que siendo el Consorcio Vial Santa Rosa el fideicomitente, la SUNAT pretendía cobrarse las deudas tributarias del contribuyente OAS –una de las empresas consorciadas–, a partir del patrimonio fideicometido. Es decir, la deuda ni siquiera era del fideicomitente, el Consorcio, sino de uno de sus integrantes. Pese a las reiteradas misivas al Ejecutor Coactivo, por parte de La Fiduciaria y PROVIAS, advirtiéndole que dichos activos no eran de propiedad de la deudora, éste hizo caso omiso. Ante lo cual corresponde preguntarnos, por qué tanta insistencia con un embargo que a toda vista era ilegítimo y por qué en estos últimos años la SUNAT ha empezado a embargar (forzadamente) este tipo de bienes. ¿Será acaso porque se tiene alguna suspicacia negativa en relación a los fideicomisos y la recaudación tributaria?

Más allá del crecimiento exponencial del Fideicomiso en nuestro país, la transición de una primigenia política administrativa de no embargo hacia una ulterior política de embargo de estos bienes, es preocupante y debería tener una lógica causal. Es decir, algo debe haber motivado a la Administración Tributaria, para que ésta emprenda de la noche a la mañana estos embargos ¿verdad? Al respecto, podríamos especular apuntando que este cambio de posición tal vez se deba a cierta difidencia en el uso del fideicomiso. No es un tema nuevo, pero evidentemente el *trust* y por consiguiente el fideicomiso, han sido utilizados como instrumentos de defraudación

²⁹⁹ Véase: BREGANTE, Darío.

³⁰⁰ SMITH, Lionel. *Supra* nota 109. P. 21.

fiscal y de acreedores.³⁰¹ Ambos, aprovechando la legitimidad de limitación de la responsabilidad patrimonial, se han usado históricamente también como formas de limitación del patrimonio.³⁰²

A modo de ejemplo, en el siglo XIV los terratenientes ya empleaban el *use* tanto para escapar a las reglas de los primogénitos, como para evitar impuestos y escapar a sus acreedores (*a creditor-avoidance device*).³⁰³ ³⁰⁴ Tan evidente era la situación, que el Parlamento tuvo que emitir estatutos para desincentivar dichas prácticas. En Norteamérica, la prominencia que ganaron los *business trusts* durante la década de 1920, fue incluso por su aparente inmunidad frente al impuesto federal a la renta de las corporaciones –aunque luego, las ventajas fueron eliminadas y los *business trust* fueron gravados al igual que las corporaciones–.³⁰⁵ De igual modo, se sabe que hasta la década de los 80, la industria *offshore* de *trusts* era por ejemplo únicamente inglesa, concentrándose en las jurisdicciones de las colonias británicas que operaban como paraíso fiscal, y siendo de demanda principal de los residentes de Inglaterra, Australia y Nueva Zelanda.³⁰⁶ No obstante luego fue ampliándose, dada la ventaja del secreto bancario que las instituciones financieras de dichas colonias ofrecían a los *settlers*. Hoy en día, el empleo del *offshore trust* se debe aún a propósitos de evasión y elusión fiscal ante las autoridades tributarias, pero también de evasión de acreedores personales; y en tanto no se puedan rastrear las transacciones entre bancos *offshore* y sus clientes, éste seguirá siendo una forma atractiva de lavado de dinero para evitar todo tipo de obligaciones.

Bajo dicha consideración y valga la redundancia, estrictamente especulando, la Administración bien podría estar tratando de desconocer el aislamiento de activos que provee el fideicomiso, atendiendo a una percepción de que los contribuyentes que se constituyen como fideicomitentes en virtud de un fideicomiso, están limitando voluntariamente su patrimonio en perjuicio de sus acreedores, entre ellos por supuesto a la SUNAT; “pues como resulta claro al ‘deshacerse’ de los activos que pasan a integrar el patrimonio autónomo, el fideicomitente puede poner en peligro la satisfacción de los créditos de sus acreedores”³⁰⁷. Pero nuevamente,

³⁰¹ Al respecto véase: LISCHER, Henry J. “Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to liability?”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, 35.3 (2000), 479–600; C. W. LEAPHART, “Use of the Trust to escape the imposition of Federal Income and Estate Taxes”, *Cornell Law Review*, 15.4 (1930), 587–608 <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol15/iss4/4>>.

³⁰² Al respecto, Mirzia Bianca hace una diferenciación señalando que “La limitación de la responsabilidad constituye, ciertamente, una excepción al principio de universalidad de la responsabilidad patrimonio, contenido en el artículo 2740 del Código Civil [Italiano]. La limitación del patrimonio por el contrario, se ve sancionada por medio del instrumento de la acción revocatoria. La distinción entre la noción de responsabilidad y la noción de patrimonio puede ser útil, en particular, para eliminar las dudas en torno de la suficiencia de la acción revocatoria para expresar el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada. Estas son dudas que se plantean en aquellos ordenamientos que, como el peruano, a pesar de no haber codificado expresamente el principio de responsabilidad patrimonial ilimitada, sí prevén una regulación completa de la acción revocatoria.” Véase: MIRZIA, Bianca. Ob. Cit. p. 191.

³⁰³ STERK, Ob. Cit. p. 1041.

³⁰⁴ “The so-called ‘asset protection trust’—the term is imprecise—has primarily been developed in the USA, and is designed to hold assets beyond the reach of creditors, including the revenue authorities” Véase: PETTIT, Ob. Cit. p. 241.

³⁰⁵ WEISSMAN, p. 12.

³⁰⁶ STERK, p. O. Cit. P. 1048.

³⁰⁷ ESCOBAR, Freddy. Supra nota 65. p. 96.

esto es una mera hipótesis del porqué este ente habría cambiado de parecer en relación a los fideicomisos. Aunque claro está que dicho cambio bien podría deberse sencillamente a la deficiente comprensión por parte de los funcionarios de SUNAT, respecto de la naturaleza jurídica del fideicomiso y por lo tanto de las implicancias de la Separación Patrimonial.

Sea de una manera u otra, esta inferencia especulativa de fraude podría suscitarse en la mente de cualquier persona. Cualquiera que pueda conocer en términos básicos cómo funciona el fideicomiso, desconociendo inclusive toda la problemática que aquí se discute, podría cuestionar en algún momento si es posible que algunos contribuyentes “que vienen atravesando situaciones adversas” puedan estar obstaculizando la recaudación tributaria, a través del uso de fideicomisos. En esos casos, ¿qué debería hacerse? ¿Cómo debería actuar la Administración Tributaria en caso sospechara que un fideicomitente ha constituido un fideicomiso para limitar su patrimonio frente a deudas tributarias? ¿Se debería desconocer sin más la Separación Patrimonial de Riesgos y por lo tanto proceder a trabar los embargos que correspondan dentro de un procedimiento de cobranza coactiva?

A pesar de que este punto escapa totalmente de nuestro propósito de estudio, en mi opinión es relevante, a efectos de aclarar que dicha sospecha no podría ser suficiente para desconocer los efectos del *quid* del fideicomiso. Tal como lo puntualiza el Informe 254-2005-SUNAT, al respecto deberá tenerse en cuenta dos cosas: el momento de constitución del fideicomiso y el momento en que se disponen las medidas cautelares. Pues si el Ejecutor Coactivo ha dispuesto una medida cautelar y con posterioridad el deudor tributario constituye un fideicomiso, resultará obvio que el íntegro del patrimonio del deudor, incluyendo los activos objeto de la transferencia fiduciaria, quedarán sujetos a la garantía general de acreedores. Por el contrario, si un contribuyente constituye un fideicomiso y con posterioridad se disponen medidas cautelares tributarias contra su patrimonio, resultará obvio que los activos del patrimonio fideicometido quedarán fuera de la garantía general. Como se ve, el supuesto cambia dependiendo del aspecto temporal de ambos sucesos. Cabe señalar que en el caso de las ejecutadas Veritas y OAS, los fideicomisos se constituyeron antes de que las medidas cautelares fueran trabadas por el Ejecutor Coactivo.

Sin embargo, ciertamente la cuestión se complicaría un poco si adelantándose al nacimiento y/o exigibilidad de una obligación tributaria, un contribuyente constituyera un fideicomiso con intención de defraudar a su acreedor la SUNAT y transfiriera absolutamente todos sus activos. ¿Qué hacer en ese supuesto? En caso la Administración Tributaria, o cualquier otro acreedor, se viera perjudicado con la constitución fraudulenta, entonces tendría la posibilidad de interponer la acción de nulidad de la transmisión fideicomisaria a que hace referencia el artículo 245° de la LGSF. Aunque podría discutirse también la posibilidad de interponer la acción pauliana, prevista en el artículo 195° del Código Civil Peruano.³⁰⁸ En ese sentido, debe quedar claro que ante un posible caso de fraude, el acreedor (tributario u otro) supuestamente perjudicado con la constitución del fideicomiso, no podría tratar de embargar los bienes desconociendo los efectos de separación patrimonial. Pues específicamente en dichos casos el legislador ha dispuesto que éste posee determinadas acciones judiciales, a efectos de lograr la ineficacia del acto. De por sí

³⁰⁸ Al respecto véase: ESCOBAR, Freddy. “Breve ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el sistema jurídico peruano”, pp. 96–97.

un sujeto no puede pretender la inoponibilidad del aislamiento patrimonial, para poder así embargar los bienes y cobrar su deuda. Aún en el hipotético de que el crecimiento de las operaciones fiduciarias en el Perú, estuviera implicando supuestos de fraude de acreedores, ningún sujeto, ningún funcionario y ningún ente del Estado, debería desconocer los efectos de la constitución del patrimonio autónomo fideicometido.



CAPÍTULO 4

LA INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD EN EL PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO DE COBRANZA COACTIVA

Es posible afirmar que en este punto del análisis ya tenemos pues una comprensión global del fideicomiso, la figura principal de este meollo. Conforme a lo cual, corresponde ahora ahondar en aquellas circunstancias que dentro del contexto tributario, desencadenan el problema jurídico identificado. Por ello, el presente capítulo tiene como propósito analizar la interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad (prevista en el artículo 120° del Código Tributario Peruano) durante el transcurso de un Procedimiento de Cobranza Coactiva. En específico, lo que se pretende es comprender esta institución, para a partir de ello determinar si los fiduciarios son sujetos legitimados a accionar este recurso o no, de acuerdo a la normativa y principios del Derecho Tributario.

En atención a ello, con el fin de situarnos mejor en el escenario administrativo en el cual se plantea la Intervención Excluyente de Propiedad antes referida, en un primer apartado se examinará el Procedimiento Tributario de Cobranza Coactiva. Se revisará rápidamente sus precedentes históricos y sus fundamentos. Asimismo, en base a la normativa tributaria y a modo de señalar sus rasgos más relevantes, se expondrán los presupuestos que configuran su inicio, suspensión y conclusión.

En un segundo apartado se analizará propiamente la interposición de la Intervención Excluyente de Propiedad en el plano de un Procedimiento Tributario de Cobranza Coactiva. Para ello, se partirá analizando a su fuente de inspiración, la Tercería de Propiedad regulada en el Código Procesal Civil Peruano. Regresando al ámbito administrativo, se revisarán los presupuestos necesarios para el planteamiento de la Intervención Excluyente de Propiedad dentro de los procedimientos tributarios de cobranza coactiva. En virtud a lo cual, se hará especial énfasis en la legitimidad para obrar, a fin de determinar si ésta legitima únicamente a los titulares de un derecho de propiedad, o si por el contrario, ésta puede hacerse extensiva a titulares de otros derechos.

De conformidad con lo anterior, en un tercer apartado se pasará a realizar una reflexión en relación al derecho de defensa de los patrimonios fideicometidos. En éste se planteará la cuestión de desamparo que involucra la falta de mecanismos procesales o procedimentales (vacío), de cara a una adecuada tutela de situaciones jurídicas propiamente acogidas en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente en el caso de embargos indebidos de bienes de un patrimonio fideicometido.

Finalmente, en un cuarto apartado se examinarán algunas alternativas que propendan a dar algún remedio o solución al problema jurídico que involucra a los fideicomisos. El propósito será plantear un mecanismo que viabilice de la mejor manera la tutela de los patrimonios fideicometidos en el ámbito de los procedimientos tributarios de cobranza coactiva.

10. El procedimiento tributario de cobranza coactiva

El Estado, en tanto expresión de organización de la vida en colectividad, se vale del Derecho no solo para regular las conductas humanas que permitan la convivencia pacífica de éstos, sino también para servir como sustento de las actividades que éste realiza en aras de satisfacer los

Intereses comunes o necesidades públicas.³⁰⁹ Dicha satisfacción de necesidades implica no obstante, la obtención previa de recursos públicos que permitan a su vez la prestación de servicios públicos, lo cual se conoce como actividad financiera del Estado.³¹⁰ Siendo en palabras de Sevillano, “aquella [actividad] cuyo sujeto activo [el Estado] realiza como expresión del poder político que se le reconoce y que tiene como objeto la toma de decisiones y ejecución de acciones vinculadas a la generación de recursos y realización de los gastos del sector público para el cumplimiento de los fines sociales y económicos que le corresponden”³¹¹.

Ahora bien, la rama del Derecho que estudia la actividad financiera del Estado –entendida de modo sencillo, como el proceso de ingresos y gastos que realiza el Estado– y el conjunto de normas jurídicas que la regulan, es el Derecho de la Hacienda Pública (llamado también “Derecho Financiero”).³¹² Parte de dicha normativa, la podemos encontrar en los artículos del 74° al 80° de nuestra Constitución Política, dentro del Capítulo IV Régimen Tributario y Presupuestal; los cuales no solo establecen una previsión de gastos e ingresos (Presupuesto General de la República), sino también su debida obtención y aplicación (Potestad Financiera).³¹³ Estas disposiciones resultan fundamentales, no sólo porque son el sustento constitucional de la actividad financiera pública que realiza el Estado, como lo acabamos de indicar; sino porque además constituyen el marco general en virtud del cual éste puede captar ingresos.

Se afirma que la captación de recursos públicos puede tener diversas fuentes, siendo tres las predominantes: (i) explotación del patrimonio estatal, (ii) préstamos, y (iii) tributos.³¹⁴ En el Perú, recién a partir de la segunda mitad de 1990, los ingresos tributarios pasaron a constituir el principal recurso del Estado; representando continuamente, más del 85% de los recursos de financiamiento del presupuesto del Gobierno Central.³¹⁵ No obstante, a pesar del crecimiento económico sostenido de nuestro país en un entorno macro-económico plagado de constante incertidumbre y desaceleración, ello no parece haber remediado la incesante (y cada vez mayor) necesidad de mejora en los servicios públicos y en la infraestructura institucional –pasando necesariamente por un camino de descentralización que promueva un crecimiento armónico y equitativo–³¹⁶. Lamentablemente, el fenómeno recaudatorio en el Perú, fuente principal del cual se agencia el Estado para poder obtener los fondos que permitan realizar las actividades constitucionalmente confiadas a ella, aún resulta insuficiente de cara a la demanda de necesidades públicas.³¹⁷ Lo cual se debe no solo a factores internos, como la informalidad, la evasión, la corrupción, la falta de instauración de una cultura tributaria, entre otros; sino

³⁰⁹ A diferencia de las necesidades individuales, las necesidades públicas no se pueden satisfacer aisladamente. En cambio las individuales pueden ser satisfechas por uno mismo. Entre las necesidades públicas absolutas (llamadas también, “necesidades de primera generación”) pueden señalarse, la demanda de reglas mínimas de convivencia, la resolución de controversias, la defensa externa, entre otros. Entre las necesidades públicas relativas (“necesidades de segunda generación”), se tiene a la salud, educación, asistencia social, comunicaciones, transporte, etc.

³¹⁰ SEVILLANO, Sandra *Lecciones de Derecho Tributario: Principios generales y Código Tributario* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014), p. 18.

³¹¹ Ídem p. 17.

³¹² Íd. pp. 14; RUIZ DE CASTILLA, Francisco *Derecho Tributario: temas básicos* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017), p. 18.

³¹³ SEVILLANO, Sandra. Ob. Cit. P. 18.; RUIZ DE CASTILLA, Francisco. Ob. Cit. P. 46.

³¹⁴ RUIZ DE CASTILLA, Francisco. Ob. Cit. Pp. 32 y 46.

³¹⁵ SEVILLANO, Sandra. Ob. Cit. P. 27.; RUIZ DE CASTILLA, Francisco. Ob. Cit. P. 26.

³¹⁶ EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE ANÁLISIS TRIBUTARIO, “Una visión tributaria del país”, *Análisis Tributario*, 2007, 16–22 (p. 16).

³¹⁷ Íd. Pp. 16 y 21.

también a factores externos, como el impacto continuo de la globalización en el comercio, el *treaty shopping* en materia de Convenios para evitar la Doble o Múltiple Imposición (CDI), entre otros.

Sin perjuicio de ello, la SUNAT, como órgano autorizado para recaudar y administrar los tributos del Gobierno Central, así como los conceptos tributarios y no tributarios que se le encarguen por ley o convenio interinstitucional³¹⁸; constantemente se encuentra en la tarea de tratar de elevar el nivel de recuperación de la deuda tributaria, a fin de lograr las metas de recaudación que elabora el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). A dichos efectos, nótese que son dos las formas de recaudación de la deuda tributaria: (i) la recaudación voluntaria, que depende en exclusiva de la actuación del contribuyente (constituyendo aproximadamente el 80% del total recaudado); y (ii) la recaudación por gestión, donde interviene la Administración Tributaria.³¹⁹ Aunque también podría afirmarse que existe una tercera herramienta, la cobranza inductiva o “cobranza amigable” (caracterizada por gestionar actuaciones masivas con el objeto de inducir a los contribuyentes al cumplimiento voluntario, pero enfocada al cobro de saldos deudores menores).³²⁰

Ahora bien, centrando nuestra atención dentro del proceso recaudatorio por gestión, la Administración Tributaria se vale de la cobranza coactiva como herramienta principal para la recuperación de adeudos. Ésta constituye por excelencia la facultad en virtud de la cual la Administración puede hacer efectiva las acreencias tributarias que tiene a su favor, mediante el uso de coacción. Así, podemos afirmar que el Procedimiento Tributario de Cobranza Coactiva es la última fase del proceso de recaudación fiscal.

En las líneas siguientes, se partirá haciendo referencia a algunos de los antecedentes del procedimiento tributario de cobranza coactiva en nuestro país; conforme a lo cual, diferenciaremos a éste del Procedimiento de Ejecución Coactiva. Asimismo, se examinarán los fundamentos que explican su naturaleza administrativa. Seguidamente, atendiendo a lo dispuesto en el Código Tributario y en el Reglamento de Cobranza Coactiva, se expondrán los presupuestos que dan pie al inicio del Procedimiento Tributario de Cobranza Coactiva como tal. Finalmente, se hará referencia a algunos aspectos de la función que desempeñan los Ejecutores Coactivos de la SUNAT, y a las causales de suspensión y conclusión del procedimiento.

10.1. Antecedentes

Se dice que una de las potestades administrativas que opera de manera más intensa sobre los administrados, es la cobranza y ejecución coactiva de acreencias en favor de la Administración.³²¹ De allí que antes de tratar el actual “Procedimiento Tributario de

³¹⁸ Artículo 55° del Código Tributario y artículo 3° del Reglamento de Organización y Funciones de la SUNAT – Resolución de Superintendencia N° 122-2014/SUNAT.

Cabe precisar que la recaudación de tributos no es la única función de la Administración Tributaria, pues ésta también se encarga de la implementación, inspección y control del cumplimiento de la política aduanera; de combatir la minería ilegal y el narcotráfico a través de la fiscalización del ingreso, permanencia, transporte y salida de productos de la actividad minera; y como no, de proveer a los administrados los servicios que faciliten el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o aduaneras, y de asegurar la correcta aplicación de la normatividad que regula la materia; entre otros.

³¹⁹ GONZÁLES Roxana y José NAVA, *Proceso de cobranza de la deuda tributaria* (Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris, 2015), p. 33 y 76.

³²⁰ Íd. Pp. 75-77.

³²¹ DANÓS, Jorge y Diego ZEGARRA, *El procedimiento de ejecución coactiva* (Lima: Gaceta Jurídica, 1999), p. 9.

Cobranza Coactiva”, nos remitamos previamente a sus antecedentes, lo cual nos permitirá a su vez diferenciarlo del “Procedimiento de Ejecución Coactiva”. Ambos procedimientos se sitúan hoy en el plano administrativo, sin embargo ello no siempre fue así. A continuación, se hará un breve recuento histórico a fin de poder identificar el origen y características de cada uno.

- i. Tránsito de un Modelo judicial a un Modelo administrativo: se puede afirmar que el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, fue el primer antecedente del procedimiento de ejecución coactiva.³²² En éste se regulaba el “juicio coactivo de apremio y pago”, el que como una especie de juicio ejecutivo civil tenía como objeto el cobro de deudas a favor del Estado.³²³ No obstante, luego de haber estado vigente por más de cincuenta años, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, eliminó este tipo de juicios de la normativa, en razón de lo que los legisladores consideraron implícitamente como una suerte de incapacidad del Poder Judicial para hacerse cargo de este tipo de procesos.³²⁴ Al respecto, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se señala que se había transitado de puro facto, de un modelo de ejecución judicial hacia un modelo de ejecución administrativa.³²⁵ Por dicho motivo, se consideró que estos debían ser regulados como en verdad correspondía en una “ley especial”, es decir como asuntos de materia administrativa.
- ii. Modelo Coactivo Mixto: La “ley especial” a la que hacía referencia el artículo 1347° del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se materializó finalmente una década después, en el año 1922, con la Ley N° 4528 – “Determinando los casos en que se ejercerán las facultades coactivas” (que contiene solamente siete artículos).³²⁶ Con arreglo a ésta, se otorgaron facultades coactivas al Estado para el cobro de sus acreencias³²⁷. Sin embargo, estableció un procedimiento coactivo mixto, administrativo y judicial. Pues si bien en principio dichas facultades se ejercían por “las entidades o funcionarios legalmente encargados de la recaudación respectiva” (artículo 2°); también se disponía que practicado el embargo, el juez era quien procedía a la tasación y remate (artículo 5°). Es decir, los funcionarios y autoridades

³²² MENDOZA, Armando *La Ejecución Coactiva. Comentarios al T.U.O. de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva*, 2da edic. (Lima: Jurista Editores, 2017), p. 159.

³²³ Dichas deudas eran las provenientes de los depósitos en almacenes de aduana, pagarés por deudas de impuestos, deudas por contribuciones ordinarias, deudas por arrendamiento o remate de bienes nacionales, entre otros. Véase: Ib.

³²⁴ Entendiéndose por “incapacidad”, a aquello que producto de la derogación de los Juzgados de Hacienda, condujo consecutivamente a que los tesoreros, cajeros fiscales y recaudadores de rentas públicas dejaran necesariamente de ser jueces.

³²⁵ MENDOZA, Armando. Ob. Cit. P. 160.

³²⁶ En el transcurso de esos diez años, por disposición del artículo 1347° del Código de Procedimientos Civiles de 1912, se mantuvo vigente lo regulado en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 (modelo judicial).

³²⁷ GONZÁLES, Roxana y José NAVA. Ob. Cit. P. 91.

políticas³²⁸ se encargaban del requerimiento de pago y embargos, mientras que los jueces se encargaban de la ejecución en sí.³²⁹

Ahora bien, con la aprobación del primer Código Tributario Peruano mediante D.S. N° 263-H, vigente desde el 17 de octubre de 1966; se pasó a regular el denominado “procedimiento coactivo de cobranza” (artículos del 98° al 105°), para efectos específicos de la cobranza de deudas tributarias.³³⁰ Éste sin embargo no se alejó del modelo mixto, más allá del otorgamiento de facultades coactivas al Banco de la Nación y a los síndicos de rentas de las Municipalidades (artículo 99°).³³¹

- iii. Modelo Coactivo Administrativo: Con el gobierno militar de Velasco Alvarado, se procedió a derogar toda la legislación de la materia, con el objeto de unificarla en una sola fuente.³³² Producto de ello es que el 07 de enero de 1969 se expide el Decreto Ley N° 17355, el cuál reconoce a la Administración Pública la facultad de ejercer “los actos de coerción para cobro o de ejecución forzosa (...), por medio del juzgado coactivo competente” (artículo 1°). A diferencia de la legislación anterior, esta norma instauró un procedimiento de carácter exclusivamente administrativo.³³³ Siendo a partir de entonces, innecesaria la intervención del Poder Judicial. Los “Jueces Coactivos”, eran funcionarios designados por el Banco de la Nación en cada Departamento o Provincia, y gozaban de todas las facultades coactivas, incluyendo el ejercicio de la tasación y remate de bienes (artículo 3° y 9°).

³²⁸ Lo curioso de este modelo es que se requería adicionalmente la participación de una “autoridad política” (subprefectos de las provincias o síndicos de rentas de las municipalidades). Una vez vencido el plazo de quince días otorgado por el funcionario para la cancelación de la deuda, esta autoridad política a solicitud del recaudador o tesorero debía requerir el pago al deudor mediante esquila, otorgándole tres días (artículo 4°). Transcurrido dicho plazo, dicha autoridad procedía a trabar embargo en rentas o bienes del deudor. Estas labores debían ser prestadas “en forma gratuita bajo pena de destitución”.

³²⁹ Véase: MENDOZA, Armando. Ob. Cit. P. 161.

³³⁰ MONTENEGRO, Jose y Marcial RAMIREZ, “Legislación y jurisprudencia correspondientes al primer cuatrimestre de 1966”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, p. 355 (pp. 285–86).

³³¹ En el plano tributario, la dinámica mixta era igual. Se concedía un plazo de quince días para el pago de la deuda (art. 101°), transcurrido dicho plazo el Banco de la Nación o el Concejo Municipal requerían al deudor el pago mediante esquila, otorgándole tres días; vencido dicho término el Banco o el Concejo trababan embargo (art. 102°); finalmente, una vez practicado el embargo, el juez procedía “inmediatamente y sin más trámite” a la tasación y remate (art. 103°).

³³² Durante la vigencia de la Ley N° 4528, desde el 06 de noviembre de 1922 hasta el 07 de enero de 1969 (casi medio siglo), ésta sufrió diversas modificaciones; las cuales provocaron gran confusión en su aplicación. Sobretudo luego de la introducción del Código Tributario en 1966. Razón de ello fue la emisión del Decreto Ley N° 17355. Véase el Considerando del Decreto Ley: “(...) Que, la Ley N° 4528 todavía vigente, no solo tiene disposiciones en desuso sino que las modificaciones posteriores crean confusión dentro de los administrados y en algunos órganos de la administración; Que, por otro lado ninguna de las leyes posteriores a la N° 4528 ha definido con claridad el funcionario que debe cumplir la función de Juez Coactivo; y que ello se ha agravado con los dispositivos del Capítulo VI del Código Tributario que genéricamente encomienda al Banco de la Nación las facultades coactivas y a los Síndicos de Rentas en los Concejos Municipales, sin tener en cuenta la idoneidad en cuanto a la capacitación funcional de los mismos, (...)”. MARTINEZ, Santiago *Código Tributario*, 6ta ed. (Lima: Editora Lima, 1981), p. 53.

³³³ DANÓS, Jorge “El procedimiento de Cobranza Coactiva como manifestación de la potestad de la Administración Pública de ejecución forzosa de sus actos”, *Themis*, 1995, 43–50 (p. 43) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11478/11998>>.

No obstante, luego se corrigió dicha denominación de “jueces” por la de “Ejecutores Coactivos”³³⁴, dado su carácter meramente administrativo.³³⁵

Cabe señalar que, primigeniamente este Decreto Ley facultó la cobranza de todo tipo de deudas, incluyendo las tributarias.³³⁶ Sin embargo, con posteriores modificaciones al Decreto Ley N° 17355 y al Código Tributario, se empezaron a diferenciar las reglas del procedimiento de cobranza según la naturaleza, administrativa o tributaria, de las obligaciones exigibles.³³⁷ Lo cual se consagró con la promulgación del Primer Texto Único Ordenado (T.U.O.) del Código Tributario. De ese modo, el marco legislativo del procedimiento de cobranza coactiva quedaba contenido en dos cuerpos legales: el Decreto Ley N° 17355 y modificatorias, para acreencias de derecho público; y el Código Tributario, para deudas tributarias propiamente.³³⁸

- iv. Modelo Administrativo Vigente: Lamentablemente, la aplicación de dos cuerpos legales distintos generó cierta confusión en su aplicación, sobretodo en los ejecutores coactivos y sus auxiliares, quienes utilizaban de modo indistinto las reglas de una y otra norma. Pero no sólo ello, sino que además se generalizaron los abusos por parte de éstos a nivel de la administración municipal, en relación a la falta de notificación y uso indiscriminado de los “embargos preventivos”.³³⁹ Tanto así que éstos se usaban casi como medios de extorsión.³⁴⁰ Producto de dicha desnaturalización y deslegitimación del procedimiento, en 1998 se promulgó la Ley N° 26979 – Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (LPEC), la cual derogó el Decreto Ley N° 17355 y corrigió aquellas disposiciones que daban carta abierta a las arbitrariedades. Pero además, en ésta se extendió su ámbito de aplicación; conforme a lo cual quedaron circunscritas no solo las deudas no tributarias (artículo 8°), sino también las deudas tributarias de los gobiernos locales (artículo 24°). Es decir, se independizó el cobro de las deudas tributarias contempladas en la Ley de Tributación Municipal y administradas por los Gobiernos Locales, del tratamiento tributario previsto en el Código Tributario. Actualmente esta ley sigue vigente. Por su lado, el Código Tributario actual, aprobado por D.S. N° 133-2013-EF el 22 de junio del 2013, regula lo relativo a la materia en sus artículos del 114° al 123°.

De lo expuesto se puede advertir que el marco legislativo actual, representado por dos cuerpos legales distintos, tuvo inicialmente una sola fuente de origen y que ésta era judicial.

³³⁴ Artículo 313° de la Ley N° 24767 – Ley del Presupuesto para el Ejercicio 1988.

³³⁵ Ib.

³³⁶ Hasta mediados de la década de 1980, los jueces coactivos del Banco de la Nación eran los únicos competentes para tramitar los procedimientos de cobranza coactiva; de modo que las entidades administradoras de tributos del Gobierno Central y Gobierno Local, dependían de sus servicios. Con el tiempo, diferentes leyes ampliaron el número de entidades que podían designar sus propios ejecutores.

³³⁷ DANÓS, Jorge y Diego ZEGARRA, Ob. Cit. p. 12.

³³⁸ DANÓS, Jorge. Ob. Cit. P. 44.

³³⁹ Ib.

³⁴⁰ “(...) toda una época en la que los operadores de la norma, distorsionaron, en su propio beneficio económico mecanismos como el del “embargo preventivo”, entre otros, de forma tal que el propósito de la ejecución coactiva como un procedimiento administrativo para asegurar el cobro de deudas de carácter público a favor del Estado había pasado a constituirse en un “arma para presionar al pago de supuestas obligaciones carentes de base legal”. Véase: DANÓS, Jorge y Diego ZEGARRA. Ob. Cit. P. 11.

Además, también se aprecia que antes este procedimiento estaba dirigido al cobro indistinto de toda deuda en favor del Estado. Con el tiempo, dicho marco se fue configurando de modo que la cobranza de las obligaciones tributarias adquirió su propia regulación (dando lugar a dos cuerpos legales). Posteriormente, con la LPEC se introdujo una leve variación, pues además de regular los actos de cobranza coactiva que ejercieran las entidades de la Administración Pública, se incluyó a aquellos que se originaran en razón de tributos administrados por Gobiernos Locales. Así ésta pasó a regular todos los actos de cobranza del Gobierno Nacional, Regional y Local; a excepción únicamente de los actos de la Administración Tributaria del Gobierno Central.

10.2. Fundamentos del procedimiento administrativo de cobranza coactiva

Como bien se ha adelantado, el objeto de este procedimiento administrativo es nada menos que lograr el cobro de las deudas de los administrados. Es un procedimiento que se impulsa de oficio, y se caracteriza por su celeridad y uso de la fuerza pública. El término “coactivo” lleva implícito la noción de fuerza, compulsión, coerción, coacción.³⁴¹ Se dice que ésta es una manifestación de la facultad de autotutela de la Administración. Por ello, cuando la ley le confiere “facultades coactivas”, ello representa para ésta nada menos que la posibilidad de detraer del patrimonio jurídico del administrado, bienes y/o derechos hasta la satisfacción de lo adeudado.³⁴² En el ámbito tributario, en palabras de Flores Polo:

“la cobranza coactiva es uno de los privilegios que tiene el acreedor tributario para la recaudación más rápida de los adeudos por impuestos, recargos y sanciones y en general de toda deuda a su favor. Coactivo significa: “con fuerza para apremiar u obligar” (Cabanillas). (...) el procedimiento coactivo es violento y sumarísimo y no permite el uso de recursos dilatorios ni excepciones de ninguna especie.”³⁴³

Esta facultad del Estado para recuperar mediante actos coercitivos y coactivos las deudas impagas, constituye claramente una herramienta importante para asegurar el logro de las metas recaudatorias. Sin embargo, constituye también una de las acciones de mayor riesgo, debido a la inminencia de sus efectos en la esfera jurídica de los administrados.³⁴⁴ Por dicha razón, hay sectores doctrinarios y legislaciones extranjeras que critican el modelo administrativo, señalando que este procedimiento acelerado debe ser únicamente judicial.

Los defensores de la postura jurisdiccional, refieren que la ejecución forzosa contra el administrado por el impago de sus obligaciones, supone necesariamente el ejercicio de una función netamente jurisdiccional. Señalan que el modelo judicial resulta más acorde con las garantías del contribuyente, pues asegura de mejor modo la independencia y neutralidad al evitar que la Administración Tributaria se constituya como juez y parte.³⁴⁵ Esta postura ha sido adoptada en Brasil, Chile, Venezuela, Uruguay, Paraguay, Costa Rica, entre otros. Además, ha sido recomendada por el Modelo del Código Tributario para América Latina.

Por otro lado, los defensores de la postura administrativa, refieren que el cobro forzoso a su favor mediante el apremio, debe ejercerse sin la necesidad de acudir al auxilio de los magistrados, en tanto ésta es una manifestación del Principio de Autotutela, conforme al cual, “las entidades de la Administración Pública ostentan la prerrogativa para ejecutar por

³⁴¹ GONZÁLES, Roxana y José NAVA. Ob. Cit. P. 87.

³⁴² DANÓS, Jorge. Ob. Cit. P. 43.

³⁴³ FLORES, Pedro *Manual del Código Tributario*, 3a ed. (Lima: Cultural Cuzco, 1983), p. 414.

³⁴⁴ GONZÁLES, Roxana y José NAVA. Loc. Cit.

³⁴⁵ Íd. P. 88.

sí mismas sus propios actos administrativos sin intervención judicial previa”³⁴⁶. Al respecto, García de Enterría expresaba: “La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *status quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”.³⁴⁷ A ello agrega: “La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad”.³⁴⁸ Nótese sin embargo que, en nuestro país la autotutela administrativa no posee un refrendo explícito en la Constitución.³⁴⁹ Es por ello que a falta del mismo, posiblemente se recurre a invocar nada más que su justificación material: la necesidad de que la Administración cuente con un arma de defensa del interés público.³⁵⁰ En virtud de lo cual se dice que las ventajas de este modelo son: una mayor eficacia en la cobranza, inmediatez ante el riesgo de cobro, conocimiento especializado del tema por el Ejecutor Coactivo (a diferencia de los jueces), y simplificación del trámite de ejecución sin dilaciones judiciales. Este modelo ha sido adoptado en: Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia, Panamá, México, España, Francia, Alemania, entre otros. Además ha sido recomendado por el Centro Interamericano de Administración Tributaria – CIAT.

