

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“Análisis del Rol del Agente Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso en el Perú”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

Autor

ROBERTO ESTEBAN MUNDACA TORRES

Asesor

Hernando Montoya Alberti

Jurado

Guilhermo Alceu Auler Soto

Hernando Montoya Alberti

Edison Paul Tabra Ochoa

LIMA – PERÚ

2017



ÍNDICE

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. EL FIDEICOMISO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.	8
1. Antecedentes	8
1.1. Derecho Romano	8
1.1.1. El fideicommissum	9
1.1.2. El pactum fiduciae	9
1.1.2.1. Fiducia cum amico	10
1.1.2.2. Fiducia cum creditore	10
1.2. Derecho Anglosajón	10
1.2.1. Settlor	10
1.2.2. Trustee	11
1.2.3. Cestui que trust	11
1.3. Derecho Peruano	11
2. El fideicomiso en la legislación peruana	12
2.1. Fideicomitente	13
2.2. Fiduciario	13
2.3. Fideicomisario	13
2.4. Factor Fiduciario y Comisiones Administradoras	14
2.5. Derechos y obligaciones del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.	14
2.5.1. Derechos y obligaciones del fideicomitente	15
2.5.2. Derechos y obligaciones del fiduciario	15
2.5.3. Derechos y obligaciones del fideicomisario	17
2.6. Principales características	18
2.6.1. Confianza	18

2.6.2.	Solemnidad	18
2.6.3.	Finalidad específica	18
2.6.4.	Autonomía en el patrimonio	18
2.7.	Modalidades de Fideicomiso	19
2.7.1.	Fideicomiso de garantía	19
2.7.2.	Fideicomiso de administración	19
2.7.3.	Fideicomiso de inversión	19
2.7.4.	Fideicomiso de titulización	20
2.8.	Causales de nulidad del fideicomiso	20
2.9.	Finalización del fideicomiso	20
2.9.1.	Finalización Voluntaria	20
2.9.2.	Finalización Involuntaria	20
2.9.3.	Finalización por causas naturales	21
3.	El fiduciario desde la perspectiva de la evolución del fideicomiso	21
4.	El patrimonio autónomo	22
5.	Las comisiones de confianza y el fideicomiso	23
CAPÍTULO II. EL FIDEICOMISO EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DONDE EL FIDUCIARIO NO ES RESTRICTIVO PARA LAS ENTIDADES BANCARIAS O FINANCIERAS.		25
1.	El desarrollo de la fiducia en Argentina	25
1.1.	Normativa	25
1.2.	Sujetos	26
1.3.	Tipos de fideicomiso	29
1.4.	Propiedad Fiduciaria	30
2.	Evolución del fideicomiso en la República del Uruguay	31
2.1.	Legislación	31
2.2.	Actores	32

2.3.	Modalidades del fideicomiso	33
3.	Origen y desenvolvimiento del fideicomiso en Costa Rica.....	34
3.1.	Regulación normativa	34
3.2.	Protagonistas	34
3.3.	Clasificación del fideicomiso en Costa Rica	35
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO RESPECTO DEL AGENTE FIDUCIARIO EN EL PERÚ		38
1.	El actual funcionamiento de la regulación en el fideicomiso en el Perú	38
1.1.	El rol del fideicomitente	39
1.2.	El favorecido del fideicomiso: Fideicomisario	41
1.3.	El protagonismo del fiduciario	43
2.	De la desregulación del fideicomiso no financiero	44
2.1.	Fiduciarios no financieros regulados y no regulados	45
2.2.	Posibles efectos a partir de la desregulación en el fideicomiso no financiero	47
3.	Desempeño del agente fiduciario en el mercado peruano.....	48
3.1.	Problemática en la elección del fiduciario.....	49
3.2.	Propuesta legislativa	50
3.3.	Creación del Registro de Fiduciarios no Financieros.....	51
CONCLUSIONES.....		53
BIBLIOGRAFÍA.....		56

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se exhibe al fideicomiso como una herramienta legal de inversión, exponiendo sus diversos alcances, características así como la regulación contemplada en el Perú. El fideicomiso resulta ser un negocio jurídico que permite aislar bienes materiales o inmateriales en un patrimonio independiente y separado, el cual se ha transferido de una persona a otra¹ con la finalidad que esta última lo administre en favor de quien se designe en el documento constitutivo.

La visión que se tiene sobre esta figura va más allá de la definición brindada por nuestra dogmática jurídica, conceptualizándola como una transferencia patrimonial postergando el hecho base por el cual la persona titular de los bienes cuenta con plena facultad de escoger a una persona de confianza para que administre el patrimonio que se transfiere.

Del desarrollo de la tesis se podrá apreciar que nos encontramos frente a una figura que ha sido bien utilizada en diversos sectores productivos (electricidad, minería, telecomunicaciones e infraestructura), dejando de lado mercados no tan magnos pero sí dispuestos a acoger una herramienta que permita otorgar una alternativa adicional a las existentes y de esta forma emprender algún proyecto de distinta índole; obteniendo, como en otros casos, una rentabilidad esperada.

Precisamente esta tesis se centra en el personaje más importante de este instrumento, el fiduciario, quien desempeña dicho papel a partir que el fideicomitente tome la decisión y formalice la transferencia del bien o bienes, cualquiera fuere su calidad, a su favor. En el Perú, según la normativa vigente el actor fiduciario sólo puede ser ejercido por un agente que forma parte de grupo de empresas del sector bancario y financiero, restringiendo la libre elección del fideicomitente.

Son para los mercados donde no se llevan a cabo grandes inversiones que el fiduciario (agente bancario-financiero) no desea ingresar por no ser lo esperadamente rentable.

Por tal motivo se examinará la posibilidad que dicho agente sea una persona natural o jurídica, además de las establecidas actualmente en nuestra legislación, como es el caso de las legislaciones que abordaremos.

¹ En el Perú solo pueden ser encargados de administrar los patrimonios agentes especializados conforme la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Este trabajo se estructura en tres capítulos, en el primero nos abocamos a presentar al fideicomiso, su aparición, desenvolvimiento y positivismo, transcurriendo desde Roma pasando por el derecho anglosajón, llegando a Latinoamérica específicamente al Perú.

En seguida, dentro del segundo capítulo abordamos precisamente las legislaciones argentina, uruguaya y costarricense que nos brindan un punto de vista del manejo y desempeño de la figura con mayor apertura; al igual que en el Perú, como veremos más adelante, en estos países se dieron grandes inversiones donde se utilizó el fideicomiso obteniendo buenos resultados, siendo lo peculiar que estas coexisten con aquellas inversiones emprendidas por ciudadanos comunes, basándose en la plena confianza que existe el uno del otro (fiduciario y fideicomitente) pudiendo transferir el patrimonio a fin que se cumpla con lo pactado en el respectivo contrato.

Finalmente, en el tercer capítulo se efectúa el análisis y la propuesta de colocar a la figura del fideicomiso ordinario² en el Perú, al alcance del ciudadano de a pie, transmitiendo las bondades de esta herramienta; esto en el marco de un mercado donde pueda desenvolverse sin mayores restricciones que la de ser un sujeto con capacidad para contratar libremente.

Esto implica retomar la esencia de la fiducia, el desprendimiento de tu patrimonio para trasladárselo a una persona que brinde mayor seguridad y así pueda lograrse la obtención de resultados esperados; desde luego que esto implica la viabilidad de una respectiva reforma legal, contemplando una normativa de la materia fuera de la Ley 26702 pudiendo ésta ser incluida en el Código Civil vigente.

Como se podrá advertir en las siguientes líneas no se efectúa una crítica visceral frente al actual desenvolvimiento del fideicomiso, sino se busca colocar en relieve una perspectiva más liberalizada a partir de experiencias positivas en otras legislaciones, logrando de esta forma una mayor difusión de esta versátil herramienta.

Sabemos además que según la Constitución Política del Perú la iniciativa privada es libre, mientras que el Estado facilita y vigila la libre competencia; por lo que la intención de promover un mercado fiduciario con libertades para el inversionista de elegir a quien encarga su patrimonio fomentará a que los actuales competidores pueden sincerar los costos de estructuración y comisión.

² Entiéndase como fideicomiso ordinario al que no necesita de una agente fiduciario que emita valores negociables en el mercado de valores.

