

El fideicomiso para Gobiernos regionales y locales

Por: Enrique Castellanos Robles



UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO
CENTRO DE INVESTIGACIÓN

AGENDA 2014. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA DESCENTRALIZACIÓN

El fideicomiso para Gobiernos regionales y locales

Por: Enrique Castellanos Robles

Enrique Castellanos Robles

M.B.A., University of Michigan, Ann Arbor, con concentración en Finanzas. Licenciado en Economía en la Universidad del Pacífico.

Contenido

I. Introducción	3
II. Definición legal de fideicomiso	3
1. Fideicomitente.....	4
2. Fiduciario.....	4
3. Fideicomisario.....	4
4. Patrimonio fideicometido.....	5
5. Factor fiduciario.....	5
III. Marco legal en el Perú	5
IV. Creación, administración y duración	5
V. Tipos de fideicomiso	6
VI. Principales ventajas.....	7
VII. Fideicomiso en cifras	8
VIII. Propuesta	9
IX. Fuentes del Gobierno central.....	10
X. Fuentes ajenas al Gobierno central.....	11
XI. Referencias.....	12

I. Introducción

Durante los últimos quince años se ha desarrollado en el Perú un interesante mercado el fideicomiso, figura financiera con mucho potencial por su capacidad de convertir en el corto plazo activos en flujos, por la protección que ofrece sobre los activos y por su gran flexibilidad: permite diversidad de objetivos como consolidación del patrimonio, transformación de activos, fuente de financiamiento, entre otros.

El fideicomiso ha florecido al compás del crecimiento económico, la aparición del mercado de capitales y el financiamiento de proyectos a mediano plazo. Existe una legislación vigente y un *know-how* ya desarrollado por parte de las instituciones financieras locales públicas y privadas.

En este sentido y, basándonos en la favorable experiencia del Gobierno Regional de San Martín, proponemos explorar la posibilidad que los Gobiernos regionales y locales usen los fideicomisos con el fin de obtener financiamiento para obras de inversión social tanto de fuentes públicas como privadas. Esto les permitiría atender en el corto plazo necesidades sociales y de infraestructura de su población con recursos de los que no dispondrá hasta el mediano o largo plazo.

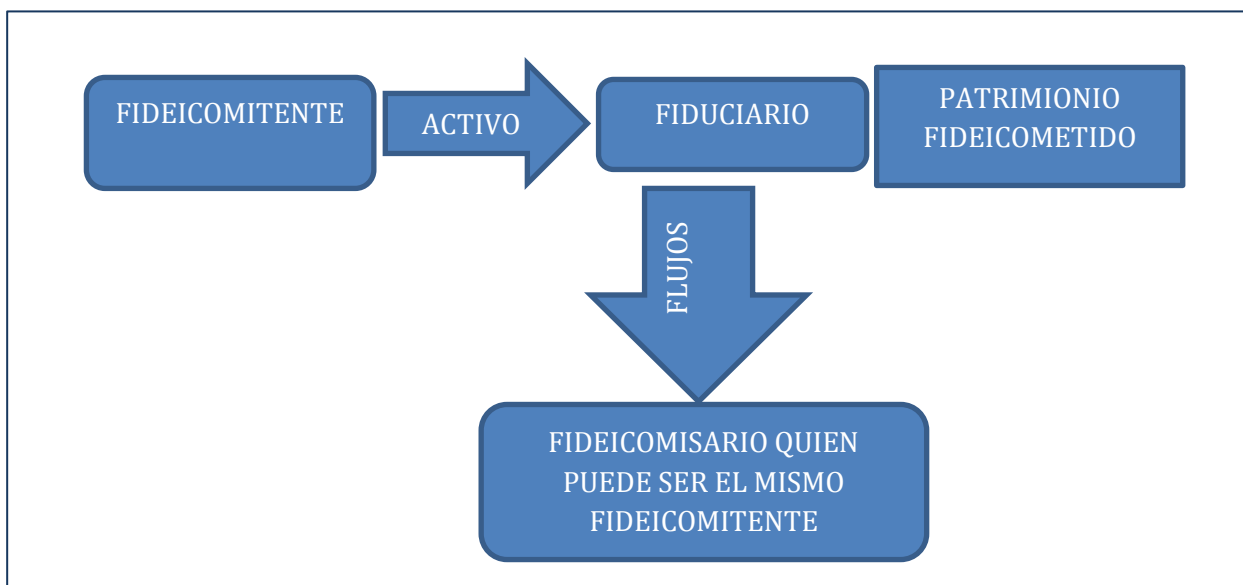
Algunas instituciones públicas que han empleado este mecanismo son, como mencionamos, el Gobierno Regional de San Martín, quien utiliza de manera exitosa esta figura jurídica para el financiamiento de obras de infraestructura vial. De igual manera tenemos el caso de Sedapal, que recurrió al fideicomiso para la ejecución de sus proyectos y para la reestructuración de su deuda.