Más que una postura, existe también un modelo coactivo mixto. Un ejemplo de ello lo tuvimos en nuestro país, aunque éste más bien fue producto de una desviación más que de una política legislativa. Para Héctor Villegas, un ejemplo actual de este modelo lo sería Argentina.³⁵¹ Aunque su sistema sigue figurando como judicial, se dice que en la realidad éste ha adoptado un modelo administrativo predominante.³⁵²

10.3. Presupuestos del procedimiento tributario de cobranza coactiva

Ahora bien, hecha la diferenciación entre el “Procedimiento Tributario de Cobranza Coactiva” y el “Procedimiento de Ejecución Coactiva”, corresponde centrar nuestra atención en el primero. El procedimiento tributario de cobranza coactiva actual, está a cargo de la Gerencia de Gestión de Cobranza de la SUNAT y se encuentra regulado tanto en el Código Tributario (artículos 114° al 123°), como en su norma reglamentaria aprobada por R.S. N° 216-2004 (RPCC). De acuerdo a estas disposiciones, se puede afirmar que los presupuestos necesarios para dar inicio al procedimiento son:

³⁴⁶ DANÓS, Jorge. Ob. Cit. P. 45.

³⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 1986), I, p. 473.

³⁴⁸ Íd. P. 457. En el mismo sentido opina Flores Polo: “El Estado como acreedor tributario no está sometido al Fuero Común, luego, no tiene por qué utilizar el procedimiento judicial establecido por el Código de Procedimientos Civiles, para la cobranza de los adeudos tributarios a su favor. En estos casos acude al procedimiento coactivo, o sea las normas procesales de ejecución inmediata, que respaldan la naturaleza privilegiada de sus créditos. Sólo el Estado puede utilizar el procedimiento de cobranza coactiva.” FLORES, Pedro. Loc. Cit.

³⁴⁹ Cabe señalar que en la STC N° 015-2005-PI/Tribunal Constitucional y en pronunciamientos posteriores, el Tribunal Constitucional ha señalado escuetamente y sin mayor sustento, que el soporte constitucional de la autotutela estaría en el numeral 1 del artículo 118°, el cual ordena al Presidente de la República –y por ende al Poder Ejecutivo y toda la Administración– a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”.

³⁵⁰ MENDOZA, Armando. Ob. Cit. P. 36.

³⁵¹ VILLEGAS, Héctor *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Novena ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005), p. 485.

³⁵² GONZÁLES, Roxana y José NAVA. Ob. Cit. P. 91.

- a. Exigibilidad de la deuda tributaria: Como resulta previsible, solo una deuda con dicho carácter puede dar lugar a las acciones de coerción para su cobranza (artículo 115°). De por sí, una obligación tributaria no podría ser objeto de cobro coactivo, sino hasta que se torne exigible. La exigibilidad de la deuda es el sustento del procedimiento. A dichos efectos, el artículo 115° considera como deuda exigible a aquellas establecidas mediante Resolución (Resolución de Determinación, Resolución de Multa o Resolución de Pérdida del Fraccionamiento) y no reclamadas, o reclamadas fuera de plazo pero sin Carta Fianza; a las establecidas por Resolución pero no apeladas, o apeladas pero fuera de plazo y sin Carta Fianza; a las establecidas por Resolución del Tribunal Fiscal; a las que consten en una Orden de Pago; así como a las costas y gastos en los que la Administración ha incurrido en el Procedimiento de Cobranza Coactiva.
- b. Notificación de la Resolución de Ejecución Coactiva (REC): El Procedimiento de Cobranza Coactiva inicia con la debida notificación de la REC (artículo 117°). Ésta contiene un mandato de cancelación de la Resolución u Orden de Pago en cobranza, dentro del plazo de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de trabar embargo. Bajo sanción de nulidad, ésta deberá contener: el nombre del deudor; el número del acto administrativo objeto de cobranza; la cuantía del tributo, multa y/o intereses; y el tributo o multa, con el periodo al que corresponde. Al respecto cabe indicar que mediante R.S. N° 221-2015/SUNAT, que modificó la R.S. N° 014-2008/SUNAT³⁵³, se incluyó la notificación de la REC por medios electrónicos. Esta disposición entró en vigencia a partir del 22 de agosto de 2015.
- c. Funcionario competente de la SUNAT: Como se sabe, la cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la Administración Tributaria, sin embargo es preciso tener en cuenta que ésta se ejerce únicamente a través del Ejecutor Coactivo (artículo 114°). De modo que sería totalmente improcedente por ejemplo, el procedimiento que llevara a cabo el Auxiliar Coactivo o cualquier otro funcionario administrativo de la SUNAT.

10.4. Facultades y limitaciones del Ejecutor Coactivo

En nuestro país, el Ejecutor Coactivo tributario es aquel el funcionario nombrado de la SUNAT (artículo 114°), que ejerce las acciones de coerción para el cobro de las deudas tributarias exigibles. A dichos efectos, éste cuenta con toda una serie de facultades enumeradas en el artículo 116° del Código Tributario (concordadas con el artículo 5° del RPCC). Entre las principales, se pueden señalar: verificar la exigibilidad de la deuda; ordenar, variar o sustituir a su discreción las medidas cautelares; ejecutar las garantías otorgadas a favor de la Administración Tributaria; suspender o concluir el Procedimiento de Cobranza Coactiva; admitir y resolver la Intervención Excluyente de Propiedad; ordenar el remate de los bienes embargados; y ordenar medidas cautelares previas. En el ejercicio de sus funciones, la norma ha previsto que el Ejecutor actúa en colaboración del Auxiliar Coactivo,

³⁵³ La posibilidad de notificación de actos administrativos por medios electrónicos (artículo 104° del Código Tributario), se reguló a partir del año 2008 con la R.S. N° 014-2008/SUNAT, vigente desde el 9 de febrero de ese mismo año. Se utilizó inicialmente para la notificación electrónica de Resoluciones aprobatorias de fraccionamiento, Resoluciones de Liberaciones de Fondos del SPOT, Resoluciones de Devoluciones, y Resoluciones de Ingreso como Recaudación del SPOT. Posteriormente otras resoluciones fueron incorporando otros actos administrativos, como la R.S. N° 014-2008/SUNAT que incorporó a las Órdenes de Pago.

el cual tiene labores propias (ver artículos 114° y 116° del Código Tributario, en concordancia con el artículo 6° del RPCC). Asimismo, el artículo 123° del Código ha dispuesto también que para facilitar la cobranza coactiva, las autoridades policiales o administrativas prestarán su apoyo inmediato, bajo sanción de destitución y sin costo alguno.

Sin perjuicio de ello, nótese que el actuar del Ejecutor también está sujeto a ciertos límites. Por citar algunos: durante el desarrollo del procedimiento, éste deberá garantizar los derechos constitucionales de los administrados (p.e. el debido procedimiento, y respetar los derechos de los administrados contenidos en los artículos 92° del CT³⁵⁴ y 55° de la LPAG³⁵⁵); no puede analizar cuestiones de fondo referidas a los actos administrativos que son objeto de cobro; no tiene discrecionalidad en relación al cobro o no de deudas, limitándose únicamente a lograr su realización de manera voluntaria por el contribuyente o mediante apremio; tampoco puede suspender o dar por concluido el procedimiento por causales ajenas a las establecidas en el artículo 119°; entre otros. Adicionalmente, existe un “Protocolo de actuación para la atención en cobranza coactiva” que deben observar.³⁵⁶ Éste contiene instrucciones generales de actuación para el ejecutor y el auxiliar coactivo, pautas sobre su comportamiento ético en la cobranza, aspectos técnicos, una relación de “derechos” de los contribuyentes, y pautas sobre el procedimiento de atención de llamadas inductivas.

Si bien la idea de que el Ejecutor Coactivo debe conducirse respetando siempre la legalidad, es una idea implícita en el actuar de cualquier funcionario administrativo, corresponde enfatizarla por dos razones: primero, por los errores y abusos cometidos en el pasado por los funcionarios de los gobiernos locales (ejecutores) en el marco del procedimiento de ejecución coactiva al ordenar embargos; y segundo, por la misma razón de que éste no es un tercero ajeno e imparcial como lo sería un magistrado. De allí que incluso la discrecionalidad³⁵⁷ de la que goza, se sujete a cierto margen y parámetros de actuación – Principios del Derecho Tributario y del Derecho Administrativo–. Pues de lo contrario, su actividad sucumbiría en la arbitrariedad.

De manera puntual, si bien los embargos constituyen aquella afectación jurídica para asegurar la recaudación de manera forzosa; también dijimos que constituyen una de las acciones de mayor riesgo, debido a la inminencia de sus efectos en la esfera jurídica de los

³⁵⁴ Entre otros, se regula el derecho de los contribuyentes a ser tratados con respeto y consideración; a no proporcionar documentos ya presentados y que se encuentren en poder de la Administración Tributaria; y a recibir un trato eficiente, así como las facilidades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

³⁵⁵ Este artículo dispone que constituye un derecho de los administrados, ser tratados con respeto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados, y a ser asistidos para el cumplimiento de sus obligaciones.

³⁵⁶ Protocolo vigente desde setiembre de 2014, aprobado por la Gerencia de Proyectos y Procesos Transversales de la INDESCC (Intendencia Nacional de Desarrollo de Estrategias de Servicios y Control del Cumplimiento de SUNAT).

³⁵⁷ Ejemplo de ello sería el artículo 118° del Código Tributario, el cual expresa que “el Ejecutor Coactivo podrá disponer se trabe las medidas cautelares previstas en el presente artículo, que considere necesarias. Además, podrá adoptar otras medidas no contempladas en el presente artículo, siempre que asegure de la forma más adecuada el pago de la deuda tributaria materia de la cobranza. (...) El Ejecutor Coactivo podrá ordenar, sin orden de prelación, cualquiera de las formas de embargo siguientes: (...)” (Subrayado mío). Otro ejemplo sería la valoración que hace el Ejecutor de las “circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente”, cuando el numeral 3) del artículo 119° contempla una suspensión excepcional del procedimiento.

administrados. Es por ello que la facultad del Ejecutor Coactivo para ordenar, variar y sustituir las medidas cautelares (a su discreción) durante el procedimiento, debe realizarse con suma atención y prudencia.

El embargo, en general, inicia pues con la operación de selección de bienes del deudor o del ejecutado (en caso de un proceso de ejecución). Concretamente, con la selección dentro del conjunto de bienes del deudor (activo), de aquellos bienes que efectivamente servirán de instrumento para la satisfacción del acreedor. Esta selección es un “acto con el cual se le imprime al bien seleccionado un vínculo de destinación: en principio, ese bien y no otro, responderá en concreto y en ese proceso, por un determinada deuda”.³⁵⁸ No obstante, el Ejecutor Coactivo, al igual que un juez, no puede comprobar la propiedad de los bienes del deudor en cada caso concreto, por lo que se limitará a ordenar el embargo cuando *presuma*, por apariencias, inferencias o suposiciones, que los bienes le pertenecen.³⁵⁹ Como lo indica Ariano:

“en nuestro sistema la selección de bienes a embargar (o sea a “vincular” a la ejecución) le corresponde al acreedor, y dada la carencia entre nosotros de la institución de manifestación de bienes o de cualquier mecanismo de indagación oficial de la composición del patrimonio del deudor, la consecuencia es que el acreedor para la indicación de los bienes a embargar se deba basar en meras apariencias exteriores de pertenencia de los bienes al deudor tributario: así lo que aparece en un registro público, los bienes que se encuentren en el domicilio del deudor, etc.”³⁶⁰

Es decir, dentro del procedimiento de cobranza coactiva, el Ejecutor Coactivo debe emprender también la tarea de indagar sobre los bienes del contribuyente-deudor. Si fuera una deuda tributaria de cuantía menor, por ejemplo tratándose del embargo de bienes muebles no registrables, la cuestión es complicada; pues ciertamente al Ejecutor no le queda más que dejarse llevar por meras presunciones. Si fuera una deuda (más intereses y/o multas) de cuantía considerable, seguramente realizará una búsqueda registral de bienes. Sin embargo, es claro que como lo inscripción registral en nuestro país es meramente declarativa y no es obligatoria, es probable que las “apariencias registrales” no se condigan con la realidad jurídica; dando como resultado, la traba de embargos de bienes ajenos al deudor.

No obstante, aunque la tarea de selección de bienes que implica el embargo resulta una labor complicada y arriesgada, debe hacerse una distinción importante. Pues una cosa es que el Ejecutor Coactivo disponga un embargo no teniendo certeza a ciencia cierta de la titularidad y situación jurídica de un bien; y otra es que éste disponga un embargo sobre un patrimonio fideicometido, desconociendo la “inembargabilidad” expresamente establecida en la ley. Es decir, si bien dentro de su labor de búsqueda (en base a presunciones) puede haber un margen de error, en éste no cabe incluir y por lo tanto excusar el embargo ilegítimo de un patrimonio fideicometido cuando el deudor tributario es el fideicomitente. Todo la problemática aquí tratada surge a partir de ello innegablemente. Si en nuestro país todos

³⁵⁸ ARIANO, Eugenia. “Las tercerías de ‘propiedad’ en el CPC de 1993: sus problemas y sus ‘atajos’”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2004, P. 4.

³⁵⁹ GONZÁLES, Gunther *La propiedad: mecanismos de defensa* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014), p. 73.

³⁶⁰ ARIANO, Eugenia. *Ib.*

los operadores del Derecho tuviéramos claro cómo funciona el fideicomiso y los fundamentos de esta institución, ni tendríamos que estar discutiendo al respecto. Se respetaría y garantizaría la separación patrimonial de riesgos en los fideicomisos; este instrumento gozaría de mayor seguridad jurídica (de la que goza ahora); pero además, la SUNAT, el Tribunal Fiscal y el Poder Judicial se ahorrarían de ver estos casos de oposiciones a embargos sobre fideicomisos, con lo cual habría mayor celeridad procesal y procedimental.

10.5. Causales de suspensión y conclusión del procedimiento

A muy grandes rasgos, el desarrollo del Procedimiento de Cobranza Coactiva se da de la siguiente manera: inicia con la notificación de la REC al deudor; frente a lo cual éste puede optar por cancelar la deuda o solicitar su fraccionamiento; transcurrido el plazo de siete días hábiles para la cancelación de la deuda y sin que ésta se haya efectuado, el Ejecutor ordena la(s) medida(s) cautelar(es) que considere pertinentes; finalmente, efectuada la tasación por un perito, se procede al remate. No obstante, como sabemos, la realidad supera la ficción. De modo que en los hechos, la infinidad de aristas que se pueden presentar en los Procedimientos de Cobranza Coactiva subvierten el relato anterior, acortándolo o alargándolo.

Sin perjuicio de ello, en el artículo 119°, el Código Tributario ha contemplado determinadas circunstancias que provocan la suspensión y conclusión del Procedimiento de Cobranza Coactiva. Algunos casos de suspensión se dan cuando: una medida cautelar dictada en un proceso de amparo, ordena la suspensión del procedimiento; o cuando así lo dispone expresamente una ley o norma con rango de ley (p.e. fraccionamientos generales). Entre los supuestos de conclusión –que conllevan al levantamiento de medidas cautelares y archivamiento de lo actuado–, se tiene a: la presentación oportuna de reclamación o apelación contra la Resolución que es materia de cobranza; la extinción o prescripción de la deuda; cuando la acción se sigue contra persona distinta a la obligada al pago; entre otras.

11. La Intervención Excluyente de Propiedad prevista en el artículo 120° del Código Tributario

La legislación tributaria nunca fue ajena a la posibilidad de que el embargo dispuesto por el Ejecutor pudiera recaer (erróneamente) en un bien ajeno al patrimonio del deudor. Muestra de ello es la disposición contenida en el literal e) del artículo 104° de nuestro primer Código Tributario (1966). La eventualidad de que en el transcurso del Procedimiento de Cobranza Coactiva se pudiera terminar afectando la esfera patrimonial de un sujeto que no fuera el deudor, siempre estuvo prevista. Hoy en día, para tranquilidad de los terceros cuyos bienes han sido afectados en un procedimiento de cobranza del que no han sido parte, el Código Tributario ha estipulado en el artículo 120°, la “Intervención Excluyente de Propiedad”. No obstante, lejos de ser ésta una introducción legislativa meramente tributaria, es más bien una reproducción de lo previsto en la normativa procesal civil: la Tercería de Propiedad (llamada también, “Tercería de Dominio”).

A continuación, examinaremos la Tercería de Propiedad como fuente de inspiración de la Intervención Excluyente de Propiedad prevista en el Código Tributario. Para ello nos remitiremos a las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil Peruano, conforme al cual veremos sus principales características. Seguidamente, enfocándonos ya en el ámbito tributario,

analizaremos la Intervención Excluyente de Propiedad y los presupuestos necesarios para su interposición durante el procedimiento tributario de cobranza coactiva. En atención a lo cual, mediante un análisis de la legitimidad para obrar activa, trataremos de responder a la pregunta central de este trabajo: *¿Los fiduciarios deberían poder interponer la Intervención Excluyente de Propiedad dispuesta en el artículo 120° del Código Tributario?* El propósito de ello evidentemente es determinar en función a un análisis de la normativa si es que los fiduciarios pueden ser considerados como sujetos legitimados para accionarlo o no.

11.1. Fuente: la Tercería de Propiedad regulada en el Código Procesal Civil

Recordaremos que en el ámbito procesal existe un viejo aforismo romano *“res inter alios iudicata, aliis nec procedesse, nec nocere potest”*, el cual expresa que lo juzgado entre unos, no causa perjuicio ni provecho a otros. Si bien en principio el proceso solo vincula a demandante y demandado, este aforismo se quiebra cuando en ocasiones el proceso vincula también a terceros.³⁶¹ Esto es lo que conocemos como Intervención de Terceros, institución procesal que hace referencia a nada menos que una acumulación subjetiva sucesiva.³⁶² Como expresa Alsina: *“(…) las relaciones jurídicas son tan complejas que, con frecuencia la litis afecta derechos de terceros, que se ven así vinculados a un proceso en el que no han intervenido y de cuya sentencia, puedan derivarles un perjuicio”*.³⁶³ La incorporación de estos terceros al proceso no es homogénea, pues lo hacen de distintas maneras.³⁶⁴ Pueden hacerlo a pedido de una de las partes, del propio interviniente o del juez; asimismo, algunos pasan a colaborar con las partes, otros con ninguna.³⁶⁵ De igual modo, las facultades que éstos tengan durante el proceso, dependerá de su grado de interés jurídico relevante invocado.³⁶⁶ Conforme a estas variantes, la doctrina mayoritaria ha clasificado los siguientes tipos de intervención voluntaria³⁶⁷: coadyuvante, litisconsorcial, excluyente principal, excluyente de propiedad, y de derecho preferente.

Siendo la Intervención Excluyente de Propiedad la de nuestra principal atención, es preciso mencionar que ésta se encuentra regulada en el primer párrafo del artículo 100° de nuestro Código Procesal Civil, en los siguientes términos:

“Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente.-

Artículo 100.- Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.

³⁶¹ HINOSTROZA, Alberto *Procesos civiles relacionados con la Propiedad y la Posesión* (Lima: Jurista Editores, 2011), p. 419.

³⁶² MONROY, Juan “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”, *Revista IUS ET VERITAS*, 1993, 41–60 (p. 49).

³⁶³ ALSINA, Hugo *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2da ed. (Buenos Aires: Ediar, 1956), I, p. 598.

³⁶⁴ MONROY, Juan. Ob. Cit. P. 50.

³⁶⁵ ZAVALA, Salvador “Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión”, *THEMIS*, 1994, 173–86 (p. 175).

³⁶⁶ LEDESMA, Marianella “Litisconsorcio e Intervención de terceros en la jurisprudencia”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2001, 3–25 (p. 12).

³⁶⁷ En relación a la intervención forzosa u obligatoria, nuestro Código ha estipulado las siguientes: denuncia civil, llamamiento en garantía, llamamiento posesorio y llamamiento por fraude o colusión. Véase: LEDESMA, Marianella “Litisconsorcio e Intervención de terceros en la jurisprudencia”; MONROY, Juan “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”; ZAVALA, Salvador “Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión”; entre otros.

También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

Las intervenciones descritas en este Artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el SubCapítulo 5, Capítulo II, Título II, SECCIÓN QUINTA de este Código.”

Como se puede apreciar, curiosamente el artículo 100° del CPC realiza una remisión a los procesos abreviados. Concretamente señala que, las intervenciones mencionadas (Intervención Excluyente de Propiedad e Intervención de Derecho Preferente) se tramitan de acuerdo a lo que sería la “Tercería” (artículos 533° al 539°).³⁶⁸ Al respecto, Marianella Ledesma manifiesta que: “El artículo 100 del CPC no hace más que reiterar innecesariamente lo dicho en el artículo 533, tratándose de una verdadera tercería y no de una “forma de intervención de tercero” en un proceso *inter alios*”.³⁶⁹ Esto ya lo había advertido años antes Eugenia Ariano (aunque tímidamente) al indicar que: “en el CPC de 1993 la tercería viene (ambiguamente) concebida como una forma de intervención de tercero (artículo 100) que sin embargo da lugar a un proceso autónomo (artículo 486 inciso 5) tendiente a que se “reconozca” (artículo 100) el derecho de propiedad (artículos 100-533) o “un mejor derecho” (artículo 100) de un tercero (...)”. No obstante, posteriormente ella confirmó dicha idea, (esta vez de manera rotunda) al decir que el CPC tiene “(...) una doble regulación de ellas [las tercerías]: la del art. 100 y la de los arts. 533 a 539.”³⁷⁰

Al respecto, cabe aclarar que dicha remisión o “duplicidad”, no debe ser entendida (nunca) en el sentido de que las tercerías constituyen fenómenos de intervención de terceros. Como bien lo expresa Ariano, más allá de que el CPC lo considere así, es un error muy difundido (incluso legislativamente) el emplear la palabra “tercería” para indicar cualquier fenómeno de intervención.³⁷¹ Motivo por el cual, debe descartarse la idea de que una demanda de tercería (de propiedad o de preferencia) da lugar a un fenómeno de intervención de terceros.³⁷² Pues como se sabe, técnicamente, el primero es un mecanismo procesal que se tramita mediante un proceso abreviado, en cambio este último es una categoría procesal que alude a una acumulación subjetiva sucesiva. A mayor abundamiento, el primero no puede dar lugar al segundo en un mismo proceso, porque el tercerista no es un interviniente en el proceso (donde se dictó la medida cautelar o se pretende ejecutarla); éste no se inserta en él para hacer valer su pretensión (como sí ocurre en la intervención principal), sino que actúa en un proceso “paralelo” que incide en el primero.³⁷³

Ahora bien, efectuada la distinción entre “Intervención de Terceros” y “Tercería”, insta referirnos de manera particular a esta última; la cual está regulada en el artículo 533° del Código Procesal Civil, bajo los siguientes términos:

“Artículo 533.- Fundamento

La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

³⁶⁸ ARIANO, Eugenia “La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido?”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6.2 (2016), 112–45 (p. 126).

³⁶⁹ LEDESMA, Marianella *Comentarios al Código Procesal Civil: análisis artículo por artículo*, 5a ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), vol. II, p. 655.

³⁷⁰ ARIANO, Eugenia. Ob. Cit. p. 125.

³⁷¹ Íd. P. 126.

³⁷² Íd. P. 128.

³⁷³ CAVANI, Renzo “Tercería”, en *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, ed. Eugenia ARIANO (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), IV, 287–332 (p. 297).

Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación."

La Tercería, en sentido estricto, es el "mecanismo de oposición a la ejecución por parte de un tercero (que actúa como demandante)", sea porque éste acredita tener un derecho de propiedad de los bienes afectados con medida cautelar o para la ejecución, o porque es titular de un derecho de crédito preferente al del acreedor en el proceso.³⁷⁴ En atención a lo cual, la tercería puede ser de dos tipos: tercería de propiedad ("tercería de dominio"³⁷⁵ española, "tercería excluyente") o tercería de derecho preferente ("tercería de preferencia" española, "tercería de mejor derecho" o "tercería de pago").³⁷⁶ Ambos se tramitan como procesos contenciosos abreviados de acuerdo a los artículos 486° al 494° del CPC, y a sus reglas especiales dispuestas en los artículos 533° al 539°. A continuación una breve aproximación a la Tercería de Propiedad³⁷⁷:

- a. Fundamento: En cuanto al fundamento jurídico de la Tercería de Propiedad (que sería la *causa petitem* en la demanda), mezquinamente podríamos remitirnos al artículo 533°, el cual bajo la sumilla de "fundamento" apenas podría darnos cierto halo de luz. No obstante, la doctrina mayoritaria señala que ésta se encuentra en la garantía constitucional del derecho de propiedad (en nuestro caso, art. 70° de la CP). Entre ellos, Podetti, Rodríguez Garcés, Hinojosa Minguez, Rioja Bermudez³⁷⁸. En palabras del segundo: "La tercería de dominio reconoce como primer fundamento jurídico el derecho de propiedad, procedimiento mediante el cual se trata de dar, en forma expedita y rápida, aplicación al principio de inviolabilidad que caracteriza este derecho".³⁷⁹ Asimismo, para Hinojosa Minguez: "el fundamento de la tercería excluyente de dominio radica en la concepción misma del derecho de propiedad:

³⁷⁴ LEDESMA, Marianella. Supra nota 369. P. 654.

³⁷⁵ Así se denominaba en nuestra legislación, hasta antes de la entrada en vigencia del CPC de 1993 que le cambió el nombre a "tercería de propiedad".

³⁷⁶ "Procesalmente la institución de la tercería reconoce dos clases: a) la tercería de propiedad y b) la tercería de mejor derecho o de derecho preferente de pago; la doctrina procesal peruana reconoce también dos de tercerías cuando se afirma: (...) las tercerías son de dos clases, en la que el tercero reclama sobre el dominio del bien afectado por una medida cautelar, la otra denominada de mejor derecho o de derecho preferente de pago, a efectos de que se le pague antes del acreedor, con el producto de la venta del bien sobre el cual ha recaído la medida cautelar (...)" (Cas. N° 3400-2001-La Libertad).

³⁷⁷ "En principio, conviene enfatizar que la tercería es la acción que le compete a quien no es parte en juicio, para defender sus derechos frente a quienes están litigando por los suyos, situación que generalmente se presenta en los procesos ejecutivos –como ocurre en el caso *sub examine*– cuando se traba embargo a bienes que no son propiedad del ejecutado, sino del tercerista, esto es, del tercero afectado" (STC. N° 2561-2002-AA/TC, fundamento 2); "la tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y tiene como finalidad la desafectación del bien; (...)" (Cas. N° 1517-2004-El Santa); "Conforme [lo] señala el artículo 100 del Código Procesal Civil la demanda de tercería excluyente de propiedad (...) se hace valer dentro de un proceso en trámite en los supuestos que dicho numeral señala, dando lugar a que en el proceso intervengan tres partes, con derecho opuestos (...)" (Cas. N° 2335-2001-Arequipa).

³⁷⁸ RIOJA, Alexander "En defensa de la propiedad debidamente embargada", *Revista Oficial del Poder Judicial*, 4–5.6–7, 163–88 (p. 173).

³⁷⁹ RODRÍGUEZ, Sergio *Tratado de las tercerías*, 3ra ed. (Santiago, Chile: Alfabeta Impresores, 1987), vol. II, p. 320.

derecho real por el cual un bien se encuentra sometido a la voluntad y acción de una persona en forma exclusiva, pudiendo el dueño impedir a los demás su uso, goce o disposición”.³⁸⁰

Por su lado, Ariano ha expresado que el fundamento de la Tercería de Propiedad se encontraría en el Principio de Responsabilidad Patrimonial³⁸¹ en su sentido negativo, es decir, “solo los bienes del deudor (o de terceros “responsables”) podrán servir de *bienes-instrumento* para la satisfacción del interés del acreedor, más no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria.” (Cursiva de la autora).³⁸² La Cas. N° 1532-2005-Lima –parafraseando a Ariano–, ha expresado lo mismo.³⁸³ Sin embargo, es evidente que tal argumento encuentra correlato en la inviolabilidad del derecho de propiedad del *versus dominus*. Pues como refiere Gonzales Barrón, la realización de **bienes de propiedad del deudor**, tiene como fin el satisfacer el derecho de crédito del acreedor, por lo que “el embargo sobre un bien ajeno constituye una hipótesis de ejecución ilegítima (art. 642 CPC, *contrario sensu*) que puede ser remediada a través de la tercería de propiedad (art. 533 CPC)”.³⁸⁴

La Corte Suprema recurrentemente ha opinado en el mismo sentido, a favor de la propiedad como fundamento de la tercería: “La acción de tercería busca proteger la propiedad del tercero cuyo bien se encuentra afectado por obligaciones asumidas por un deudor no propietario, sin que le corresponda o se encuentre obligado a ello (...)” (CAS. N° 3436-2006-Lambayeque); “La tercería de propiedad tiene como sustento la propiedad de bienes embargados o afectados para su ejecución, con la finalidad que se saque el bien de la ejecución evitando su realización forzosa mediante remate o adjudicación (...)” (CAS. N° 776-2001-Apurímac); entre otros. De igual modo, el Tribunal Constitucional:

“El derecho de propiedad privada, reconocido por el artículo 2, inciso 17, de la Constitución, constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero, la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, *prima facie*, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70° de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino

³⁸⁰ Íd. P. 321; HINOSTROZA, Alberto *Derecho procesal Civil. Sujetos del Proceso* (Lima: Jurista Editores, 2010), vol. I, p. 695.

³⁸¹ Esto es: “el *deudor* responde por el cumplimiento de *todas* sus obligaciones con *todos* los bienes que integran su patrimonio”. (Cursiva de la autora). ARIANO. Eugenia. Supra nota 366. P. 117.

³⁸² Eugenia ARIANO, “Las tercerías de ‘propiedad’ en el CPC de 1993: sus problemas y sus ‘atajos’”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2004, p. 5.

³⁸³ “La tercería de propiedad, llamada en doctrina como la oposición de terceros en la ejecución, tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo; solo los bienes del deudor podrán servir como instrumento para la satisfacción del interés del acreedor, nunca de los terceros; es decir, la pauta interpretativa del fenómeno de la tercería se basa en el principio de responsabilidad patrimonial que en sentido procesal se puede expresar que toda ejecución dineraria parte de una premisa básica de orden sustancial; el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes que integran su patrimonio, que deriva a su vez del principio de identidad que debe existir entre los sujetos de la obligación, el objeto de esta y su causa”.

³⁸⁴ GONZÁLES Gunther y José Antonio ÁLVAREZ, *Embargo, Tercería de propiedad y Remate judicial de inmuebles* (Lima: Jurista Editores, 2014), p. 73 y 75.

también como garantía de indemnidad. Así las cosas, *el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo. Por esto, desde la perspectiva constitucional, todo cobro indebido a una persona, proceda del Estado o de particulares, constituye una afectación del derecho de propiedad.*” (STC. N° 0043-2007-AA/TC, 6° fundamento) (Cursiva mía)

- b. Objeto: Atendiendo a que el artículo 100° del CPC expresa que “puede intervenir en un proceso [de tercería] quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes”, se podría decir que el objeto del proceso es el reconocimiento del derecho de propiedad del tercerista.³⁸⁵ No obstante, como lo indica Ariano, no parece sensato pensar que el tercerista pretenda un mero “reconocimiento” de su derecho.³⁸⁶ Pues si así fuera, no tendría sentido que el CPC establezca que la demanda deba ser planteada antes del remate, ni que su admisión pueda suspender la ejecución.³⁸⁷ Asimismo, tampoco es del todo exacto afirmar que el objeto de ésta sea únicamente la desafectación o el levantamiento del embargo, como lo señala Rodríguez Garcés³⁸⁸, I. Herencia³⁸⁹, M. Bueno³⁹⁰, entre otros. Pues esa era la finalidad expresa conforme al CPC anterior (1912).³⁹¹ Más bien, hay un sector de la doctrina que tiende a señalar que ésta tendría un “triple objetivo”: reconocer el derecho del tercerista, levantar el embargo, y restituir los bienes.³⁹² De todos modos, lo más acertado sería indicar que el objeto de la tercería y por lo tanto el *petitum* de la demanda, recaería en los dos primeros: (i) reconocer el derecho de dominio del tercerista sobre los bienes embargados; y (ii) levantar el embargo.³⁹³ Pues el tercero sería más bien una consecuencia de estos dos.

³⁸⁵ Cfr: “Lo interesante de esta figura es que busca levantar la medida cautelar que afecta a un bien de su propiedad o que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia (...). El interés del tercerista se agota en liberar su propiedad o cobrar con preferencia su crédito” Véase: LEDESMA, Marianella. Supra nota 364. P. 19.

³⁸⁶ ARIANO, Eugenia. Ob. Cit. P. 133.

³⁸⁷ Cfr.: “A través de este proceso no se pretende una declaración de la titularidad de la propiedad. Su fin es levantar, liberar (‘alzar’ o que ‘se excluya de la traba’ en la terminología española) la afectación del bien.” BUENO, Miguel “Las tercerías y su vinculación con la actividad financiera”, en *Cómo probar la tercería de propiedad: claves para evitar el remate de los bienes embargados2* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), pp. 130–40.

³⁸⁸ “El *petitum* fundamental de la tercería de dominio consiste en que **se levante la afectación recaída sobre un determinado bien** (...). Al “*petitum*” de la tercería de dominio –*petitum* típico- se puede acumular otro de naturaleza diversa: **la restitución al tercerista de los bienes embargados** (entrega del a posesión). Este hecho no obsta a la determinación de lo que es el **pedimento esencial** de la tercería.” (negrita del autor). RODRÍGUEZ, Sergio. Ob. Cit. P. 396.

³⁸⁹ “su fin es que el órgano jurisdiccional ordene la liberación del bien, es decir disponda que se levante o cancele, (...)”. En: HERENCIA, Inés *¿Procede la tercería de propiedad contra el gravamen proveniente de una hipoteca legalmente constituida?* (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), p. 20.

³⁹⁰ “Su fin es levantar, liberar (“alzar” o que “se excluya de la traba” en la terminología española) la afectación del bien.” En: BUENO, Miguel. Ob. Cit. P. 130.

³⁹¹ “Sin embargo, nuestros jueces parecen no haber prestado atención a lo establecido en el art. 100 del CPC y en estos once años de vigencia del CPC de 1993 han siempre dado por sentado que la “tercería de propiedad” tiene el mismo objeto que con el CPC de 1912 es decir, “levantar el embargo” o –recogiendo el neologismo del artículo 624 del CPC - provocar “la desafectación del bien”, que es algo que la ley no dice en la regulación de la tercería como si lo decía claramente el CPC de 1912 (artículos 749 y 755).” Véase: ARIANO, Eugenia. Supra nota 381. P. 7.

³⁹² RODRÍGUEZ, Sergio. Ob. Cit. P. 321.; HINOSTROZA, Alberto. Supra nota 361. P. 423.

³⁹³ ARIANO, Eugenia. Supra nota 373. P.296-297.

- c. Partes procesales: En cuanto a la legitimación del tercerista, Hinostrza Minguez apunta que éste es un requisito de suma importancia dado que el tercerista actúa interfiriendo en el proceso a fin de lograr la revocación de los actos procesales de embargo, en razón a lo cual debe mostrar su legitimación mediante la presentación de un título que *prima facie* acredite la propiedad de los bienes. Asimismo, citando a Prieto-Castro Ferrándiz, manifiesta que “no cabe duda que únicamente tendrá legitimación activa el propietario e, inclusive el copropietario, de los bienes afectados”.³⁹⁴ En tanto el tercerista tiene una pretensión autónoma al de las partes, éste se constituye como demandante, accionando contra el acreedor (o ejecutante) y deudor (o ejecutado), los demandados. Al respecto, Rodríguez Garcés afirma que: “Si la pretensión del tercero es opuesta a los intereses de ambas partes, el tercero se denomina tercero excluyente. El Tercero es excluyente cuando reclama derechos contrarios o incompatibles con el de ambos litigantes”.³⁹⁵ Por otro lado, en cuanto a la legitimación pasiva, Lino Palacio indica que: “el actor y el demandado en el proceso principal integran, por lo tanto, en la tercería, un *litisconsorcio pasivo*, que además reviste, en principio carácter *necesario*, no sólo porque la ley exige que la pretensión se interponga frente a ambos, sino también en virtud de la situación jurídica inescindible en que se encuentran con relación a la cosa embargada” (cursiva del autor).³⁹⁶
- d. Presupuestos: Aunque al respecto las opiniones tienden a variar³⁹⁷, se podría afirmar como tales a los siguientes: (i) tener la calidad de tercero en el proceso pendiente; (ii) existencia de una medida cautelar³⁹⁸; y (iii) ser titular del derecho de propiedad con anterioridad a la afectación del bien. Estos presupuestos no deben confundirse con los requisitos formales, los cuales serían: la oportunidad³⁹⁹ en la interposición de la

³⁹⁴ Cfr. “La admisibilidad de la tercería de dominio no se halla supeditada a la titularidad plena de ese derecho. En consecuencia, la pretensión puede ser interpuesta por el condómino. No así, en cambio por el poseedor que no revistiere también la condición de propietario de la cosa embargada, quien puede utilizar, en resguardo de sus derechos, otras vías procesales como los interdictos o las pretensiones posesorias” PALACIO, Lino. Ob. Cit. Vol. 3. P. 298.