De este modo, con el presente trabajo se pone sobre la mesa nuevamente a la figura fiduciaria, brindando sus características generales, alcances y experiencias foráneas, recayendo en la necesidad de tomarla como una herramienta no sólo para grandes inversores sino que se encuentre al alcance de toda persona que desee utilizarla con la expectativa de lograr sus objetivos económicos esperados.



Capítulo I. El fideicomiso en el ordenamiento jurídico peruano.

En el presente capítulo se detallan los antecedentes de la figura del fideicomiso, la evolución en la normativa peruana así como la conceptualización, clasificación y sus características relevantes. El objetivo de éste es dar a conocer al lector la ubicación histórica del fideicomiso, las particularidades del mismo y plasmar los alcances que genera su constitución.

En esta sección se presentará y describirá al patrimonio autónomo, el cual a mí entender es la característica principal del fideicomiso, siendo este alienado del dominio ejercido por el titular del bien, sin que esto signifique el formar parte del patrimonio de alguno de los actores del contrato.

Del mismo modo permitirá enlazar su contenido con los posteriores capítulos, logrando comparar la regulado en Perú frente a lo normado en legislaciones foráneas; siendo lo primordial brindar los conocimientos necesarios respecto de la figura del fideicomiso, posibilitando de esta forma al lector la comprensión de la problemática hallada en nuestra normativa al momento en que el fideicomitente decide entregar su patrimonio al fiduciario a fin que cumpla con las obligaciones encomendadas contractualmente, viéndose limitado el primero a escoger a una entidad bancaria o financiera.

1. Antecedentes

Tal como diversas figuras del derecho privado, el fideicomiso surge del derecho romano (*fiducia*), precisamente en el periodo arcaico de Roma (753 a 450 a.C.); para luego servir de relevante influencia en el derecho anglosajón a fin abrir paso al denominado *use*, el mismo que posteriormente evoluciona convirtiéndose en *trust*. Este último brinda los elementos básicos a las legislaciones de América Latina, quienes ven el surgimiento del fideicomiso, detentando sin duda la figura caracteres propios en cada normativa de la región.

1.1. Derecho Romano

“El fideicomiso, en sus orígenes, era entendido como una rogación o encargo que una persona efectuaba a otra, sobre la base de la confianza que se le depositaba para que cumpliera con determinada gestión.” (Lascalea 2003: 3).

Según De la Flor, el fideicomiso en Roma surgió en la época clásica a partir de la necesidad que hubo por parte de las personas para escapar de la rigidez de sus leyes, sea para que una persona incapaz pueda heredar o transmitir derechos; o para entregar a una persona bienes con alguna finalidad determinada (1999: 26).

Lo relevante de la práctica del fideicomiso en el Imperio Romano fue que el cumplimiento del mismo se encontraba basado en la buena fe.

Las figuras o mecanismos que existieron en la época fueron el fideicommissum y los Pactum Fiduciaie, estos últimos presentando dos modalidades, la fiducia cum amico y la fiducia cum creditore.

1.1.1. *El fideicommissum*

En la antigua Roma existían dos clases de personas, las *sui juris* que no dependían de otras personas y las *alieni juris* que eran personas sometidas a la autoridad de un jefe. (Martin 2009: 22).

Dentro del derecho sucesorio de la época, ningún *alieni juris* podía ser heredero por sí mismo; por lo que obligó a los *sui juris* a consignar en sus testamentos legados en favor de un ciudadano con quien exista plena confianza, solicitándole que luego de haber recibido el bien lo administrase en favor del *alieni juris*.

Esta figura se utilizó para evitar las barreras definidas por la legislación vigente, pudiendo beneficiar mediante herencia o legados a personas que no contaban con esta facultad, la de heredar.

1.1.2. *El pactum fiduciaie*

Distinto del fideicommissum, en el que la ejecución de lo encomendado se llevaba a cabo cuando se producía la muerte de los *sui juris*; en el pactum fiduciaie la transferencia de los bienes se efectuaba por acuerdo entre vivos, obligándose el adquirente a reconducir los bienes en circunstancias establecidas por el titular de ellos en favor de un tercero.

Existían dos clases del pactum fiduciaie: *Fiducia cum amico* y *Fiducia cum creditore* (Martin 2009: 23).

1.1.2.1. *Fiducia cum amico*: Esta modalidad se basaba en el cuidado y administración de los bienes transferidos cuando el propietario debía ausentarse por largo tiempo.

1.1.2.2. *Fiducia cum creditore*: Se empleaba para garantizar el pago de una deuda; por la cual, el deudor transfería su propiedad al acreedor con la condición de que le sea devuelta una vez se hubiere pagado lo adeudado.

1.2. Derecho Anglosajón

El instrumento del *use* y del *trust* constituyen los antecedentes más importantes en el Derecho Anglosajón.

Según De la Flor, el fideicomiso responde a la necesidad de trasladar la figura del *trust* anglosajón a aquellos esquemas jurídicos basados en el derecho constitucional europeo (1999: 40).

Los fideicomisos fueron desarrollados en Inglaterra en la época de las cruzadas; en el año 1217 el parlamento inglés aprobó la figura del *use*, estableciéndose mediante esta una relación jurídica en la que se otorgaba a una persona fiduciaria (*feoffe to use*) un poder jurídico cuyo ejercicio generaba un beneficio económico a favor de otra persona beneficiaria (*cestui que use*), señala Martin (2009: 25).

Con este instrumento se le brindaba al *feoffe to use* la propiedad legal del bien, mientras que el *cestui que use* contemplaba el dominio útil.

A inicios del siglo XVI, con la finalidad de abolir la práctica abusiva del *use* se pretendió efectuar algunas variantes en su ejecución, transmitiendo la propiedad al beneficiario (*cestui que use*); dando aparición a la figura del *trust*.

En el *trust* se genera la transmisión de la propiedad en virtud de la voluntad del *settlor* hacia otra persona denominada *trustee*, con la finalidad de favorecer a un tercero conocido como *cestui que trust*. A continuación en detalle los actores.

1.2.1. Settlor

Es la persona titular del bien, el cual transfiere de forma irrevocable el mismo al *trustee* dándole una finalidad determinada.

1.2.2. *Trustee*

Es quien recibe la propiedad legal del bien, para de este modo llevar a cabo el *trust*. “Es posible que coincidan las funciones del *settlor* y *trustee*, cuando aquél se declara a sí mismo *trustee*, en cuyo caso no existe verdaderamente una transmisión de bienes sino más bien una separación de los mismos del patrimonio” (Martin 2009: 26).

1.2.3. *Cestui que trust*

Quien es favorecida con la realización del *trust*; sus derechos están protegidos por el *equity* o el derecho de equidad, propio del *Common Law*.

1.3. Derecho Peruano

En nuestro ordenamiento el fideicomiso no tuvo, para los legisladores, cabida dentro del Código Civil de 1852 ni del Código de Comercio de 1902. Inclusive, no fue considerado en el Código Civil de 1936, tampoco en el de 1984.

Por el contrario, dentro de la Ley de Bancos de 1931 se precisaba que los bancos podían aceptar y cumplir comisiones de confianza, las cuales eran relacionadas con las funciones de, entre otros, fideicomisarios de tenedores de bonos emitidos por sociedades y ejecutores de fideicomisos de cualquier otro carácter. Señala Avendaño, que estos fideicomisarios no eran aquellos que recibían los beneficios del fideicomiso, sino los obligacionistas en un contrato de emisión de obligaciones (1994: 343).

En el Decreto Legislativo N° 637, que derogó la normativa anteriormente señalada, la institución fiduciaria fue abordada en dos momentos; en el inciso f) del artículo 136° se precisaba que los fideicomisos en general representaban activos y créditos contingentes de muy bajo riesgo, mientras que en el artículo 334 inciso b) estipulaban que los delegados especiales, en caso de disolución y liquidación de bancos y financieras, se encontraban habilitados para establecer fideicomisos respecto de los activos sujetos a litigio.

La figura apareció con mayor claridad con la promulgación del Decreto Legislativo N° 770 de 1993, donde se plantea su definición y demás en el sub-capítulo IX. Posteriormente, ese cuerpo normativo fue derogado por la Ley General del

Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley 26702 (en adelante de Ley de Banca), entrando en vigencia desde diciembre de 1996 que conjuntamente con el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios³ (en adelante el Reglamento), son actualmente los principales dispositivos legales aplicables al fideicomiso.