Las ventajas de los fideicomisos son múltiples: transparencia y lucha contra la corrupción, orden en el manejo presupuestal, posibilidad de acceder al financiamiento de la banca comercial, facilidad para controlar y auditar la gestión, reducción de los costos de transacción para obtener los recursos y del riesgo entre las partes que firman el contrato de fideicomiso, entre otros.

II. Definición legal de fideicomiso

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona (el fideicomitente) transfiere bienes a otra persona (el fiduciario) para la constitución de un patrimonio fideicometido sujeto al dominio del fiduciario y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomisario (puede ser un tercero o el propio fideicomitente). La siguiente ilustración presenta de forma más clara esta definición.

Ilustración 1: Definición gráfica de fideicomiso



Elaboración propia.

1. Fideicomitente

Es una persona natural o jurídica, propietaria de un activo y/o derechos sobre un activo que es transferido en fideicomiso. Es quien determina el objetivo o destino de sus activos y las ganancias que estos generarán. Estos fines son expresados en las cláusulas del contrato que deberá ser cumplido por el fiduciario.

2. Fiduciario

Es quien recibe los activos y/o derechos sobre un activo en carácter de propiedad fiduciaria con la expresa obligación de darles el destino previsto en el contrato. La Ley N.º 26702 establece que están autorizados para ser fiduciarias las siguientes entidades:

- La Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide)
- Empresas bancarias
- Empresas financieras
- Cajas municipales de ahorro y crédito
- Cajas municipales de crédito popular
- Entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa (edpyme)
- Cooperativas de ahorro y crédito
- Cajas rurales de ahorro y crédito
- Empresas de servicios fiduciarios
- Empresas de seguros y reaseguros

3. Fideicomisario

Es la persona natural o jurídica beneficiada por el contrato de fideicomiso. Puede ser el mismo fideicomitente.

4. Patrimonio fideicometido

Está constituido por los activos y/o derechos que el fideicomitente transfirió en fideicomiso al fideicomisario y por las rentas que estos activos y/o derechos generen.

5. Factor fiduciario

Persona natural designada por la institución fiduciaria para cada fideicomiso que la institución administre. Ella asumirá la ejecución de lo estipulado en el contrato, así como la responsabilidad por sus actos, contratos y operaciones que realicen.

III. Marco legal en el Perú

Estas son las principales disposiciones legales aplicables al fideicomiso en el Perú:

- Ley N.º 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Resolución SBS 1010-99. Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

Otras disposiciones legales relevantes:

- Ley N.º 27287. Ley de Títulos Valores.
- D.S. 014-99-MITINCI. Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial.
- D.L. N.º 776 Ley de Tributación Municipal.
- D.S. 135-99-EF. Texto Único Ordenado del Código Tributario.
- Resolución CONASEV 141-98-EF. Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios.

IV. Creación, administración y duración

El fideicomiso se crea mediante un contrato en el cual se entrega a la entidad fiduciaria el dominio sobre el activo y/o derecho. Este se denomina dominio fiduciario y es un derecho de carácter temporal sobre el patrimonio fideicometido. En el contrato se establecen los fines del fideicomiso, así como las obligaciones y restricciones sobre el manejo del activo para el fiduciario.