³⁹⁵ RODRÍGUEZ, Sergio. Ob. Cit. Vol. 1. P. 46.

³⁹⁶ PALACIO, Lino. Ob. Cit. Vol. 3. P. 287.

³⁹⁷ RODRÍGUEZ, Sergio. Ob. Cit. P. 373; GONZÁLES, Gunther y José ÁLVAREZ. Ob. Cit. P. 84; HINOSTROZA, Alberto. Supra nota 361. P. 423-424; RIOJA, Alexander. Ob. Cit. P. 179-182; BUENO, Miguel. Ob. Cit. P. 131; HERENCIA, Inés. Ob. Cit. P. 7; entre otros.

³⁹⁸ Cuando el artículo 533° señala “bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución”, no cabe duda que se refiere a “bienes embargados”. Pues como lo indica Ariano, para nuestro CPC, el embargo “consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho” (642° CPC), además que el momento límite para el planteamiento de la demanda, es el inicio del remate judicial. ARIANO, Eugenia. Supra nota 366. P. 136.; “La admisibilidad de las tercerías, cualquiera sea su clase, se halla condicionada a la existencia de un embargo. En caso contrario no existiría interés jurídico que la sustentase (...). No basta, por otra parte, que el embargo haya sido ordenado. Además es necesario que haya sido efectivamente trabado.” PALACIO, Lino *Derecho Procesal Civil*, 3a ed. (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1983), III, p. 276.; “constituye requisito vital para la admisibilidad de esta tercería la existencia de una medida cautelar, caso contrario no podría justificarse el interés jurídico para intervenir, menos para paralizar el proceso principal” (subrayado de la autora) LEDESMA, Marianella. Supra nota 366. P. 19.

³⁹⁹ Debe entenderse por “inicio del remate”, al acto por el cual el bien ha pasado ya al patrimonio de otro sujeto, lo cual en el ordenamiento vigente (arts. 739° y 740°), tratándose de bienes muebles ocurre recién con la entrega del bien y en el caso de inmuebles con la emisión del auto de adjudicación. ARIANO, Eugenia. Supra nota 371. P. 307. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema: “la oportunidad que estipula el artículo quinientos treinticuatro del Código Procesal Civil debe entenderse hasta antes que el inmueble fuese adjudicado (...)” (Cas. N° 1002-2005-Lima); “lo lógico resulta ser que la

demanda –que sería hasta antes del remate judicial– (art. 534° CPC); y la acreditación⁴⁰⁰ fehaciente, mediante documento público o privado de fecha cierta, del derecho en que se funda el tercerista, o en su defecto, el ofrecimiento de garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios que la acción pudiera irrogar (art. 535° CPC).

- e. Efectos de su admisión: De acuerdo a lo estipulado en el artículo 536° del CPC, la admisión de la demanda de tercería de propiedad, “suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería”. Al respecto, Ariano (en concordancia con Lino Palacio, Hinostroza Minguez y Rodríguez Garcés), precisa: “la admisión de la demanda de tercería de propiedad, sea cual fuere el momento en que se haya admitido, suspende *ex lege* la ejecución cuando *recién* (esto es, no antes) se llegue al momento de la enajenación forzada del bien (remate judicial o adjudicación al ejecutante)”.⁴⁰¹ Asimismo, Ledesma señala: “en el caso de la tutela cautelar, solo se suspenderá el proceso si llega a la etapa ejecutiva, mientras el proceso debe seguir hasta establecer el derecho, es decir, hasta sentenciar. Cabe señalar que, “la suspensión se realizará aunque la demanda que ordena el remate de los bienes se encuentre

oportunidad para interponer la tercería es antes que se realice la venta forzosa o la adjudicación en pago, pues luego de este momento carece de sentido interponer la tercería al haber sido transferida la propiedad del bien” (Cas. N° 776-2011-Apurímac).

Cfr. “Debe entenderse que la interposición de la tercería excluyente de demonio puede efectuarse hasta antes de que se inicie el acto de remate, esto es, hasta antes de que se dé lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, y no hasta antes de que se adjudique el bien a uno de los postores” (Cas. N° 1064-2000-La Libertad)

⁴⁰⁰ PALACIO, Lino. Ob. Cit. Pp. 280-281; “La ley condiciona la admisibilidad de toda tercería al cumplimiento de un requisito específico: la prueba, mediante instrumentos fehacientes o en forma sumaria, de la *verosimilitud* del derecho en que se funda, o la prestación de fianza (...) Se trata de un requisito extrínseco de admisibilidad de la pretensión, que funciona, como tal, independientemente de la eventual *fundabilidad* de aquélla, y cuyo cumplimiento tiende a evitar que la mera interposición de la tercería se convierta en un factor obstruccionista del proceso principal. De allí que la prueba inicialmente aportada por el tercerista deba limitarse a acreditar la *verosimilitud*, (...)” (cursivas del autor); “Los requisitos en cuestión son de admisibilidad y no de procedencia; (...) Creer, como en algún momento lo hizo la Corte Suprema [Cas. N° 3250-98-Lambayeque], que la omisión de estos anexo puede acarrear la improcedencia, más que un error interpretativo, es una lectura totalmente antojadiza del artículo en mención.” Véase: LEDESMA, Marianella. Supra nota 369. P. 677.

“1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

2. El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin podrá solicitar al notario, juz y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

3. En caso que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada **INFUNDADA**, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.” (Dicho extracto ha sido establecido como precedente judicial vinculante por el VII Pleno Casatorio Civil, correspondiente a la Cas. N° 3671-2014-Lima).

⁴⁰¹ ARIANO, Eugenia. Supra nota 373. Pp. 316-317.

consentida o ejecutoriada, es decir, aunque este firme la sentencia. Estas reglas tienen una serie de excepciones: [deterioro, corrupción, desaparición o conservación onerosa de los bienes]”.⁴⁰² Probado el derecho de propiedad del tercerista, se levantará la medida cautelar.

- f. Suspensión de la medida cautelar sin Tercería: Conforme al artículo 539° del CPC, “El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercería, de acuerdo al Artículo 533”. Esta disposición regularía un procedimiento “alternativo” y “más simple”, en comparación con la tercería. No obstante, si bien parecería una opción más conveniente, por lo “expeditivo” de su trámite (simple presentación de su título registral), como lo advierten Ariano y Ledesma, no tiene sentido que solo se suspenda el embargo habiendo presentado un título de propiedad registrado, que sería fehaciente.⁴⁰³ Además, esto se parece a lo que en la praxis judicial se conoce como “pedido de desafectación inmediata” (artículo 624° CPC). De modo que existiendo ya el mecanismo de desafectación, parecería estar demás lo regulado en este artículo.

Finalmente, cabe indicar que de conformidad con el artículo 491° del Código Procesal Civil, la sentencia que se emita es apelable dentro de los cinco días hábiles. Ésta tendrá efecto suspensivo (494° CPC).

11.2. La Intervención Excluyente de Propiedad y sus presupuestos

Como veremos a continuación, la Tercería de Propiedad y la Intervención Excluyente de Propiedad (denominada también como “intervención *ad excludendum*”) son mecanismos con rasgos muy similares, excepto por el hecho de que este último se plantea en un procedimiento administrativo de cobranza coactiva en trámite y ante un funcionario de la SUNAT (Ejecutor Coactivo). El término “intervención excluyente de propiedad” podría resultar inexacto para definir la acción de oposición del tercero, si tenemos en cuenta la distinción ya efectuada entre intervención de terceros y tercería de propiedad.⁴⁰⁴ Es un término defectuoso producto de la confusión entre estas dos figuras que se ha arrastrado con el paso del tiempo. Lo cual incluso se refleja en el uso promiscuo de distintos términos para definir esta acción en nuestra legislación tributaria.⁴⁰⁵

⁴⁰² LEDESMA, Marianella. Supra nota 369. P. 680.

⁴⁰³ Íd. Pp. 686-688. ARIANO, Eugenia. Supra nota 373. Pp. 330-332.

⁴⁰⁴ Recordemos que la tercería promueve un proceso declarativo autónomo en contra de las partes de otro proceso, y no una inserción de un tercero en un proceso pendiente.

⁴⁰⁵ El primer, segundo y tercer T.U.O del Código Tributario (aprobados mediante D.S. N° 395-82-EFC, D.S. N° 218-90-EF y Decreto Ley N° 25858, respectivamente) utilizaron por ejemplo el término “tercería excluyente de dominio”. Posteriormente el cuarto T.U.O, aprobado por D.L. N° 773, optó por denominarlo “tercería de propiedad”. No obstante a partir del quinto T.U.O, aprobado por D.L. N° 816, haciendo una combinación lo pasó a denominar “intervención excluyente de propiedad”. Esta nueva denominación se repitió en el D.S. N° 135-99-EF y en el D.S. N° 133-2013-EF (Código Tributario actual).

Sin perjuicio de la terminología usada, lo que sí es rescatable es el perfeccionamiento progresivo de su regulación desde nuestro primer Código Tributario (D.S. N° 263-H, vigente desde el 17 de octubre de 1966). Como se adelantó anteriormente, éste ya lo había previsto en su artículo 104°, aunque de manera muy tímida y como un supuesto de suspensión del procedimiento (y no sólo de suspensión del remate):

“Art. 104°.- Ninguna autoridad, bajo responsabilidad, podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de la entidad encargada de la acotación, que está facultada para disponer la suspensión en los siguientes casos:

(...)

e) Que se acredite, en los casos de embargo, con título inscrito en los Registros Públicos o con documento fehaciente, a juicio de la Administración Tributaria, que el bien embargado pertenece a persona distinta del deudor.” (Subrayado mío)

Dada la confusión normativa de aquella época sobre la cobranza coactiva, difuminada en varios dispositivos, recordaremos que con el Decreto Ley N° 17355 se unificó la normativa y se instauró finalmente un modelo coactivo administrativo puro (y ya no mixto). En su cometido, este Decreto Ley derogó todo el capítulo VI del primer Código Tributario, referido al Procedimiento Coactivo de Cobranza (arts. 98° al 105°).⁴⁰⁶ En defecto del artículo 104° y siendo más explícito, este Decreto reguló en su artículo 6° sobre la suspensión del procedimiento coactivo (casi en los mismos términos que el anterior artículo 104°), pero en un párrafo adicional agregó lo relacionado a la “tercería”:

“Artículo 6°.- Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de la entidad encargada de la acotación, que está facultada para hacerlo cuando (...).

El tercero que alegue la propiedad del bien o bienes embargados podrá interponer tercería ante el propio Juez Coactivo, que será amparado sólo en el caso de presentarse título inscrito en los Registros Públicos o con documentos fehacientes que sea aceptado por la entidad u órgano ejecutante como prueba de que el bien embargado pertenece a persona distinta del obligado. En estos últimos casos de documentos fehacientes no inscritos, el expediente será elevado en consulta al Tribunal Fiscal cuando se trate de tributos, para la apreciación de la prueba; y a la Corte Superior respectiva cuando la ejecución se refiera a otra clase de obligaciones.” (Subrayado mío)

Este artículo sufrió varias modificaciones. Una de ellas fue la introducida por el Decreto Ley N° 22686, la cual cambió el término “tercería” por el de “tercería excluyente de dominio” y añadió que ésta debía tramitarse de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles.⁴⁰⁷ Del mismo modo, el primer Código Tributario también sufrió varias

⁴⁰⁶ Como lo señala Flores Polo: “El Capítulo referente al ‘Procedimiento Coactivo de Cobranza’ ha tenido diversas modificaciones desde la promulgación del Código Tributario. La innovación más importante la introdujo el Decreto Ley No. 17355, que derogó los artículos originales Nos. 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 del Código, en Diciembre de 1968” FLORES, Pedro. Ob. Cit. p. 387.

⁴⁰⁷ “Artículo 6.- Ninguna autoridad ni órgano administrativo, político ni judicial podrá suspender el procedimiento coactivo, con excepción de (...)

El tercero que alegue la propiedad del bien o bienes embargados en un proceso de cobranza coactiva, podrá interponer tercería excluyente de dominio ante el propio Juez Coactivo, en cuaderno separado, tramitándose la causa de acuerdo con los artículos 746 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles con las modificaciones que contiene el presente Decreto Ley. (...)” (Subrayado mío).

modificaciones, las cuales fueron compiladas y reordenadas en el Primer T.U.O. del Código Tributario, promulgado por D.S. N° 395-82-EFC y vigente desde el 30 de diciembre de 1982. Luego de casi 20 años de vigencia del primer Código Tributario, el nuevo T.U.O. “circunscribió los nuevos artículos 98° al 105°, a lo estrictamente referido a la cobranza de adeudos tributarios, quedando vigente el Decreto Ley No. 17355 en todo aquello que corresponda a otro tipo de acciones ajenas a la cobranza coactiva de tributos”.⁴⁰⁸ Así, en su artículo 101° transcribió bajo los mismos términos, lo ya establecido por el artículo 6° del Decreto Ley (ver pie de página 407). Dicha introducción fue bien acogida, dada la ampliación de documentos que podían presentarse.⁴⁰⁹

Posteriormente se promulga el Decreto Ley N° 25859 que “Aprueba el nuevo Texto del Código Tributario”, vigente desde el 24 de noviembre de 1992. En éste, el artículo 120° reguló específicamente “la acción de tercería excluyente de dominio” que podía interponer el tercero:

“Artículo 120.- El tercero que sea propietario de bienes embargados en el procedimiento coactivo podrá interponer la acción de tercería excluyente de dominio, la que sólo será admitida si se acompaña con instrumento público o documento privado de fecha cierta, debidamente registrados, que a juicio de la Administración acredite fehacientemente la propiedad antes del embargo.

La acción de tercería excluyente de dominio, se interpondrá ante el Ejecutor Coactivo en cuaderno separado y se tramitará de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles y al presente Código.

La resolución dictada por el Ejecutor Coactivo es apelable ante el Tribunal Fiscal, en el plazo de cinco (5) días hábiles.

Si el Ejecutor Coactivo declara fundada la acción de tercería excluyente de dominio, levantando total o parcialmente el embargo, elevará en consulta el expediente al Tribunal Fiscal.

La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.” (Subrayado mío)

Como se observa, los cambios introducidos con este nuevo Código Tributario, fueron sustanciales. Se cambió el término “el tercero que alegue la propiedad” por “el tercero que sea propietario”. Se cambió también la denominación de “Juez Coactivo” por el de “Ejecutor Coactivo”. Asimismo, en cuanto a su trámite, se precisó que debía hacerse de acuerdo no solamente al Código de Procedimientos Civiles, sino también al Código Tributario. Por último, en cuanto a la documentación, se indicó que podía ser documento público o privado de fecha cierta “debidamente registrados”.

Con ocasión del D.L. N° 773, que aprobó el (nuevo) Código Tributario, vigente desde el 01 de enero de 1994, el artículo 120° apenas sufrió cambios. Con ésta únicamente se reemplazó el término “acción de tercería excluyente de dominio” por el de “acción de

⁴⁰⁸ FLORES, Pedro. Loc. Cit.

⁴⁰⁹ Flores Polo bien lo indica: “Tratándose de **tercerías**, el nuevo texto del Código en lo referente al procedimiento coactivo es mucho más amplio porque conforme al régimen derogado [texto original del artículo 104°], sólo era admisible la tercería fundada en título inscrito en los Registro Públicos o con documentos fehaciente que contaran con la aceptación de la entidad ejecutante como prueba de que el bien embargado pertenece a persona distinta del obligado. Cuando había documentos fehacientes no inscritos, el Juez Coactivo debía elevar el expediente en consulta ante el Tribunal Fiscal, (...). En el nuevo régimen procesal coactivo se han suprimido estas limitaciones para el ejercicio del derecho de tercería.” (negrita del autor). Íd. P. 393.

tercería de propiedad". No obstante, luego, con el D.L. N° 816 que aprobó el (nuevo) Código Tributario, vigente desde el 22 de abril de 1996, el artículo 120° pasó a ser regulado casi de la manera que lo está hoy:

"Artículo 120.- El tercero que sea propietario de bienes embargados en el Procedimiento de Cobranza Coactiva podrá interponer intervención excluyente de propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.
2. Admitida la intervención excluyente de propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y correrá traslado de la tercería al ejecutado para que la absuelva en un plazo no mayor de 5 (cinco) días hábiles siguientes a la notificación.
3. La resolución dictada por el Ejecutor Coactivo es apelable ante el Tribunal Fiscal en el plazo de 5 (cinco) días hábiles, el cual inclusive está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia del documento a que se refiere el numeral 1 del presente artículo.
4. La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial." (Subrayado mío)

Al respecto, se puede apreciar que con este cambio legislativo se recogió por primera vez el término "intervención excluyente de propiedad". El cual además incluyó un límite temporal para que el tercero pudiera actuar (inicio del remate), y los efectos de la admisión de la intervención (suspensión del remate). Se eliminó toda referencia a la tramitación de acuerdo a la normativa procesal civil; así como toda elevación en consulta al Tribunal Fiscal, en caso se declarara fundada la solicitud del tercero. Por último se estipuló de manera expresa que el Tribunal Fiscal era competente para resolver respecto a la fehaciencia de los documentos presentados.

Con el D.S. N° 135-99, publicado el 19 de agosto de 1999, que aprobó el T.U.O del Código Tributario, dichas disposiciones se mantuvieron casi intactas, salvo por la incorporación de los literales a) hasta la g), referidos a las reglas de tramitación de la intervención que hoy conocemos. Posteriormente el D.L. N° 981, publicado el 16 de marzo de 2007, añadió nuevas reglas hasta el literal j). Lo cual luego fue recogido sin mayores modificaciones por nuestro actual T.U.O. del Código Tributario, aprobado por D.S. N° 133-2013-EF, publicado el 22 de junio de 2013. Hoy en día se puede decir que la regulación del artículo 120° provee parámetros más claros, tanto para el accionar del Ejecutor Coactivo, como del tercero. Labor a la cual ha contribuido la reglamentación del Procedimiento de Cobranza Coactiva (RPCC) dada en el año 2004, así como ciertos alcances brindados por la jurisprudencia del Tribunal Fiscal. Veamos a continuación sus características principales.

La Intervención Excluyente de Propiedad está regulada actualmente en el artículo 120° del Código Tributario, bajo los siguientes términos:

"Art. 120°.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

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.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.
- b) Admitida la Intervención Excluyente de Propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el ejecutado emita su pronunciamiento en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.
Excepcionalmente, cuando los bienes embargados corran el riesgo de deterioro o pérdida por caso fortuito o fuerza mayor o por otra causa no imputable al depositario, el Ejecutor Coactivo podrá ordenar el remate inmediato de dichos bienes consignando el monto obtenido en el Banco de la Nación hasta el resultado final de la Intervención Excluyente de Propiedad.
- c) Con la respuesta del deudor tributario o sin ella, el Ejecutor Coactivo emitirá su pronunciamiento en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.
- d) La resolución dictada por el Ejecutor Coactivo es apelable ante el Tribunal Fiscal en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la citada resolución. La apelación será presentada ante la Administración Tributaria y será elevada al Tribunal Fiscal en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la apelación, siempre que ésta haya sido presentada dentro del plazo señalado en el párrafo anterior.
- e) Si el tercero no hubiera interpuesto la apelación en el mencionado plazo, la resolución del Ejecutor Coactivo, quedará firme.
- f) El Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia del documento a que se refiere el literal a) del presente artículo.
- g) El Tribunal Fiscal debe resolver la apelación interpuesta contra la resolución dictada por el Ejecutor Coactivo en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal.
- h) El apelante y la Administración Tributaria pueden solicitar el uso de la palabra conforme con el segundo párrafo del artículo 150.
- i) La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.
- j) Durante la tramitación de la intervención excluyente de propiedad o recurso de apelación, presentados oportunamente, la Administración debe suspender cualquier actuación tendiente a ejecutar los embargos trabados respecto de los bienes cuya propiedad está en discusión.”

En cuanto a su definición, el artículo 23° del Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva (RPCC), expresa que: “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.” Para el Tribunal Fiscal, según la Resolución N° 08184-1-2007 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 8 de setiembre de 2007, que constituye de observancia obligatoria, la Intervención Excluyente de Propiedad “es la vía por la que el tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva, invoca su derecho de propiedad respecto de un bien embargado por una deuda tributaria correspondiente a otro sujeto (deudor tributario), y tiene como finalidad que se tutele dicho derecho y se impida la ejecución de la medida de embargo sobre el bien que le pertenece.” Por otro lado, a pesar del tratamiento prácticamente

nulo del Procedimiento de Cobranza Coactiva y de la Intervención Excluyente de Propiedad por parte de la doctrina, en opinión de cuatro destacados especialistas en tributos de nuestro medio, “este artículo [120°] contempla un procedimiento de conocimiento al interior de uno de ejecución, por cuanto el Ejecutor Coactivo debe determinar si la propiedad afectada con el embargo le pertenece a un tercero y no al deudor tributario con base a las pruebas que aquel acompañe en su solicitud”.⁴¹⁰ Asimismo, para Huamaní Cueva, este procedimiento “consiste en la acción ejercitada por una tercera persona ajena al procedimiento de cobranza coactiva, invocando su derecho de propiedad sobre el bien embargado, a efecto de que se levante dicha medida y el bien quede liberado de la ejecución”.⁴¹¹

Al respecto, podría decirse entonces que la “intervención excluyente de propiedad” es aquel mecanismo procedimental de oposición por parte de un tercero, en virtud del cual hace valer su derecho de propiedad en un procedimiento de cobranza coactiva del que no es parte. En tanto la intervención excluyente de propiedad tiene como fuente de inspiración a la tercería de propiedad, veremos que sus características son idénticas. Sin embargo, a diferencia de ésta, aquí la triangulación de sujetos y pretensiones es distinta. En ésta no actúan cuatro sujetos (acreedor, deudor, tercero y juez), sino solo tres (acreedor, deudor y tercero). Siendo el Ejecutor Coactivo “juez y parte” a la vez, pues es quien en representación de la Administración Tributaria exige el pago de la deuda y además califica la solicitud del tercero.

- a. Fundamento: Se puede afirmar que la intervención excluyente de propiedad también tiene como fundamento jurídico al derecho de propiedad. Así lo ha expresado el Tribunal Fiscal, pues en la RTFOO N° 08184-1-2007 ha manifestado que la tutela del derecho de propiedad del tercero, es la “finalidad de la tercería o intervención excluyente de propiedad”. En el mismo sentido opina Alva Matteucci: “En sí, la tercería excluyente de propiedad tiene como objetivo primordial la protección del derecho real de propiedad, el cual se encuentra afectado por el embargo trabado por la Administración Tributaria o algún Juzgado, al haberse considerado como parte de los bienes del deudor tributario”.⁴¹²
- b. Objeto: A pesar de que poco se ha escrito al respecto⁴¹³, al igual que en la figura procesal, podríamos aseverar que el objeto de la intervención excluyente de propiedad, es también el reconocimiento del derecho que invoca el tercero y la correspondiente desafectación de sus bienes, y no sólo el primero.⁴¹⁴

⁴¹⁰ BRAVO, Jorge; Carmen ROBLES; Francisco RUIZ DE CASTILLA y Walker VILLANUEVA. *Código Tributario. Doctrina y Comentarios*, 4a. ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2016), II, p. 953.

⁴¹¹ HUAMANÍ, Rosendo *Código Tributario Comentado* (Lima: Jurista Editores, 2013), II, p. 1025.

⁴¹² ALVA, Mario “El embargo de bienes de terceros: ¿cuándo procede interponer la Tercería Excluyente de Dominio?”, *Actualidad Empresarial*, I.296 (2014), I1–6 (p. I-4).

⁴¹³ “el bien que ha sido embargado no es del deudor sino del interviniente, por lo que éste solicitará que se lo desafecte y que se le reconozca su derecho de propiedad en el mismo” (subrayado mío). AELE, “Intervención excluyente de propiedad en materia tributaria”, *Informe Tributario. Suplemento de Análisis Tributario*, 2001, 3–8 (p. 3).

⁴¹⁴ Cfr. “la finalidad de la intervención excluyente de propiedad es impedir que con las medidas cautelares se afecte el derecho de terceros ajenos a la deuda tributaria que las sustentan, (...)” RTF N° 2249-4-2008.

- c. Partes: En este caso el tercero se constituirá como sujeto activo, y el deudor y acreedor tributario como sujetos pasivos. Conforme a lo cual, se debería formular la intervención excluyente de propiedad contra el deudor tributario y la Administración Tributaria (como acreedora); pues con ello se contradice las pretensiones de éstos. Nótese que si bien en la práctica esto a veces se omite (interponer la intervención en contra de ambos sujetos); ello no parece haber enervado su admisibilidad. Sin perjuicio de ello, en el apartado siguiente haremos un acercamiento más detallado a la legitimación activa del tercero.
- d. Presupuestos: Al respecto se ha indicado que, “el presupuesto para esta clase de intervención es la existencia de un bien sujeto a medida cautelar dentro de un proceso o de un bien pasible de ejecución forzada; el bien que ha sido embargado no es del deudor sino del interviniente, por lo que éste solicitará que se lo desafecte y que se le reconozca su derecho de propiedad en el mismo”.⁴¹⁵ Conforme a ello, podría señalarse lo siguiente: (i) tener la calidad de tercero en el procedimiento de cobranza coactiva⁴¹⁶; (ii) la afectación de los bienes con medida cautelar; y (iii) ser titular del derecho de propiedad con anterioridad a la afectación del bien⁴¹⁷. Estos presupuestos no deben confundirse con los requisitos formales, los cuales serían: oportunidad en su interposición—en cualquier momento hasta antes que inicie el remate—; y la acreditación⁴¹⁸ fehaciente de su derecho, mediante documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento⁴¹⁹ –

⁴¹⁵ AELE. Loc. Cit.

⁴¹⁶ No tener la calidad de deudor tributario ni de responsable solidario.

⁴¹⁷ “Quien formula una intervención excluyente de propiedad debe demostrar que su derecho de propiedad es anterior a la medida de embargo trabada, lo que no significa necesariamente que deba probar que adquirió el bien antes del embargo sino que el bien embargado había dejado de ser propiedad del ejecutado con fecha anterior a dicho embargo y –de darse el caso– que, teniendo en cuenta el tracto sucesivo, el solicitante ha llegado a ser propietario del bien luego de sucesivas transferencias, que deben encontrarse debidamente acreditadas”. (Véase las RTF N° 1007-4-2009, N° 1099-5-2014; N° 6782-4-2004 y N° 2732-5-2006). AELE, “Intervención Excluyente de Propiedad”, *Informe Tributario. Suplemento de Análisis Tributario*, XVIII.215 (2009), 8–11 (p. 8).

⁴¹⁸ Recuérdense que en las cuatro RTFs examinadas inicialmente, el Ejecutor Coactivo manifestó ante el Tribunal Fiscal que había declarado inadmisibles los recursos interpuestos por el fiduciario, en tanto éste no había probado su derecho; es decir, no había acreditado la transferencia a su favor de los bienes embargados. Esto, pues conforme se expresa en el literal a) y f) del artículo 120° del Código Tributario, así como en el numeral 2) del artículo 23° del Reglamento, el tercero debe acreditar fehacientemente su derecho mediante documento público privado, de modo que “sólo será admitido a trámite la Intervención Excluyente de Propiedad si el tercero prueba su derecho”.

⁴¹⁹ El numeral 2 del artículo 23 del RPCC establece que:

“Se entenderá dentro del criterio de fehaciencia la plena determinación e identificación de los bienes: Para este efecto, se observará lo siguiente:

a) Se considera como documento público además de aquellos a que se refiere el numeral 43.1 del Artículo 43 de la Ley del Procedimiento Administrativo General a la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por Notario.

La copia de un documento público tiene el mismo valor que el original si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo en el caso de un documento emitido por el Poder Judicial o; legalizado por Notario o autenticado por fedatario conforme a las normas sobre la materia, de ser el caso.

b) Un documento privado adquiere fecha cierta desde la fecha de la muerte del otorgante, desde su presentación ante funcionario público para que legalice o certifique las firmas de los otorgantes, desde su difusión a través de un medio público en fecha determinada o determinable u otra situación similar.

nótese que en su defecto, no es posible el ofrecimiento de garantía como sucede en la Tercería de Propiedad–.

- e. Efectos de su admisión: De acuerdo al literal b) del artículo 120° del Código Tributario y al numeral 3 del artículo 23° del RPCC, una vez admitida la intervención excluyente de propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el deudor emita su pronunciamiento. Salvo cuando los bienes embargados corran riesgo de deterioro o pérdida por caso fortuito o fuerza mayor o por otra causa no imputable al depositario; conforme a lo cual el Ejecutor podrá ordenar el remate inmediato de dichos bienes. De lo contrario, como lo señala el literal j) del artículo 120°, durante la tramitación de la intervención excluyente de propiedad o el recurso de apelación, se deberá suspender cualquier actuación tendiente a ejecutar los embargos trabados.

A mayor abundamiento, vale hacer algunas precisiones: Los Ejecutores Coactivos no son competentes para resolver “Intervenciones de derecho preferente” o “Tercerías preferente de pago”, así lo ha establecido el Informe N° 004-2007-SUNAT/2B0000 y el Tribunal Fiscal en reiterada jurisprudencia.⁴²⁰ Asimismo, el Ejecutor Coactivo resolverá la intervención excluyente de propiedad planteada, mediante Resolución Coactiva, en un plazo de 30 días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo para que el deudor se pronuncie al respecto (numeral 3 del artículo 23 del RPCC). Sin embargo, si éste no emite pronunciamiento dentro de dicho plazo, opera el silencio administrativo negativo (numeral 3 del artículo 23 del RPCC). La Resolución Coactiva a través de la cual el Ejecutor resuelve la Intervención Excluyente de Propiedad es apelable ante el Tribunal Fiscal dentro de los 5 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a su notificación (numeral 4 del artículo 23 del RPCC). Si el Tribunal Fiscal declara que la propiedad corresponde al tercero, el Ejecutor levantará la medida cautelar y ordenará que se ponga a disposición de éste (numeral 4 del artículo 23 del RPCC). Por último, en relación al embargo en forma de inscripción, si la intervención excluyente de propiedad es declarada fundada y como consecuencia de ello se levanta el embargo, la RTFOO N° 2670-5-2007 ha establecido que la SUNAT está obligada al pago de las tasas registrales u otros derechos exigidos para la anotación y/o levantamiento de dicha medida cautelar⁴²¹. Criterio que contradice expresamente lo previsto en el numeral 3 del artículo 118° del Código Tributario.

Adicionalmente, el Ejecutor puede considerar como fecha cierta la que hubiera sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.”

⁴²⁰ Cfr. “La tercería de derecho preferente la presenta un acreedor concurrente que tiene mejor derecho que la Administración Tributaria, es el caso del acreedor hipotecario, el acreedor prendario, el fiduciario con derecho inscrito con anterioridad al embargo o cuyo derecho conste en documento de fecha cierta anterior, casos en los cuales la prioridad del derecho se otorga bajo el principio “primero en el tiempo, primero en el Derecho”. Los acreedores alimentarios y laborales son privilegiados respecto del acreedor tributario, casos todos estos en los cuales el Ejecutor Coactivo debe examinar si estos terceros disponen de un mejor derecho que impide la cobranza coactiva de sus deudas tributarias antes de la que corresponde a estos acreedores”. BRAVO, Jorge y otros. Ob. Cit. P. 954.

⁴²¹ En sus considerandos el Tribunal Fiscal afirma que: “No constituye un argumento válido señalar que el pago de las tasas registrales corresponde al tercero por no haber inscrito oportunamente su título de propiedad, puesto que dicha inscripción en los Registros Públicos no es constitutiva del derecho de propiedad ni existe norma que obligue a los propietarios a inscribir sus derechos en los registros públicos”

11.3. Legitimidad para obrar activa en la “oposición de terceros”: ¿exclusivamente los titulares del derecho de propiedad?

Antes de entrar al tema de la “oposición de terceros” (entiéndase, Intervención Excluyente de Propiedad), vale recordar qué es la legitimidad para obrar o *legitimatío ad causam* (legitimación en la causa). Ésta en palabras de Fausto Viale, “está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en el resultado”.⁴²² Asimismo, como afirma Vescovi, la legitimidad para obrar se refiere a la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz.⁴²³ De modo que como lo señala Ugo Rocco, al hablar de legitimidad para obrar, nos estamos refiriendo a nada menos que a la posibilidad o licitud jurídica de accionar.⁴²⁴

No obstante, debe precisarse que la legitimidad para obrar no es un “presupuesto procesal”, como erróneamente se sostiene; pues si lo fuera, la consecuencia de su ausencia sería la invalidez del proceso. Mucho menos es un presupuesto o elemento de la acción, pues ésta no condiciona ni impide su ejercicio. Por el contrario, ésta es más bien un presupuesto de la pretensión o contradicción.⁴²⁵ De modo que su existencia válida en el proceso, da lugar a que el juez se encuentre en aptitud de resolver el fondo de la *litis*. Asimismo, debe desterrarse la idea de que para que exista legitimidad para obrar (activa o pasiva), se requiere que las partes procesales sean titulares de la relación jurídico material; es decir que necesariamente éstos sean titulares del derecho material. Pues en realidad, sólo se exige que se “invoque” o “afirme” la misma en la demanda (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil)⁴²⁶; en tanto determinar la existencia del derecho material (titularidad) es un asunto de fondo que el juez debe decidir en el proceso.

Siendo que la legitimidad para obrar es aquella posición habilitante para actuar válidamente en el proceso, se dice que al lado de la legitimidad activa y pasiva, se encuentra la legitimidad para intervenir, la cual es establecida por la ley respecto de partes no originarias en el proceso (intervención de terceros: art. 97° y siguientes del CPC).⁴²⁷ De acuerdo a las características de cada una de las formas de intervención de terceros, la ley procesal determina los sujetos que se encuentran legitimados para intervenir.⁴²⁸ Conforme a lo cual, en el caso peruano, respecto de la intervención

⁴²² VIALE, Fausto “Legitimidad para obrar”, *Derecho PUCP*, 1994, 29–49 (p. 31) <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6712/6826>>.

⁴²³ VESCOVI, Enrique *Teoría general del proceso*, 2a ed. (Bogotá: Témis, 2006), p. 212.

⁴²⁴ ROCCO, Ugo *Tratado de derecho procesal civil*, 1976, I, p. 351.

⁴²⁵ VIALE, Fausto. Ob. Cit. P. 43.

⁴²⁶ Como bien lo indica Viale, la legitimidad para obrar no debe identificarse con el derecho material: “La existencia o inexistencia del derecho material, tal como lo hemos señalado anteriormente, es una cuestión de fondo, distinta de la legitimidad para obrar, que es una figura típicamente procesal.” Íd. P. 35 y 37.

⁴²⁷ VIALE, Fausto. Ob. Cit. P. 36.

⁴²⁸ Íd. P. 37.

excluyente de propiedad, habría que sujetarnos a lo establecido por los artículos 100° y 533° del CPC.