2. El fideicomiso en la legislación peruana

La Ley de Banca lo regula precisando que este responde a 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 remanentes⁴.

En virtud de lo señalado se genera cierta atinencia respecto del dominio fiduciario, en tanto dicho concepto se encuentra restringido para bienes muebles e inmuebles, siendo el término adecuado por ser más general, propiedad fiduciaria.

Como señala De la Flor, no existe un concepto uniforme sobre el fideicomiso; las definiciones han estado ligadas a la posición de los autores respecto a la naturaleza jurídica del mismo (1999: 75).

La conceptualización del fideicomiso que se acerca más a lo dispuesto en nuestro ordenamiento corresponde a lo manifestado por Rodríguez Azuero, quien lo define como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes de una persona, con el encargo de ser administrados o enajenados y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero (1990: 627).

Se ha considerado que la divergencia entre los autores respecto a la intención de conceptualizar al fideicomiso radica en la necesidad de adaptarla a lo esbozado por el *trust* en los sistemas jurídicos europeos; entendiendo de este modo que la

³ RESOLUCION SBS 1010-99. Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

⁴ Artículo 241° de la Ley de Banca.

figura del fideicomiso actual se acerca más a lo planteado por el derecho anglosajón que por el derecho romano.

En la presente relación jurídica, si bien no existe uniformidad en el concepto, se coincide en los actores intervinientes, los cuales son:

2.1. Fideicomitente.

Conocido también como fiduciante o constituyente, quien es el que decidirá la finalidad del fideicomiso, condiciones y la elección del fiduciario; pudiendo caer su identidad sobre una persona natural o jurídica.

2.2. Fiduciario

Es el sujeto principal del contrato, es quien ostenta el dominio fiduciario y el encargo de ejecutar, en sí, el fideicomiso. El rol a desempeñar conlleva responsabilidad y confianza, otorgando garantía del cumplimiento de lo asumido en el acuerdo.

En nuestra normativa, la función a cumplir es designada en favor de una institución financiera o fiduciaria quien recibe bienes o derechos a fin de realizar únicamente los actos que sean necesarios para cumplir con la labor encomendada por el fideicomitente.

Con acertado tino, el legislador optó por restringir los alcances del fiduciario, en el sentido que éste no puede ser además en el mismo contrato beneficiario; lo cual hubiere ido en contra de la naturaleza jurídica de la figura⁵.

2.3. Fideicomisario

Quien es el beneficiario, el receptor del producto del fideicomiso en tanto se cumpla con la finalidad determinada en el contrato.

Al igual que el fideicomitente puede ser asumido su papel por una persona natural o jurídica; existiendo la posibilidad que sean personas indeterminadas o público en general, debiendo cumplirse con los requisitos dispuestos en la Ley de Banca.

⁵ Con excepción del fideicomiso por titulación, donde puede darse la dualidad fiduciario-beneficiario. Artículo 265, Inc. 3 de la Ley de Banca.

Según lo que se disponga en el pacto contractual, el fiduciario puede designarse como fideicomisario.

Asimismo, la conformidad del fideicomisario suscrita en el contrato no es necesaria para su validación; en el supuesto que compareciere adquiere a título propio los derechos que se establezcan, significando que ellos no pueden ser modificados sin su consentimiento.

2.4. Factor Fiduciario y Comisiones Administradoras

Nuestra regulación, en los artículos 271° y 272° de la Ley de Banca inserta estos dos actores.

Ambas son factores de apoyo para el fiduciario, quien designa como factor fiduciario a una persona natural, la cual será responsable de los actos, contratos y operaciones llevadas a cabo en la ejecución del fideicomiso.

Para su designación el fiduciario cuenta con un plazo perentorio de quince días posteriores a la fecha en que celebrado el pacto.

La persona elegida como factor fiduciario en un fideicomiso no detenta con impedimento para cumplir similares funciones en otro contrato.

La actuación de Comisiones Administradoras se encontrará sujeta a la complejidad que tenga un fideicomiso, sea por el número de las operaciones, actos y contratos relativos a los bienes de un fideicomiso o requeridos para el cumplimiento de su finalidad.

La comisión deberá estar integrada por no menos de tres ni más de siete miembros; debiendo la empresa fiduciaria reglamentar el funcionamiento y facultades de la comisión, sin incumplir lo dispuesto en el acuerdo.

Según lo normado en el Reglamento la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs debe ser puesta en conocimiento del nombramiento de ambas, teniendo el regulador las facultades para la posterior remoción ante cualquier ocurrencia.

2.5. Derechos y obligaciones del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

Los participantes en el contrato una vez formalizado asumen diversos derechos y obligaciones, siendo los principales los siguientes:

2.5.1. Derechos y obligaciones del fideicomitente

Dentro de los derechos se encuentran los que surgen de la constitución del acto y los que le otorga la ley.

El fiduciante en principio tiene la facultad de elegir al agente fiduciario a su conveniencia.

Del mismo modo, goza de la potestad de exhortar al fiduciario el cumplimiento de los acuerdos adoptados en el contrato, pudiendo modificarlo o resolverlo siempre que no vulnere derechos adquiridos. Cabe indicar que en el supuesto que comparezca el fideicomisario no será posible efectuar lo señalado, salvo que exista consentimiento expreso.

El fideicomitente, al finalizar el pacto además puede requerir el saldo del patrimonio fideicometido.

Por el lado de las obligaciones, “el fideicomitente deberá velar de que se cumpla con los bienes la finalidad determinada en el acto constitutivo del fideicomiso.” (De la Flor 1999: 136-137).

Asimismo, deberá integrar los bienes y derechos a fin que formen parte del patrimonio del fideicomiso, tal como se acuerda en el contrato.

Adicionalmente a las obligaciones pactadas, el fideicomitente deberá pagar al fiduciario una retribución y reembolsar los gastos generados en la administración del fideicomiso.

2.5.2. Derechos y obligaciones del fiduciario

El agente fiduciario tiene el derecho de cobrar una retribución por sus servicios, en concordancia con lo manifestado en el contrato o, en su defecto, una no mayor al uno por ciento del valor de mercado de los bienes fideicometidos y

resarcirse con recursos del fideicomiso de los gastos en que incurriere en la administración del patrimonio fideicometido y en la realización de su finalidad⁶.

En tanto la función del agente es la de cumplir con el encargo efectuado por el fiduciante, le corresponde el conminar se le proporcione los bienes formalmente de quien, en ese momento, los posea.

El fiduciario cuenta con el derecho de renunciar, siempre que exista causa justificada, la misma que deberá ser aceptada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs⁷.

Respecto de las obligaciones estas pueden encontrarse en función del patrimonio fideicometido, siendo el fiduciario constreñido a cuidar y administrar los bienes y derechos que lo constituyen cumpliendo con integridad y vocación las labores encomendadas; pudiendo valerse de pólizas de seguros, siempre que conste acordada su contratación.

También será obligación del fiduciario el devolver al fideicomitente o sus causahabientes los remanentes del patrimonio, en caso hubiere, una vez culminado el fideicomiso, a menos que la entrega de estos según lo acordado corresponda a terceros.

Del mismo modo, deberá guardar reserva respecto de las operaciones, actos, contratos u otros relacionados con las funciones encomendadas, equivaliendo dicha reserva a los alcances establecidos por lo que Ley de Banca para el secreto bancario.

En referencia a la administración del fideicomiso, es menester del agente llevar el inventario y la contabilidad respectiva, cumpliendo todas las obligaciones que estos acarrear, rindiendo cuentas frente al fideicomitente como a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

Cabe mencionar que en las prohibiciones que existen en el ejercicio del fiduciario se hallan el afianzar, avalar o garantizar ante el fideicomitente o los fideicomisarios los frutos del fideicomiso o de las operaciones, actos y

⁶ Artículo 261° de la Ley de Banca.

⁷ Artículo 269° de la Ley de Banca.

acuerdos que realice con los bienes fideicometidos; evitan algún tipo de conflicto de interés.