Por ser un proceso de transferencia de dominio, los bienes fideicometidos ya no son parte integrante del patrimonio del fideicomitente y pasan a ser patrimonio autónomo. Tampoco son parte del patrimonio del fiduciario, pues este solo tiene la indicación contractual de administración del activo y/o derechos transferidos.

Como todo contrato regulado por la normativa legal de nuestro país, requiere que los derechos y las obligaciones de las partes estén detallados específicamente. Incluso se exige que el contrato sea elevado a escritura pública y sea inscrito en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. También puede ser registrado en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). Cabe recalcar que la empresa

fiduciaria tiene responsabilidad solidaria con el factor fiduciario, que es quien personalmente asume la conducción y responsabilidad de sus obligaciones especificadas en el contrato de fideicomiso. Asimismo, la ley es clara al establecer que la empresa fiduciaria puede nombrar una comisión administradora si las condiciones lo ameritan, la cual también se someterá a las normas establecidas en el contrato.

Para garantizar el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso se debe contar con los siguientes documentos:

- Memorándum operativo.
- Planificación de la contabilidad (incluye el diseño y la ejecución del proceso operativo).
- Cumplimiento día a día de las cláusulas del fideicomiso.
- Control de cuentas.

El fiduciario tiene la obligación de entregar esta información al fideicomitente y al fideicomisario según el tiempo establecido en el contrato.

Los contratos de fideicomiso tienen un plazo de duración máxima de treinta años, salvo las excepciones que la ley ampara, como el fideicomiso vitalicio, el fideicomiso cultural para establecer museos o bibliotecas, y el fideicomiso filantrópico. Por ejemplo, para el fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios que hubieran nacido o estuvieran concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios.

La ley también prevé los casos de vencimiento del plazo máximo que cause perjuicio a terceros. En esos casos, la SBS tiene la potestad excepcional de extender el plazo por el periodo estrictamente necesario, dada la naturaleza del fideicomiso y el perjuicio en sí.

V. Tipos de fideicomiso

En la ley se establecen los siguientes tipos de fideicomiso:

- Fideicomiso de garantía
- Fideicomiso testamentario
- Fideicomiso de titulación
- Fideicomiso público
- Fideicomiso cultural
- Fideicomiso filantrópico
- Fideicomiso de saneamiento o liquidación de empresas
- Fideicomiso inmobiliario o de inversión

En particular, los fideicomisos bancarios pueden ser clasificados en fideicomiso de garantía y fideicomiso de administración.

► Fideicomiso de garantía

El fideicomiso de garantía de los activos que integran el patrimonio fideicometido está destinado a asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones especificadas en el contrato, a cargo del fideicomitente o de un tercero. Tiene como fin respaldar el financiamiento que desee realizar el fideicomitente. Para cumplirlo, el fideicomitente transfiere el dominio de un activo y/o derecho en propiedad fiduciaria, con lo cual garantiza una obligación a favor de un tercero, con indicaciones contractuales de que, en caso de no pagar la deuda a su vencimiento, el fiduciario procederá a disponer del activo y con el dinero de la venta o con los ingresos que generen dichos activos se cancelará la obligación que se mantiene pendiente de pago con el fideicomisario.

Este tipo de fideicomiso es un instrumento útil para la reestructuración empresarial, pues permite asegurar a los bancos que las garantías que respaldan al crédito han sido aisladas del resto del patrimonio de la empresa y, en consecuencia, de cualquier otro acreedor.