Es en ese escenario y atendiendo a lo expuesto en los apartados anteriores de este capítulo, que se puede afirmar que tanto en la tercería de propiedad (CPC) como en la intervención excluyente de propiedad (CT), la legitimación activa –correspondiente a la parte que sostiene la pretensión–, supone dos requisitos: (i) que el actor tenga el carácter de tercero ajeno al proceso o procedimiento, y (ii) que afirme ser “propietario” del bien embargado.

Si bien como hemos visto, la intervención excluyente de propiedad ha ido perfeccionándose con el tiempo en la legislación tributaria, ésta no es perfecta. Pues podría decirse que ha pecado de encasillar la tutela del mecanismo de oposición previsto en el artículo 120°, en una sola situación jurídica subjetiva: el derecho de propiedad. Lo cual también puede sostenerse respecto de la tercería de propiedad regulada en el Código Procesal Civil. Tanto el artículo 533° del CPC, como el artículo 120° del CT, expresan que este mecanismo “solo puede fundarse en la propiedad” y que la intervención puede ser interpuesta por “el tercero que sea propietario”, respectivamente. Conforme lo cual, se entendería que los *únicos legitimados* para plantear dichas acciones serían aquellos terceros que tuvieran la condición de “propietarios del bien embargado”.

Sin embargo, a pesar de que es claro que en la gran mayoría de situaciones, el tercerista o tercero es aquel que tiene la calidad de propietario de los bienes indebidamente afectados; creemos que ésta no es la única situación merecedora de protección jurídica. Conforme veremos a continuación, algunos datos históricos darán cuenta que al contrario de lo que se podría pensar, este mecanismo ha ido reduciendo inexplicablemente su espectro de legitimación activa.

En los países latinoamericanos de habla hispana, la tercería de propiedad es conocida como tal o también como “tercería de dominio” o “tercería excluyente de dominio”. No obstante, en otros países fuera del continente latinoamericano ésta tiene otras denominaciones. Por ejemplo, en Italia, es conocida como “opposizione di terzi” (art. 619 Codice di Procedura Civile); en Francia, como “tierce opposition” (art. 474 del Code de Procédure Civile); en Alemania (§ 771 Zivilprozessordnung (ZPO)) y Austria (§ 37 Executionsordnung), como “widerspruchsklage” (acción de terceros); y en Portugal (art. 1037 Código de Processo Civil) y Brasil (art. 1046 Código de Processo Civil), como “embargos de terceiro”.

En el derecho italiano, se afirma que la “oposición de terceros” es un medio de tutela reconocido desde la antigua Roma; cuando tratándose de una *legis actio per pignoris capionem* (ley por toma de prenda)⁴²⁹, el tercero podía accionar en razón de que la

⁴²⁹ “Autorizaba al acreedor a apoderarse de alguna cosa del deudor para satisfacer con ella su crédito, importando una suerte de ‘embargo’ realizado por el acreedor por propia mano, sin intervención de autoridad alguna” ARGÜELLO, Luis Rodolfo *Manual de Derecho Romano*, 3a ed. (Buenos Aires: Editorial

ejecución debía recaer sólo sobre las cosas del ejecutado (entiéndase de su propiedad).⁴³⁰ En el mismo sentido señala Ariano:

“La posibilidad de que un tercero se oponga a una ejecución pendiente *inter alios* fundándose en la propiedad de los bienes embargados es muy antigua, encontrando su origen en la *controversia de proprietate* que podía plantear un tercero frente al *pignus in causa iudicati captum* [prenda adquirida en virtud de sentencia] con el objeto de liberar su bien de la ejecución (...) y que, más adelante, en el medioevo, los doctores del derecho común interpretaron extensivamente, en el sentido de que los terceros no solo podrían oponer su propiedad sobre los bienes objeto de ejecución, sino cualquier otro *meliora et potiora iura* [mejores y mayores derechos] que tuvieran sobre ellos (ZANZUCCHI, 1946: p. 307)”.⁴³¹

Es decir, si bien la fórmula romana concebía la oposición de terceros sólo en términos de propiedad, ésta luego se amplió. La misma autora, añade que incluso el Código Alfonsino (conocido también como “Las Siete Partidas”)⁴³², es evidencia viva de aquella extensión en la legitimación:

“Et si por ventura en cumpliendo el juicio acaeciera contienda sobre las cosas que tomaban para facer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, ó que habien derecho en ellas, et non daquel contra quien fue dada la sentencia, entonce debe el judgador llanamente saber si es verdat lo que dicen, et si fallare que es así deben dexar aquellas cosas, et cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda” [cursivas agregadas].⁴³³ (Subrayado mío).

La influencia que ejerció el derecho europeo, a través de la “extensión” de la legitimación en el planteamiento de la “oposición de terceros”, hacia todo aquel que tuviera **un mejor y preferente derecho** sobre los bienes objeto de ejecución, resultó determinante. Tal es el caso, que en el siglo XVII, Juan de Hevia Bolaños⁴³⁴, conocido

Astrea, 1988), p. 555; “Un rescripto de Antonio el Piadoso le generalizó, permitiendo, además, usarlo para la ejecución de sentencias dadas por el juez. El acreedor puede estar autorizado por el magistrado a quedarse con los muebles a título de prenda, y siendo éstos insuficientes, también podía hacerlo con los inmuebles del deudor. Al cabo de dos meses de hecho esto, si el deudor, no era ejecutado, se vendía la prenda y el acreedor se cobraba sobre el precio” PETIT, p. 647; DI PIETRO, Alfredo *Institutas. Texto traducido, notas e introducción.*, 3a ed. (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1987), p. “La ‘pignoris capio’ es una acción también ejecutiva, al igual que la ‘manus iniectio’, pero mientras que ésta tiende a ser ‘personal’ (va contra la persona del deudor), la ‘p.c.’ es de carácter ‘real’ (se dirige hacia las cosas del deudor).”

⁴³⁰ PUNZI, Carmine “L’applicabilità dell’opposizione del terzo (ex articolo 619 c.p.c.) all’esecuzione in forma specifica”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 958–69 (p. 961).

⁴³¹ ARIANO, Eugenia. *Supra* nota 373. P. 290.

⁴³² Las Siete Partidas es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Alfonso X (1252-1284), con el propósito de unificación jurídica del reino. Es uno de los legados más importantes a la historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Hispanoamérica (hasta el siglo XIX).

⁴³³ *Íd.* P. 290-291.

⁴³⁴ Hevia Bolaños nació en Oviedo (España) en 1570 y falleció en Lima en 1623. A pesar de no haber cursado estudios, fue un eminente jurista español. Inicialmente trabajó como escribano, pero a sus 19 años se trasladó a Quito y luego a Lima, donde trabajó como portero de la Real Audiencia. En 1603, publicó el tratado procesal “Curia filípica” y luego el tratado mercantil “Curia filípica, laberinto de comercio terrestre y naval” (1617). Se trata de dos fuentes de valor incalculable para la bibliografía jurídica peruana, pues no solo son dos de los libros más antiguos de Derecho editados en el Perú, sino que además son

como el primer mercantilista español, radicado en el Perú, señalaba que “tercero opositor es el que se opone á la execucion, pretendiendo la paga, y prelación de la deuda que se le debe, ó por ser suyos los bienes executados, ó tener derecho en ellos, como consta de una ley de partida” (Subrayado mío).⁴³⁵

No obstante, con las codificaciones españolas del siglo XIX, volveríamos luego, desafortunada e incomprensiblemente, a la fórmula originaria romana (dominio).⁴³⁶ Así, la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830, en su artículo 380, restringió la “oposición del tercero en los procedimientos ejecutivos” a quienes la fundaran en “título de dominio en los bienes ejecutados”; fórmula que se repetiría en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (art. 995) y en la de 1881 (art. 1532).⁴³⁷ Aunque cabe precisar que en relación a esta última, la *praxis* volvió a retomar la formulación “extensa”, aceptando excepciones a la regla general. Así lo indica Rodríguez Garcés:

“Por regla general, la causa de pedir en la tercería de dominio ha de consistir en el derecho de propiedad que le asiste al tercerista sobre los bienes embargados, y en que este dominio le pertenece con anterioridad al momento en que se practicó la traba. Si la consolidación del dominio es posterior a la traba del embargo, el título del tercerista no es oponible al ejecutante.

La regla general precedente en España tiene excepciones:

- a) El embargo de una cantidad de dinero o de un crédito del ejecutado o del derecho al traspaso de un local o cualquier otro derecho semejante cuya “titularidad” corresponda al tercerista. [En tanto] En concepto de Fernández López⁴³⁸, ellos “no son propiamente susceptibles de dominio”.
- b) El Tribunal Supremo ha estimado tercerías de dominio basado en derechos no actuales y que no podrían calificarse de derecho de dominio antes del embargo, como ocurre cuando “la desestimación de la tercería podría suponer la pérdida de una expectativa jurídico legítima y digna de protección.”⁴³⁹ (Subrayado mío)

Sería recién con la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 (vigente en España), que se volvería a retomar la formulación “extensa”. El artículo 595.2 –pese a mantener la denominación de “tercería de dominio” –, amplió la legitimación de manera explícita, a fin de que puedan plantearla también “quienes sean **titulares de derechos** que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa”:

“Artículo 595. Tercería de dominio. Legitimación

1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.

consideradas como una de las obras jurídicas más importantes, pues fueron textos de consulta diaria de abogados y juristas por doscientos años.

⁴³⁵ HEVIA, Juan. *Curia filípica* (Imprenta de la Real Compañía, 1825), I, pp. 174–75.

⁴³⁶ ARIANO, Eugenia. *Supra* nota 373. P. 291.

⁴³⁷ *Ib.*

⁴³⁸ “En concepto de este autor el término “dominio” (L.E.C) o “propiedad” (Tribunal Supremo) debe ser reemplazado por el de “titularidad”, que por ser más amplio comprende los “derechos del ejecutado que son “bienes” pero no “cosas” y, por tanto, no susceptibles de dominio.” En: RODRÍGUEZ, Sergio. *Ob. Cit.* P. 404.

⁴³⁹ *Ib.*

2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado.

(...)” (Subrayado mío)

Como se aprecia, dicha formulación extensiva ha subsistido en el tiempo. Hoy en día por ejemplo es posible encontrarla también de manera expresa en la legislación procesal alemana. Como lo puntualiza Ariano: “esta impronta del derecho común medieval es muy visible aún en el ordenamiento procesal alemán. Es así que el § 771 de la ZPO alemana (que como se sabe es de 1877), legitima el planteamiento de la demanda de oposición de terceros (Drittwiderspruchsklage) a cualquiera que “manifieste que le corresponde *un derecho* con relación al objeto de la ejecución que *impida su enajenación*”.”⁴⁴⁰ (Cursivas de la autora). No obstante, como bien lo advierte ella, lo más curioso e insólito, es que nuestra normativa procesal anterior recogía también una “fórmula extensiva”, que sin embargo no fue replicada en la actual.

En el Perú sólo se hemos tenido tres normas que han regulado el proceso civil a partir de la época republicana: el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 (que sustituyó a las leyes españolas), el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993 (vigente). A diferencia del Código de 1852, que en su artículo 1218° regulaba la “tercería excluyente” bajo la fórmula estricta (propiedad)⁴⁴¹; el Código de 1912, en su artículo 743°, contemplaba además de la “propiedad”, otros supuestos pasibles de ser amparados. Éste no restringía la legitimación activa a una sola situación jurídica subjetiva. Obsérvese:

“Art. 742.- Trabado un embargo, aunque sea preventivo, puede salir tercera persona, formulando oposición.”⁴⁴²

Art. 743.- La tercería es excluyente, cuando el tercero alega la propiedad ó algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate; y de pago, cuando

⁴⁴⁰ ARIANO, Eugenia. Supra nota 373. P. 290.

⁴⁴¹ Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, Título Tercero – De los Terceros Opositores:

“1217. En cualquier estado del juicio ejecutivo ó coactivo, ántes que se haga pago ó adjudicación al acreedor de los bienes embargados, puede salir un tercer opositor, alegando derecho á ellos.

1218. Si el derecho que se alega por el tercero es á la propiedad de los bienes ejecutados, la tercería es excluyente. Si es á la preferencia con respecto al ejecutante, la tercería es coadyuvante al actor; y si favorece al deudor, la tercería es coadyuvante al reo.” (Subrayado mío)

⁴⁴² En relación a esta disposición, como lo precisa Guzmán Ferrer, parafraseando la Exposición de Motivos: “las tercerías u oposiciones deducidas con motivo de un embargo, por personas que no son parte en una ejecución, pueden referirse no sólo al juicio ejecutivo, como lo dice equivocadamente el art. 1217 de nuestro Código [de 1846], sino a todo pleito en que sobreviene una medida de esta clase, cualquier que sea su objeto y naturaleza, y aun en el caso de que el embargo fuera precaucional o preventivo, porque la situación que la ocupación de los bienes crea para los terceros, es la misma en todos esos casos y, por consiguiente, debe ser idéntica la manera como pueden hacer efectivos todos sus derechos. De aquí la disposición del proyecto según el cual, en cualquier tiempo después de trabado un embargo, aunque éste sea preventivo, puede salir tercera persona formulando oposición” COMITÉ DE REFORMA PROCESAL, *Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles* (Lima: Sanmartí y Co., 1912), p. 226; GUZMÁN, Fernando. *Código de procedimientos civiles. Exposición de motivos, antecedentes, concordancias, proyectos de reforma, legislación comparada, jurisprudencia*, 2a. ed. (Lima: [S.N], 1969), II, p. 599.

pretende que su crédito sea cubierto con el valor de dichos bienes antes que el del ejecutante ó concurriendo con él.” (Subrayado mío)

Como bien lo precisaba el Comité de Reforma Procesal, en la Exposición de Motivos del Código de 1912: “El proyecto clasifica las tercerías en *excluyentes* y de *pago*. Pertenecen á la primera clase las que se deducen alegando **la propiedad ó algún otro derecho sobre los bienes** embargados incompatible con el remate; (...)” (Negrita mía).⁴⁴³ Agregando que:

“La tercería *excluyente* puede contraerse no sólo á la alegación del dominio, como lo dice nuestro Código [Código de 1852, vigente aún cuando el Comité trabajaba], sino a la invocación y prueba de otro derecho, como el de anticresis, que nada tiene de común con la propiedad, pero que es tan respetable como ésta y que excluye, lo mismo que ella, todo acto de disposición de la cosa en favor de otros créditos. El fin de esta tercería es siempre el levantamiento del embargo.” (Negrita mía).⁴⁴⁴

Prueba de ello es por ejemplo, como lo apunta Guzmán Ferrer, aquella “intervención excluyente” interpuesta en 1918 (estando ya vigente el Código de 1912) por un acreedor hipotecario, para que se levante el embargo trabado sobre el inmueble que garantizaba su crédito; el cuál fue declarado fundado, por constituir la hipoteca “un derecho real que es incompatible con el remate”.⁴⁴⁵

Resulta incuestionable entonces, que anteriormente nuestro Código Procesal Civil contenía una “formulación extensiva” de la tercería de propiedad. Éste, al igual que las legislaciones actuales de España y Alemania, facultaba además de los terceros propietarios, a aquellos que tuvieran “algún otro derecho sobre los bienes que fuera incompatible con el remate”. Incluso, aunque no lo advierte Ariano en su obra, el artículo 755° del mismo Código de 1912 ratificaba dicha formulación:

“Art. 755.- Lo dispuesto en cuanto á la tercería de dominio, es aplicable á cualquiera otra en que, por razón de anticresis ú otro título, se pide el levantamiento ó limitación del embargo.” (Subrayado mío).

Es decir, todas las disposiciones referentes a la “tercería de dominio” (artículos 743, 747, 749, 751 y 754) también eran “aplicables en general á las excluyentes, cualquiera que sea el derecho que les sirva de base”.⁴⁴⁶ Conforme a lo cual, se reafirmaba la posibilidad de que un tercero formule oposición excluyente en base a un derecho diferente al de la propiedad. En definitiva, nuestra legislación procesal civil anterior preveía una tercería no exclusiva a la propiedad.

Otros procesalistas más contemporáneos han tomado posición en el mismo sentido que el de la norma anterior. Lino Palacio por ejemplo, ha señalado que “la admisibilidad de la tercería de dominio no se halla supeditada a la titularidad plena de ese derecho. En consecuencia, la pretensión puede ser interpuesta por el condómino”.⁴⁴⁷ Por su

⁴⁴³ COMITÉ DE REFORMA PROCESAL. Ob. Cit. P. 227.

⁴⁴⁴ Ib.; CALLE, Juan José *Código de Procedimientos Civiles* (Lima: El Lucero, 1912), p. 399.

⁴⁴⁵ GUZMÁN, Fernando. Ob. Cit. P. 611.

⁴⁴⁶ COMITÉ DE REFORMA PROCESAL. Ob. Cit. P. 230; CALLE, Juan José. Pb. Cit. P. 404.

⁴⁴⁷ Citado por HINOSTROZA, Alberto. Supra nota 361. P. 431.

parte, Vegas Torres ha indicado que la legitimación para plantear la tercería de propiedad se extiende a quienes sean titulares de derechos que por disposición legal expresa puedan oponerse al embargo o realización forzosa; entre ellos, a los titulares de los créditos embargados, titulares de derechos reales menores, etc. Asimismo, Ariano ha expresado: “estará legitimado para plantear la demanda de tercería “de propiedad”, además (y obviamente) del que alegue ser copropietario del bien, aquel que se afirme titular de derechos reales *in re aliena* (usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre) y, además los derechos que confiere la constitución de anticresis (por cierto, expresamente mencionada por el art. 755 del CPC de 1912)” (Subrayado mío).⁴⁴⁸

Esta última afirmación es particularmente interesante, pues ante la pregunta de qué derechos podría pretender oponer un tercerista, la autora señala que la propiedad no es la única situación que legitima la impropiamente llamada “tercería de propiedad”. Al contrario, sostiene que serían todos aquellos derechos reales constituidos sobre bienes ajenos (*iura in re aliena*), pues todos ellos “podrían *perjudicarse* si llegara a consumarse la enajenación forzada de los bienes”.⁴⁴⁹ Tal sería el caso del usufructuario, superficiario, acreedor hipotecario, entre otros, que hubieran adquirido su derecho real con anterioridad al momento de la traba del embargo.

En tal sentido, si apelamos a estos antecedentes, resultaría ciertamente algo extraña e incomprensible la fórmula contenida en el artículo 533° de nuestro CPC, y cómo no, su réplica, el artículo 120° del CT. Pues el uso del adverbio “sólo” en el primero y del adjetivo “propietario” en el segundo, ha significado en términos de protección jurídica a los terceros, nada menos que una legislación “mucho más retrógrada que las codificaciones españolas del siglo XIX”⁴⁵⁰. Una regresión procedimental cristalizada en una restricción de la legitimación activa, dirigida exclusivamente a todos aquellos que se afirmen titulares de un derecho de “propiedad”, más no de otro tipo de derechos subjetivos. ¿Pero por qué nuestro CPC actual abandonó la fórmula legislativa del Código de 1912 y pasó a desdeñar otras situaciones jurídicas subjetivas? En palabras de Ariano, quien ha estudiado especialmente y muy de cerca este mecanismo procesal:

“El hecho de que el Código vigente no haya repetido la (magnífica) fórmula del artículo 743 del CPC de 1912, más que probablemente, responde a que para la redacción de su artículo 533 (en rigor de todos los artículos que componen este sub capítulo) se utilizó como “plantilla” el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentino (en cuyo art. 97 establece: “Las tercerías *deberán* fundarse en el dominio de los bienes embargados o en el derecho que el tercero tuviere que ser pagado con preferencia al embargante” [cursivas agregadas]), dando, como consecuencia, la apariencia de que las únicas situaciones legitimantes de nuestras tercerías sean la propiedad y las preferencias creditorias, lo que, como se verá, no es así.”⁴⁵¹

⁴⁴⁸ ARIANO, Eugenia. Supra nota 373. P. 292.

⁴⁴⁹ Ib.

⁴⁵⁰ Íd. P. 291.

⁴⁵¹ Íd. P. 290.

Como bien lo indica la autora, el abandono de la fórmula amplia del Código de 1912 fue producto del trasplante legislativo (otra vez) de la normativa argentina. Además de ello, Eugenia Ariano advierte una suerte de contradicción entre los artículos 100° y 533° de nuestro actual CPC. Señala que en el primero, a diferencia del segundo, existiría una “formulación extensiva” cuando se hace referencia a que los intervinientes pueden fundar su pretensión, además de la propiedad, en “un mejor derecho que el titular de la medida cautelar”.⁴⁵² ¿Qué significa un *mejor derecho* que el embargante o ejecutante? Pese a que podría pensarse que se refiere a la “tercería de preferente de pago”, ella afirma que no sería así, pues ésta se encuentra estipulada expresamente en el segundo párrafo del mismo artículo. Entonces, ¿es acaso ésta una formulación extensiva que apela a “cualquier otra situación incompatible con el remate” además de la propiedad? ¿O es simplemente una inútil reproducción de la “tercería preferente de pago” plasmada también en el siguiente párrafo? Al respecto, Ariano se inclina por considerar lo primero. Conforme a lo cual señala que gracias a ello se debe entender como “tercero” a todo aquel que considere tener un “mejor derecho”, es decir, “cualquier derecho que se afirme oponible a la ejecución”.⁴⁵³ En mi opinión, ello resulta bastante razonable, sin embargo al ser discutible, humildemente prefiero dejar la interrogante abierta a discusión.

En suma, a partir de lo expuesto se puede afirmar que al contrario de lo que comúnmente se ha creído, la “tercería de propiedad” ha sido concebida también como un mecanismo procesal expedito a “otros derechos”, además del derecho de propiedad. Se sostenía que ésta no era la única situación jurídica subjetiva merecedora de tutela frente a los perjuicios que podría provocar una ejecución. Incluso así ha sido previsto expresamente en la actualidad por otros ordenamientos extranjeros, como bien hemos visto. En el Perú, por el contrario, la legitimación activa de sujetos en la tercería de propiedad parece haber retrocedido en el tiempo, restringiéndose exclusivamente –sin motivos trascendentes– al derecho de propiedad. Lo cual dista además de lo que opinan destacados procesalistas, quienes siguiendo la línea de nuestro Código de 1912, creen que la tercería de propiedad también legitima a terceros que tengan “otros derechos” sobre los bienes embargados (especialmente los *in re aliena*). Empero ¿podría considerarse lo mismo respecto del fideicomiso?, ¿el embargo

⁴⁵² “Intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente

Artículo 100.- Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar.

También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada.

Las intervenciones descritas en este Artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el SubCapítulo 5, Capítulo II, Título II, SECCIÓN QUINTA de este Código.”

⁴⁵³ En opinión de Ariano, dicha contradicción tiene una explicación: la técnica legislativa utilizada en la elaboración del CPC. Ella considera que el artículo 100° es una adaptación del artículo 335.1 del Código General del Proceso uruguayo. Así cuando nuestro legislador “extrapola” esta disposición, erróneamente agrega y reitera en un segundo párrafo la tercería preferente de pago ya antes referida con el término “mejor derecho”. Lo cual sin embargo, a su criterio, “para el legislador constituía un derecho distinto a la propiedad”.

de bienes fideicometidos podría dar lugar a un supuesto de legitimación para plantear una tercería de propiedad (o intervención excluyente de propiedad)?

Pese a la ruta seguida por nuestros legisladores peruanos, para sorpresa nuestra, esta cuestión relativa a la legitimidad en la tercería de propiedad, parecería haber tomado un giro hace no mucho en manos del máximo órgano del Poder Judicial, la Corte Suprema. Curiosamente, en la Casación N° 492-2009-ICA no sólo se ha revisado un caso de tercería de propiedad, sino que además ésta ha versado coincidentemente con el hecho de que los bienes embargados constituían parte de un patrimonio fideicometido. De modo que la discusión fue precisamente en torno a la legitimidad del fiduciario como tercerista.

A grandes rasgos, esta casación declaró nula la Sentencia de Vista que confirmaba la Sentencia apelada que declaró infundada la demanda de tercería (interpuesta por el fiduciario), ordenando así a la Sala Superior que procediera a emitir un nuevo fallo. Tanto en primera y segunda instancia, los jueces habían denegado la demanda debido a la **literalidad** de la norma procesal civil relativa a la Tercería de Propiedad (art. 533°). En efecto, la Sala Superior indicaba que *“la tercería de propiedad sólo puede fundarse en la propiedad de bienes, no siendo el caso del dominio fiduciario”*, concluyendo así que los fiduciarios no estaban legitimados para interponerla. No obstante, la Corte casó la Sentencia de Vista, considerando que ésta había desestimado la demanda sin haber analizado correctamente la institución del fideicomiso, ni la integridad de las normas bancarias que lo regulaban. Así, en virtud de ello, esta Sala emitió posteriormente una nueva Sentencia revocando la anterior, y reformándola declaró fundada la demanda de tercería interpuesta por el fiduciario.

A mayor abundamiento, con fecha 29 de noviembre de 2002, se celebró un contrato de fideicomiso entre: Electro Sur Medio S.A.A. (fideicomitente), La Fiduciaria S.A. (fiduciario) y el Banco Interbank (fideicomisario). Mediante adenda al contrato, luego el fideicomisario pasó a ser Dunas Energía S.R.L. En este contrato de fideicomiso de administración, se estableció que el patrimonio fideicometido quedaba constituido por los derechos de cobro sobre las sumas de dinero que le correspondiera recibir al fideicomitente.⁴⁵⁴ Con posterioridad, en un proceso de indemnización por daños y perjuicios seguido por la Sra. Mercedes Gotuzzo Balta contra Electro Sur Medio, ante el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, se le concedió una medida cautelar de embargo en forma de retención hasta por la suma de quinientos mil dólares americanos sobre los montos que mensualmente abonaban nueve empresas a Electro Sur Medio por concepto de consumo de energía eléctrica. Frente a ello, La Fiduciaria interpuso una demanda de tercería de propiedad contra la Sra. Gotuzzo Balta y Electro Sur Medios, solicitando la desafectación del monto embargado. No obstante, mediante Resolución

⁴⁵⁴ Los “derechos de cobro” referidos, corresponden a: (i) las sumas de dinero que le corresponda percibir a Electro Sur Medio por los servicios de suministro de energía eléctrica que brinde a sus usuarios, y (ii) cualquier otra suma de dinero que perciba por servicios o bienes suministrados no vinculados con el servicios de suministro de energía eléctrica.

N° 10, el Juzgado declaró infundada la demanda.⁴⁵⁵ La cual a su vez fue confirmada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Ica, mediante la Sentencia de Vista contenida en la Resolución N° 18.⁴⁵⁶ Motivo por el cual La Fiduciaria interpuso recurso de casación.

Más allá de la (errónea) postura “realista” sostenida por el fiduciario, en el sentido de que éste decía que en virtud del fideicomiso se le transmitía la propiedad y que por ello el dominio fiduciario era un derecho real⁴⁵⁷; las causales por las que fue declarado procedente su recurso de casación fueron, la contravención del debido proceso (derecho a la defensa) y la inaplicación de las disposiciones de la Ley de Banca. El primero referido a que los pronunciamientos de las jurisdicciones inferiores le causaban indefensión al negarle la posibilidad de solicitar y obtener tutela jurisdiccional mediante la tercería. El segundo referido a la inaplicación, en ambas instancias, de los artículos 252° (dominio fiduciario) y 253° (autonomía del patrimonio fideicometido) de la LGSF.

Al respecto, la Corte Suprema en su considerando quinto, expresó que la Sala había desestimado la demanda basando su decisión sin mayor fundamento del que “la actora no ejercía el derecho de propiedad en su plenitud”, y que no había analizado correctamente la institución del fideicomiso en su integridad. Conforme a ello, luego de citar la normativa bancaria correspondiente y una definición doctrinaria argentina de del fideicomiso⁴⁵⁸; la Corte expresa en su noveno considerando que la resolución de vista infringía las normas legales denunciadas en casación por vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que el *ad quem* no había cumplido con motivar adecuadamente la sentencia materia de impugnación explicando las razones que sustentaban su decisión y teniendo presente la institución jurídica contenida en el contrato de fideicomiso ofrecido como prueba, lo que impedía que se cumpliera con uno de los fines del proceso, la dilucidación de un conflicto de intereses. En

⁴⁵⁵ Bajo sustento de que “el patrimonio fiduciario no cuenta con las características esenciales que distinguen al derecho de propiedad que viene a ser un derecho real, completo, absoluto, exclusivo, perpetuo e inviolable, de tal manera que el titular del mismo, conforme al artículo 923 del Código Civil pueda disfrutar, disponer y reivindicar el bien para sí mismo y no para un tercero. En el caso del patrimonio fideicometido, La Fiduciaria ejerce la potestad de administrar, usar, disponer y reivindicar los bienes que lo conforman pero no para beneficio de sí misma ni en provecho propio sino para el beneficio y provecho del fideicomitente [o] para un tercero llamado fideicomisario, lo cual difiere con los atributos que le concede al titular del derecho de propiedad.”

⁴⁵⁶ En consideración de que “[el fideicomiso] si bien tiene algunas de las características del derecho de propiedad como el derecho a la administración, uso, disposición y reivindicación, no ejerce el derecho de propiedad en su plenitud pues está sometido a un plazo con límite legal y además porque La Fiduciaria percibe por esta actividad una retribución, (...) por ello no puede ampararse la pretensión de la tercerista demandante.”

⁴⁵⁷ “Los pronunciamientos jurisdiccionales inferiores han generado un ilegítimo estado de indefensión pues en la práctica niegan la posibilidad de solicitar y obtener tutela jurisdiccional del patrimonio fideicometido del cual se es titular.”; “Que, el juzgado (...) niega que mediante el fideicomiso se transmita derecho de propiedad alguno.”

⁴⁵⁸ En el considerando séptimo, la Corte Suprema cita al argentino Luis Muñoz, quien sostiene que “el fideicomiso, es un negocio jurídico comercial financiero, mejor que operación de crédito, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria, sujeto a cláusulas generales o a *conditio iuris*, con efectos reales y en virtud del cual una parte, el fiduciante, tradita la propiedad fiduciaria de la esfera o centro de intereses al fiduciario, que en principio está sujeto *ex lege* al deber de negociar, constituyéndose de esta suerte un patrimonio de afectación o separado (...)”

consecuencia, habiendo estimado la causal por error *in procedendo*, declara fundado el recurso de casación interpuesto por el fiduciario y ordena el reenvío de la causa a la Sala de origen a fin de que emita un nuevo pronunciamiento.

Lo que llama la atención de ésta, es que la Corte Suprema casa la resolución impugnada en razón de que consideraba que la Sala no tuvo en cuenta las disposiciones bancarias que establecían la “autonomía” del patrimonio fideicometido respecto de los de las partes contractuales (241° LGSF) y la defensa del mismo en virtud del dominio fiduciario (252° LGSF). Es por ello que ordena al *ad quem* analizar correctamente la institución del fideicomiso en su integridad. De lo cual, se puede advertir cómo la Corte insta a ir más allá de la disposición bancaria que señala que el fiduciario no es propietario (como bien lo sostenían los magistrados en ambas instancias), y en su defecto, invoca considerar las otras disposiciones que sustentan la defensa del patrimonio fideicometido ante deudas del fideicomitente en virtud de su autonomía jurídica. Pues claro, si sólo se tiene en cuenta la norma que señala que el fiduciario es administrador del patrimonio y por lo tanto no tiene la propiedad de éste, resulta obvio determinar que éste no está legitimado como tercerista. No obstante, si adicionalmente se tiene en consideración el carácter especial del patrimonio fideicometido (patrimonio autónomo), resulta entonces posible amparar la tercería, pues aunque no lo haya señalado expresamente la Corte, se entiende que ello implica una separación patrimonial de riesgos, de modo que ante un embargo ilegítimo (por deudas del fideicomitente) obviamente urge la necesidad de poder defenderla mediante la tercería de propiedad.

Es así que la Primera Sala Civil Superior de Ica emite un nuevo fallo, mediante Resolución N° 28, en la cual revoca la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda de tercería, y reformándola la declara fundada, ordenando la desafectación del embargo en forma de retención sobre el patrimonio fideicometido. En ésta el considerando 6.4 señala que de acuerdo a la doctrina, el fideicomiso debe ser entendido como un negocio jurídico que transfiere la propiedad. Conforme a lo cual el considerando 7.5 expresa que “el dominio fiduciario es un derecho real por cuanto tiene carácter inmediato y absoluto”, el mismo que a entender de la Sala “trae como consecuencia que el patrimonio fideicometido sea distinto del patrimonio del fideicomitente, es decir, de la persona que lo constituyó, y no responde por las obligaciones de dicha persona.”. De allí que en el considerando 7.6 se afirme que la demanda resulta amparable en todos sus extremos, en tanto la medida cautelar afecta el patrimonio fideicometido indebidamente, siendo de exclusiva responsabilidad del fiduciario (más no por deudas del fideicomitente); y que en el considerando 7.7 se manifieste que el fiduciario interpone la demanda de tercería de propiedad, en base a su facultad y obligación para defender la integridad del patrimonio fideicometido.

De lo expuesto, adviértase que si bien la Casación N° 492-2009-ICA y el nuevo fallo emitido por la Sala, resultaron favorables a la pretensión del fiduciario, es decir a lograr la desafectación de los bienes fideicometidos mediante la tercería de propiedad; éstas contienen ciertas imprecisiones en relación a la figura del fideicomiso. Como ya lo hemos señalado, mediante el fideicomiso no se transfiere la propiedad al fiduciario; éste

no tiene titularidad sobre el patrimonio fideicometido; ni mucho menos, el dominio fiduciario es un derecho real. A pesar de que estos desaciertos fueron constantemente repetidos por el fiduciario y finalmente adoptados por la Sala, como ya hemos visto, es incorrecto hacer ese tipo de aseveraciones. Sin embargo, como contrapartida puede decirse que consideramos un acierto el haber dispuesto que en virtud de la lectura del íntegro de las disposiciones bancarias sobre fideicomiso, la tercería de propiedad pueda ser formulada a fin de posibilitar la defensa del patrimonio fideicometido ilegítimamente embargado. Aunque con la precisión y corrección, en letra mayúscula, de que la legitimación activa no recae en el fiduciario propiamente (en tanto éste no ostenta titularidad alguna sobre los bienes en fideicomiso); sino más bien en el mismo patrimonio fideicometido, siendo el fiduciario solamente su representante legal en el proceso.

Al respecto, cabe recordar que “todos los que tienen capacidad jurídica, tienen capacidad para ser parte”. Así el artículo 57° de nuestro Código Procesal Civil, establece que tienen capacidad para ser parte: “toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonios autónomos” (Subrayado mío). Por lo tanto, si bien ya hemos determinado que es el patrimonio autónomo fideicometido quién está en condiciones para ser parte en el proceso (capacidad para ser parte)⁴⁵⁹, en tanto sujeto de derecho afectado con el embargo, más no el fiduciario, en tanto sujeto subordinado al cumplimiento de un deber; es obvio que el patrimonio no puede actuar por sí mismo en el proceso. De modo que a pesar de encontrarse legitimado para actuar válidamente en el proceso (o procedimiento) en la posición de demandante, el patrimonio fideicometido requiere de la representación procesal del fiduciario.

Ahora bien, a pesar de que esta Casación no ha sido tomada en cuenta por la SUNAT ni el Tribunal Fiscal, con ocasión de su invocación por la mismísima “La Fiduciaria”, al plantear dos intervenciones excluyentes de propiedad (120° CT) en los Expedientes de Cobranza Coactiva N° 0110080047587 y N° 0110110000035 (§ 1.4 de este trabajo), vale mencionar que éste es un criterio jurisprudencial seguido en otros países. Entre ellos, México⁴⁶⁰, Argentina⁴⁶¹, Colombia⁴⁶² y Panamá⁴⁶³; cuyas legislaciones establecen que por el fideicomiso se transmite la propiedad del fiduciante al fiduciario, y por lo tanto dejan expedito la posibilidad de que los fiduciarios interpongan tercerías de dominio para oponerse a la afectación de “sus bienes”. No obstante, teniendo en consideración lo expuesto en el segundo y tercer capítulo de este trabajo, lo correcto sería establecer en nuestro país que la tercería de propiedad (533°) y la intervención excluyente de

⁴⁵⁹ Como lo señala PRIORI, citando a Chamorro Bernal, la capacidad para ser parte es “la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales, es decir, permite establecer a quién se le pueden imputar los derechos, deberes, cargas y obligaciones nacidas del proceso. A través de ella, podemos determinar quién puede ser demandante o demandado, en cualquier proceso”.