Igualmente, se encuentra imposibilitado de realizar operaciones, actos y contratos con los fondos y bienes de los fideicomisos en beneficio del propio fiduciario, alcanzando este impedimento los directores, miembros del comité a cargo del fideicomiso, del factor fiduciario, los trabajadores del departamento fiduciario y los contratados para el fideicomiso de que se trate. Se incluye a los auditores externos, y los profesionales que participan en las labores de auditoría del propio banco. Las prohibiciones abarca al cónyuge y a los parientes de las personas indicadas, así como a las personas jurídicas en que el cónyuge y parientes en conjunto tengan participación superior al 50% (Martin 2009: 40).

2.5.3. Derechos y obligaciones del fideicomisario

Entre los derechos con mayor significación se advierte en principio el de compeler al fideicomitente los bienes que constan en el contrato como parte del patrimonio fideicometido, con la finalidad que constituir el fideicomiso.

Conminar a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen o del capital mismo⁸.

Del mismo modo, tiene derecho a ser notificado de la existencia de bienes y servicios disponibles a su favor, dentro del término de diez días de que el beneficio esté expedito⁹.

El fideicomisario podrá impugnar los actos realizados por el fiduciario, en caso fuese necesario; posibilitando requerir la remoción del agente si se demuestra falta grave o incumplimiento de su labor (Martin 2009: 41-42).

En alusión a las obligaciones, el comportamiento del fideicomisario no deberá estorbar la labor del fiduciario, siempre que su desenvolvimiento sea acorde a lo establecido en el acto constitutivo.

En el supuesto que en el contrato se hubiere pactado el pago de honorarios por parte del fideicomisario, éste será el encargado de efectuarlo.

⁸ Artículo 263° de la Ley de Banca.

⁹ Artículo 256° Inc. 8 de la Ley de Banca.

2.6. Principales características

Siendo el fideicomiso una figura dinámica y versátil presenta entre otras las siguientes características:

2.6.1. Confianza

Esta característica es fundamental, construyéndose a partir de la elección por parte del fideicomitente respecto del fiduciario, el primero evaluará la diligencia y competencia por un lado; mientras que el fiduciario deberá efectuar las indagaciones respectivas a fin determinar la procedencia de los bienes a su encargo.

2.6.2. Solemnidad

Para constituir el fideicomiso se realizará un contrato entre el fideicomitente y el fiduciario, pudiendo intervenir el fideicomisario, el mismo que será formalizado posteriormente en escritura pública; 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 ley¹⁰.

2.6.3. Finalidad específica

Es resaltante la presente característica en tanto la normativa vigente no brinda gran contribución al contrato concediéndole al fideicomiso una flexibilidad que pocos contratos poseen; empero, no se debe abusar de ella dejando manifestado específicamente en el acuerdo las labores encomendadas al fiduciario.

2.6.4. Autonomía en el patrimonio

Desde luego que nos encontramos frente a la característica más sobresaliente y singular, pues en esta figura, a partir de la constitución del fideicomiso, se genera el patrimonio fideicometido el cual es distinto del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario, o de cualquier otro patrimonio

¹⁰ Artículo 246° de la Ley de Banca.

fideicomitido administrado por el fiduciario y, en caso existiese remanente de patrimonio luego de concluido el plazo contractual, distinto también de su destinatario.

2.7. Modalidades de Fideicomiso

De acuerdo con la normativa peruana vigente se establece una clasificación que abarca sólo al fideicomiso en garantía, testamentario y titulización; empero, nuestra legislación deja abierta la posibilidad de que se celebren diferentes modalidades de fideicomiso, siempre que se encuentren sujetas a lo dispuesto por la Ley de Banca, el Reglamento u otras normas que emita la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Cabe indicar que muchas de los tipos de fideicomiso que se constituyen son variantes del fideicomiso de garantía y administración. Entre los de mayor difusión en el mercado peruano se encuentran las siguientes:

2.7.1. Fideicomiso de garantía

Mediante esta figura el fideicomitente transfiere en dominio fiduciario a favor del agente autorizado activos muebles o inmuebles, con el fin de garantizar ciertas obligaciones que tiene con un tercero, indicando en el contrato que éste último corresponde al fideicomisario. Con esta modalidad el fiduciario podrá, una vez vencido el acuerdo y no cancelado lo garantizado, disponer de los bienes y con la venta o flujos que generen poder saldar lo adeudado.

2.7.2. Fideicomiso de administración

Por medio de éste se lleva a cabo la transferencia de bienes de cualquier clase a favor del fiduciario, para que sean administrados de acuerdo a lo dispuesto en el acuerdo constitutivo, pudiéndose dar el supuesto que el fideicomitente resulte ser al mismo tiempo el beneficiario (fideicomisario) de tal administración.

2.7.3. Fideicomiso de inversión

En este tipo de fideicomiso los constituyentes entregan al fiduciario sus bienes para que sean administrados y seguidamente invertidos buscando la obtención

de rendimientos, considerando las instrucciones impartidas en el contrato, en favor propio (fideicomitente) o de un tercero (fideicomisario).

2.7.4. Fideicomiso de titulización

Esta modalidad responde a un tipo de financiamiento empresarial, mediante esta se convierten activos líquidos en títulos negociables.

En tal sentido, con el fin de constituir el patrimonio autónomo el fideicomitente transfiere al fiduciario un conjunto de activos; encontrándose dicho patrimonio, según lo dispuesto en el contrato, respaldando los derechos incorporados en valores que adquieren los fideicomisarios.

2.8. Causales de nulidad del fideicomiso

Se encuentran previstas en el artículo 265° de la Ley de Banca, surgiendo dicha nulidad en caso: a) Contravención del requisito legal de validez del acto constitutivo, b) Si su objeto fuese ilícito o imposible, c) En caso se designa como fideicomisario a la propia empresa, salvo en los casos de fideicomiso de titulización, d) En el supuesto que todos los fideicomisarios son personas legalmente impedidas de recibir los beneficios del fideicomiso, o e) Si todos los bienes que integran el fideicomiso están fuera del comercio.

2.9. Finalización del fideicomiso

El fideicomiso puede llegar a su fin por razones voluntarias, involuntarias o cause normal.

2.9.1. Finalización Voluntaria

Dentro de las formas de conclusiones voluntarias está la renuncia de la empresa con causa justificada, aceptada por la Superintendencia; renuncia expresa de todos los fideicomisarios a los beneficios que les concede el fideicomiso; o la resolución convenida entre el fideicomitente y el fiduciario.

2.9.2. Finalización Involuntaria

Por el lado de las involuntarias se hallan la liquidación de la empresa fiduciaria; la pérdida de los bienes que lo integran o de parte sustancial de ellos a juicio

de la empresa; o el haber devenido imposible la realización de su objeto fiduciaria.

2.9.3. Finalización por causas naturales

Sobreviene ésta al haberse cumplido la finalidad para la cual fue llevado a cabo; o al vencimiento del plazo.

3. El fiduciario desde la perspectiva de la evolución del fideicomiso

El contrato fiduciario ha evolucionado bajo un esquema estructural en el que todo se dispone para apoyar su cumplimiento y para que no se frustre. (Rodríguez 2005: 131)

Desde la aparición del fideicomiso el agente fiduciario siempre ha sido el interviniente más importante de todos los participantes, es quien mayor aporte brinda para que se ejecuten las tareas confiadas; claro que en medida de la evolución de la figura sus alcances y responsabilidades fueron incrementado.

Asimismo, es preciso indicar que en esencia el papel del fiduciario desde su origen en el derecho romano, transcurriendo por el derecho anglosajón¹¹ y llegando a situarse actualmente en el mercado fiduciario global no ha variado respecto del papel que cumple; siendo el fiel encomendado a cautivar los bienes brindados por el titular de ellos (previa elección en base a la confianza), para luego cumplir con labores específicas encargadas.

Sin duda, en la actualidad el agente fiduciario ejerce estelarmente su función; es decir, se desempeña como un soldado encomendado a proteger el cumplimiento de cada uno de los encargos estipulados en el fideicomiso, no solo ejerciendo en estricto lo encomendado sino como un participante activo dentro de las eventualidades que puedan surgir en pleno desarrollo del contrato, pudiendo ser éstas perjudiciales para la concreción de las finalidades del contrato.