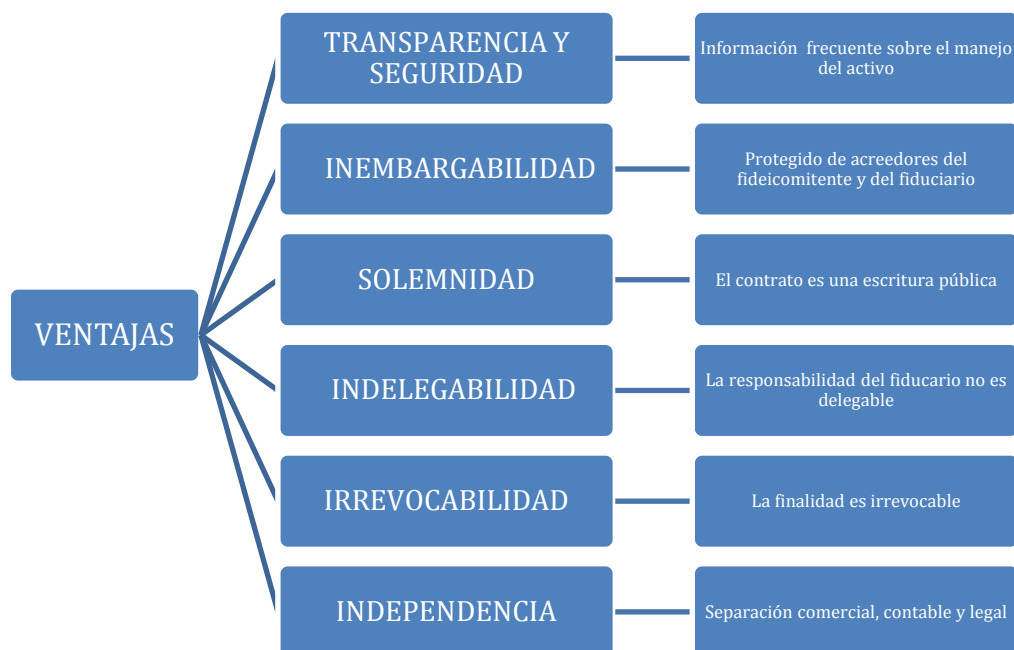
► Fideicomiso de administración

Tiene como exclusiva finalidad administrar activos y/o dinero con flujos a favor de determinados fideicomisarios según las cláusulas detalladas en el contrato de fideicomiso de administración. Esta figura permite al fideicomitente transferir sus bienes al fiduciario para que este realice todos los actos inherentes a su administración, como pueden ser recaudación de rentas, pago de tributos, revaluación, mejoras y destinar las ventas o recursos obtenidos conforme a la finalidad pactada en el contrato.

VI. Principales ventajas

Los fideicomisos son contratos entre las partes involucradas donde cada una vela por la mejor manera de beneficiarse del acuerdo. Principalmente, el fideicomitente busca establecer en el contrato sus requerimientos respecto al manejo de sus activos y/o derechos transferidos en calidad de fideicomiso. El siguiente esquema detalla estas ventajas.

Ilustración 2: ventajas del fideicomiso

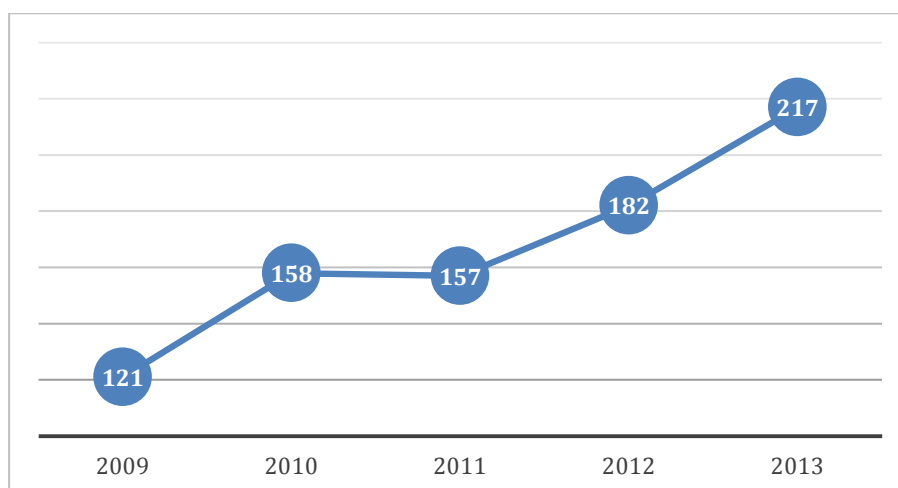


Fuente: Vila Naranjo Asociados

VII. Fideicomiso en cifras

Entre los años 2009 y 2013, en el Perú se han formado 835 fideicomisos. Este mecanismo se está volviendo cada vez más popular, pues cada año se crean más fideicomisos, tal y como se aprecia en el Gráfico 1. Asimismo, los activos en fideicomiso de dicho período equivalen a S/. 103 000 millones.