⁴⁶⁰ Amparo directo 465/90; Amparo directo 200/2007; Amparo directo 473/93.

⁴⁶¹ Sala IX Exp. N° 22410/05 Sent. Int 10314; Sala IV Exp. N° 15936/04 Sent. Int. 46269; Sala VIII Exp. N° 1199/05 Sent 34421.

⁴⁶² Res. N° 13062 Exp. 122-2014.

⁴⁶³ Casación Civil (Pleno) 1° de lo civil N° 240599.

propiedad (120°) son mecanismos de oposición válidos en caso de embargos ilegales a patrimonios fideicometidos; pero precisando que ello no es en virtud de que el fiduciario sea propietario del patrimonio fideicometido, sino que ello se debe más bien al carácter de patrimonio autónomo que éste tiene, y en virtud del principio de separación patrimonial de riesgos, concretamente en su función negativa o de prohibición). Se trata pues de un caso en el que a pesar de la “literalidad” de la norma procesal y tributaria, la legitimación se hace extensible al caso de los fideicomisos embargados en razón de la “sustancia” de esta institución. De lo contrario, éstos quedarían bajo la sombra de la “indefensión”.

12. El acceso a la justicia y la defensa de los patrimonios fideicometidos

Considerando que la tercería de propiedad y la intervención excluyente de propiedad deberían, en principio, ser mecanismos procedimentales no exclusivos del derecho de propiedad, cabe ahora profundizar en las consecuencias del supuesto negado. Es decir, exponer muy brevemente cuáles son las implicancias de continuar denegando su formulación en los supuestos de patrimonios fideicometidos embargados a causa de la responsabilidad patrimonial del fideicomitente. Particularmente en cuanto al mecanismo establecido en el artículo 120° del Código Tributario.

Como bien señalamos inicialmente (§ 2 de este trabajo), la “indefensa” de los patrimonios fideicometidos se debe a una dificultad de carácter formal contenida en el literal a) del artículo 120° del Código Tributario. Esta disposición refiere que la intervención excluyente de propiedad sólo será admitida si el tercero acredita su derecho de propiedad mediante documento público o privado. Es decir, sólo pueden interponer una intervención excluyente de propiedad aquéllos que tengan y acrediten su condición de “propietario”, generándose así un efecto restrictivo en la tutela de los patrimonios fideicometidos, debido a la falta de legitimidad para obrar de los fiduciarios (en tanto gestores de los patrimonios). Lo cual no sólo termina bloqueando toda defensa legal de fondo a favor de la desafectación (contenida en las normas bancarias), sino que además hace permisible el embargo de éstos en razón de las deudas del fideicomitente.

En síntesis, lo que denunciemos fue que las disposiciones bancarias que constituyen el *quid* para la defensa de los patrimonios fideicometidos ante los embargos ilegítimos por adeudos tributarios del fideicomitente, no lograron ser tomadas en cuenta por la Administración Tributaria ni por el Tribunal Fiscal, debido a la *obstaculización procedimental* que éstos enfrentaban actualmente para formular la Intervención Excluyente de Propiedad. En definitiva, si bien la SUNAT y el TF no se equivocan al sostener que de una *aplicación literal* del artículo 120°, se exceptúa a los fiduciarios como sujetos legitimados para formular el recurso; no menos cierto es, que de existir un recurso legitimado para éstos, la defensa de los patrimonios fideicometidos indebidamente embargados lograría (o debería) ser amparada. La defensa sustancial (o de fondo) sobre los patrimonios fideicometidos existe, es indudable (está expresa en la Ley de Banca), pero ésta no se puede hacer valer debido a una cuestión procedimental o de forma. En otras palabras, es una suerte de defensa (existente), que a su vez se materializa en indefensa.

Nótese además que esta situación de indefensión de los patrimonios fideicometidos, no solo se debe a la aplicación literal del artículo 120° del Código Tributario, sino también al hecho de que éste es por ahora el único mecanismo que un tercero puede plantear para defender los bienes de los cuales es titular. La intervención excluyente de propiedad, es el recurso que por excelencia permite la intervención válida de un tercero ajeno dentro del procedimiento tributario de cobranza coactiva, a efectos de cuestionar el embargo trabado. No existe otro recurso administrativo similar contenido en el Código Tributario que permita a un tercero (con o sin la condición de propietario), poder intervenir a fin de salvaguardar su derecho y evitar la ejecución de la medida cautelar. De modo que podríamos afirmar que los patrimonios fideicometidos se encuentran en una situación de desamparo legal debido a la falta de un mecanismo de protección apropiado que permita dicha finalidad.

Considerando que la tutela jurídica⁴⁶⁴, es entendida como el reconocimiento de derechos que concede la norma sustantiva, así como la respectiva atribución de protección jurídica para ello⁴⁶⁵; podríamos aseverar que en el caso de los patrimonios fideicometidos, dicho reconocimiento está contenido en la LGSF (artículos 241° y 253° y 254°), pero cuya protección ante embargos ilegítimamente trabados no está plenamente efectivizada. Aquí el problema no está en el desarrollo mismo del proceso (entendido como el instrumento del que se vale el ordenamiento para hacer valer su efectividad), sino en un momento previo. El problema es que no se puede ejercitar el derecho de acción (en un proceso) en tanto no parece existir un mecanismo procedimental adecuado para hacer valer los derechos que el ordenamiento reconoce. Es decir, es un problema de acceso a la justicia. Lo cual conlleva a su vez implícitamente a una vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, pues no se encuentra garantizado el derecho a acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica reconocida expresamente en la ley mediante un proceso.

En particular, en tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva está conformado por una serie de derechos que determinan su contenido, el derecho que se transgrede en este caso es el “derecho de acceso a la jurisdicción”. El cuál en opinión de Mauro Cappelletti es un derecho de importancia primordial entre los derechos de individuales y sociales, pues la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva.⁴⁶⁶ Agregando que: “El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico –el “derecho humano” más fundamental– en un *sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar derechos*” (Cursiva mía).⁴⁶⁷

Asimismo, como lo apunta Priori respecto de las acciones constitucionales: “A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de

⁴⁶⁴ No debe confundirse “tutela jurídica” y “tutela jurisdiccional”. La primera comporta la creación de un derecho subjetivo, mientras que la segunda hace referencia a la protección jurisdiccional que se brinda con posterioridad a dicho derecho subjetivo a través de órganos jurisdiccionales.

⁴⁶⁵ PRIORI, Giovanni “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”, *Revista IUS ET VERITAS*, 2003, 273–92 (p. 280).

⁴⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro y Bryan GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996), p. 14.

⁴⁶⁷ Íd. p. 15.

tutelarlos, pues es evidente que **derechos sin garantía no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.**" (Negrita mía).⁴⁶⁸ Lo cual sin ser exclusivo para el ámbito constitucional también resulta aplicable para los derechos subjetivos reconocidos por normas con rango de ley. De modo que en el caso bajo comentario se puede afirmar que, de seguir rechazando las intervenciones excluyentes de propiedad interpuestas por los fiduciarios (en tanto representantes), se seguirá confinando a los derechos que el ordenamiento bancario reconoce a los fideicomisos, a simples afirmaciones programáticas desprovistas de valor.

13. Propuesta del presente trabajo

Finalmente, considerando en base a lo desarrollado en estos cuatro capítulos, que la respuesta a nuestra pregunta inicial *¿Los fiduciarios deberían poder interponer la Intervención Excluyente de Propiedad dispuesta en el artículo 120° del Código Tributario?*, es afirmativa; a continuación procederemos a proponer una alternativa que viabilice la correcta defensa de los patrimonios fideicometidos ante la eventualidad de su embargo injustificado en un procedimiento tributario de cobranza coactiva.

13.1. Problema jurídico y finalidad de la propuesta

La problemática presentada en un principio, exterioriza la inadmisibilidad de la Intervención Excluyente de Propiedad que interponen los fiduciarios, tanto en primera como segunda instancia. Lo que a consideración de la SUNAT y el Tribunal Fiscal, se debe a la falta de acreditación fehaciente del derecho de propiedad por parte de los fiduciarios, conforme lo dispone así el literal a) del artículo 120° del CT. Conduciendo ello a que los embargos de patrimonios fideicometidos, indefectiblemente terminen no pudiendo ser cuestionados durante todo el procedimiento de cobranza coactiva y que la defensa de la autonomía de éstos no pueda ser opuesta como corresponde. De allí que hayamos identificado el problema jurídico como aquella *obstaculización* de índole procedimental o de forma dispuesta en la norma tributaria, referida al requisito documental para la admisibilidad de la intervención excluyente de propiedad.

Asimismo, habiendo expuesto ya (i) la razón por la cual los patrimonios autónomos fideicometidos no pueden ser embargados por deudas tributarias del fideicomitente, y (ii) que la Intervención Excluyente de Propiedad dispuesta en el artículo 120° del CT debería poder ser accionada en favor de un patrimonio fideicometido ilegítimamente embargado, por el fiduciario en calidad de su representante legal; corresponde discutir el modo en virtud del cual ambas premisas se puedan materializar en la realidad. El objetivo de esta propuesta es precisamente ofrecer algunos alcances para que este estado de indefensión pueda ser reparado y por lo tanto se pueda garantizar y hacer valer la autonomía de los patrimonios fideicometidos.

13.2. Alternativas de solución

⁴⁶⁸ Íd. P. 284.

A continuación se examinarán las alternativas más plausibles:

- a) Queja: Como bien se adelantó anteriormente, en el portal web de la asociación civil Círculo de Derecho Administrativo, se publicó un artículo cuyo autor opinaba que la intervención excluyente de propiedad no era la herramienta adecuada para que el fiduciario pueda defender “su derecho de dominio fiduciario”. En su opinión –con la cual discrepo rotundamente–, considera que la queja, prevista en el artículo 155° del Código Tributario⁴⁶⁹, podría ser el remedio procedimental idóneo para que el fideicomitente o el fiduciario defiendan la integridad del patrimonio fideicometido.

No obstante, al respecto debe hacerse las siguientes precisiones. En primer lugar este recurso tendría que ser interpuesto necesariamente por el deudor tributario del Procedimiento de Cobranza Coactiva (es decir, el fideicomitente). No podría ser interpuesto únicamente por el fiduciario, como lo afirma este autor, pues éste carece de legitimidad para cuestionar las actuaciones de la Administración, en tanto el procedimiento de cobranza coactiva en cuestión se sigue contra el deudor y no contra el fiduciario. El Tribunal Fiscal se ha pronunciado en ese mismo sentido en la RTF N° 02387-Q-2016, cuando en el caso OAS el fiduciario planteó precisamente una queja –que fue declarada improcedente (ver pie de página 23)–. Segundo, la queja es un mecanismo correctivo, éste no persigue la impugnación o revocación de un acto administrativo, sino solamente que se corrijan las actuaciones de la Administración o del TF, que infrinjan lo establecido en el Código Tributario. El autor no señala qué actuación de la Administración es la que infringiría directamente lo establecido en el Código Tributario en el caso bajo comentario. Por otro lado, de existir una infracción al CT, debe considerarse también que el planteamiento de este recurso no resultaría eficiente por dos razones. Primero, porque ello implicaría esperar a que las afectaciones se materialicen para que recién en cada caso concreto el deudor (sólo o coadyuvado por el fiduciario) pueda introducir la queja; y segundo, porque la queja no asegura que el Tribunal Fiscal resuelva a favor del pedido de admisibilidad de la intervención excluyente de propiedad del fiduciario.

- b) Interpretación extensiva del artículo 120°: Como segunda opción, podría señalarse que en la aplicación de esta norma, en vez de realizar una interpretación literal, se realice una interpretación “extensiva” o “sistemática por comparación con otras

⁴⁶⁹ “Artículo 155.- Queja

La queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código, en la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como en las demás normas que atribuyan competencia al Tribunal Fiscal. La queja es resuelta por:

- a) La Oficina de Atención de Quejas del Tribunal Fiscal dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de presentada la queja, tratándose de quejas contra la Administración Tributaria.
- b) El Ministro de Economía y Finanzas dentro del plazo de veinte (20) días hábiles, tratándose de quejas contra el Tribunal Fiscal.

No se computará dentro del plazo para resolver, aquél que se haya otorgado a la Administración Tributaria o al quejoso para atender cualquier requerimiento de información. Las partes podrán presentar al Tribunal Fiscal documentación y/o alegatos hasta la fecha de emisión de la resolución correspondiente que resuelve la queja.”

normas"⁴⁷⁰, de modo que se admita la interposición de este recurso no solamente acreditando la propiedad sino también "otras situaciones jurídicas incompatibles con el remate". Es decir, que considerando la normativa bancaria, se permita la aplicación del artículo 120° en beneficio de la tutela de los patrimonios fideicometidos embargados. Para ello el Tribunal Fiscal sería el indicado de efectuarlo, en tanto éste tiene facultades interpretativas que adquieren carácter de precedentes obligatorios (artículo 154° CT) y que son obligatorias para la Administración.

Al respecto, considérese que en el Derecho Tributario se afirma que una norma resulta aplicable a un caso concreto cuando hay una subsunción de los hechos en la hipótesis de incidencia; es decir, cuando se puede constatar que el hecho hipotético descrito guarda identidad con el hecho fáctico, de modo que sea posible exigir la consecuencia jurídica prevista.⁴⁷¹ Dicha identificación entre la hipótesis y el hecho, según Sandra Sevillano, implica dos tareas: la primera, de un conocimiento del alcance real de la norma (¿qué se ha querido regular?); y la segunda, de determinación de la naturaleza del hecho ocurrido en la realidad (¿qué hecho se ha producido?).⁴⁷² En relación a la primera, debe considerarse que para la aplicación de la norma tributaria, el primer paso es la interpretación de su alcance o ámbito de regulación, para lo cual se admiten todos los métodos aceptados por el Derecho.⁴⁷³ Lo que en otros términos implicaría la viabilidad de la propuesta de hacer una interpretación extensiva.⁴⁷⁴

No obstante, debe precisarse que dicha tarea de interpretación del alcance de la norma, está sujeta a lo dispuesto en la Norma VIII del Título Preliminar del CT:

"NORMA VIII: Interpretación de normas tributarias

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos

⁴⁷⁰ Referida a la interpretación tomando conceptos de otras normas que no están claramente expresados en la norma que se interpreta; a diferencia de la interpretación "sistemática por ubicación de la norma", en la cual se analiza el conjunto del cuerpo o grupo normativo.

⁴⁷¹ SEVILLANO, Sandra. Ob. Cit. p. 130.

⁴⁷² Ib.

⁴⁷³ Entre los métodos de interpretación más conocidos tenemos a la literal, *ratio legis*, histórico, sistemático, etc.

⁴⁷⁴ Debe diferenciarse la "interpretación" de la "integración". Esta última ocurre cuando en ausencia de una norma concreta (vacíos o lagunas), se recurre a los métodos admitidos por el derecho para subsanar o suplir la falencia, por ejemplo el uso de la analogía. Como lo apunta S. Sevillano: "la analogía puede ser usada para suplir un vacío normativo cuando se tienen dos hechos de la realidad que son similares y que, sin embargo, no están regulados por la misma norma. Basándose en tal similitud, sería posible aplicar la consecuencia jurídica de una norma (norma A, la integradora) a un supuesto que carecía de norma expresa (norma B) o que, contando con ella, no se preveía explícitamente como sujeto a una consecuencia jurídica como la de la norma A." Ob. Cit. P. 132. No obstante, en nuestro país el uso de la analogía en el Derecho Tributario está prohibido en razón del Principio de legalidad.

Por su lado, en la "interpretación extensiva" no existe un vacío legal, pues la norma existe; solo que requiere ser interpretada para determinar si en ella está comprendida una situación que a primera vista no parece estarlo.

distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo.” (Subrayado mío)

Es decir, la alternativa de hacer una interpretación que pueda subsumir a los patrimonios fideicometidos embargados, dentro del supuesto previsto en el artículo 120° no es posible en el Derecho Tributario. Expresamente se prohíbe hacer una interpretación extensiva de las disposiciones, a personas y supuestos no previstos, como sería el caso de los fideicomisos.

- c) Modificación normativa del artículo 120°: Considerando que la obstrucción alegada se encuentra prescrita en la literalidad del artículo 120°, parecería que lo más factible sería efectuar una modificación de la norma a fin de que la intervención excluyente de propiedad pueda amparar también “otras situaciones jurídicas que sean incompatibles con el remate”. En virtud de lo cual, lo más recomendable sería evitar el empleo exclusivo del término “propiedad”, adoptando así una fórmula extensiva, como aquella contenida en nuestro Código Procesal Civil de 1912:

“Art. 743.- La tercería es excluyente, cuando el tercero alega la propiedad ó algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate; y de pago, cuando pretende que su crédito sea cubierto con el valor de dichos bienes antes que el del ejecutante ó concurriendo con él.” (Subrayado mío)

Para dichos efectos, en cuanto a la denominación del recurso, consideramos que no es necesario un cambio dado que lo relevantes es su contenido y ámbito de protección. En ese sentido, a fin de ampliar el supuesto de situaciones en base a las cuales se puede plantear la Intervención Excluyente de Propiedad, se recomienda reemplazar el término y toda referencia a la “propiedad” por “propiedad y otros derechos/situaciones que sean incompatibles con el remate”, o similares. A fin de observar las modificaciones que se mencionan, compárese la norma actual (ver anexo) y los cambios introducidos en cursiva como sigue:

“Art. 120°.- *INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD*

El tercero que *alegue la propiedad o algún otro derecho sobre los bienes embargados que sea incompatible con el remate*, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien.

La intervención excluyente de Propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente *su derecho sobre los bienes* antes de haberse trabado la medida cautelar.

(...)”

Además de la modificación del artículo 120° del Código Tributario bajo los términos arriba señalados, también se recomienda efectuar hacer las modificaciones respectivas en el RPCC. Del mismo modo, también se deberán hacer las modificaciones pertinentes, *mutatis mutandis*, en cualquier otra resolución, directiva y/o TUPA de la SUNAT. Por último, sería recomendable también que se eliminara cualquier referencia al dominio fiduciario como un “derecho real” en cualquier norma de nuestro derecho interno, resolución o directiva de la SUNARP, SBS y SMV.

Considerando lo expresado en los capítulos anteriores, se esperaría que la SUNAT y cualquier otro ente de la Administración Pública desista de cualquier intento de embargo sobre bienes fideicometidos. No obstante en el supuesto negado, se espera que en base a las modificaciones normativas que humildemente aquí se proponen, ningún otro impedimento obstruya el poder oponerse a un embargo trabado sobre bienes en fideicomiso a raíz de las deudas tributarias del fideicomitente, en un Procedimiento tributario de Cobranza Coactiva. Pues o bien se adopta la modificación normativa propuesta (o una similar, con una fórmula extensiva); o bien la SUNAT se abstiene de seguir embargando patrimonios fideicometidos a causa de las deudas tributarias del fideicomitente-deudor. Sea una u otra, lo esencial es que teniendo en consideración todos los argumentos aquí vertidos, la norma sustancial bancaria que reconoce derechos al patrimonio autónomo fideicometido sea respetada y goce de plena efectividad en el ámbito tributario; de modo que los patrimonios fideicometidos dejen de ser embargados ilegítimamente por adeudos del fideicomitente.



CONCLUSIONES

- La (in)defensa de los patrimonios fideicometidos se manifiesta de manera tal que la existencia de argumentos que amparan inexorablemente la autonomía de éstos (art. 241° y 253° de la LGSF), terminan siendo entorpecidos por una cuestión de índole formal (literal a) del art. 120° del CT). La privación a los fiduciarios de poder interponer la Intervención Excluyente de Propiedad prevista en el artículo 120° del Código Tributario, tácitamente presupone una condena a los fideicomisos. Los patrimonios fideicometidos afectados con un embargo a raíz de las obligaciones del fideicomitente, son patrimonios jurídicamente desprotegidos; pues no sólo se desconoce la intangibilidad de estos patrimonios (ante tales tipos de deudas), sino que además se le resta seguridad jurídica a la figura del fideicomiso.
- La medida cautelar trabada sobre un bien fideicometido o un patrimonio fideicometido, a raíz de la responsabilidad patrimonial tributaria del fideicomitente, es una medida cautelar ilegítimamente trabada en tanto supone el desconocimiento sistemático de la esencia del fideicomiso (aislamiento de activos en su función negativa o de prohibición). Irremediablemente, la Resolución de Ejecución Coactiva (REC) que dispone la medida cautelar contra los bienes de un patrimonio fideicometido, representa una crónica de muerte anunciada; pues todo esfuerzo para ejercer la oposición y solicitar la desafectación de los bienes ante la SUNAT y el Tribunal Fiscal, resultaría vano.
- No obstante, lo más inaudito de esta situación, es el hecho de lo que implica en sí la ejecución de una medida cautelar trabada sobre los bienes fideicometidos. Pues al haber sido trabada, en razón de las deudas tributarias del fideicomitente, lo que su ejecución representa, es nada menos que el consentimiento de que el patrimonio fideicometido tiene un propietario, esto es, como si los bienes del patrimonio fideicometido aún formaran parte de la garantía general de deuda del fideicomitente.
- En virtud del reconocimiento que las *Courts of Common Law* y las *Courts of Equity* otorgaron al *feoffe* y al *cestui*, respectivamente; se originó la idea de una “dualidad en la propiedad”. Esta estructura bipartita es reconocida como la obra más importante de las *Courts of Equity*. Si bien los *trust assets* constituían formalmente propiedad del *trustee*, la Corte de *Equity* estableció una diferenciación de los activos que éste tenía. A efectos de evitar que por un mal manejo de sus activos personales, los acreedores del trustee pudieran ejercer un cobro sobre los activos del *trust* –perjudicando así al *beneficiary*–, se estableció no sólo que éste tenía un derecho *in rem* contra los terceros adquirentes, sino también que el *trustee* tenía dos *pools* de activos plenamente identificados y separados.
- En la Doctrina Comparada existe consenso en torno al *trust* como un fenómeno paradigmático del *Common Law* y sin reflejo en otros sistemas jurídicos. Ello se debe a los fundamentos en *equity* sobre los cuales gravita. El *trustee* adquiere la propiedad del *trust* (*legal title*), pero los activos que lo conforman se encuentren separados de sus activos personales en virtud del Principio de *Asset Partitioning*: “*trust property*” y “*non trust property*”, respectivamente. De manera complementaria, en tanto el *trust* tiene una finalidad previamente determinada, la administración que ejerza el *trustee* en favor del *beneficiary* (*equitable title*) se encuentra regulada en virtud del Principio de *Fiduciary Regime*. Ambos principios son los fundamentos esenciales del *trust* anglosajón.

- En el *Common Law*, el *trust* ha demostrado su gran polimorfismo al resultar favorable para el logro de cualquier finalidad. Éste éxito universalmente atribuido y generosamente aclamado se debe a su flexibilidad estructural, la cual lejos de establecer parámetros rígidos que circunscriban al *trust* a un solo propósito, establece unos parámetros básicos y versátiles que permiten su fácil adaptación a propósitos diversos. Estos parámetros a su vez se fundamentan en los principios: *Asset Partitioning* y *Fiduciary Regime*.
- Hansmann y Kraakman, grandes influyentes en el *Corporate Law* y referentes en cuanto a lo que es el *Asset Partitioning* (Separación de activos), señalan que ésta es la característica de toda *legal entity*, y el rol principal que juega el Derecho Organizacional en la organización de una empresa. Afirman que este principio se manifiesta de dos maneras: de manera interna, éste determina la identificación y delimitación de los activos de la *firm*, diferenciándolos de los activos personales del *owner* y *manager*; de manera externa, éste determina la asignación de preferencias crediticias sobre los activos, el cual a su vez distingue entre *Affirmative Asset Partitioning* (Separación afirmativa de activos) y *Defensive Asset Partitioning* (Separación defensiva de activos).
- El *Affirmative Asset Partitioning* o “*entity shielding*” (protección de la entidad) establece que en relación a los activos de la *firm*, hay una preferencia en favor de los acreedores de ésta, por sobre los acreedores personales del *owner* y *manager*. El *Defensive Asset Partitioning* o “*owner shielding*” (protección del accionista) –conocido también como *limited liability* (responsabilidad limitada)– establece que en relación a los activos personales del *owner* y *manager*, hay una preferencia en favor de los acreedores personales de éstos, por sobre los acreedores de la *firm*. Contradiendo a la doctrina clásica, que consideraba a esta última como la esencia del *Corporate Law*, los autores demuestran que por el contrario, el *entity shielding* es la verdadera esencia, en tanto ésta se encuentra en toda *legal entity* y no puede ser reproducida contractualmente.
- A Hansmann y Kraakman también se les atribuye el hecho de haber situado al *trust* como una *legal entity* y al *Trust Law* como una forma de Derecho Organizacional; lo que se traduce respecto de los activos del *trust*, en una preferencia a favor de los acreedores del *trust*, por sobre los acreedores personales de las partes (*settlor*, *trustee* y *beneficiary*). Es decir, se establece un aro de blindaje (*ring-fencing*) sobre estos bienes.
- Frente al empleo cada vez más frecuente del *trust* como modelo organizacional de negocios (*business trust*), el cual desembocó en una gran cantidad de casos de comportamiento desleal del *trustee*, el *Trust Law* en un intento por regular la conducta de éste, estableció tanto deberes de observancia obligatoria –los denominados *duty of care* (deber de cuidado) y *duty of loyalty* (deber de lealtad)–, como sanciones ante su incumplimiento. Esta regulación entorno a la necesaria actuación del *trustee* procurando el beneficio de otro, es lo que se conoce como Principio de *Fiduciary Regime*, y lo que en términos del *Civil Law* se ha denominado como “Gestión Especializada”.
- Se puede afirmar que el *trust* es un vehículo especializado que involucra a tres partes y que implica inherentemente una transferencia de activos del *settlor* al *trustee*, a fin de que éste viabilice el propósito en favor del *beneficiary*. No obstante, dado que su compromiso no garantiza de por sí al *settlor* que el *trustee* de fiel cumplimiento a su voluntad con los activos que le han sido transferidos, es que se establece una bifurcación

en *Equity* de la propiedad entre el *trustee* y el *beneficiary*. Lo que a su vez acarrea una partición de activos del *trustee* en dos *pool of assets: trust fund* y *non-trust fund*. Es decir, el *Common Law* no sólo contempla en el *trust* la existencia de dos “propietarios”, sino también el hecho de que uno de ellos tenga dos patrimonios distinguidos.

- En el proceso inicial de importación del *trust* anglosajón al *Civil Law*, las tesis más influyentes fueron la de Ricardo Alfaro y la de Pierre Lepaulle; las cuales rápidamente fueron adoptadas por la mayoría de legislaciones latinoamericanas. No obstante, el ensañamiento de categorizar el nuevo fideicomiso bajo conceptos jurídicos tradicionales como el contrato y el negocio jurídico, causó no solo una sobreproducción de postulados erráticos, sino también que se perdiera de vista el perfeccionamiento de su formulación legislativa. Lamentablemente, como producto de dichos postulados erráticos, se gestó el modelo misceláneo argentino, el cual obviando las bastas discusiones en torno a las teorías irreconciliables de Alfaro y Lepaulle, irónicamente las combinó y además añadió los términos de “propiedad fiduciaria”, “dominio fiduciario” y “patrimonio separado”. Los que de algún modo han terminado definiendo al fideicomiso contemporáneo.
- En el *Civil Law*, en tanto el fideicomiso evidentemente no puede suponer una dualidad de la propiedad entre dos sujetos distintos a fin de garantizar la Separación Patrimonial, se optó por acoger la noción del *Patrimoine indépendant* de Pierre Lepaulle. Es así que se abrazó la idea de “patrimonio autónomo”, figura que emula perfectamente bien los efectos del *Asset Partitioning* en el *trust*, tanto en su versión afirmativa como defensiva.
- En un inicio la concepción de un “patrimonio independiente” fue severamente criticada debido al fuerte arraigo de la clásica Teoría Personalista del Patrimonio, la misma que influyó en el Principio de Garantía Patrimonial o llamado también Responsabilidad Patrimonial Universal, conforme al cual todo el patrimonio de una persona debe estar disponible para la satisfacción de sus acreedores. Sin embargo, la “Teoría del Patrimonio destinado a un fin” de Brinz constituyó el salto para superar el dogma de la indivisibilidad patrimonial y abrir paso al concepto de “separación patrimonial”.
- La Separación Patrimonial, lejos de constituir una transgresión a la antigua prohibición de orden público de inmovilización de riqueza, basada en la noción de responsabilidad universal, ha demostrado ser un instrumento de “especialización de la responsabilidad” favorable en distintas esferas. En el ámbito empresarial, esta especialización de la responsabilidad patrimonial resulta eficiente porque permite una mayor y mejor diversificación de las actividades, y con ello una reducción de los riesgos por pérdidas de determinados sectores, así como una reducción de los costos de monitoreo. En el fideicomiso, este principio provee el tan elemental “aislamiento de activos”.
- El patrimonio autónomo, constituido por activos y pasivos que conforman una universalidad jurídica, es el vehículo indispensable para viabilizar la Separación Patrimonial de Riesgos en el Fideicomiso. El patrimonio autónomo es un fenómeno sin igual. Éste no ha sido trasplantado desde el *Common Law* y mucho menos tiene una contraparte en dicho sistema jurídico. Éste supone además una abstracción de sujetos, lo cual permite la consecución de la finalidad constitutiva de un modo más óptimo y eficiente. A pesar de que en ausencia de éste, no podríamos hablar propiamente del fideicomiso como tal, éste extrañamente no ha sido objeto de tratamiento por la

doctrina. Razón por la cual persisten los titubeos y confusiones en relación al fideicomiso.

- El patrimonio autónomo constituido en virtud de un contrato de fideicomiso, es un fenómeno que a pesar de no contar oficialmente con un reconocimiento subjetivo o con el “crisma de la personalidad”, es un ente con subjetividad jurídica; pues el ordenamiento ha dispuesto que los derechos y obligaciones le sean directamente imputables a éste y no a sus miembros individualmente. De modo que se puede afirmar que el patrimonio autónomo es un centro de imputaciones jurídicas conformado por derechos y obligaciones con valor patrimonial. El cual, en el caso del patrimonio autónomo fideicometido, se encuentra delimitado por su finalidad constitutiva.
- El patrimonio autónomo constituye el *quid* de la defensa del fideicomiso. La constitución del patrimonio autónomo fideicometido, activa de manera automática un “cerco de aislamiento” que genera efectos *in rem* y efectos *in personam*. El primero referido a la “destinación fiduciaria” que reciben los bienes y/o derechos, y el segundo referido a las “relaciones obligatorias” que se crean entre las partes. Respecto al efecto *in rem*, la destinación de los activos fideicometidos funciona de dos maneras: (i) impidiendo cualquier tipo de afectación ajena al propósito de destinación (lo que llamo, “función negativa o de prohibición”), prevista en los artículos 241° y 253° de la LGSF; y (ii) garantizando que éstos se afecten únicamente por las obligaciones contraídas en el cumplimiento del fin constitutivo (lo que llamo “función positiva o de garantía”), prevista en el artículo 254° de la LGSF. Una función es el reflejo de la otra.
- Aunque la LGSF no señala nada al respecto, se puede aseverar que desde el momento que opera la transferencia fiduciaria, los bienes fideicometidos dejan de integrar el patrimonio personal del fideicomitente. El patrimonio fideicometido no es más parte de la garantía general de deuda del fideicomitente, pues éste pasa a componer un patrimonio separado –que tiene su propia garantía de deuda– inmediatamente. El fideicomitente deja de tener la propiedad sobre dichos bienes.
- Debe desterrarse por completo la idea de que el “dominio fiduciario es un derecho real”. Éste no es un derecho, como lo señala la doctrina y hasta nuestra legislación. Por el contrario, éste es un deber jurídico (situación jurídica de desventaja). Los bienes que le son confiados no son en calidad de propietario, sino en su calidad de gestor especializado.
- El Informe N° 254-2005-SUNAT reconoce al patrimonio fideicometido como “una masa de bienes separada del patrimonio del fideicomitente, de manera tal que los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los sujetos mencionados”. La SUNAT finaliza el análisis concluyendo que son improcedentes todas las medidas cautelares sobre los bienes y/o derechos que formen parte de un patrimonio fideicometido. No obstante, este informe “de obligatorio cumplimiento para los distintos órganos de la Administración Tributaria”, parece haber sido desconocido por la Gerencia de Gestión de Cobranza de la SUNAT.
- La potestad del Estado para recuperar deudas impagas mediante actos coercitivos o coactivos, es una herramienta importante para asegurar el logro de las metas recaudatorias. Sin embargo, constituye también una de las acciones de mayor riesgo

debido a la inminencia de sus efectos en los administrados. Debido a ello es que también se critican los modelos administrativos de cobranza coactiva.

- La tercería de propiedad y por lo tanto la Intervención Excluyente de Propiedad, son mecanismos de oposición a la ejecución por parte de un tercero que alega tener la propiedad de los bienes afectados con medida cautelar. Tienen como presupuestos: (i) tener la condición de tercero en el proceso o procedimiento, (ii) afectación de los bienes con medida cautelar; (iii) ser titular del derecho de propiedad con anterioridad a la afectación.
- La legitimidad para obrar, como presupuesto de la pretensión o contradicción, es aquella posición habilitante para actuar válidamente en un proceso o procedimiento. Tradicionalmente se ha concebido que la legitimación activa en la tercería de propiedad y en la intervención excluyente de propiedad, supone que el actor sea un tercero y que además sea “propietario”. No obstante, si bien en la mayoría de casos el tercero afectado es tal (un sujeto con un título de propiedad), también existen otros sujetos perjudicados con embargos ilegítimos que históricamente han resultado amparados para su invocación procesal.
- A diferencia de otras legislaciones, nuestra normativa procesal que recogía antes una formulación amplia en cuanto a la legitimación activa en la tercería de propiedad, ha reducido inexplicablemente el espectro. La fórmula actual contenida en el artículo 533° del CPC y por lo tanto su réplica el artículo 120° del CT, contienen una legitimación activa que parece haber retrocedido en el tiempo. Éstos representan en términos de protección jurídica a los terceros, nada menos que una legislación mucho más retrógrada que otras codificaciones del siglo XIX.
- Si bien nuestra legislación tributaria, en relación al procedimiento de cobranza coactiva y la intervención excluyente de propiedad, se ha ido perfeccionando con el tiempo, ésta no es perfecta. Pues nuestro ordenamiento ha pecado de encasillar la tutela del mecanismo de oposición previsto en el artículo 120°, a una sola situación jurídica subjetiva: el derecho de propiedad. Lo cual también puede sostenerse respecto de la tercería de propiedad prevista en el Código Procesal Civil. Conforme a lo cual se entiende que los únicos legitimados a accionar dicho mecanismo son los terceros que tienen la condición de “propietarios de los bienes embargados”. Aunque con la acotación de que en el ámbito procesal, ya la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto y ha amparado mediante una comprensión integral, la protección de los fideicomisos a través de la tercería de propiedad.
- En la Casación N° 492-2009-ICA, la Corte Suprema apartándose de una lectura parcial y extremadamente literal de la norma procesal y bancaria –como la que ha efectuado la SUNAT y el Tribunal Fiscal, quienes señalan que el fiduciario no es un propietario y por lo tanto no puede formular el recurso previsto en el art. 120° del CT–, ha señalado que es preciso leer el íntegro de las disposiciones bancarias a fin de resolver motivadamente sobre la tercería formulada por un fiduciario. Consideramos que dicho criterio es un acierto, pues caso contrario, si se dejan de lado las disposiciones que hacen alusión a la separación patrimonial y al patrimonio autónomo, evidentemente caeremos siempre en el mismo hoyo de la indefensión.
- La influencia que ejerció el derecho europeo, a través de la “extensión” de la legitimación en el planteamiento de la “oposición de terceros” hacia todo aquel que

tuviera un *mejor y preferente derecho* sobre los bienes objeto de ejecución, resultó determinante. Dicha formulación extensiva ha subsistido incluso en el tiempo, pues hoy lo podemos encontrar en la legislación española y alemana, entre otras. Nuestra normativa procesal anterior, el Código de 1912, también recogía una fórmula extensa para la tercería excluyente (“cuando el tercero alega la propiedad ó *algún otro derecho sobre los bienes embargados incompatible con el remate*”), que incluso ratificaba en dos artículos (743° y 755°), la cual sin embargo no fue replicada en el Código actual.