Como se ha señalado, el eje sobre el cual gira la designación del fiduciario siempre fue (y será) la confianza que el titular de los bienes posee sobre la persona encargada a cumplir con ésta función protagónica; sin embargo, algunas

¹¹ En el trust anglosajón el trustee (fiduciario) y settlor (fideicomitente) podrían ser la misma persona, generándose en este caso una separación de patrimonios para el titular dominial.

legislaciones, como la nuestra, han optado por valerse de la confianza ganada en agentes bancarios y financieros, cabe decir no sólo por mérito sino también por la regulación del ejercida por el Estado, para creer que únicamente sobre ellos debería recaer el papel de fiduciario; cuestión que como desarrollaré más adelante no es del todo cierta; haciéndonos creer que, en este contexto, la confianza es meramente exclusiva de dichos agentes.

4. El patrimonio autónomo

Cuando el fideicomitente transfiere la propiedad del bien o bienes en favor del fiduciario, éste se convierte en el nuevo propietario, limitado su disposición sobre los bienes en vista de lo dispuesto por el fideicomitente al momento de la suscripción del contrato (De la Flor 1999: 107).

El fiduciario no logra beneficiarse con el traslado de los bienes a su favor, pudiendo sólo contar con los derechos de uso y disposición en virtud de lo establecido en las cláusulas contractuales.

La peculiaridad del patrimonio autónomo es la distinción que vislumbra frente a los patrimonios de los actores del fideicomiso, no siendo parte del patrimonio de ninguno de ellos.

El patrimonio fideicometido no puede ser embargado ni ejecutado; en la elaboración del fideicomiso este patrimonio se aliena del dominio ejercido por el titular del bien, sin que esto signifique el formar parte del patrimonio de alguno de los actores.

En el artículo 3° del Reglamento se precisa que el “patrimonio fideicometido está constituido por los bienes transferidos en fideicomiso y por los frutos que éstos generen. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fideicomitente, del fiduciario, del fideicomisario, de cualquier otro patrimonio fideicometido administrado por el fiduciario y, de ser el caso, del destinatario del remanente”.

La teoría objetiva del patrimonio resulta ser la que ampara la aparición de este tipo de patrimonio especial; por esta teoría el patrimonio es sólo una masa de bienes y no se encuentra indisolublemente unido a la personalidad (Alessandri 1998: 480).

El patrimonio autónomo, al igual que el patrimonio conyugal, patrimonio empresarial o de un fondo de pensiones presentan similar característica, todos fueron constituidos por autorización de la ley.

Con la finalidad de otorgar conocimiento a terceros de la existencia de este patrimonio autónomo, en caso este sea conformado por bienes y derechos inscribirles se deberá dejar constancia en el registro correspondiente; en caso se trate de bienes distintos a los mencionados deberán ser anotado en la Central de Riesgo de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs conforme lo señalado en el artículo 6° del Reglamento.

5. Las comisiones de confianza y el fideicomiso

En el capítulo V del Decreto Ley 7159¹² se norman las comisiones de confianza, incluyendo en dicho capítulo de manera breve la regulación de los fideicomisos¹³; entendiéndose que para la normativa peruana, en principio, se concibió al fideicomiso como una comisión de confianza.

Asimismo, en el Decreto Legislativo 637 del año 1991 no se singulariza ni se define al fideicomiso, vinculándose nuevamente a la estructura de las comisiones de confianza, siendo en el Decreto Legislativo 770 en el que se brinda un desarrollo normativo del fideicomiso, consolidándose éste posteriormente en la actual Ley de Banca (Ley 26702).

Indudablemente que la familiaridad entre el fideicomiso y la comisión de confianza, se basa en que ambas se tratan de relaciones jurídicas que contienen la obligación de cumplir con un encargo; sin embargo, es preciso indicar que el primero contempla cierto nivel de complejidad.

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Banca las comisiones de confianza son encargos que realizan personas naturales o jurídicas, pudiendo consistir éstos en el de administrar bienes, representar en encargos específicos así como el gestionar de patrimonios.

Como se ha visto en este capítulo en el Perú el fideicomiso se introduce en el marco legal de forma general desde 1931, incluyéndose escuetamente dentro de la

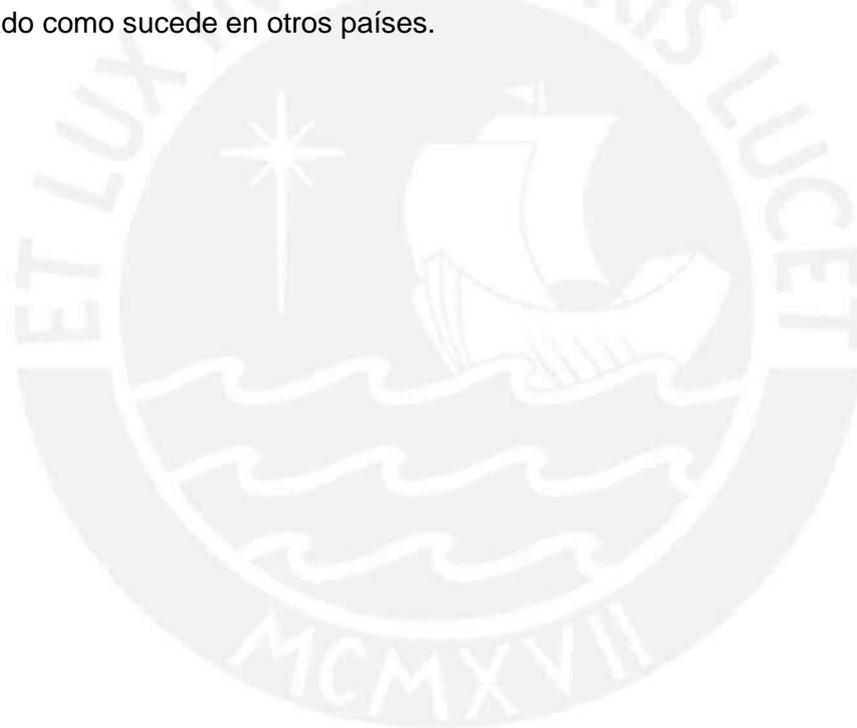
¹² Dispositivo normativo que surgió como consecuencia de la Misión Kemmerer.

¹³ Artículo 94. Inc. 13 y 14 del Decreto Ley 7159.

regulación de las comisiones de confianza. Luego, en 1993, el legislador plantea la figura de manera específica en el Decreto Legislativo 770 otorgándole treintaisiete articulados, mientras que en la vigente Ley de Banca le brinda treintaicuatro artículos con mayores precisiones.

El contrato de fideicomiso es una herramienta legal que ha permitido en el Perú la formación de patrimonios autónomos importantes, en el sector minero, inmobiliario y financiero.

Por otro lado, si bien la relación entre las partes, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, se realiza mediante un contrato, permitiendo de esta forma que el servicio se determine en función al conceso y la remuneración trayendo consigo una cierta proliferación de la figura; sin embargo, al parecer no resulta ser lo esperado como sucede en otros países.



Capítulo II. El fideicomiso en ordenamientos jurídicos donde el fiduciario no es restrictivo para las entidades bancarias o financieras.

En este capítulo se pretende brindar una visión de las legislaciones un tanto disímiles a la normativa peruana, recayendo tal diferencia principalmente en la persona del agente fiduciario. Precisamente, los ordenamientos que a continuación se presentan, contemplan la apertura con la que cuenta el fideicomitente al momento de elegir al fiduciario; donde puede optar por escoger a una persona natural para que juegue dicho papel, basándose primordialmente en una de la principales características peculiares del fideicomiso, la confianza.

Como se vislumbrará más adelante, se pretende con el análisis de las legislaciones de Argentina, Costa Rica y Uruguay, abordarlas como ejemplos modernos de la región, donde se adviertan las reales bondades que otorga contar con una normativa fiduciaria más liberal, permitiendo en esos países que exista mayor acceso a la figura del fideicomiso para con cualquier agente económico deseoso de dar uso de ella a fin de lograr los éxitos económicos esperados.

1. El desarrollo de la fiducia en Argentina

“Para que exista fideicomiso es condición necesaria pero no suficiente que surja confianza entre las partes; esto se traduce en el pacto fiduciario. Además, debe haber una transferencia real de bienes y/o derechos. Por lo tanto, es fundamental aclarar que esta transferencia no es en forma plena, sino acotada por un plazo y/o condición determinada en el contrato que limitan su proceder y duración.” (Pertierra 2005: 13).