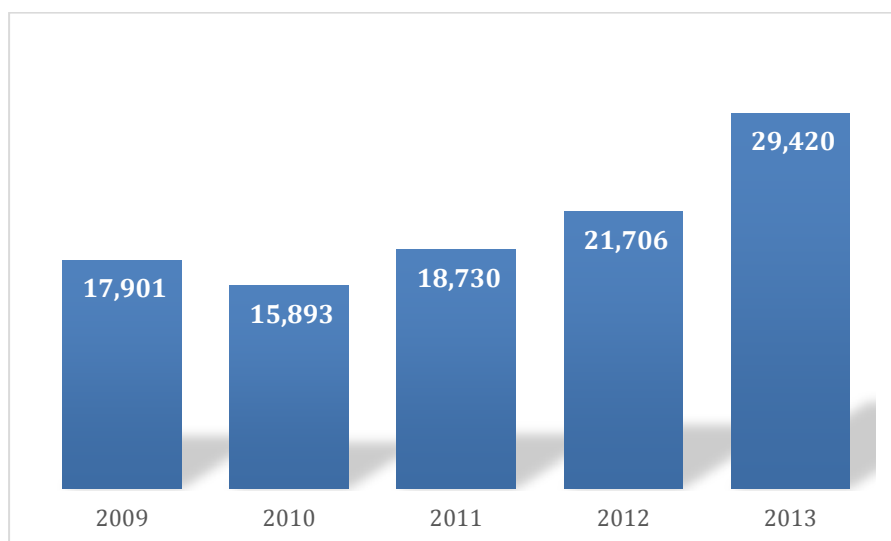
Gráfico 1: Número de operaciones de fideicomiso por año



Fuente: SBS. Elaboración propia.

Al igual que el número de operaciones, cada año se incrementan los activos en fideicomiso, como se puede ver en el Gráfico 2.

Gráfico 2: Activos en fideicomiso (en millones de nuevos soles)



Fuente: SBS. Elaboración propia.

VIII. Propuesta

La figura del fideicomiso está ampliamente difundida en el Perú. Como hemos visto, existe un marco regulatorio claro y una oferta de servicios consolidada, tanto por parte del sistema financiero privado como del brazo financiero estatal. Los fideicomisos se han popularizado codo a codo con el crecimiento de la inversión privada, el crecimiento económico, la aparición de financiamiento corporativo a largo plazo y el desarrollo del mercado de capital local.

Sin embargo, la aplicación de este instrumento no solo se ha limitado a financiar proyectos de mediano plazo o a mejorar estructuras financieras; también ha sido también usado en otros campos económicos, como la gestión de Gobiernos regionales, las fundaciones y los aportes de las empresas privadas en inversión social.

CASO: El fideicomiso del Gobierno Regional de San Martín

El 22 de noviembre de 2005, el D.S. 154-2005-EF reglamentó la Ley N° 28575 “Ley de Inversión y Desarrollo de la Región San Martín y Eliminación de Exoneraciones e Incentivos Tributarios”. Su objetivo fue incrementar la inversión pública del Gobierno Regional de San Martín. En particular, mantener su infraestructura prioritaria mediante el uso de los ingresos adicionales generados por la eliminación de los incentivos o exoneraciones tributarias en el departamento.

Según el artículo 5 de la ley, los recursos que el Gobierno nacional transfiera al Gobierno Regional de San Martín correspondientes a la recaudación de IGV en

dicha localidad no serán menores a S/. 45 000 000 al año. Este monto fue definido en 2005. Además, este monto se actualizará anualmente utilizando el deflactor implícito del Producto Bruto Interno. Este es establecido por Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

En principio, la ley establecía que los montos transferidos serían destinados al patrimonio fideicometido a partir del ejercicio presupuestal del año 2012. Establece también que el fiduciario es la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide). Esta entidad es responsable de la administración y la rentabilización de los fondos en función de los requerimientos del Gobierno Regional de San Martín. Este, a su vez, se comprometió a priorizar los proyectos en relación a lo establecido en el Plan de Desarrollo Regional Concertado. Además, todos los proyectos deberán seguir el proceso usual del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), aunque la ejecución de proyecto puede ser por contratación directa o en contratos de concesión.