- En otros países de Latinoamérica, la jurisprudencia ha permitido que los fiduciarios accionen válidamente la “tercería de dominio” o “tercería excluyente”, en el supuesto de embargos ilegítimos contra los bienes en fideicomiso. Lo cual tiene como fundamento el hecho de que aquellas legislaciones establecen que por el fideicomiso se transmite la propiedad del fiduciante al fiduciario, y por lo tanto dejan expedito la posibilidad de que éstos interpongan tercerías de dominio para oponerse a la afectación de “sus bienes”. No obstante, teniendo en consideración lo tratado en los capítulos dos y tres de este trabajo, lo correcto sería establecer en nuestro país que los mecanismos previstos en el art. 533° del CPC y en el art. 120° del CT, son mecanismos válidos en caso de embargos ilegítimos sobre patrimonios fideicometidos, pero haciendo la precisión que ello no es virtud de que el fiduciario sea propietario del patrimonio fideicometido, sino más bien que ello es en virtud de que éste es un patrimonio autónomo, el cual despliega desde su constitución un aislamiento de activos en su función negativa o de prohibición (separación patrimonial de riesgos).
- Si bien la SUNAT y el TF no se equivocan al sostener que de una aplicación netamente literal del artículo 120° del Código Tributario, se exceptúa a los fiduciarios como sujetos legitimados para formular el recurso (en tanto no son “propietarios” de los bienes); no menos cierto es que en el supuesto de existir un recurso habilitado para éstos, la defensa de los patrimonios fideicometidos indebidamente embargados lograría ser amparada, procediéndose a su desafectación inmediata.
- En tanto la intervención excluyente de propiedad es el único recurso que permite intervenir válidamente en un procedimiento tributario de cobranza coactiva, de persistirse con el rechazo del recurso planteado por el fiduciario, se puede afirmar que los patrimonios fideicometidos se encuentran en una situación de desamparo legal, debido a la falta de un mecanismo apropiado para que se puedan actuar y hacer valer los derechos que el ordenamiento les reconoce. Pues ciertamente, derechos sin garantía no son sino meras afirmaciones programáticas desprovistas de valor normativo.
- Sostengo que dada la particularidad del Derecho Tributario, no es posible efectuar una “interpretación extensiva” del art. 120° del CT para ampliar el espectro de legitimación de los terceros opositores en un procedimiento de cobranza coactiva, debido a lo dispuesto en la Norma VIII del CT. Por lo tanto, en el supuesto negado de no reconocerse la subjetividad del patrimonio autónomo fideicometido; en tanto al parecer los operadores del Derecho parecen “funcionar mejor” en base a la literalidad de la norma, se recomienda efectuar una modificación normativa del cuerpo normativo tributario y relativos, a fin de que expresamente se amplíe la fórmula del artículo 120° del Código Tributario Peruano.

ANEXOS

ARTÍCULO 120° DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Art. 120°.- INTERVENCIÓN EXCLUYENTE DE PROPIEDAD

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.

La intervención excluyente de propiedad deberá tramitarse de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.
- b) Admitida la Intervención Excluyente de Propiedad, el Ejecutor Coactivo suspenderá el remate de los bienes objeto de la medida y remitirá el escrito presentado por el tercero para que el ejecutado emita su pronunciamiento en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación. Excepcionalmente, cuando los bienes embargados corran el riesgo de deterioro o pérdida por caso fortuito o fuerza mayor o por otra causa no imputable al depositario, el Ejecutor Coactivo podrá ordenar el remate inmediato de dichos bienes consignando el monto obtenido en el Banco de la Nación hasta el resultado final de la Intervención Excluyente de Propiedad.
- c) Con la respuesta del deudor tributario o sin ella, el Ejecutor Coactivo emitirá su pronunciamiento en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.
- d) La resolución dictada por el Ejecutor Coactivo es apelable ante el Tribunal Fiscal en el plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la citada resolución. La apelación será presentada ante la Administración Tributaria y será elevada al Tribunal Fiscal en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a la presentación de la apelación, siempre que ésta haya sido presentada dentro del plazo señalado en el párrafo anterior.
- e) Si el tercero no hubiera interpuesto la apelación en el mencionado plazo, la resolución del Ejecutor Coactivo, quedará firme.
- f) El Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia del documento a que se refiere el literal a) del presente artículo.
- g) El Tribunal Fiscal debe resolver la apelación interpuesta contra la resolución dictada por el Ejecutor Coactivo en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de ingreso de los actuados al Tribunal.
- h) El apelante y la Administración Tributaria pueden solicitar el uso de la palabra conforme con el segundo párrafo del artículo 150.
- i) La resolución del Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, pudiendo las partes contradecir dicha resolución ante el Poder Judicial.
- j) Durante la tramitación de la intervención excluyente de propiedad o recurso de apelación, presentados oportunamente, la Administración debe suspender cualquier actuación tendiente a ejecutar los embargos trabados respecto de los bienes cuya propiedad está en discusión.

REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO EN LA LGSF

Artículo 241.- CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

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

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 mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

Artículo 243.- VALIDEZ DEL ACTO CONSTITUTIVO.

Para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

Artículo 245.- ACCIÓN PARA ANULAR LA TRANSMISIÓN FIDEICOMISARIA.

La acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de acreedores caduca a los seis (6) meses de publicado en el Diario Oficial, por tres (3) días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación. En todo caso, esa caducidad opera a los dos (2) meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso.

Artículo 246.- FORMALIDAD.

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente.

Cuando el contrato comporta la transferencia fiduciaria de activos mobiliarios, debe ser inscrito en la Central de Riesgos de la Superintendencia, según lo considere el fideicomitente.

Tiene también lugar por voluntad unilateral de la fideicomitente, expresada en testamento.

Para oponer el fideicomiso a terceros se requiere que la transmisión al fiduciario de los bienes y derechos inscribibles sea anotada en el registro público correspondiente y que la otra clase de bienes y derechos se perfeccione con la tradición, el endoso u otro requisito exigido por la ley.

Para los casos de fideicomiso en garantía, la inscripción en el registro respectivo le otorga el mismo orden de prelación que corresponde, en razón al tiempo de su inscripción.

Artículo 252.- FACULTADES DEL FIDUCIARIO SOBRE BIENES QUE RECIBE.

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.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario.

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.

Artículo 253.- PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

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

En caso que la empresa fiduciaria no se oponga a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido, pueden hacerlo el fideicomitente o cualquier fideicomisario. Uno y otros están facultados para coadyuvar en la defensa si la empresa fiduciaria hubiese hecho valer la oposición.

La empresa fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicometido, sin quedar liberado de responsabilidad.

Artículo 254.- AFECTACIÓN DE LOS BIENES QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO.

Los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente.

Artículo 256.- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

Son obligaciones de la empresa fiduciaria:

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;
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;
3. Proteger con pólizas de seguro, los riesgos que corran los bienes fideicometidos, de acuerdo a lo pactado en el instrumento constitutivo;
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;
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;
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;
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;
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;
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;
10. Transmitir a la nueva empresa fiduciaria, en los casos de subrogación, los recursos, bienes y derechos del fideicomiso; y,

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

Artículo 259.- INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR DOLO O CULPA GRAVE.

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.

Si el instrumento constitutivo del fideicomiso prevé la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, las disposiciones del mismo no podrán modificar el objeto del fideicomiso.

Artículo 261.- DERECHOS DE LA EMPRESA FIDUCIARIA.

Son derechos de la empresa fiduciaria:

1. Cobrar una retribución por sus servicios, de acuerdo con lo estipulado en el instrumento constitutivo o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometidos; y,
2. Resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad.

Artículo 262.- OBLIGACIÓN DE FIDEICOMITENTE.

Es obligación del fideicomitente o de sus causahabientes integrar en el patrimonio del fideicomiso los bienes y derechos señalados en el instrumento constitutivo, en el tiempo y el lugar estipulados.

Artículo 265.- NULIDAD DE FIDEICOMISO.

El fideicomiso es nulo:

1. Si contraviene el requisito establecido en el artículo 243.
2. Si su objeto fuese ilícito o imposible.
3. Si se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización.
4. Si todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso.
5. Si todos los bienes que lo deben integrar están fuera del comercio.

Si el impedimento a que se refiere el numeral 4 sólo recae sobre parte de los fideicomisarios, el fideicomiso es válido respecto de los restantes.

Artículo 269.- TÉRMINO DEL FIDEICOMISO.

El fideicomiso termina por:

1. Renuncia de la empresa, con causa justificada, aceptada por la Superintendencia.
2. Liquidación de la empresa fiduciaria.
3. Remoción de la empresa fiduciaria.
4. Renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso.
5. Pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio de la empresa fiduciaria.
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.
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.
10. Vencimiento del plazo.

En los casos de los numerales 1, 2 y 3, las causales operan si en el término de seis (6) 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.

Artículo 270. DEVOLUCIÓN DE BIENES AL TÉRMINO DEL FIDEICOMISO.

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.

Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo a los fideicomisos de que trata el artículo 244, en los cuales los bienes, en la parte que afectó la legítima de algún heredero, se entregan a éste o a sus sucesores.

Artículo 273.- CONTABILIDAD SEPARADA POR CADA FIDEICOMISO.

El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario.

La empresa fiduciaria debe llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido bajo su dominio fiduciario en libros debidamente legalizados, sin perjuicio de las cuentas y registros que corresponden en los libros de la empresa, cuentas y registros que deben mantenerse conciliados con aquélla.

La empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.





Tribunal Fiscal

N° 02048-10-2015

EXPEDIENTE N° : 1213-2015
INTERESADO :
ASUNTO : Intervención Excluyente de Propiedad
PROCEDENCIA : Lima
FECHA : Lima, 24 de febrero de 2015

VISTA la apelación interpuesta por _____, con R.U.C. N° _____ contra la Resolución Coactiva N° 0230073922611 de 27 de octubre de 2014, emitida por el ejecutor coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, que declaró inadmisibles la intervención excluyente de propiedad formulada contra la Administración Tributaria y la ejecutada _____, respecto del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Chiclayo.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene que mediante escritura pública de 16 de mayo de 2006 se celebró un contrato de fideicomiso, según lo previsto en el artículo 241° de la Ley N° 26702, mediante el cual Veritas Edificaciones S.A.C., propietario del inmueble denominado UC 10335 del predio “El Protero”, ubicado en inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral Chiclayo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, transfiere el dominio fiduciario de dicho inmueble al Banco de Comercio, con el propósito que se desarrolle un proyecto inmobiliario de interés social, denominado Residencial “Las Garzas”, habiéndose inscrito el 25 de julio del mismo año dicho contrato en el Asiento C00002 de la referida partida electrónica.

Que señala que el 15 de diciembre de 2006 se independizó la anotada partida electrónica en un total de 1,220 lotes de vivienda, un área asignada a educación, 4 parques y 726 estacionamientos, encontrándose dentro de dichos lotes la registrada en la Partida Electrónica N° 11059059, afectada con la medida cautelar de embargo.

Que refiere que ante la renuncia del Banco de Comercio a su condición de fiduciario del Fideicomiso “Las Garzas”, le transfirió el patrimonio fideicometido, en calidad de fiduciario sucesor, lo cual se encuentra inscrito en el Asiento C00003 de la Partida Electrónica N° 02285361, y posteriormente en la partida electrónica afectada.

Que indica que en su calidad de fiduciario del Fideicomiso “Las Garzas”, presentó la solicitud de Intervención Excluyente de Propiedad contra la anotada medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre el inmueble registrado en la Partida Electrónica N° 11059059, el mismo que forma parte del patrimonio fideicometido, en uso de sus facultades y obligaciones previstas en los artículos 252° y 256° de la Ley N° 26702, toda vez que dicho patrimonio fue afectado con la referida medida cautelar contraviniendo lo dispuesto en el artículo 253° de dicha ley, en tanto tal patrimonio no responde por las deudas u obligaciones que tenga el fideicomitente, esto es, Veritas Edificaciones S.A.C., por lo que debe procederse a la desafectación del predio sobre el cual ejerce dominio fiduciario, más aún cuando la medida fue trabada con posterioridad a la constitución de aquel patrimonio.

Que la Administración señala que de la documentación presentada por la recurrente no se acredita la transferencia a su favor del inmueble registrado en la Partida Electrónica N° 11059059, siendo que la transferencia fiduciaria no implica la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo que representa una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica, esto es, la utilización y administración del patrimonio fideicometido para el desarrollo inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, por lo que declaró inadmisibles la intervención.



Tribunal Fiscal

Nº 02048-10-2015

Que el artículo 120° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que el tercero que sea propietario de bienes embargados en el procedimiento de cobranza coactiva, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, la que será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

Que los incisos a) y f) del citado artículo prevén que la Intervención Excluyente de Propiedad sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar, y que el Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia de dicho documento.

Que según el numeral 2 del artículo 23° del Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva de la SUNAT, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 120° del Código Tributario sólo será admitida a trámite la Intervención Excluyente de Propiedad si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio del ejecutor acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar. Se entenderá dentro del criterio de fehaciencia la plena determinación e identificación de los bienes.

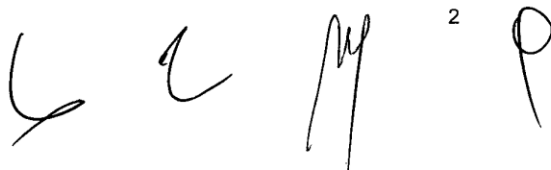
Que el inciso b) del citado numeral señala que un documento privado adquiere fecha cierta desde la fecha de la muerte del otorgante, desde su presentación ante funcionario público para que legalice o certifique las firmas de los otorgantes, desde su difusión a través de un medio público en fecha determinada o determinable u otra situación similar, adicionalmente señala que el ejecutor puede considerar como fecha cierta la que hubiera sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

Que el artículo 241° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro, Ley N° 26702, dispone que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario, asimismo, señala 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.

Que el artículo 252° de la citada Ley prevé que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo; y que la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo.

Que el artículo 273° de la referida ley señala que la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

Que asimismo, el artículo 4° del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, aprobado por Resolución SBS N° 1010-99, establece que: "El dominio fiduciario es el derecho de carácter

 2



Tribunal Fiscal

Nº 02048-10-2015

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

Que según la Resolución Nº 08184-1-2007, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de setiembre de 2007, que constituye precedente de observancia obligatoria, la tercería o Intervención Excluyente de Propiedad es la vía por la que el tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva, invoca su derecho de propiedad respecto de un bien embargado por una deuda tributaria correspondiente a otro sujeto (deudor tributario), y tiene como finalidad que se tutele dicho derecho y se impida la ejecución de la medida de embargo sobre el bien que le pertenece.

Que en dicha resolución se agrega que dado que la pretensión del tercero propietario del bien embargado es que se levante la medida cautelar trabada sobre un bien de su propiedad, deberá probar fehacientemente la calidad de titular de dicho bien con documentos privados de fecha cierta o indistintamente documentos públicos u otros que acrediten que la titularidad de la propiedad ocurrió con anterioridad a haberse trabado la medida de embargo, los que deben ser evaluados por la Administración en primera instancia administrativa y en última por el Tribunal Fiscal.

Que cabe indicar que en las Resoluciones Nº 06938-3-2009 y 10709-3-2013, este Tribunal señaló que: *“(...) el fideicomiso es definido en la doctrina como una relación jurídica en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que éste último destine los bienes a una finalidad determinada a favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. En este sentido, el actuar de fiduciario sobre tales bienes se encuentra limitado en función de una finalidad determinada por el fideicomitente, por lo que la característica más importante en el fideicomiso es el destino de los bienes a la consecución de dicha finalidad, no pudiendo ser dirigidos a otro fin distinto que no sea el estipulado en el acto constitutivo¹”.* En ese sentido, el fideicomitente o el fideicomisario, según lo contemplado en el contrato, reciben los beneficios del fideicomiso que se haya celebrado².

Que de los actuados se aprecia que mediante Resolución Coactiva Nº 0230072793259 de 14 de abril de 2014, el Ejecutor Coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, dispuso trabar embargo en forma de inscripción sobre el inmueble inscrito en la Partida Electrónica Nº 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral Nº II, Sede Chiclayo, Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP, ubicado

en el distrito de Pimentel, en los seguidos contra la ejecutada Veritas Edificaciones S.A.C. con Expediente Coactivo Nº 0230060496675, el cual fue inscrito en dicha partida el 21 de mayo de 2014 (fojas 169 y 171).

Que conforme se advierte en autos (fojas 164 a 167), el 24 de setiembre de 2014, la recurrente presentó ante la Administración una Intervención Excluyente de Propiedad, al amparo de lo previsto en el artículo 120º del Código Tributario³, señalando que el inmueble inscrito en la Partida Electrónica Nº 11059059

¹ Flor Matos, Manuel, "El fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú", Lima: Fondo Editorial – PUCP, 1999, págs. 79, 106 a 115.

² Criterio recogido en la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 14980-4-2012.

³ Si bien señala presentar un escrito de tercería de propiedad, con sustento en lo dispuesto en el artículo 20º de la Ley Nº 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, cabe precisar que dicha norma resulta aplicable en los procedimientos de ejecución coactiva respecto de obligaciones tributarias de Gobiernos Locales, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de la cobranza coactiva respecto a tributos administrados por SUNAT, resultando aplicable el mencionado artículo 120º del Código Tributario, que regula la Intervención Excluyente de Propiedad.

(, 4, MP P



Tribunal Fiscal

Nº 02048-10-2015

antes citada le fue transferido en dominio fiduciario con anterioridad a que se dispusiera la indicada medida cautelar, al constituirse en fiduciario sucesor del Contrato de Fideicomiso suscrito por Veritas Edificaciones S.A.C. (fideicomitente propietario del indicado inmueble) y Banco de Comercio (fiduciaria original).

Que la recurrente, a efecto de acreditar su derecho de propiedad sobre el referido inmueble con anterioridad a la medida cautelar trabada por la Administración, presentó copias de los testimonios de las escrituras públicas del contrato de fideicomiso otorgado por el Fondo Mivivienda S.A., Veritas Edificaciones S.A.C. y otros, y levantamiento de hipoteca que otorgó el Banco Wiese Sudameris con intervención de Fondo Mivivienda S.A. y Veritas Edificaciones S.A.C. de 16 de mayo de 2006, de la addenda al contrato de fideicomiso celebrado por Fondo Mivivienda S.A., Veritas Edificaciones S.A.C. y Banco de Comercio de 6 de octubre de 2006, de la addenda al contrato de fideicomiso celebrado por Fondo Mivivienda S.A., Veritas Edificaciones S.A.C., Banco de Comercio y Fondo de Vivienda Policial de 9 de mayo de 2008, y del contrato de transferencia de fideicomiso y de patrimonio fideicometido que celebran el Banco de Comercio y el Fondo Mivivienda S.A. de 7 de octubre de 2010, así como de las Partidas Electrónicas Nº 02285361 y 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral Nº II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP.

Que de los medios probatorios presentados por la recurrente en la Intervención Excluyente de Propiedad, se aprecia del Asiento C00001 de la Partida Electrónica Nº 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral Nº II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP (foja 46 vuelta), que Veritas Edificaciones S.A.C. era propietaria del predio ubicado en el Potrero U.C. 10335, distrito de Pimentel.

Que mediante escritura pública de 16 de mayo de 2006 (fojas 85 a 160), Veritas Edificaciones S.A.C., en su condición de propietaria del referido predio, y la recurrente⁴, se constituyeron en calidad de fideicomitentes, suscribiendo el contrato de fideicomiso bancario con el Banco de Comercio, en calidad de fiduciario, conforme con lo previsto en el artículo 241º de la Ley Nº 26702, estableciéndose en la cláusula cuarta que Veritas Edificaciones S.A.C. transfiere al Banco de Comercio el dominio fiduciario del inmueble, para los fines que se estipulan en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del contrato⁵, lo cual fue anotado el Asiento C00002 de la citada Partida Electrónica Nº 02285361 (foja 84).

Que a través de la escritura pública de 7 de octubre de 2010 (fojas 48 a 64), el Banco de Comercio, denominado fiduciario renunciante⁶, transfiere a la recurrente en su condición de fiduciario sucesor, el fideicomiso y en consecuencia el patrimonio fideicometido del contrato, asumiendo los derechos, obligaciones y potestades que le corresponde en calidad de fiduciario, encontrándose anotado dicho acto en el Asiento C00003 de la Partida Electrónica Nº 02285361 (foja 3 vuelta).

⁴ De conformidad con el numeral 1.15 de la cláusula primera del contrato, el Fondo Mivivienda S.A. transfiere en dominio fiduciario al fideicomiso, el "Desembolso FMV", que proviene de los ahorros y de los Bonos Familiares Habitacionales – BFH (subsidio no reembolsable como parte del programa Techo Propio a favor de los beneficiarios, numeral 1.6 de la mencionada cláusula).

⁵ Estos son el desarrollo del proyecto inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, que forman parte del Proyecto Inmobiliario Condominio Residencial "Las Garzas", la independización de las unidades y la suscripción de la escritura pública de transferencia de propiedad. Posteriormente, se puede advertir de la Escritura Pública de la Addenda al Contrato de 9 de mayo de 2008 (fojas 65 a 80 vuelta), que en cuanto a los mencionados términos, se procedió a modificar las unidades inmobiliarias, siendo estas 493.

⁶ El Banco de Comercio mediante Cartas Nº 298-11-2008-DF/BC y 020-02-2009-GG de 16 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, presentó ante la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) su renuncia a la condición de fiduciario en el contrato de fideicomiso, la cual fue aceptada mediante la Resolución SBS Nº 3314-2010 de 22 de abril de 2010 (foja 63 vuelta).

4



Tribunal Fiscal

Nº 02048-10-2015

Que a su vez se constata de foja 2, que de la mencionada partida electrónica se procedió a independizar, entre otras, a la unidad inmobiliaria ubicada en Parque N° 02 Lote Conjunto Residencial "Las Garzas", distrito de Pimentel, inscrita en la Partida Electrónica N° 11059059, sobre la cual se anotó la medida cautelar de embargo en forma de inscripción materia de autos (foja 1).

Que conforme se constata, el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas Edificaciones S.A.C., quien en su calidad de fideicomitente en el contrato de fideicomiso elevado a escritura pública el 16 de mayo de 2006, transfirió el dominio fiduciario de dicho predio al Banco de Comercio, mas no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública de 7 de octubre de 2010, ello no implica que se hubiere transferido la propiedad del inmueble a su favor.

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de "pertenencia" del fideicomitente, no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos el embargo en forma de inscripción trabado mediante la Resolución Coactiva N° 0230072793259, inscrito en la Partida Electrónica N° 11059059 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP, no ha recaído sobre un bien de propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente formulada por aquella, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada.

Con las vocales Villanueva Aznarán y Márquez Pacheco, a quien se llamó para completar Sala, e interviniendo como ponente la vocal Ruiz Abarca.

RESUELVE:


CONFIRMAR la Resolución Coactiva N° 0230073922611 de 27 de octubre de 2014.

Regístrese, comuníquese y remítase a la SUNAT, para sus efectos.


VILLANUEVA AZNARÁN
VOCAL


RUIZ ABARCA
VOCAL


MÁRQUEZ PACHECO
VOCAL


Toledo Sagastegui
Secretaria Relatora
RA/TS/DC/rag.

RTF N° 772-4-2015



Tribunal Fiscal

N° 00772-4-2015

EXPEDIENTE N° : 236-2015
INTERESADO :
ASUNTO : Intervención Excluyente de Propiedad
PROCEDENCIA : Lima
FECHA : Lima, 22 de enero de 2015

VISTA la apelación interpuesta por contra la Resolución Coactiva N° 0230074047040 de 25 de noviembre de 2014, emitida por el Ejecutor Coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, que declaró inadmisibles las solicitudes de Intervención Excluyente de Propiedad presentadas contra la Administración Tributaria, respecto de los inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral Chiclayo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP en el procedimiento de cobranza coactiva seguido contra

CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene que mediante escritura pública de 16 de mayo de 2006 se celebró un contrato de fideicomiso, según lo previsto en el artículo 241° de la Ley N° 26702, mediante el cual propietario del inmueble denominado UC 10335 del predio "El Protero", ubicado en la Campiña La Garita, inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral Chiclayo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, transfiere el dominio fiduciario de dicho inmueble al Banco de Comercio, con el propósito que se desarrollase un proyecto inmobiliario de interés social, denominado Residencial "Las Garzas", habiéndose inscrito el 25 de julio del mismo año dicho contrato en el Asiento C00002 de la referida partida electrónica.

Que señala que el 15 de diciembre de 2006 se independizó la anotada partida electrónica en un total de 1,220 lotes de vivienda, un área asignada a educación, 4 parques y 726 estacionamientos, encontrándose dichos lotes en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063, afectadas con la medida cautelar de embargo.

Que refiere que ante la renuncia del Banco de Comercio a su condición de fiduciario del Fideicomiso "Las Garzas", le transfirió el patrimonio fideicometido, en calidad de fiduciario sucesor, lo cual se encuentra inscrito en el Asiento C00003 de la Partida Electrónica N° 02285361, y posteriormente en las partidas electrónicas afectadas.

Que indica que en su calidad de fiduciario del Fideicomiso "Las Garzas", presentó la solicitud de Intervención Excluyente de Propiedad contra las anotaciones de las medidas cautelares de embargo en forma de inscripción sobre los inmuebles registrados en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063, los que forman parte del patrimonio fideicometido, en uso de sus facultades y obligaciones previstas en los artículos 252° y 256° de la Ley N° 26702, toda vez que dicho patrimonio fue afectado con la referida medida cautelar contraviniendo lo dispuesto en el artículo 253° de dicha ley, en tanto tal patrimonio no responde por las deudas u obligaciones que tenga el fideicomitente, esto es, por lo que debe procederse a la desafectación de los predios sobre los cuales ejerce dominio fiduciario, más aún cuando las medidas fueron trabadas con posterioridad a la constitución de aquél patrimonio.

Que por su parte, la Administración señala que la documentación presentada por la recurrente no se cumple con acreditar la transferencia a su favor de los inmuebles registrados en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063, siendo que la transferencia fiduciaria no implica la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo que representa una cesión de dominio condicionada a una



Tribunal Fiscal

N° 00772-4-2015

finalidad específica, esto es, la utilización y administración del patrimonio fideicometido para el desarrollo inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, por lo que declaró inadmisibles las intervenciones.

Que el artículo 120° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que el tercero que sea propietario de bienes embargados en el procedimiento de cobranza coactiva, podrá interponer Intervención Excluyente de Propiedad ante el Ejecutor Coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, la que será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

Que los incisos a) y f) del citado artículo prevén que la Intervención Excluyente de Propiedad sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar, y que el Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia de dicho documento.

Que según el numeral 2 del artículo 23° del Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva de la SUNAT, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 120° del Código Tributario sólo será admitida a trámite la Intervención Excluyente de Propiedad si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio del ejecutor acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar. Se entenderá dentro del criterio de fehaciencia la plena determinación e identificación de los bienes.

Que el inciso b) del citado numeral señala que un documento privado adquiere fecha cierta desde la fecha de la muerte del otorgante, desde su presentación ante funcionario público para que legalice o certifique las firmas de los otorgantes, desde su difusión a través de un medio público en fecha determinada o determinable u otra situación similar, adicionalmente señala que el ejecutor puede considerar como fecha cierta la que hubiera sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

Que el artículo 241° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro, Ley N° 26702, dispone que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario, asimismo, señala 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.

Que el artículo 252° de la citada Ley prevé que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo; y que la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo.

Que el artículo 273° de la referida ley señala que la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

Que según la Resolución N° 08184-1-2007, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de setiembre de 2007, que constituye precedente de observancia obligatoria, la tercería o Intervención Excluyente de

✓ ↗ ⊗ 2)



Tribunal Fiscal

N° 00772-4-2015

Propiedad es la vía por la que el tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva, invoca su derecho de propiedad respecto de un bien embargado por una deuda tributaria correspondiente a otro sujeto (deudor tributario), y tiene como finalidad que se tutele dicho derecho y se impida la ejecución de la medida de embargo sobre el bien que le pertenece.

Que en dicha resolución se agrega que dado que la pretensión del tercero propietario del bien embargado es que se levante la medida cautelar trabada sobre un bien de su propiedad, deberá probar fehacientemente la calidad de titular de dicho bien con documentos privados de fecha cierta o indistintamente documentos públicos u otros que acrediten que la titularidad de la propiedad ocurrió con anterioridad a haberse trabado la medida de embargo, los que deben ser evaluados por la Administración en primera instancia administrativa y en última por el Tribunal Fiscal.

Que cabe indicar que en las Resoluciones N° 06938-3-2009 y 10709-3-2013, este Tribunal señaló que: "(...) el fideicomiso es definido en la doctrina como una relación jurídica en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que éste último destine los bienes a una finalidad determinada a favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. En este sentido, el actuar de fiduciario sobre tales bienes se encuentra limitado en función de una finalidad determinada por el fideicomitente, por lo que la característica más importante en el fideicomiso es el destino de los bienes a la consecución de dicha finalidad, no pudiendo ser dirigidos a otro fin distinto que no sea el estipulado en el acto constitutivo¹". En ese sentido, el fideicomitente o el fideicomisario, según lo contemplado en el contrato, reciben los beneficios del fideicomiso que se haya celebrado².

Que de los actuados se aprecia que mediante Resoluciones Coactivas N° 0230071885144 y 0230071885186 de 2 de agosto de 2013, el Ejecutor Coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, dispuso trabar embargo en forma de inscripción sobre los inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo, Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP, ubicados en Conjunto Residencial "Las Garzas Pimentel", distrito de Pimentel, en los seguidos contra la ejecutada con Expediente Coactivo N° 0230060496675, los cuales fueron inscritos en dichas partidas el 26 de agosto de 2013 (fojas 178 y 181).

Que conforme se advierte en autos (fojas 169 a 171), la recurrente, el 18 de noviembre de 2014, presentó ante la Administración una solicitud de Intervención Excluyente de Propiedad, al amparo de lo previsto en el artículo 120° del Código Tributario³, señalando que los inmuebles inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 antes citadas, le fueron transferidos en dominio fiduciario con anterioridad a que se dispusieran las indicadas medidas cautelares, al constituirse en fiduciario sucesor del Contrato de Fideicomiso suscrito por (fideicomitente propietario de los indicados inmuebles) y Banco de Comercio (fiduciaria original).

Que la recurrente, a efecto de acreditar su derecho de propiedad sobre los referidos inmuebles con anterioridad a la medida cautelar trabada por la Administración, presentó copias de los testimonios de las escrituras públicas del contrato de fideicomiso otorgado por el y otros, y levantamiento de hipoteca que otorgó el Banco Wiese Sudameris con intervención de y de 16 de mayo de 2006, de la

¹ Flor Matos, Manuel, "El fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú", Lima: Fondo Editorial – PUCP, 1999, págs. 79, 106 a 115.

² Criterio recogido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14980-4-2012.

³ Si bien señala presentar un escrito de tercería de propiedad, con sustento en lo dispuesto en el artículo 20° de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, cabe precisar que dicha norma resulta aplicable en los procedimientos de ejecución coactiva respecto de obligaciones tributarias de Gobiernos Locales, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de la cobranza coactiva respecto a tributos administrados por SUNAT, resultando aplicable el mencionado artículo 120° del Código Tributario, que regula la Intervención Excluyente de Propiedad.

h → ⊗ 3 |



Tribunal Fiscal

N° 00772-4-2015

addenda al contrato de fideicomiso celebrado por Banco de Comercio de 6 de octubre de 2006, de la addenda al contrato de fideicomiso celebrado por Banco de Comercio y Fondo de Vivienda Policial de 9 de mayo de 2008, y del contrato de transferencia de fideicomiso y de patrimonio fideicometido que celebran el Banco de Comercio y el de 7 de octubre de 2010, así como de las Partidas Electrónicas N° 02285361, 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP.

Que de los medios probatorios presentados por la recurrente en la Intervención Excluyente de Propiedad, se aprecia del Asiento C00001 de la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP (foja 50/vuelta), que era propietaria del predio ubicado en el Potrero U.C. 10335, distrito de Pimentel.

Que mediante escritura pública de 16 de mayo de 2006 (fojas 89 a 164), en su condición de propietaria del referido predio, y la recurrente⁴, se constituyeron en calidad de fideicomitentes, suscribiendo el contrato de fideicomiso bancario con el Banco de Comercio, en calidad de fiduciario, conforme con lo previsto en el artículo 241° de la Ley N° 26702, estableciéndose en la cláusula cuarta que transfiere al Banco de Comercio el dominio fiduciario del inmueble, para los fines que se estipulan en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del contrato⁵, lo cual fue anotado el Asiento C00002 de la citada Partida Electrónica N° 02285361 (foja 47).

Que a través de la escritura pública de 7 de octubre de 2010 (fojas 53 a 69/vuelta), el Banco de Comercio, denominado fiduciario renunciante⁶, transfiere a la recurrente en su condición de fiduciario sucesor, el fideicomiso y en consecuencia el patrimonio fideicometido del contrato, asumiendo los derechos, obligaciones y potestades que le corresponde en calidad de fiduciario, encontrándose anotado dicho acto en el Asiento C00003 de la Partida Electrónica N° 02285361 (foja 7/vuelta).

Que a su vez se aprecia (fojas 3 y 6), que de la mencionada partida electrónica se procedió a independizar, entre otras, a las unidades inmobiliarias ubicadas en Conjunto Residencial "Las Garzas", distrito de Pimentel, inscritas en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063, sobre las cuales se anotaron la medida cautelar de embargo en forma de inscripción materia de autos (fojas 2 y 5).

Que conforme se advierte, los inmuebles materia de embargo constituyen propiedad de quien en su calidad de fideicomitente en el contrato de fideicomiso elevado a escritura pública el 16 de mayo de 2006, transfirió el dominio fiduciario de dichos predios al Banco de Comercio, mas no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública de 7 de octubre de 2010, ello no implicaba que hubiese transferido la propiedad de los inmuebles a favor de la recurrente.

⁴ De conformidad con el numeral 1.15 de la cláusula primera del contrato, el Fondo Mivivienda S.A. transfiere en dominio fiduciario al fideicomiso, el "Desembolso FMV", que proviene de los ahorros y de los Bonos Familiares Habitacionales – BFH (subsidio no reembolsable como parte del programa Techo Propio a favor de los beneficiarios, numeral 1.6 de la mencionada cláusula).

⁵ Estos son el desarrollo del proyecto inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, que forman parte del Proyecto Inmobiliario Condominio Residencial "Las Garzas", la independización de las unidades y la suscripción de la escritura pública de transferencia de propiedad. Posteriormente, se puede advertir de la Escritura Pública de la Addenda al Contrato de 9 de mayo de 2008 (fojas 72 a 87 vuelta), que en cuanto a los mencionados términos, se procedió a modificar las unidades inmobiliarias, siendo estas 493.

⁶ El Banco de Comercio mediante Cartas N° 298-11-2008-DF/BC y 020-02-2009-GG de 16 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, presentó ante la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) su renuncia a la condición de fiduciario en el contrato de fideicomiso, la cual fue aceptada mediante la Resolución SBS N° 3314-2010 de 22 de abril de 2010.