Desde la inclusión de la figura en la legislación argentina ha representado una herramienta utilizada con éxito tanto por los particulares como por el Estado para organizar negocios complejos; presentando diversas modalidades, entre ellas, de administración, de inversión, de garantía, de proyectos inmobiliarios y construcción, de emprendimientos agrícolas, financieros.

1.1. Normativa

El origen del negocio fiduciario en la Argentina; éste nace normativamente del Libro Tercero, Título VII, Artículo 2662 del Código Civil, donde se define como dominio fiduciario al que es “adquirido en un fideicomiso singular, subordinado a

durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero” (Rodríguez 2005: 75).

Posteriormente se inserta como instituto legal con la ley 24.441 denominada de “financiamiento de la vivienda y la construcción” sancionada el 22 de diciembre de 1994, promulgada el 9 de enero de 1995, publicada en el Boletín Oficial el 16 de enero de 1995, y reglamentada por Decreto 780/95, publicado en el Boletín Oficial el 27 de noviembre de 1995. Esta ley contemplaba tanto al fideicomiso común u ordinario como al fideicomiso financiero.

Actualmente, mediante el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, cuya vigencia fue adelantada para el primero de agosto de 2015, se derogaron los artículos 1 al 26, que regulaba el fideicomiso ordinario y financiero, para así incorporarlos en el Libro Tercero, Capítulo 30 (artículos del 1666 a 1700), continuando con los lineamientos de dicha ley e introduciendo algunas modificaciones.

En el nuevo código se traslada la estructura de la ley 24.441, precisando algunos conceptos y aportando algunas novedades consideradas de utilidad para la mejor funcionalidad del instituto, definiendo a éste como un contrato consensual entre el fiduciante y fiduciario, transmitiéndose a este último la propiedad de bienes, obligándosele a ejercerla en beneficio del beneficiario, y a transmitirla luego vencido el plazo o cumplida la condición a favor del fideicomisario¹⁴.

1.2. Sujetos

Tanto la Ley 24.441 como el Código Civil y Comercial vigente identifican en esta institución legal cuatro participantes, que a comparación de nuestra legislación presenta marcadas diferencias en varios de ellos, como veremos a continuación:

- a) Fiduciante, quien transmite el bien en fideicomiso y que podrá coincidir con la persona del beneficiario y/o fideicomisario.

También al fiduciante se lo denomina constituyente primario y es quien establece el fin del fideicomiso que debe ser alcanzado por el fiduciario.

¹⁴ Artículo 1666 del Código Civil y Comercial argentino.

Coincidentemente a diversas legislaciones, es quien cumple con realizar la transferencia patrimonial y destinarla a una finalidad determinada; ejerciendo, posteriormente, la función de controlar la actuación del fiduciario y el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el documento constitutivo.

- b) Fiduciario, quien debe cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato, encontrándose sujeto al control de su gestión, obligado a rendir cuentas.

Sin lugar a dudas es el sujeto más importante de la figura, debido a que en torno a él y al ejercicio de sus labores desembocará el destino del negocio emprendido.

Asimismo indica Haysuz que en esta figura es necesaria, además, la existencia de dos características con las que deberá contar el fiduciario sea personal física o jurídica, la independencia tanto del fiduciario como del fideicomitente a fin que el contrato sea expresión de un libre acuerdo de voluntades; y la exigencia para que el fiduciario no presente algún interés en los bienes que ha de distribuir a los beneficiarios llegado el momento de efectuarlo (2000: 158).

Se colegiría de lo mencionado, que frente a la ausencia de independencia por parte del fiduciario, el camino del fideicomiso sería lamentable; frustrando todo cumplimiento demandado por la normativa vigente y lo encomendado por el fideicomitente.

Conocemos, en el Perú y en diversos países de la región como Colombia o Venezuela, que para ser fiduciario contarán con autorizaciones especiales o deberán cumplir con ciertos requisitos legales. En Argentina el fiduciario, tal como lo establece el artículo 1673 del Código Civil y Comercial, puede ser cualquier persona humana o jurídica; precisando el legislador seguidamente que sólo pueden ofrecerse al público¹⁵ para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

¹⁵ Silvio Lisoprawski en *"Fideicomisos inmobiliarios. Oferta pública de fideicomisos no financieros"* señala que el legislador respecto de la expresión "ofrecerse al público" se refiere a la oferta pública de títulos valores; es decir los que corresponden a fideicomisos ordinarios públicos, siendo para aquellos necesaria la actuación de un fiduciario sujeto a lo normado por la Comisión Nacional de Valores.

Estando a lo expuesto, podemos advertir en el caso argentino el fideicomitente elegir con plena libertad, ponderando el factor confianza, a quien mejor desde su criterio pueda ejercer las labores de fiduciario, adecuándose a las particularidades del fideicomiso que desea emprender.

Del mismo modo, precisa Bello que existió una interesante discusión doctrinaria en el derecho argentino sobre la posibilidad de que el fiduciario pueda ser beneficiario del fideicomiso que administra y sobre el que ejerce la propiedad fiduciaria (2015: 7); dándose luego por terminado el debate estableciendo que el fiduciario puede ser beneficiario¹⁶.

Empero cabe reflexionar que esto implicaría que sea juez y parte de la relación jurídica, atentando contra su funcionalidad, y generando de esta forma un conflicto de intereses, exponiendo al peligro la separación patrimonial que nacería al constituir el patrimonio fideicometido.

- c) Beneficiario, actor de la figura que obtiene los beneficios que proceden de lo pactado en el contrato en conjuntamente a la gestión del fiduciario sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Para la constitución del contrato no es necesaria su participación.

Para la validez jurídica del fideicomiso es fundamental que exista por lo menos un beneficiario y que se encuentre individualizado o pueda ser individualizado a futuro.

Semejante a lo dispuesto por el artículo 248 de la Ley de Banca, la normativa argentina señala que sólo se puede prescindir del sujeto beneficiario al otorgamiento del contrato, debiendo constar en el mismo los datos que permitan su determinación; sucediendo estos casos precisamente cuando se tratan de fideicomisos de carácter público.

- d) Fideicomisario, es la persona a quien se transmite la propiedad al concluir el fideicomiso. Puede ser el fiduciante, el beneficiario, o una persona distinta de ellos. No puede ser fideicomisario el fiduciario¹⁷.

¹⁶ Conforme el artículo 1673 del Código Civil y Comercial argentino el fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato.

¹⁷ Artículo 1672 del Código Civil y Comercial argentino.

Es posible advertir que el legislador realiza una diferenciación entre el sujeto denominado beneficiario y el fideicomisario; sin que se vulnere el correcto desenvolvimiento del fiduciario, empero afectándose los derechos de los beneficiarios en vista que por un lado el beneficiario es el sujeto que recibe los beneficios que derivan de las labores del fiduciario sobre los bienes fideicometidos, mientras que el fideicomisario cumple el papel de beneficiario final al extinguirse el fideicomiso, procediéndole a transmitir la propiedad de los bienes fideicometidos.

1.3. Tipos de fideicomiso

En el derecho argentino a partir de la legislación vigente se cuenta la siguiente clasificación:

- a) Financiero: Es el contrato “en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos”¹⁸.

Estos se desarrollan en el ámbito del mercado de capitales por medio de la oferta pública de valores negociables fiduciarios (de deuda o participación) con regulación y fiscalización de la Comisión Nacional de Valores.

- b) Común u ordinario: Esta especie de la figura se refiere al fideicomiso habitual, regular o corriente, el que no requiere de una persona jurídica regulada por la Comisión Nacional de Valores.

Según Lisoprawski, son además conocidos como fideicomisos privados por el que acceden inversores o ahorristas a título de fiduciantes, beneficiarios y terceros adquirentes (2007: 8).