A la luz de la historia de éxito antes descrita y de ejemplos similares en el campo de la gestión pública, vemos una interesante oportunidad para que los Gobiernos regionales puedan utilizar los fideicomisos para acceder a capitales de mediano plazo, tanto de fuentes privadas como públicas.

IX. Fuentes del Gobierno central

Por el lado de fuentes del Gobierno central, existen dos modalidades que podrían ser utilizadas:

► Fideicomisos formados con recursos provenientes del levantamiento de exoneraciones tributarias

Este esquema replica al modelo seguido por la Región de San Martín al amparo del D.S. 154-2005-EF y la Ley N° 28575 antes mencionados. La principal ventaja de esta vía es que no demanda recursos adicionales por parte del Gobierno central, por lo que su aprobación no es, en teoría, tan problemática. Sin embargo, este esquema tiene dos limitaciones. Por un lado, el costo político de suprimir exoneraciones tributarias a la población. Por el otro, el efecto contracíclico (recesivo) que podría tener en la economía regional.

► Fideicomisos con recursos del presupuesto de la República para propósitos específicos

Esta modalidad no tiene las desventajas antes señaladas, pero sí demanda recursos adicionales por parte del Gobierno central. Esto, de hecho, complica su factibilidad, pero

sigue siendo una posibilidad sujeta a ser negociada entre las autoridades regionales y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

X. Fuentes ajenas al Gobierno central

Por el lado de las fuentes que no son del Gobierno central, vemos también dos alternativas para el uso de fideicomisos como mecanismo de levantamiento de fondos de mediano plazo: (a) fideicomiso proveniente de fuentes de ingreso específicas del Gobierno regional, y (b) fideicomiso formado por aportes provenientes del sector privado de la región.

► Fideicomisos provenientes de fuentes de ingreso específicas del Gobierno regional

En esta modalidad, la idea principal es identificar un flujo de ingresos permanentes y estables que recibe el Gobierno regional, los cuales irán a formar parte de un patrimonio fideicometido con propósito específico. La gran ventaja de esta figura es que los flujos dados en dominio fiduciario constituyen una excelente garantía para acceder a préstamos de mediano plazo, tanto de la banca local como internacional. Ello en la medida que el Gobierno regional ya no tiene acceso a ellos y existe un factor fiduciario —normalmente un banco o empresa de fideicomiso— que dispone de estos fondos siguiendo el estricto protocolo definido en el contrato de fiducia.

Con el respaldo de estos flujos, permanentes y estables, el Gobierno central se convierte en un sujeto de crédito, tanto para la banca comercial como para el mercado de capitales local o internacional —esto último, llamado también titulización de activos, es económicamente factible dependiendo del tamaño de los montos a levantar—.

Esta estructura de financiamiento debe ser complementada con mejoradores de crédito (*credit enhancers*) para ser “bancable”. Existen muchas técnicas financieras usadas para “mejorar” la calidad crediticia de una estructura y dependerán del proyecto en específico. Por ejemplo, garantías parciales del Gobierno central o regional, cuentas de reservas, cuentas de arrastre sobre los intereses, sobrecolateralización vía otras fuentes de ingresos, contratos *take-or-pay*, etc.

► Fideicomiso formado por aportes provenientes del sector privado de la región

Este fideicomiso sería conformado por fondos de empresas privadas que exigen como contrapartida que los aportes adicionales dados al Gobierno regional tengan un propósito específico y sean manejados de manera muy transparente. En este sentido, la labor del factor fiduciario juega un rol crítico.

XI. Referencias

- VILA NARANJO ASOCIADOS. *El fideicomiso*. Boletín N.º 40.
- MAC LEAN, Ana Cecilia. *Desenredando el fideicomiso*, Lima, mimeo.
- HAAKER YORI, Ricardo. “El Fideicomiso Bancario en el Perú”, La Fiduciaria, Lima, 2009.
- TUESTA MADUEÑO, Arturo. (2005). “El fideicomiso en el Perú”. XV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, mimeo.