 4 



Tribunal Fiscal

N° 00772-4-2015

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de "pertenencia" del fideicomitente, no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la Intervención Excluyente de Propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos los embargos en forma de inscripción trabados mediante las Resoluciones Coactivas N° 0230071885144 y 0230071885186, inscritos en las Partidas Electrónicas N° 11059062 y 11059063 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP, no han recaído sobre bienes que fueron propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente formulada por aquella, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada.

Con los vocales Flores Talavera, Fuentes Borda y Velásquez López Raygada, a quien se llamó para completar Sala, e interviniendo como ponente la vocal Flores Talavera.

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución Coactiva N° 0230074047040 de 25 de noviembre de 2014.

Regístrese, comuníquese y remítase a la SUNAT, para sus efectos.


FLORES TALAVERA
VOCAL PRESIDENTE


FUENTES BORDA
VOCAL


VELÁSQUEZ LÓPEZ RAYGADA
VOCAL


Sánchez Gómez
Secretaria Relatora
FT/AD/mgp



Tribunal Fiscal

N° 02195-4-2015

EXPEDIENTE N° : 1552-2015
 INTERESADO :
 ASUNTO : Intervención Excluyente de Propiedad
 PROCEDENCIA : Lima
 FECHA : Lima, 3 de marzo de 2015

VISTA la apelación interpuesta por _____ con RUC N° _____, contra la Resolución Coactiva N° 0230074136539 de 29 de diciembre de 2014, emitida por el ejecutor coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, que declaró inadmisibles las solicitudes de Intervención Excluyente de Propiedad presentadas contra la Administración Tributaria, respecto del inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo, Zona Registral N° II Sede Chiclayo, en el procedimiento de cobranza coactiva seguido contra Veritas Edificaciones S.A.C.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene que mediante Escritura Pública de 16 de mayo de 2006 se celebró el contrato de fideicomiso, de conformidad con lo previsto en el artículo 241° de la Ley N° 26702, mediante el cual _____, propietario del inmueble denominado registralmente UC 10335 del predio El Protero, ubicado en la Campiña La Garita, inscrito en la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de Chiclayo, transfiere el dominio fiduciario de dicho inmueble al Banco de Comercio, con el propósito que se desarrolle un proyecto inmobiliario de interés social, denominado Residencial Las Garzas, habiendo sido inscrito el 25 de julio del mismo año dicho contrato de fideicomiso en el asiento C00002 de la referida partida electrónica.

Que menciona que el 15 de diciembre de 2006 se independiza la anotada partida electrónica en un total de 1,220 lotes de vivienda, un área asignada a educación, 4 parques y 726 estacionamientos, encontrándose en dichos lotes la Partida Electrónica N° 11057994, afectada con la medida cautelar de embargo.

Que refiere que ante la renuncia del Banco de Comercio de su condición de fiduciario del Fideicomiso "Las Garzas", le transfirió el patrimonio fideicometido, en calidad de fiduciario sucesor, lo cual se encuentra inscrito en el Asiento C00003 de la Partida Electrónica N° 02285361, y posteriormente en la partida electrónica afectada.

Que indica que en su calidad de fiduciario del Fideicomiso "Las Garzas", presentó la solicitud de intervención excluyente de propiedad contra la anotación de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre el inmueble registrado en la Partida Electrónica N° 11057994, que forma parte del patrimonio fideicometido, en uso de sus facultades y obligaciones previstas en los artículos 252° y 256° de la Ley N° 26702, toda vez que dicho patrimonio fue afectado con la referida medida cautelar contraviniendo lo dispuesto en el artículo 253° de dicha ley, en tanto tal patrimonio no responde por las deudas u obligaciones que tenga el fideicomitente, esto es, _____, por lo que debe procederse a la desafectación del predio sobre el cual la recurrente ejerce dominio fiduciario, más aún cuando la medida fue trabada con posterioridad a la constitución de aquel patrimonio.

Que mediante escrito de 2 de marzo de 2015, la recurrente reitera los alegatos de su recurso de apelación antes descritos.

Que por su parte, la Administración señala que la documentación presentada por la recurrente no acredita la transferencia a su favor del inmueble registrado en la Partida Electrónica N° 11057994, siendo que la transferencia fiduciaria no implica la transferencia de propiedad absoluta y plena, sino el dominio fiduciario, lo que representa una cesión de dominio condicionada a una finalidad específica, esto es la

[Firma manuscrita]



Tribunal Fiscal

N° 02195-4-2015

utilización y administración del patrimonio fideicometido para el desarrollo inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, por lo que declaró inadmisibles las intervenciones.

Que el artículo 120° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, señala que el tercero que sea propietario de bienes embargados en el procedimiento de cobranza coactiva, podrá interponer intervención excluyente de propiedad ante el ejecutor coactivo en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, la que será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar.

Que los incisos a) y f) del citado artículo prevén que la intervención excluyente de propiedad sólo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar, y que el Tribunal Fiscal está facultado para pronunciarse respecto a la fehaciencia de dicho documento.

Que según el numeral 2 del artículo 23° del Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva de la SUNAT, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 120° del Código Tributario sólo será admitida a trámite la intervención excluyente de propiedad si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento que a juicio del ejecutor acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar, entendiéndose dentro del criterio de fehaciencia la plena determinación e identificación de los bienes.

Que el inciso b) del citado numeral señala que un documento privado adquiere fecha cierta desde la fecha de la muerte del otorgante, desde su presentación ante funcionario público para que legalice o certifique las firmas de los otorgantes, desde su difusión a través de un medio público en fecha determinada o determinable u otra situación similar, adicionalmente señala que el ejecutor puede considerar como fecha cierta la que hubiera sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

Que el artículo 241° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro, Ley N° 26702, dispone que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario, asimismo, señala 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.

Que el artículo 252° de la citada ley prevé que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo; y que la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo.

Que el artículo 273° de la referida ley señala que la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

 2



Tribunal Fiscal

N° 02195-4-2015

Que según la Resolución N° 08184-1-2007, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 8 de setiembre de 2007, que constituye precedente de observancia obligatoria, la tercería o intervención excluyente de propiedad es la vía por la que el tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva, invoca su derecho de propiedad respecto de un bien embargado por una deuda tributaria correspondiente a otro sujeto (deudor tributario), y tiene como finalidad que se tutele dicho derecho y se impida la ejecución de la medida de embargo sobre el bien que le pertenece.

Que en dicha resolución se agrega que dado que la pretensión del tercero propietario del bien embargado es que se levante la medida cautelar trabada sobre un bien de su propiedad, deberá probar fehacientemente la calidad de titular de dicho bien con documentos privados de fecha cierta o indistintamente documentos públicos u otros que acrediten que la titularidad de la propiedad ocurrió con anterioridad a haberse trabado la medida de embargo, los que deben ser evaluados por la Administración en primera instancia administrativa y en última por el Tribunal Fiscal.

Que cabe indicar que en las Resoluciones N° 06938-3-2009 y 10709-3-2013, este Tribunal señaló que: "(...) el fideicomiso es definido en la doctrina como una relación jurídica en la cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que éste último destine los bienes a una finalidad determinada a favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. En este sentido, el actuar de fiduciario sobre tales bienes se encuentra limitado en función de una finalidad determinada por el fideicomitente, por lo que la característica más importante en el fideicomiso es el destino de los bienes a la consecución de dicha finalidad, no pudiendo ser dirigidos a otro fin distinto que no sea el estipulado en el acto constitutivo¹". En ese sentido, el fideicomitente o el fideicomisario, según lo contemplado en el contrato, reciben los beneficios del fideicomiso que se haya celebrado².

Que de los actuados, se aprecia que mediante Resolución Coactiva N° 0230071884912 de 2 de agosto de 2013, de fojas 172 y 175, el Ejecutor Coactivo de la Intendencia Lima de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, dispuso trabar embargo en forma de inscripción sobre el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral Chiclayo, ubicado en Conjunto Residencial "Las
, distrito de Pimentel, en los seguidos contra la ejecutada Veritas
con Expediente Coactivo N° 0230060496675, el cual fue inscrito en dicha partida el 26 de agosto de 2013.

Que conforme se advierte de fojas 166 a 169, el 17 de noviembre de 2014 la recurrente presentó ante la Administración una solicitud de intervención excluyente de propiedad, al amparo de lo previsto en el artículo 120° del Código Tributario³, señalando que el inmueble inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 antes citada, le fue transferido en dominio fiduciario con anterioridad a que se dispusiera la indicada medida cautelar, al constituirse en fiduciario sucesor del contrato de fideicomiso suscrito por (fideicomitente propietario de los indicados inmuebles) y Banco de Comercio
(fiduciaria original).

Que la recurrente, a efecto de acreditar su derecho de propiedad sobre el referido inmueble con anterioridad a la medida cautelar trabada por la Administración, presentó copias de los testimonios de las escrituras públicas del contrato de fideicomiso otorgado por el Fondo Veritas
y otros, y levantamiento de hipoteca que otorga el Banco Wiese Sudameris con

¹ Flor Matos, Manuel, "El fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú", Lima: Fondo Editorial – PUCP, 1999, págs. 79, 106 a 115.

² Criterio recogido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 14980-4-2012.

³ Si bien señala presentar un escrito de tercería de propiedad, con sustento en lo dispuesto en el artículo 20° de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, cabe precisar que dicha norma resulta aplicable en los procedimientos de ejecución coactiva respecto de obligaciones tributarias de Gobiernos Locales, situación que no se presenta en el caso de autos, al tratarse de la cobranza coactiva respecto a tributos administrados por SUNAT, resultando aplicable el mencionado artículo 120° del Código Tributario, que regula la intervención excluyente de propiedad.

18



Tribunal Fiscal

N° 02195-4-2015

intervención de I y V de 16 de mayo de 2006, de la adenda al contrato de fideicomiso celebrado por Veritas Edificaciones S.A.C. y Banco de Comercio de 6 de octubre de 2006, de la adenda al contrato de fideicomiso celebrado por I Banco de Comercio y Fondo de Vivienda Policial de 9 de mayo de 2008, y del contrato de transferencia de fideicomiso y de patrimonio fideicometido que celebran el Banco de de 7 de octubre de 2010, así como de la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP.

Que de los medios probatorios presentados por la recurrente en la intervención excluyente de propiedad, se aprecia del Asiento C00001 de la Partida Electrónica N° 02285361 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Chiclayo, de foja 48 vuelta, que Veritas Edificaciones S.A.C. es propietaria del predio ubicado en el Potrero U.C. 10335, distrito de Pimentel.

Que mediante escritura pública de 16 de mayo de 2006, de fojas 86 a 161, Veritas Edificaciones S.A.C., en su condición de propietaria del referido predio, y la recurrente⁴, se constituyeron en calidad de fideicomitentes, suscribiendo el contrato de fideicomiso con el Banco de Comercio, en calidad de fiduciario, conforme con lo previsto en el artículo 241° de la Ley N° 26702, estableciéndose en la cláusula cuarta que transfiere al Banco de Comercio el dominio fiduciario del inmueble, para los fines que se estipulan en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del contrato⁵, lo cual fue anotado en el Asiento C00002 de la citada Partida Electrónica N° 02285361, de foja 45.

Que a través de la escritura pública de 7 de octubre de 2010, de fojas 50 a 66 vuelta, el Banco de Comercio, denominado fiduciario renunciante⁶, transfiere a la recurrente en su condición de fiduciario sucesor, el fideicomiso y en consecuencia el patrimonio fideicometido del contrato, asumiendo los derechos, obligaciones y potestades que le corresponde en calidad de fiduciario, encontrándose anotado dicho acto en el asiento C00003 de la Partida Electrónica N° 02285361, de foja 5 vuelta.

Que a su vez se aprecia, de foja 4, que de la mencionada partida electrónica se procedió a independizar, entre otras, a la unidad inmobiliaria ubicada en Conjunto Residencial "Las Garzas", distrito de Pimentel, inscrita en la Partida Electrónica N° 11057994, sobre la cual se anotó la medida cautelar de embargo en forma de inscripción materia de autos, de foja 2.

Que conforme se advierte, el inmueble materia de embargo constituye propiedad de Veritas Edificaciones S.A.C., quien en su calidad de fideicomitente en el contrato de fideicomiso elevado a escritura pública el 16 de mayo de 2006, transfirió el dominio fiduciario de dicho predio al Banco de Comercio, mas no su propiedad, lo cual se encuentra señalado expresamente en el artículo 273° de la Ley N° 26702, por lo que si bien la recurrente se constituyó en el fiduciario sucesor, conforme a la escritura pública de 7 de octubre de 2010, ello no implicaba que hubiese transferido la propiedad del inmueble a favor de la recurrente.

⁴ De conformidad con el numeral 1.15 de la cláusula primera del contrato, el transfiere en dominio fiduciario al fideicomiso, el "Desembolso FMV", que proviene de los ahorros y de los Bonos Familiares Habitacionales – BFH (subsídium no reembolsable como parte del programa Techo Propio a favor de los beneficiarios, numeral 1.6 de la mencionada cláusula).

⁵ Estos son el desarrollo del proyecto inmobiliario de 605 unidades inmobiliarias, que forman parte del Proyecto Inmobiliario Condominio Residencial la independización de las unidades y la suscripción de la escritura pública de transferencia de propiedad. Posteriormente, se puede advertir de la Escritura Pública de la Addenda al Contrato de 9 de mayo de 2008, de fojas 66 a 84, que en cuanto a los mencionados términos, se procedió a modificar las unidades inmobiliarias, siendo estas 493.

⁶ El Banco de Comercio mediante Cartas N° 298-11-2008DF/BC y 020-02-2009-GG de 16 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, presentó ante la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) su renuncia a la condición de fiduciario en el Contrato de Fideicomiso, la cual fue aceptada mediante la Resolución N° 3314-2010 de 22 de abril de 2010.

4



Tribunal Fiscal

N° 02195-4-2015

Que cabe indicar que en el caso del fideicomiso bancario, si bien los bienes que integran el patrimonio fideicometido dejan de ser objeto de "pertenencia" del fideicomitente, no integran el patrimonio del fiduciario.

Que tal como se ha señalado precedentemente, la finalidad de la intervención excluyente de propiedad es cautelar el derecho de propiedad de un tercero ajeno al procedimiento de cobranza coactiva y que se impida la ejecución de la medida cautelar trabada sobre un bien que le pertenece, por lo que dado que en el caso de autos el embargo en forma de inscripción trabado mediante la Resolución Coactiva N° 0230071884912, inscrito en la Partida Electrónica N° 11057994 del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral N° II, Sede Chiclayo de la Oficina Registral Chiclayo de la SUNARP, no ha recaído sobre un bien de propiedad de la recurrente, no corresponde amparar la intervención excluyente formulada por ésta, por lo tanto, procede confirmar la resolución apelada⁷.

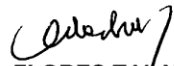
Que el informe oral solicitado por la recurrente se llevó a cabo con asistencia de ambas partes, según Constancia de Informe Oral N° 0159-2015-EF/TF de foja 212.

Con los vocales Flores Talavera, Fuentes Borda y Amico de las Casas, e interviniendo como ponente el vocal Fuentes Borda.

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución Coactiva N° 0230074136539 de 29 de diciembre de 2014.

Regístrese, comuníquese y remítase a la SUNAT, para sus efectos.


FLORES TALAVERA
VOCAL PRESIDENTE


FUENTES BORDA
VOCAL


AMICO DE LAS CASAS
VOCAL


Barrera Vásquez
Secretaria Relatora
FB/MC/mgp

⁷ Similar fallo se ha emitido mediante la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00772-4-2015, recaída en una anterior apelación formulada por la recurrente respecto a un caso similar al de autos.



Tribunal Fiscal

N° 08147-8-2016

EXPEDIENTES N° : 10183-2016 y 10184-2016
 INTERESADO :
 ASUNTO : Intervención Excluyente de Propiedad
 PROCEDENCIA : Lima
 FECHA : Lima, 26 de agosto de 2016

VISTAS las apelaciones interpuestas por [redacted] con Registro Único de Contribuyente N° [redacted] contra las Resoluciones Coactivas N° 0110070116399 y 0110070116408 de 21 y 22 de junio de 2016, emitidas por la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, que declararon inadmisibles las intervenciones excluyentes de propiedad formuladas contra la referida Administración y la ejecutada respecto de los embargos en forma de retención trabados mediante las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116248.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 149° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, corresponde acumular los procedimientos seguidos con Expedientes N° 10183-2016 y 10184-2016, por guardar conexión entre sí.

Que la recurrente sostiene, entre otros, que las empresas [redacted] celebraron un contrato de consorcio denominado "Consortio [redacted] con el objeto exclusivo de ejecutar el contrato de obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta", este último suscrito entre el referido consorcio y Proyecto especial de infraestructura de transporte nacional – PROVIAS NACIONAL (PROVIAS). Agrega que el mencionado consorcio no cuenta con contabilidad independiente, que se nombró como operador a OAS, y que a través de él PROVIAS realiza los pagos al consorcio, emitiendo aquel las facturas correspondientes por las prestaciones ejecutadas por el consorcio.

Que anota que el aludido consorcio suscribió con la recurrente, según escritura pública de 16 de octubre de 2015, un contrato de Fideicomiso en Administración, en virtud del cual el primero actuó en calidad de fideicomitente y fideicomisario y la segunda en calidad de fiduciaria, siendo que en el marco de dicho contrato que el consorcio le transfirió, en dominio fiduciario, los derechos de cobro y los flujos dinerarios generados por la ejecución de la obra antes señalada. Precisa que el 22 de octubre de dicho año pusieron en conocimiento de PROVIAS la constitución del fideicomiso en mención y la transferencia de tales derechos de cobro y flujos dinerarios.

Que manifiesta que en el mes de junio de 2016 OAS emitió a PROVIAS diversas facturas vinculadas con la ejecución de la referida obra, las cuales fueron comunicadas por esta última a la Administración, atendiendo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 931, indicándosele que el emisor (OAS) tenía la calidad de deudor tributario en cobranza coactiva.

Que indica que la Administración, dentro del procedimiento de cobranza coactiva seguido a OAS, emitió las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116248, mediante la cuales trabó embargos en forma de retención sobre los derechos de créditos u otras acreencias respecto de las cuales el deudor tributario fuese titular y ordenó a PROVIAS retener las sumas indicadas en tales resoluciones y proceder a su entrega al ejecutor coactivo dentro del plazo de cinco días hábiles, lo que constituye un error pues los derechos de créditos los genera el consorcio y no OAS.

Que añade que ni OAS ni el consorcio tienen la titularidad sobre los referidos derechos de crédito pues estos, así como los flujos dinerarios provenientes de la ejecución del contrato de obra, forman parte del patrimonio fideicometido administrado por la recurrente, en su calidad de fiduciaria, por lo que fue esta última quien formuló las respectivas intervenciones excluyentes de propiedad.

[Handwritten signature]



Tribunal Fiscal

Nº 08147-8-2016

Que sostiene que la Administración, mediante las Resoluciones Coactivas N° 0110070116399 y 0110070116408, declaró inadmisibles las anotadas intervenciones excluyentes de propiedad al cuestionar su legitimidad para obrar, al considerar que no es propietaria de los bienes embargados, en cuyo supuesto debió declarar su improcedencia, y para ello correspondía que se pronunciara sobre los argumentos vertidos por ella sobre tal asunto, lo que no hizo, por lo que tales resoluciones adolecen de un vicio de nulidad insubsanable.

Que alega que de acuerdo con lo previsto por los artículos 241°, 252° y 256° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, es la fiduciaria quien ejerce sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido un derecho denominado "dominio fiduciario" que comparte las características esenciales del derecho de propiedad, como son la administración, el uso, la disposición y la reivindicación sobre los bienes. Por lo que no cabe duda que la fiduciaria es quien se encuentra legitimada para interponer las mencionadas intervenciones excluyentes de propiedad. Cita la sentencia de 23 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 2007-3163-0-1401-JR-CI-02, y la sentencia de 22 de octubre de 2010, recaída en la Casación N° 3160-2010, mediante las cuales el Poder Judicial reconoció la facultad de la fiduciaria de formular tercería de propiedad.

Que afirma que establecer que el fiduciario no tiene legitimidad para interponer la intervención excluyente de propiedad equivale a desconocer la figura del fideicomiso y dejarlos en un escenario de indefensión, pues, administrativamente, no existiría un mecanismo de defensa apropiado para reivindicar el patrimonio fideicometido frente a una actuación irregular de la Administración.

Que precisa que, de acuerdo con lo establecido por la citada ley y diversa doctrina, el patrimonio fideicometido no responde por las deudas de ninguno de los miembros del consorcio, como en este caso, sería OAS, por operaciones personales y que no tienen vinculación con la ejecución de la obra; situación que incluso es reconocida por la Administración en el Informe N° 254-2005-SUNAT/2B0000 en el que se señala la improcedencia de trabar medidas cautelares sobre los bienes y/o derechos que integren un patrimonio fideicometido.

Que finalmente, invoca la aplicación de los principios de verdad material, imparcialidad, predictibilidad y uniformidad.

Que de otro lado, la Administración señala que PROVÍAS le informó sobre la existencia de devengados en favor del deudor tributario OAS, a quien le inició un procedimiento de cobranza coactiva signado con Expediente N° 0110060047587, y dado que dicho deudor forma parte de un consorcio emitió las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116246 trabando embargos en forma de retención sobre los derechos de crédito de esta.

Que anota que, en razón de los embargos trabados, la recurrente (fiduciaria) presentó las intervenciones excluyentes de propiedad, materia de análisis; sin embargo, esta no acreditó tener la propiedad de los créditos embargados, dado que el artículo 273° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prevé que una empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo solo responsable de su administración; por lo tanto, concluyó que aquella no está legitimada para presentar intervención excluyente de propiedad, y procedió a declarar inadmisibles tales solicitudes.

Que de conformidad con el artículo 120° del Texto Único Ordenando del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, 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.

Que los incisos a) y f) del referido artículo establecen que la intervención excluyente de propiedad solo será admitida si el tercero prueba su derecho con documento privado de fecha cierta, documento público u otro documento, que a juicio de la Administración, acredite fehacientemente la propiedad de los bienes antes de haberse trabado la medida cautelar, y que este Tribunal está facultado para

[Firma manuscrita] 2 *[Firma manuscrita]*



Tribunal Fiscal

Nº 08147-8-2016

pronunciarse respecto a la fehaciencia del documento con el que el tercero pretende acreditar su derecho de propiedad.

Que de conformidad con el artículo 923º del Código Civil, aprobado por Decreto Legislativo Nº 295, la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, el cual debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Que con relación a ello, el citado código, en su Título I de la Sección Segunda del Libro V, ha clasificado los bienes en muebles e inmuebles, siendo que en el artículo 885º del citado código se señala que son inmuebles: El suelo, el subsuelo y el sobresuelo; el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales; las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; los diques y muelles; las concesiones para explotar servicios públicos; las concesiones mineras obtenidas por particulares; los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro y los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

Que asimismo, el artículo 886º del referido código señala que son muebles: Los vehículos terrestres de cualquier clase; las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal; los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo; los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales; los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares; las rentas o pensiones de cualquier clase; las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles; los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro y los demás bienes no comprendidos en el artículo 885º.

Que como antecedente al caso de autos, se tiene que mediante escritura pública de 10 de mayo de 2012 las empresas

celebraron un contrato de consorcio denominado "Consortio (fojas 111 a 118 del Expediente Nº 10183-2016), con el objeto exclusivo de suscribir el contrato de ejecución de la obra en virtud de la adjudicación de la buena pro para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta" otorgada el 12 de abril de 2012. Las partes antes mencionadas establecieron que dicho consorcio no tendría contabilidad independiente a la de sus partes, y que el operador del contrato sería OAS.

Que asimismo, obra a fojas 83 a 104 del Expediente Nº 10183-2016 el Contrato de Ejecución de Obra Nº 032-2012-MTC/20 de 11 de mayo de 2012 (Contrato de Obra), suscrito entre el referido consorcio y el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVÍAS NACIONAL (PROVÍAS), en atención al cual el consorcio se obligó a realizar la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta" bajo los términos y condiciones estipuladas en dicho contrato; y, a su vez PROVÍAS debía efectuar los pagos correspondientes al consorcio por los servicios brindados.

Que además, de la escritura pública de 16 de octubre de 2015 (fojas 70 a 82 del Expediente Nº 10183-2016), se aprecia que el referido consorcio suscribió con la recurrente un contrato de Fideicomiso en Administración (Contrato de Fideicomiso), en virtud del cual dicho consorcio (en calidad de fideicomitente y fideicomisario), transfirió irrevocablemente en favor de la recurrente (fiduciaria) el dominio fiduciario de los "derechos de cobro" (definidos como aquellos derechos de crédito presentes y futuros determinados o indeterminables que otorgasen legitimidad para exigir y demandar y recibir el pago de todas la sumas de dinero adeudadas al consorcio por PROVÍAS según el contrato de obra antes mencionado) y los "flujos dinerarios" (definidos como las sumas de dinero que le corresponde percibir al consorcio en mérito a las cobranza y realización efectiva de los derechos de cobros, los intereses que estos generen, y cualquier otra suma de dinero de la que el consorcio sea beneficiario derivado del contrato de obra), para que sean administrados por esta última.

D S R 3 */*



Tribunal Fiscal

N° 08147-8-2016

Que también se observa que mediante Carta LEG-2015-0874-0001, recibida por PROVÍAS el 22 de octubre de 2015, el consorcio y la recurrente (fiduciaria) comunicaron a PROVÍAS la constitución del referido fideicomiso y la transferencia de los derechos de cobro y los flujos dinerarios que le pagaría en virtud del contrato "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Lima – Canta – La Viuda – Unish, Tramo: Lima – Canta", y precisaron que a partir del día siguiente de recibida tal comunicación cualquier pago que debía realizarse en favor del consorcio por concepto de desarrollo y ejecución del contrato de obra debía ser realizado en la cuenta de la fiduciaria (foja 53 del Expediente N° 10184-2016).

Que en el mes de junio de 2016, el operador del consorcio (OAS) emitió a PROVÍAS las Facturas N° E001-106 a E001-110 (fojas 203 del Expediente N° 10183-2016 y 204 del Expediente N° 10184-2016) vinculadas con la ejecución de la obra materia del contrato de consorcio, siendo que PROVÍAS comunicó sobre la existencia de estas a la Administración, en atención a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 931¹.

Que ahora bien, se advierte de autos que mediante las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116248 de 6 y 9 de junio de 2016 (fojas 40 del Expediente N° 10183-2016 y 54 del Expediente N° 10184-2016), emitidas en el procedimiento de cobranza coactiva seguido al deudor tributario hasta por las sumas de S/. 927 896,00 y S/. 2 665 197,00, respectivamente, sobre los derechos de crédito u otras acreencias que el deudor tributario fuese titular y que estuviesen en posesión de la Unidad Ejecutoria Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVÍAS NACIONAL (PROVÍAS)², la Administración trabó embargos en forma de retención

Que ante ello, la recurrente formuló intervención excluyente de propiedad respecto de los créditos que considera que son de titularidad del patrimonio fideicometido que administra, adjuntando el contrato de consorcio, el de fideicomiso, correspondencia, entre otros, detallados precedentemente (fojas 1 a 146 del Expediente N° 10183-2016 y 1 a 141 del Expediente N° 10184-2016).

Que de lo actuado se advierte que los embargos trabados por la Administración, mediante las Resoluciones Coactivas N° 0110070116209 y 0110070116248, recaen sobre derechos de crédito o acreencias que se mantendrían frente a PROVÍAS; es decir, en realidad versan sobre una relación obligacional con dicha entidad, sobre la que no podría ostentarse derecho de propiedad alguno.

Que dado que la interposición de la intervención excluyente de propiedad, prevista en el artículo 120° del Código Tributario, solamente versa sobre bienes y no sobre derechos de crédito, y según lo establecido en el artículo 101° del Código Tributario, en cuanto a los derechos de terceros que pudieran verse afectados en un procedimiento de cobranza coactiva solo es competente para pronunciarse sobre intervenciones excluyentes de propiedad, esta instancia carece de competencia para pronunciarse sobre las apelaciones interpuestas, criterio recogido por este Tribunal en las Resoluciones N° 08182-8-2015, 07032-5-2014 y 00876-10-2014³, entre otras.

Que en tal sentido, al no ser competencia de este Tribunal emitir pronunciamiento al respecto, procede inhibirse de su conocimiento y remitir los actuados a la Administración a fin que, de conformidad con lo previsto por el numeral 82.1 del artículo 82° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, les otorgue a los escritos presentados el trámite que corresponda.

¹ El Decreto Legislativo N° 931 aprobó el procedimiento para el cumplimiento tributario de los proveedores de las entidades del estado. Y en el artículo 2° de dicha norma se establece que las entidades, a través del sistema, deberán comunicar a la SUNAT cada vez que se devengue un gasto a favor de sus proveedores. Entendiéndose por entidades a aquellas pertenecientes al sector público nacional y que sean designadas como tales por la SUNAT.

² Mediante el procedimiento de cobranza coactiva, signado con Expediente N° 0110060047587, la Administración inició el cobro de la Orden de Pago N° 0110010106635, girada a OAS por concepto de Impuesto General a las Ventas de diciembre de 2015 (foja 169 del Expediente N° 10184-2016).

³ La citada resolución del Tribunal Fiscal recayó sobre un caso similar al de autos planteado por la misma recurrente.



Tribunal Fiscal

Nº 08147-8-2016

Que estando al sentido del fallo carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre los demás argumentos esgrimidos por la recurrente vinculados con la legitimidad que tiene para obrar, toda vez que estos corresponden que sean analizados en la vía pertinente.

Con los vocales Huertas Lizarzaburu, Falconí Sinche, e interviniendo como ponente la vocal Izaguirre Llampasi.

RESUELVE:

1. **ACUMULAR** los procedimientos contenidos en los Expedientes Nº 10183-2016 y 10184-2016.
2. **INHIBIRSE** del conocimiento de las apelaciones interpuestas y **REMITIR** los actuados a la Administración, a efecto de que proceda conforme con lo señalado por la presente resolución.

Regístrese, comuníquese y remítase a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, para sus efectos.

HUERTAS LIZARZABURU
VOCAL PRESIDENTA

FALCONÍ SINCHE
VOCAL

IZAGUIRRE LLAMPASI
VOCAL

Huerta Llampasi
Secretario Relator
/HLL/mpe.

INFORME N° 254-2005-SUNAT

SUMI LLA:

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.

De no ser este último el caso, corresponderá que se levanten las medidas cautelares que recaen sobre los referidos bienes y/o derechos.

INFORME N° 254-2005-SUNAT/2B0000

MATERIA:

Se consulta si en el marco de los contratos de fideicomiso, celebrados al amparo de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en los casos en que se ha iniciado el Procedimiento de Cobranza Coactiva regulado por el Texto Único Ordenado del Código Tributario, resulta procedente la cesión de derechos efectuada con anterioridad por el deudor tributario a favor de la fiduciaria y si ello es causal para efectuar la devolución de los bienes y derechos embargados con posterioridad.

BASE LEGAL:

- Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, publicado el 19.8.1999, y normas modificatorias (en adelante, TUO del Código Tributario).
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, publicada el 9.12.1996, y normas modificatorias (en adelante, Ley de Banca y Seguros).
- Reglamento del Procedimiento de Cobranza Coactiva, aprobado por la Resolución de Superintendencia N° 216-2004/SUNAT, publicada el 25.9.2004 (en adelante, RPCC).

ANÁLISIS:

1. El artículo 241° de la Ley de Banca y Seguros señala que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario⁽¹⁾.

Agrega la norma 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 otro lado, el artículo 252° de la Ley de Banca y Seguros, establece que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubiese establecido en el acto constitutivo.

Adicionalmente, el último párrafo del artículo antes mencionado señala que la empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo⁽²⁾.

Por su parte, el artículo 253° de la citada Ley establece que el *patrimonio no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes* y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre los frutos o las prestaciones que se encuentren a disposición de ellos, de ser el caso.

En concordancia con esta disposición, el primer párrafo del artículo 254° de la Ley bajo comentario señala que los bienes que integran el patrimonio fideicometido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

2. Al respecto, cabe señalar que en doctrina el fideicomiso ha sido definido como una figura compleja, estructurada sobre dos elementos esenciales: la transferencia de bienes en dominio fiduciario y la constitución de un patrimonio autónomo fideicometido. Por lo que, se afirma, el fiduciario ejerce "dominio fiduciario" sobre el patrimonio fideicometido, dominio que le confiere facultades que incluyen las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre dichos bienes⁽³⁾.

Ahora bien, para que opere esta transferencia de bienes en dominio fiduciario se requiere que el fideicomitente sea el propietario de los bienes o titular de los derechos que serán transferidos en fideicomiso, quien para efectos de poder celebrar esta operación, requiere contar necesariamente con la facultad de disposición de los bienes o derechos que transmita el fideicomiso⁽⁴⁾.

Por su parte, el fiduciario ejercerá "dominio fiduciario" sobre los bienes transferidos en fideicomiso⁽⁵⁾, el cual le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Cabe indicar que esta propiedad fiduciaria es inmediata, en la medida que una vez celebrado el contrato, el fiduciario tendrá una relación directa con el bien, no mediando entre ellos más que el actuar del fiduciario y la conciencia de éste de realizar sus acciones conforme a los lineamientos establecidos en el contrato que le dio origen; asimismo, es absoluta, porque el fiduciario tiene un poder erga omnes que lo podrá oponer a cualquiera que quisiese tener una relación directa con los bienes fideicometidos, inclusive en contra del fideicomitente o del fideicomisario⁽⁶⁾.

Adicionalmente, se tiene que los bienes transferidos en fideicomiso conforman un "patrimonio fideicometido", entendido como una masa de bienes separada del patrimonio del fideicomitente, de manera tal que los bienes están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; así, al formar un patrimonio autónomo, este último escapará de las posibles pretensiones de los acreedores de los sujetos mencionados⁽⁷⁾.

3. Por otro lado, el artículo 118° del TUO del Código Tributario establece que vencido el plazo de los (7) días, el Ejecutor Coactivo podrá disponer de las medidas cautelares previstas en el presente artículo y otras no contempladas en el mismo, siempre que asegure de la forma más adecuada el pago de la deuda tributaria materia de cobranza.

Añade la norma que para efecto de lo señalado en el párrafo anterior notificará las medidas cautelares, las que surtirán sus efectos desde el momento de su recepción y señalará cualquiera de los bienes y/o derechos del deudor tributario, aún cuando se encuentren en poder de un tercero.

En el mismo sentido, el inciso d) del artículo 16° del RPCC dispone que, en la aplicación de las medidas cautelares, se podrá embargar cualquiera de los bienes y/o derechos del deudor aún cuando se encuentren en poder de un tercero.

4. Como puede apreciarse de las normas glosadas, si bien el Ejecutor Coactivo tiene la facultad de trabar cualquier medida de embargo sobre los bienes y/o derechos del deudor tributario, aún cuando los mismos se encuentren en poder de terceros, con el propósito de garantizar el posterior pago de la deuda tributaria materia de cobranza; no podrá ordenar ninguna medida cautelar sobre los bienes y/o derechos que constituyan el patrimonio fideicometido y, si en caso lo hubiese hecho, deberá procederse a la devolución respectiva⁽⁸⁾.

En efecto, tal como se ha sostenido en los numerales precedentes, el fiduciario ejerce dominio fiduciario absoluto sobre los bienes transferidos en fideicomiso, vale decir, dicho fiduciario tiene un poder erga omnes que lo podrá oponer a cualquiera que quisiese tener una relación directa con los bienes fideicometidos⁽⁹⁾.

En ese sentido, los bienes transferidos en fideicomiso, al conformar un "patrimonio fideicometido", están excluidos de la garantía general de los acreedores, tanto del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario; ello se desprende expresamente de lo dispuesto en los artículos 253° y 254° de la Ley de Banca y Seguros antes glosados, en virtud de los cuales los bienes que integran el patrimonio fideicometido únicamente responden por las obligaciones contraídas para el cumplimiento de la finalidad para el cual fue constituido, mas no por las obligaciones que pudiera tener el fideicomitente⁽¹⁰⁾.