Resultan ser ejemplo de esta especie, los fideicomisos inmobiliarios los cuales se constituyen como "grupos cerrados" de inversores originantes que aseguran los aportes suficientes como para llegar a finalizar la obra. Otros, si bien no tienen tales características, se aseguran el financiamiento de la obra con las denominadas "preventas", atrayendo compradores que aprovechan el menor precio de un emprendimiento que es todavía proyecto. El fiduciario administrador, o en todo caso por intermedio de los emprendedores, obtiene así fondos suficientes como para cubrir el costo de la construcción y el precio

¹⁸ Artículo 1690 del Código Civil y Comercial argentino.

de la tierra. A medida que avanza la construcción van incorporando nuevos inversores o adquirentes. Los menos, por la magnitud o escala de recursos involucrados, reúnen inversores que aportan fondos a un fideicomiso de proyecto inmobiliario complejo y sofisticado, cuyo fiduciario (propietario de la tierra) invertirá en la construcción y comercialización a favor de compradores con los que celebra Boletos de Compraventa, dándole la oportunidad al inversor (fiduciante) de una renta importante en el plazo de cuatro o cinco años, si el proyecto prospera. Se conforma así una especie de "fondo de inversión fiduciario" administrado por un fiduciario no profesional, donde los aportantes (fiduciantes-inversores) comprometen, o hacen efectivo al ingresar, desembolsos que van desde cincuenta mil a uno o más millones de dólares americanos. Algunas veces, los desarrolladores incluso se apalancan complementariamente con crédito bancario. Otros, en cambio, son verdaderas aventuras, donde la ecuación económica financiera depende exclusivamente de los vientos favorables de la economía, porque los organizadores de toda escala montan el negocio para que se haga prácticamente sin capital propio sino dependiente del todo, o casi exclusivamente, del dinero ajeno, más precisamente en función de la expectativa de atrapar inversores o ahorristas que se plieguen al sistema. El peligro y la potencial conflictividad están básicamente en estos últimos. Secundariamente, en los que estructuran en cabeza de fiduciaros improvisados, sin capital que respalde su responsabilidad y sin una verdadera conciencia del comprometido rol que asumen (Lisoprawski 2007: 4).

De lo manifestado se vislumbra la principal diferencia respecto a nuestra legislación, es la presencia de este tipo de fideicomisos comunes donde el agente fiduciario puede ser cualquier persona; sin embargo, la crítica viene por el no registro de estos fideicomisos que permita posteriormente evaluar los resultados, en tanto que al tratarse de una fiducia de alcance masivo se movilizan ingentes recursos de ahorro público.

1.4. Propiedad Fiduciaria

Respecto de la constitución del patrimonio fideicometido la legislación argentina no muestra alguna diferencia, de similar forma sostiene que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario; siendo transferido en favor del fiduciario por parte del fiduciante a fin de que el primero cumpla con las obligaciones pactadas en el documento constitutivo.

Resulta menester señalar que el legislador hace referencia al termino propiedad fiduciaria y no dominio fiduciario como lo establece nuestra Ley de Banca. Se entiende que, correctamente, el poder jurídico que ejerce el fiduciario sobre los bienes abarca tanto a los materiales como inmateriales, sean corporales o

incorporales corresponde a propiedad fiduciaria; mientras que el dominio fiduciario solo atañe a los bienes corporales o materiales.

2. Evolución del fideicomiso en la República del Uruguay

Hacia finales de los noventa e inicios del nuevo siglo Uruguay era golpeado por un fuerte proceso recesivo; habilitando la aparición, en vista de lo acontecido, de nuevas formas de financiamiento que pudieran reactivar la economía.

La necesidad de herramientas legales flexibles que permitirían impulsar proyectos productivos, trajo consigo la inserción de la figura del fideicomiso, asomándose como un instrumento moderno e innovador para la región, generando una posibilidad adicional con las ya contaban los inversionistas en el mercado.

2.1. Legislación

En diciembre de 2003 el congreso uruguayo promulgó la Ley 17.703 que regula la figura del fideicomiso; consagrándose en la legislación una modalidad de negocio jurídico de significativo éxito en diversos países, siendo de gran utilidad para la administración de patrimonios, canalización de inversiones, constitución de garantías, solución de crisis empresariales y securitización de activos.

El desenvolvimiento de esta figura en el ámbito normativo del mercado uruguayo se comporta de forma similar a lo que acontece en la República Argentina.

Las formas de constitución que propone la Ley 17.703 se dan por acto entre vivos o por testamento; el primero deberá otorgarse por escrito bajo pena de nulidad, cualquiera sea el objeto sobre el que recaiga, necesitando ser elevada a escritura pública en los casos en que dicha solemnidad es exigida por la ley. La publicidad frente a terceros se regirá por lo dispuesto en la Ley de Registros Públicos.

El fideicomiso testamentario podrá constituirse por testamento abierto o cerrado. En el certificado sucesorio se hará constar la constitución de la propiedad fiduciaria, debiendo inscribirse en los casos que así lo disponga la Ley de Registros Públicos¹⁹.

¹⁹ Artículo 2° de la Ley 17.703.

Por un lado, “el fideicomiso por acto entre vivos puede ser constituido sobre bienes o derechos de cualquier naturaleza presentes o futuros, incluyéndose las universalidades de bienes”²⁰.

“El fideicomiso testamentario podrá recaer sobre toda la herencia o una cuota parte de la misma, o sobre bienes, derechos, universalidades de bienes, y demás relaciones jurídicas activas que compongan el patrimonio sucesorio”²¹.

2.2. Actores

La Ley 17.703 estipula claramente la presencia tres actores, fideicomitente, fiduciario y beneficiario; que en contraste con la normativa argentina a la que se asemeja en varios puntos, no realiza una distinción entre el beneficiario que se favorece a lo largo del fideicomiso y quien recibe los bienes al finalizar el mismo, denominado según dicha normativa beneficiario residual o fideicomisario. Se advierte y colige, la participación de los siguientes:

- a) Fideicomitente, quien transmite el bien en fideicomiso, constituyendo el encargo al que el fiduciario deberá regirse; pudiendo ser al mismo tiempo beneficiario del acuerdo.

La norma realiza una precisión expresa respecto de la pluralidad de este actor, cuestión que no se vislumbra en otras legislaciones latinoamericanas, pero que se ha ido recogiendo y aceptando de lo manifestado doctrina.

- b) Fiduciario, quien, exactamente al igual que en todas las legislaciones que regulan al fideicomiso, deberá cumplir con la normativa que lo regula y lo estipulado en el documento constitutivo, pudiéndosele exigir el correcto cumplimiento de sus labores en instancia judicial²².

La doctrina y legislación uruguaya han determinado cuatro categorías de fiduciarios, los fiduciarios ordinarios, los fiduciarios profesionales, instituciones de intermediación financiera y los fiduciarios financieros.

En Uruguay al igual que en Argentina puede el fiduciario ser cualquier persona física o jurídica siempre que se trate de fideicomisos ordinarios particulares,

²⁰ Art. 5° de la Ley 17.703.

²¹ Art. 5° de la Ley 17.703.

²² Art. 15° de la Ley 17.703.

necesitando de personas jurídicas especializadas para el caso de fideicomisos financieros; estableciéndose las siguientes características para cada categoría de fiduciario.

Al fiduciario ordinario el único requisito requerido conduce a que este debe ser una persona natural, los fiduciarios profesionales pueden ser personas físicas o jurídicas quienes se encuentran en la obligación de inscribirse en el registro correspondiente circunscrito por el Banco Central de Uruguay, las instituciones de intermediación financiera quienes son los bancos, financieras, cooperativas, entre otras; y los fiduciarios financieros quienes son los que cuentan con la facultad o atribución para emitir certificados de participación en el dominio fiduciario, de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes que integran el fideicomiso, o de títulos mixtos que otorguen derechos de crédito y derechos de participación sobre el remanente, bajo la supervisión del Banco Central del Uruguay.

El punto de desavenencia entre la legislación uruguaya y argentina, en este sentido, es que la inscripción en el registro en Uruguay conlleva la profesionalización del fiduciario, mientras que en Argentina tiene un carácter publicitario.

Los derechos, obligaciones y prohibiciones se asemejan como un calco a lo regulado en la legislación argentina.

- c) Beneficiario, viene a ser el actor con plena aptitud para percibir los beneficios del fideicomiso, pudiendo existir o no al momento de la constitución del contrato.

De similar forma que con el fideicomitente, la legislación hace precisión respecto de la pluralidad de beneficiarios, siendo necesariamente personas determinadas o determinables.

Con referencia a la participación en el contrato de los beneficiarios, la legislación peruana tiene mayor concordancia con las cualidades y características de este actor en el fideicomiso, en el sentido que si bien en la normativa uruguaya no se hace mención al fideicomisario se puede colegir que no se realiza ninguna diferencia entre el este y el beneficiario; como si lo realizar la normativa en Argentina.