En consecuencia, no procederá que se traben medidas cautelares sobre los bienes y/o derechos que, con anterioridad a que las mismas surtan efecto, han sido transferidos por el deudor tributario para integrar un patrimonio fideicometido. De haberse adoptado medidas cautelares sobre tales bienes y/o derechos, dichas medidas deberán ser levantadas⁽¹¹⁾.

CONCLUSIÓN:

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.

De no ser este último el caso, corresponderá que se levanten las medidas cautelares que recaen sobre los referidos bienes y/o derechos.

Lima, 10.10.2005

ORIGINAL FIRMADO POR
CLARA URTEAGA GOLDSTEIN
Intendente Nacional Jurídico

⁽¹⁾ Conforme a lo dispuesto en el artículo 243° de la Ley de Banca y Seguros, para la validez del acto constitutivo del fideicomiso es exigible al fideicomitente la facultad de disponer de los bienes y derechos que transmita, sin perjuicio de los requisitos que la ley establece para el acto jurídico.

⁽²⁾ Es pertinente destacar que el tercer párrafo del artículo 273° de la Ley de Banca y seguros dispone que la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

⁽³⁾ PIZARRO ARANGUREN, Luis. Acercamiento a los negocios fiduciarios: Tratamiento legal del fideicomiso en la legislación peruana. En: Atilio Anibal Alterini. Contratación Contemporánea. Lima, 2000. Tomo II. pp. 238-239. Citado por Meseguer Güich, Diego. Manual de contratos comentados. Estudio Caballero Bustamante. 2004. p. 923.

⁽⁴⁾ Op. cit. Meseguer Güich, Diego. p. 922.

⁽⁵⁾ En opinión de Fernando Castro Kahn, es válido sostener que la Ley de Banca y Seguros ha creado un nuevo derecho real, lo cual es legalmente posible. En: El Fideicomiso en el Sistema Financiero. Revista Tributaria 2155 – Escuela de Negocios. Año 1 N° 5 mayo 1999, p. 7.

⁽⁶⁾ DE LA FLOR MATOS, Manuel. El Fideicomiso, Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1999. Primera Edición Junio de 1999. pp. 108 - 109.

⁽⁷⁾ Op. cit. DE LA FLOR MATOS, Manuel. p. 112-113.

⁽⁸⁾ Ello en el entendido que las medidas cautelares se hubieran dictado con posterioridad a la constitución del patrimonio fideicometido y respecto de los bienes que conforman dicho patrimonio.

⁽⁹⁾ El penúltimo párrafo del artículo 246° de la Ley de Banca y Seguros señala que el fideicomiso es oponible a terceros, aún cuando el fiduciario tampoco ostente todos los atributos inherentes de la propiedad.

⁽¹⁰⁾ Por ejemplo, el fideicomiso de administración se constituye a partir de la transferencia de los bienes de una persona (fideicomitente) a la institución financiera (fiduciario) la que se encarga de administrar dichos bienes, en favor de la misma persona o de un tercero beneficiario (fideicomisario), con la ventaja de que dichos bienes forman parte de un patrimonio autónomo, que estará ajeno a los problemas económicos que puedan sufrir tanto el fideicomitente, el fiduciario o el fideicomisario. Op. cit. DE LA FLOR MATOS, Manuel. p. 161.

⁽¹¹⁾ Sin perjuicio de ello, el artículo 245° de la Ley de Banca y Seguros concede una acción para anular la transmisión fideicomisaria realizada en fraude de los acreedores.

pbr

A0584-D5

CODIGO TRIBUTARIO - EMBARGOS SOBRE BIENES Y DERECHOS MATERIA TRANSFERENCIA FIDUCIARIA.
DESCRIPTOR:

I. CODIGO TRIBUTARIO

3. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS

3.2 COBRANZA COACTIVA

3.2.3 MEDIDA CAUTELAR/EMBARGO

CAS. N° 492-2009-ICA

Lima, veinticinco de setiembre del año dos mil nueve.-

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa número cuatrocientos noventa y dos - dos mil nueve, en audiencia pública de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia; **Materia del recurso:** Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de folios trescientos diez, su fecha siete de noviembre del año dos mil ocho, contenida en la Resolución número dieciocho, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirma la sentencia apelada contenida en la Resolución número diez, su fecha primero de julio del año dos mil ocho, que declara infundada la demanda; en los seguidos por La Fiduciaria Sociedad Anónima - en adelante La Fiduciaria contra Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta y otro sobre tercería de propiedad; **Fundamentos por los cuales se ha declarado procedente el recurso:** Mediante resolución de folios treinta y nueve del cuadernillo de casación formado por este supremo tribunal, su fecha catorce de mayo del presente año, se ha declarado **procedente** el recurso de casación propuesto por la parte demandante por las causales relativas a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso y la inaplicación de los artículos 253 y 256, inciso 2 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley número 27602. Respecto a la causal de contravención se sostiene que ha sido afectado el derecho de defensa previsto en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Estado y se denuncia lo siguiente: **a.-** Los pronunciamientos jurisdiccionales inferiores han generado un ilegítimo estado de indefensión en La Fiduciaria pues en la práctica sus pronunciamientos niegan a dicha empresa la posibilidad de solicitar y obtener tutela jurisdiccional del patrimonio fideicometido del cual es titular; **b.-** La única manera de hacer efectivas o de cumplir lo ordenado por los artículos 252, 253 y 256 inciso 2 de la Ley número 27602 era concediendo a La Fiduciaria la posibilidad de defender su patrimonio fideicometido contra el embargo en forma de retención dictado por el Segundo Juzgado Civil de Ica; **c.-** La sentencia de primer y segunda instancia han negado la posibilidad que a través de la tercería de propiedad se pueda defender y poner el dominio fiduciario ante las ilegítimas afectaciones provenientes de un proceso judicial del cual no es parte, lo cual supone una clara vulneración el derecho de defensa de La Fiduciaria; **d.-** El artículo 533 del Código Procesal Civil limita su ámbito de tutela sólo a la propiedad "*plena*" como se señala en la resolución de vista negándose, en consecuencia tal mecanismo procesal a las manifestaciones del dominio fiduciario. En cuanto a la causal de

inaplicación, se denuncia que: **a.-** El único fundamento mediante el cual la Sala Civil Superior confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó la demanda es el desarrollado en su décimo considerando, según el cual no se puede amparar la pretensión de La Fiduciaria, omitiendo la aplicación de las normas denunciadas, cuando su escrito de apelación contuvo en sus fundamentos la alegación de aquellas normas, por lo que sólo de la aplicación conjunta de dichos dispositivos legales se podía inferir la procedencia de un proceso de tercería de propiedad para salvaguardar el derecho de una empresa fiduciaria; **b.-** En cuanto a la pertinencia del artículo 253 de la norma en *comento*, respecto a este fideicomiso, el fideicomitente es la empresa Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta, el fiduciario es La Fiduciaria y actualmente el fideicomisario es Dunas Energía Sociedad de Responsabilidad Limitada (antes Ferro Aluminios Perú número tres Sociedad Anónima Cerrada); **c.-** Por su parte el patrimonio fideicometido está constituido por los derechos de cobro sobre las sumas de dinero que le corresponda percibir a Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta por los servicios que brinda a sus usuarios vinculados al suministro de energía eléctrica y cualquier otra suma de dinero que perciba por servicios bienes suministrados no vinculados con el servicio de suministro de energía eléctrica. Agrega que dicha norma también reconoce el derecho de la empresa fiduciaria de oponerse a las medidas que afecten el patrimonio fideicometido, así como a ejercer los medios legales necesarios para su protección, en tal sentido, de haberse aplicado esa norma material la Sala Civil Superior no habría interpretado erróneamente los alcances del artículo 252 de la Ley número 27602 considerando que La Fiduciaria no tiene derecho a defender el patrimonio fideicometido a través de la tercería de propiedad; **d.-** El colegiado superior ha omitido aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 253 de la Ley número 27602 pese a que el mismo ha sido sostenido por su representada como defensa en su recurso de apelación y a lo largo del presente proceso; **Considerandos: Primero.-** Habiéndose declarado procedente por error *in iudicando e in procedendo*, debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecería de objeto pronunciarse respecto de la causal sustantiva; **Segundo.-** El derecho a un debido proceso supone desde su dimensión formal la observancia rigurosa por todos los que intervienen de las normas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento de tutela de derechos subjetivos, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. Desde su dimensión sustantiva se le concibe cuando la decisión judicial observa los principios de razonabilidad y proporcionabilidad; **Tercero.-** En el presente caso, para determinar si se ha infringido el debido proceso en los términos denunciados, es del caso efectuar las siguientes precisiones: **I.-** La demandante La Fiduciaria postula la presente demanda de tercería de propiedad a fin de que se declare la desafectación del embargo en forma

de retención hasta por la suma de quinientos mil dólares americanos sobre los montos que mensualmente abonan a la empresa Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta por concepto de consumo de energía eléctrica, las siguientes empresas: Sociedad Agrícola Chapi Sociedad Anónima Cerrada, Textil San Cristóbal, Sociedad Agrícola Drokasa Sociedad Anónima, Complejo Agroindustrial Beta Sociedad Anónima, Empresa IQF Sociedad Anónima Cerrada, Asociación Agrícola Pedregal, Empresa Athos, Asociación Agrícola Proagro y Asociación Pesquera Pisco a favor de la empresa demandada, hasta completar la suma de quinientos mil dólares americanos en el proceso seguido por la señora Gotuzzo Balta contra la referida empresa sobre indemnización y otro ante el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, Expediente número ciento cuarenta y seis - dos mil tres; **II.-** El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, mediante Resolución número diez, su fecha primero de julio del año dos mil ocho, declaró infundada la demanda de tercería de propiedad, sustentada en que el patrimonio fiduciario no cuenta con las características esenciales que distinguen al derecho de propiedad que viene a ser un derecho real, completo, absoluto, exclusivo, perpetuo e inviolable, de tal manera que el titular del mismo, conforme al artículo 923 del Código Civil pueda disfrutar, disponer y reivindicar el bien para sí mismo y no para un tercero. En el caso del patrimonio fideicometido, La Fiduciaria ejerce la potestad de administrar usar, disponer, y reivindicar los bienes que lo conforman pero no para beneficio de sí misma ni en provecho propio sino para el beneficio y provecho del fideicomitente para un tercero llamado fideicomisario, lo cual difiere con los atributos que le concede al titular del derecho de propiedad; **III.-** El recurso de apelación de la demandante La Fiduciaria, tiene como principales fundamentos: **a.-** El juzgado confunde la distinción que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros hace entre el patrimonio fideicometido y el patrimonio de la empresa fiduciaria, debido precisamente a su calidad autónoma destinada a la consecución de una finalidad, y por otro lado, niega que mediante el fideicomiso se transmita derecho de propiedad alguno; **b.-** No ha tenido en consideración lo dispuesto por el artículo 254 de la citada ley relativo a la limitación de responsabilidad del patrimonio fideicometido; sin embargo, para el juzgado la autonomía del patrimonio en fideicomiso revela la ausencia de propiedad cuando lo que se persigue con la autonomía atribuida por ley es evitar que el patrimonio fideicometido responda por obligaciones propias de la empresa fiduciaria ajenas al fideicomiso, como lo establece claramente el artículo 253 de la Ley número 27602, por lo que la consideración del juzgado en ese extremo va contra la propia ley y por tanto es ilegal; **c.-** Respecto a la conclusión que el patrimonio fideicometido no es de propiedad de La Fiduciaria a partir de la interpretación literal del artículo 533 del Código Procesal Civil, el cual dispone que la tercería de propiedad sólo puede fundarse en la propiedad

de bienes no siendo el caso del dominio fiduciario, en tanto que a decir del juzgado se encuentra limitado por su finalidad y por el propio acto constitutivo; y **d.-** El artículo 252 de la Ley número 27602, dispone como facultad de la empresa fiduciaria el ejercer dominio fiduciario sobre el patrimonio fideicometido, el cual le confiere plena potestad, entre ellas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido; **IV.-** La resolución de vista al absolver el grado ha confirmado la resolución de primera instancia, concluyendo que el contrato fiduciario es un negocio jurídico cuya finalidad es beneficiar al propio constituyente o a un tercero denominado fideicomisario, mediante la actividad que el ente fiduciario deberá ejercer sobre los bienes que le asigna el fideicomitente. Afirma, si bien tienen algunas características del derecho de propiedad como el de la administración, uso, disposición y reivindicación, no ejerce el derecho de propiedad en su plenitud, pues está sometido a un plazo con límite legal y además porque La Fiduciaria percibe por esta actividad una retribución, elementos que en el contrato que aparece la demanda figura en la octava y novena cláusula a folios treinta y dos y al reverso de la misma, lo cual se señala en el *Addendum* a folios sesenta, lo mismo que en la primera y segunda cláusula, en su penúltimo párrafo del contrato de cesión de derechos de folios sesenta y cinco y siguientes, por ello no puede ampararse la pretensión de la tercerista demandante; **Cuarto.-** Conforme es de verse de autos, la Fiduciaria Sociedad Anónima en su calidad de fiduciaria y en virtud al Contrato de Fideicomiso de Fuente de Pago de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil dos, obrante de folios veinte y *Addendums* de fecha diecisiete de febrero del año dos mil tres y veintiocho de diciembre del año dos mil cuatro que celebrara con la empresa Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta, en su calidad de fideicomitente, y el Banco Internacional del Perú - Interbank, en su calidad de fideicomisario, establecieron que el patrimonio fideicometido que se encuentra conformado por la totalidad de los derechos de cobro sobre las sumas de dinero que le corresponda percibir a Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta (Fideicomitente) por los servicios que brinda a sus usuarios vinculados al suministro de energía eléctrica y cualquier otra suma de dinero que perciba por servicios o bienes suministrados no vinculados con el servicio de suministro de energía eléctrica, sería transferido a La Fiduciaria para su administración (Tercera cláusula - del objeto del contrato); **Quinto.-** Dentro de ese orden de ideas, se advierte del citado contrato de fideicomiso de fuente de pago, que para el cumplimiento del objeto del contrato (Tercera cláusula) se acordó la apertura de cuentas denominadas: **a.-** Recaudadora; **b.-** Recolectora; y **c.-** Pagadera; siendo que el íntegro de los pagos correspondientes a los comprobantes de pago (por el servicio prestado) tenían que ingresar a las cuentas recaudadoras en forma directa sin pasar en ningún supuesto a través de las cuentas del fideicomitente, empresa Electro Medio Sur Sociedad Anónima Abierta, y transferirlo

posteriormente a la cuenta recolectora; advirtiéndose además que en autos obran las piezas procesales certificadas de folios ciento sesenta y nueve a doscientos dieciocho, entre las cuales obra la resolución, a folios doscientos noventa y uno recaída en el proceso de obligación de dar suma de dinero, que ordena se trabaje embargo sobre los montos que tengan por pagar las empresas allí consignadas; las cuales no han sido meritadas por las instancias de mérito; apreciándose que el *ad quem* para desestimar la contenida en la demanda, sin mayor fundamento sustenta su decisión señalando que la actora no ejerce el derecho de propiedad en su plenitud, lo que no se condice con la fijación de puntos controvertidos consignados en la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación de folios ciento cuarenta y siete, además de no analizar correctamente la institución del fideicomiso en su integridad; **Sexto.-** El artículo 241 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley número 27602, define al fideicomiso como: *“(...) una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. 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 mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios. La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no esté afecta a encaje. La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios”,* siendo que una de las facultades del fiduciario sobre los bienes que recibe se encuentra prevista en el artículo 252 de la citada ley que señala: *“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 (...);* **Sétimo.-** Consecuente con lo señalado precedentemente, conforme precisa Luis Muñoz, *“el fideicomiso, es un negocio jurídico comercial financiero, mejor que operación de crédito, complejo, tipo, típico, nominado, de fiducia y de naturaleza fiduciaria, sujeto a cláusulas generales o a conditio iuris, con efectos reales y en virtud del cual una parte, el fiduciante, tradita la propiedad fiduciaria de la esfera o centro de intereses al fiduciario, que en principio está sujeto ex lege al deber de negociar, constituyéndose de esta suerte un patrimonio de afectación o separado, para que el fiduciario observe los comportamientos*

*pactados y congruentes con la función negocial, lo que incide en la esfera de intereses del fideicomisario y del fideicomitente como consecuencia de la reversión (...)*¹; **Octavo.-** En ese sentido, es menester precisar que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos, entre otros, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, siendo que jurisprudencialmente se han desarrollado en cada caso particular derechos relacionados en forma directa a estos, como los derechos al juez natural, la ejecución de las resoluciones judiciales, la independencia judicial, entre *otros*²; **Noveno.-** De lo expuesto, se determina que la resolución de vista infringe las normas legales denunciadas en casación por contravención relativa a la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que el *ad quem* no ha cumplido con motivar adecuadamente la sentencia materia de impugnación, explicando las razones que sustentan su decisión, teniendo presente la institución jurídica incorporada en el contrato que la empresa demandante ha ofrecido como medio probatorio a fin de hacer valer el derecho que invoca en su demanda de tercería, lo cual impide que se cumpla con uno de los fines del proceso, la dilucidación de un conflicto de intereses; **Décimo.-** Habiéndose estimado la causal por error in procedendo, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a la causal por error *in iudicando* sobre inaplicación de una norma de derecho material. Por tales consideraciones declararon: **fundado** el recurso de casación interpuesto por La Fiduciaria Sociedad Anónima mediante escrito obrante a folios trescientos cuarenta; **casaron** la resolución impugnada, en consecuencia, **nula** la sentencia de vista de folios trescientos diez, su fecha siete de noviembre del año dos mil ocho; **ordenaron** el reenvío de la presente causa a fin que la Sala Civil Superior de origen emita un nuevo pronunciamiento debiendo tener en cuenta lo expuesto en las consideraciones que anteceden; **dispusieron** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano bajo responsabilidad; en los seguidos por La Fiduciaria Sociedad Anónima contra Electro Sur Medio Sociedad Anónima Abierta y otro sobre Tercería de Propiedad; y, los devolvieron; interviniendo como ponente la señora vocal Aranda Rodríguez.-

S. S. Celis Zapata, Miranda Molina, Salas Villalobos, Mac Rae Thays, Aranda Rodríguez

1 Muñoz, Luis. *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros. Parte Especial*. Buenos Aires: Ediciones Universidad. pp. 970-971.

2 Expediente Número 0005-2006-PI/TC

Documento publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de marzo del 2010.



BIBLIOGRAFÍA

- AELE, “Intervención Excluyente de Propiedad”, *Informe Tributario. Suplemento de Análisis Tributario*, XVIII (2009), 8–11
- , “Intervención excluyente de propiedad en materia tributaria”, *Informe Tributario. Suplemento de Análisis Tributario*, 2001, 3–8
- ALFARO, Ricardo, *El fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al Trust del derecho inglés* (Panamá, 1920)
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2da ed. (Buenos Aires: Ediar, 1956), I
- ALVA, Mario, “El embargo de bienes de terceros: ¿cuándo procede interponer la Tercería Excluyente de Dominio?”, *Actualidad Empresarial*, I (2014), I1–6
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano*, 3a ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988)
- ARIANO, Eugenia, “La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido?”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6 (2016), 112–45
- , “Las tercerías de ‘propiedad’ en el CPC de 1993: sus problemas y sus ‘atajos’”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2004, 3–17
- AVENDAÑO, Francisco, “El Fideicomiso”, *Derecho PUCP*, 1996, 343–65
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5935/5944>>
- AVENDAÑO, Jorge, “Relaciones reales en los contratos de leasing y fideicomiso”, en *Derecho Civil Patrimonial*, ed. Gastón FERNÁNDEZ y Alfredo BULLARD (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997), pp. 153–68
- BATIZA, Rodolfo, *El fideicomiso*, 2da edición (México D.F.: Editorial Libros de México S.A., 1973)
- , *Principios básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria* (México D.F.: Editorial Porrúa, 1985)
- , “The Evolution of the Fideicomiso (Trust) concept under Mexican Law”, *University of Miami Law Review*, 11 (1957), 478–86
- BRAVO, Jorge, Carmen ROBLES, Francisco RUIZ DE CASTILLA, y Walker VILLANUEVA, *Código Tributario. Doctrina y Comentarios*, 4a. ed. (Lima: Instituto Pacífico, 2016), II
- BREGANTE, Dario, “El derecho de los patrimonios autónomos: un estudio transversal del fideicomiso, la titulización, los fondos mutuos y los fondos de inversión.” (PUCP, 2016)
- BUENO, Miguel, “Las tercerías y su vinculación con la actividad financiera”, en *Cómo probar la tercería de propiedad: claves para evitar el remate de los bienes embargados* (Lima: Gaceta Jurídica, 2017), pp. 130–40
- CALLE, Juan José, *Código de Procedimientos Civiles* (Lima: El Lucero, 1912)

- CAPPELLETTI, Mauro, y Bryan GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia mundial para hacer efectivos los derechos* (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996)
- CARRANZA, Edith, “El fideicomiso y el dominio fiduciario como un nuevo derecho real” (PUCP, 2001)
- CAVANI, Renzo, “Tercería”, en *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, ed. Eugenia ARIANO (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), IV, 287–332
- COMITÉ LATINOAMERICANO DE FIDEICOMISO, *Estadísticas Fiduciarias de Latinoamérica* (República Dominicana)
<www.felaban.net/archivos_documentos_comites/archivo20140721222115PM.pptx>
- COMITRE, Paulo, Marlene BAZÁN, Diana FARFÁN, Ronald GUTIÉRREZ, Joe NAVARRETE, y Marlury VALDEZ, *El fideicomiso y el financiamiento público* (Lima, Perú: ESAN, 2015)
- DANÓS, Jorge, “El procedimiento de Cobranza Coactiva como manifestación de la potestad de la Administración Pública de ejecución forzosa de sus actos”, *Themis*, 1995, 43–50
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11478/11998>>
- DANÓS, Jorge, y Diego ZEGARRA, *El procedimiento de ejecución coactiva* (Lima: Gaceta Jurídica, 1999)
- DEVAUX, Angelique, Deanna BECKNER, y Margaret RYZNAR, “The Trust as more than a Common Law Creature”, *Ohio Northern University Law Review*, 41 (2014), 91–119
- ECHECOPAR, Javier, “Derecho de propiedad vs. Dominio fiduciario”, *Enfoque Derecho*, 2010
<<https://www.enfoquederecho.com/2010/04/29/dominio-fiduciario-vs-derecho-de-propiedad/>> [accedido 24 enero 2018]
- EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE ANÁLISIS TRIBUTARIO, “Una visión tributaria del país”, *Análisis Tributario*, 2007, 16–22
- ESCOBAR, Freddy, “Breve ensayo sobre el Dominio Fiduciario en el sistema jurídico peruano”, *Themis*, 2004, 85–103
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9627/10034>>
- , *Teoría general del Derecho Civil: 5 ensayos* (Lima: ARA, 2002)
- , “Tradiciones, transplantes e ineficiencias: el caso del ‘fideicomiso peruano’”, *Revista IUS ET VERITAS*, 2006, 105–38
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12381/12945>>
- ESCOBAR, Freddy, y Guillermo CABIESES, “Categorías, esquemas y sombras: El caso del fideicomiso peruano”, *Advocatus*, 2008, 85–100
- FERNÁNDEZ, María de los Ángeles, y Julio DEL VALLE, *Cómo iniciarse en la investigación académica: una guía práctica* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016)
- FLORES, Pedro, *Manual del Código Tributario*, 3a ed. (Lima: Cultural Cuzco, 1983)
- GALLANIS, Thomas P., “The Contribution of Fiduciary Law”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper Series*, 05 (2014), 388–405

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 1986), I
- GONZÁLES, Gunther, *La propiedad: mecanismos de defensa* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014)
- GONZÁLES, Gunther, y José Antonio ÁLVAREZ, *Embargo, Tercería de propiedad y Remate judicial de inmuebles* (Lima: Jurista Editores, 2014)
- GONZÁLES, Roxana, y José NAVA, *Proceso de cobranza de la deuda tributaria* (Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris, 2015)
- GRUNING, David W., "Reception of the Trust in Louisiana: The Case of Reynolds v. Reynolds", *Tulane Law Review*, 1982, 89–93
- GUILLAUME, Florence, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", *Revue suisse de droit international et droit européen (RSDIE)*, 1 (2000), 1–36
<https://www2.unine.ch/files/content/sites/florence.guillaume/files/shared/bibliographie/Incompatibilite_trust.pdf>
- GUZMÁN, Fernando, *Código de procedimientos civiles. Exposición de motivos, antecedentes, concordancias, proyectos de reforma, legislación comparada, jurisprudencia*, 2a. ed. (Lima: [S.N.], 1969), II
- HANSMANN, Henry, y Reinier KRAAKMAN, "The essential role of Organizational Law", *The Yale Law Journal*, 110 (2000), 387–440
- HANSMANN, Henry, Reinier KRAAKMAN, y Richard SQUIRE, *Incomplete organizations: Legal Entities and Asset Partitioning in Roman Commerce*, 2014
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2506334>
- , "Law and the Rise of the Firm", *Harvard Law Review*, 119 (2006), 1333–1403
<http://www.jstor.org/stable/4093574?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents>
- HANSMANN, Henry, y Ugo MATTEI, "The functions of Trust Law: A comparative legal and economic analysis", *New York University Law Review*, 1998, 411–34
- , "Trust law in the United States: A basic study of its special contribution", *American Journal of Comparative Law Supplement*, 1998, 118–33
- HAYTON, David, *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, ed. David HAYTON (New York: Kluwer Law International, 2002)
- HERENCIA, Inés, *¿Procede la tercería de propiedad contra el gravamen proveniente de una hipoteca legalmente constituida?* (Lima: Gaceta Jurídica, 2004)
- HERZEN, Nicolas, *Origine de l'hypothèque Romaine* (Paris: Rousseau, 1899)
- HEVIA BOLAÑOS, Juan, *Curia filípica* (Imprenta de la Real Compañía, 1825), I
- HINOSTROZA, Alberto, *Derecho procesal Civil. Sujetos del Proceso* (Lima: Jurista Editores, 2010), I

- , *Procesos civiles relacionados con la Propiedad y la Posesión* (Lima: Jurista Editores, 2011)
- HUAMANÍ, Rosendo, *Código Tributario Comentado* (Lima: Jurista Editores, 2013), II
- JORDANO, Juan, *El negocio fiduciario* (Barcelona: Bosch Editor, 1959)
- DE LA FLOR, Manuel, *El Fideicomiso: modalidades y tratamiento legislativo en el Perú* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999)
- LANGBEIN, John, “The contractarian basis of the Law of Trusts”, *Yale Law School*, 105 (1995), 625 <<https://doi.org/10.2307/797196>>
- LEAPHART, C. W., “Use of the Trust to escape the imposition of Federal Income and Estate Taxes”, *Cornell Law Review*, 15 (1930), 587–608 <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol15/iss4/4>>
- LEDESMA, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil: análisis artículo por artículo*, 5a ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2015), II
- , “Litisconsorcio e Intervención de terceros en la jurisprudencia”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2001, 3–25
- LEPAULLE, Pierre, “An outsider’s view point of the nature of Trusts”, *Cornell Law Review*, 14 (1928), 52–61 <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss1/4>>
- , “Civil Law substitutes for Trusts”, *The Yale Law Journal*, 36 (1927), 1126–47 <<http://www.jstor.org/stable/789606>>
- , *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international* (Paris: Rousseau, 1932)
- , “Trusts and the Civil Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 15 (1933), 18–34 <<http://www.jstor.org/stable/753482>>
- LISCHER, Henry J., “Domestic Asset Protection Trusts: Pallbearers to liability?”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, 35 (2000), 479–600
- MAITLAND, Frederic W., “Uses and Trusts”, en *Equity: also the forms of actions at Common Law: Two courses of lectures*, ed. M. A. CHAYTOR y W. J. WHITTAKER (Cambridge: Cambridge University Press, 1910), pp. 23–42 <<https://archive.org/stream/equityalsoformso00mait#page/n6/mode/1up>>
- MAITLAND, Frederic W., A. H. ed CHAYTOR, y W. J. jt ed WHITTAKER, *Equity, also the forms of action at common law: two courses of lectures*, 1913
- MALUMIAN, Nicolás, “Conceptualization of the Latin American Fideicomiso: is it actually a trust?”, *Trusts & Trustees*, 19 (2013), 720–29 <<https://doi.org/10.1093/tandt/ttt110>>
- , “Trusts in Latin America”, *Trusts & Trustees*, 16 (2010), 143–54 <<https://doi.org/10.1093/tandt/ttq007>>
- MARTINEZ, Santiago, *Código Tributario*, 6ta ed. (Lima: Editora Lima, 1981)
- MENDOZA, Armando, *La Ejecución Coactiva. Comentarios al T.U.O. de la Ley del Procedimiento*

- de *Ejecución Coactiva*, 2da edic. (Lima: Jurista Editores, 2017)
- MEUCCI, Serena, *La destinazione di beni tra atto e rimedi* (Milano: Giuffrè, 2009)
- MIRZIA, Bianca, “El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones. Traducción de Leysser L. León”, *Derecho PUCP*, 2005, 187–201
- MONROY, Juan, “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”, *Revista IUS ET VERITAS*, 1993, 41–60
- MONTENEGRO, Jose, y Marcial RAMIREZ, “Legislación y jurisprudencia correspondientes al primer cuatrimestre de 1966”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, p. 355
- MORLES, Alfredo, “La esencia del trust o fideicomiso La esencia del trust o fideicomiso”, en *La esencia del trust o fideicomiso* (Lima, Perú: Congreso Latinoamericano de Fideicomiso COLAFI 2016 - ASBANC, 2016), pp. 11–67
- MUELLER, Rudolf, “Reviewed Work: Traité théorique et pratique des Trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international by Pierre Lepaulle”, *Mohr Siebeck GmbH & Co. KG*, 7 (1933), 984–86
- PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, 3a ed. (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1983), III
- PAZOS, Javier, “La capacidad de la persona jurídica”, *Revista IUS ET VERITAS*, 2005, 102–12
- PEIRE, Juan Manuel, “El contrato de fideicomiso. Breve reseña del fideicomiso en distintas etapas”, *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia* (Buenos Aires, abril 2017), pp. 1–5 <<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/04/17042017.pdf>>
- Perú, Banco Central de la Reserva del, *La misión Kemmerer en el Perú: informes y propuestas* (Lima: Banco Central de Reserva del Perú, 1996)
- PETIT, Eugene, *Traité élémentaire de droit romain: contenant le développement historique et l'expose général des principes de la législation romaine, depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien*, 9 éd (Paris: Rousseau, 1920)
- PETTIT, Philip, *Equity and the Law of Trusts*, Twelfth ed (United Kingdom: Oxford University Press, 2012)
- DI PIETRO, Alfredo, *Institutas. Texto traducido, notas e introducción.*, 3a ed. (Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1987)
- PIZARRO, Luis, y Andrés KUANG-VENG, “Liquidando las Garantías reales”, *Revista IUS ET VERITAS*, 215–23
- PRIORI, Giovanni, “La capacidad en el proceso civil”, *Derecho & Sociedad*, 2011, 43–51
- , “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”, *Revista IUS ET VERITAS*, 2003, 273–92
- PROCESAL, COMITÉ DE REFORMA, *Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles* (Lima: Sanmartí y Co., 1912)
- PUNZI, Carmine, “L'applicabilità dell'opposizione del terzo (ex articolo 619 c.p.c.) all'esecuzione

- in forma específica”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 958–69
- REDACCIÓN EL COMERCIO, “Empresas aumentaron fideicomisos en 15% entre enero y agosto”, *El Comercio*, 2016 <<https://www.lafiduciaria.com.pe/index.php?page=articulo&id=28&pagi=1>> [accedido 3 abril 2018]
- RHEINSTEIN, Max, “Reviewed Work: Traite Theorique et Pratique des Trusts by Pierre Lepaulle Review”, *The Yale Law Journal*, 43 (1934), 1049–53 <www.jstor.org/stable/791481>
- RIOJA, Alexander, “En defensa de la propiedad debidamente embargada”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, 4–5, 163–88
- ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, 1976, I
- ROCHA, Eduardo, “El Fideicomiso mexicano. Un estudio en Derecho Comparado” (Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010)
- RODRÍGUEZ, Sergio, *Tratado de las tercerías*, 3ra ed. (Santiago, Chile: Alfabeta Impresores, 1987), II
- ROJAS, Giacomo, “Divergences and convergences of Common Law and Civil Law traditions on Asset Partitioning: a functional analysis”, *University of Pennsylvania Journal of Business ...*, 2010, 1–55 <<https://doi.org/10.2139/ssrn.1395342>>
- RPP, “Los megaproyectos en los que trabajaron las constructoras brasileñas en Perú”, *RPP* <<http://rpp.pe/politica/judiciales/en-que-megaproyectos-en-peru-trabajaron-las-constructoras-brasilenas-entre-2004-y-2015-noticia-1061932>> [accedido 3 abril 2018]
- RUIZ DE CASTILLA, Francisco, *Derecho Tributario: temas básicos* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017)
- SALAZAR, Octavio, “El Fideicomiso en el Perú como herramienta financiera: breve análisis de sus reales implicancias”, *Prometheo CDA*, 2016 <<http://www.prometheo.cda.org.pe/articulo.php?id=202>> [accedido 3 marzo 2017]
- SANGALLI, Gino, “El dominio fiduciario”, *El Peruano*, 2016 <<http://www.elperuano.com.pe/noticia-el-dominio-fiduciario-49871.aspx>> [accedido 12 febrero 2017]
- SEVILLANO, Sandra, *Lecciones de Derecho Tributario: Principios generales y Código Tributario* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2014)
- SITKOFF, Robert, “An agency costs theory of Trust Law”, *Cornell Law Review*, 89 (2004), 621–83 <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2956&context=clr>>
- , “Trust Law as Fiduciary Governance plus Asset Partitioning”, en *The Worlds of the Trust* (Cambridge University Press, 2013), pp. 428–53 <<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.2139/>>
- SMITH, Lionel, “Trust and patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 1–33
- SOTOMAYOR, Abdías, “El contrato de Fideicomiso. Aspectos tributarios y civiles (primera parte)”, *Análisis Tributario*, XIX (2006), 17–19

- SPADA, Paolo, "Persona jurídica e articolazioni del patrimonio", *Rivista di diritto civile*, 48 (2002), 837–50
- STERK, Stewart E., "Asset protection trusts: Trust law's race to the bottom?", *Cornell Law Review*, 85 (2000), 1035–1117 <<https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>>
- TUESTA, Arturo, "Transferencia fiduciaria, dominio fiduciario y tributación municipal", *Análisis Tributario*, XXI (2008), 18–20
- VALDIVIEZO, Claudia, "Fideicomisos: fallo del Tribunal Fiscal resta confianza a figura ya probada", *Semana Económica*, 2016 <<http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/203168-un-fallo-que-resta-confianza-a-una-figura-probada/>> [accedido 14 febrero 2017]
- VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, 2a ed. (Bogotá: Témis, 2006)
- VIALE, Fausto, "Legitimidad para obrar", *Derecho PUCP*, 1994, 29–49 <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6712/6826>>
- VILLAGORDOA, José Manuel, *Doctrina General del Fideicomiso*, 2da edición (México D.F.: Editorial Porrúa, 1982)
- VILLANUEVA, Walker, "El fideicomiso y sus implicancias tributarias", *Revista IUS ET VERITAS*, 47 (2013), 264–77 <<http://bit.ly/2e5Ql61>>
- VILLCA, Milenka, "Aspectos jurídico-tributarios del Fideicomiso. Especial atención a los países de la Comunidad Andina" (Universitat Rovira i Virgili, 2012)
- VILLEGAS, Héctor, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Novena ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005)
- WEISSMAN, Michael L., "The Common Law of Business Trusts", *Chicago-Kent Law Review*, 38 (1961), 11–21
- ZAVALA, Salvador, "Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión", *THEMIS*, 1994, 173–86