2.3. Modalidades del fideicomiso

De la doctrina y legislación uruguaya se efectúan distinciones entre las formas en que se aplica la figura, existiendo en dicho sentido los fideicomisos ordinarios²³ y financieros dependiendo de la calidad de fiduciario que administre el patrimonio; además se encuentran los fideicomisos entre vivos y los testamentarios según quien sea el destinatario de los beneficios que otorga la constitución del fideicomiso; y los de administración y garantía en función de la finalidad determinada en el documento constitutivo sobre el patrimonio autónomo.

3. Origen y desenvolvimiento del fideicomiso en Costa Rica

Los agentes del mercado de inversiones en Costa Rica si bien en un principio se resistían en la utilización del fideicomiso, vieron posteriormente con gran importancia las diversas formas de uso que podrían dársele.

Como señala Odio, el fideicomiso es un contrato cuyo uso se ha incrementado notablemente en ese medio, ya que permite asegurar o garantizar el cumplimiento del negocio, relativamente a muy bajos costos (2007: 4).

3.1. Regulación normativa

Surge legislativamente en el Código de Comercio de 1964 considerándolo como, según el artículo 633º del Capítulo XII, un instrumento legal por medio del cual el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; quedando obligado el fiduciario a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constructivo.

Desde el año de 1971, mediante la reforma del artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, se permitió a los bancos costarricenses administrar fideicomisos.

Se puede advertir de la regulación costarricense, que la inclusión de la figura del fideicomiso tuvo sus inicios como una herramienta que no precisamente buscaba solo un sector financiero para hacerse cargo de administrar fondos, sino posteriormente fue que se incluyeron a los intermediarios financieros.

3.2. Protagonistas

²³ El patrimonio autónomo en los fideicomisos ordinarios pueden ser administrados tanto por personas físicas como jurídicas.

La definición de los partícipes en el contrato de fideicomiso se plasma en el Código de Comercio, siendo el fideicomitente el titular de los bienes materiales o inmateriales que se transmiten así como quien designa tanto al fiduciario y al fideicomisario, quien resulta ser el beneficiario según lo dispuesto por las partes.

Desde luego que el fiduciario al igual que en otros países es la persona con mayor protagonismo en el contrato quien posee la titularidad de los bienes, luego de su aceptación, durante el tiempo de vida del fideicomiso ejerciendo la propiedad fiduciaria de los bienes en beneficio de quienes se designe en el documento constitutivo.

La presente legislación norma en el sentido legal más libre, en la que cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones puede ser fiduciario. En el caso de personas jurídicas, debe encontrarse capacitada para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria²⁴.

Se observa que no existe mayor barrera que pueda limitar a cualquier sujeto con capacidad de ejercer sus derechos civiles el cumplir con el papel más importante en este instrumento legal, ser el encargado de dirigir y administrar correctamente el patrimonio autónomo constituido.

Podemos colegir, en tanto señala Porras que la “responsabilidad del fiduciario tiene que ver no sólo con la forma en que un fiduciario lleva a cabo su negocio, sino básicamente con los valores éticos y morales que implica la fe y la confianza de quien administra recursos ajenos”²⁵, que las reglas normativas en Costa Rica no restringen quien deba cumplir con la labor de fiduciario, sino que busca encontrar los orígenes de sus cualidades en su desempeño, la ética y moral al llevar a cabo la administración del patrimonio o como se precisa en el artículo 645 del Código de Comercio, como un buen padre de familia.

Respecto al favorecido en este contrato de igual manera que la normativa uruguaya, el legislador costarricense no realiza distinción alguna entre el concepto fideicomisario y beneficiario, siendo el primero el único término que se utiliza para referirse a quien se favorece en la constitución del fideicomiso.

3.3. Clasificación del fideicomiso en Costa Rica

²⁴ Artículo 637º del Código de Comercio de Costa Rica.

²⁵ Ver página web indicada en bibliografía.

Similar que en diversas legislaciones no es posible establecer una rigurosa clasificación de la figura, toda vez que esta dependerá de la finalidad que se busque en el acuerdo así como el ámbito en el que se desarrolla el mismo.

Empero puede efectuarse una marcada diferencia entre los fideicomisos mortis causa y los inter vivos; la desavenencia recae en que si bien en ambos el fideicomitente vive cuando se constituye, en el primero los efectos jurídicos se llevan a cabo una vez que el fideicomitente fallece.

Se encuentran dentro de los fideicomisos mortis causa los fideicomisos testamentarios y los basados en pólizas; estos últimos, singulares en tanto no son muy considerados en otras legislaciones, son los que el fideicomitente previamente ha adquirido un seguro o póliza de vida, precisando en el contrato de fideicomiso que en cuanto fallezca dicha póliza la administre la persona escogida como fiduciario y cumpla con lo debidamente dispuesto.

Como subespecies de los fideicomisos inter vivos se encuentran los que usualmente utilizamos en el mercado peruano como el de garantía, administración, inversión, inmobiliario, titularización (o titulización) y público en caso participe el Estado en el contrato.

Salvo los fideicomisos de titularización y público, los participantes en los demás tipos de fideicomisos no requieren de alguna peculiaridad o características distinta, solo contando con la plena operatividad en el ejercicio de sus derechos civiles son suficiente condición para ser parte de esta herramienta legal, pudiendo ser escogido como fiduciario para el cumplimiento en la administración del patrimonio autónomo.

En este capítulo hemos podido contemplar, comparar y contrastar la funcionalidad y desenvolvimiento de la figura del fideicomiso en general en estas tres legislaciones, no siendo por casualidad divergentes a la nuestra.

La intencionalidad converge en como los legisladores incluyeron en sus respectivas normativas esta herramienta legal de forma que ella pueda tener alcance a todos los ciudadanos, ofreciendo un instrumento de inversión versátil para lograr los fines rentables a conveniencia del usuario.

Ofrecen, de este modo la forma más liberal del fideicomiso; sin barreras para acceder a ella, teniendo el usuario una diversidad de fiduciarios a su elección al momento de invertir y hacer uso de ella, contando con la alternativa de emplear el debido criterio al optar por un fiduciario sea persona natural o jurídica para hacerse de la administración del patrimonio, con excepción del tipo de fideicomiso que requieren de un fiduciario específico.



Capítulo III. Análisis de la problemática en el contrato de fideicomiso respecto del agente fiduciario en el Perú

En las siguientes líneas identificaremos algunos problemas en la regulación del fideicomiso, enfocándonos en el desempeño de la labor del fiduciario, quien es el encargado de cumplir con el pacto asumido por los contratantes.

Plasmaremos las características de la labor del fiduciario según lo dispuesto por la normativa peruana, tanto en el inicio de su regulación hasta llegar a la legislación vigente. De este modo, señalaremos las condiciones con las que deberá contar un ideal agente fiduciario, a fin que su protagonismo conlleve al cabal cumplimiento de los intereses de los involucrados en el contrato; cabe indicar que será materia del presente resaltar la deliberación y análisis con la que deberá contar el fideicomitente al momento de elegir al ejecutor del encargo pactado.

Posteriormente plantearemos las mejoras correspondientes para la utilización de esta peculiar figura contractual, a fin de lograr mayor dinamismo y difusión de esta figura, pudiendo de esta forma lograr un mayor alcance del uso para buena parte de ciudadanos que requieran la utilización de este contrato.

1. El actual funcionamiento de la regulación en el fideicomiso en el Perú

El fideicomiso se encuentra bajo la regulación del Estado a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; precisamente se halla legislado en el Subcapítulo II, Título III, Sección Segunda de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Fue recién, que con el Decreto Legislativo N° 770 se otorgó plena identidad a la figura del fideicomiso, toda vez que en los dos antecedentes legislativos²⁶ se confundía al fideicomiso dentro del concepto denominado *comisión de confianza*; resultando esto erróneo en vista que la constitución de *comisiones de confianza* no conllevan la enajenación de los bienes, siendo esta una de las principales características del contrato fiduciario.

Respecto de la formalidad exigida por la regulación, esta se constituye mediante un contrato; el que deberá encontrarse debida y necesariamente suscrito por el

²⁶ Decreto Ley N° 7159 y Decreto Legislativo N° 637.

fideicomitente y, considerando la legislación actual, la empresa fiduciaria. Como hemos señalado anteriormente el fideicomitente puede ser designado fideicomisario; empero, en caso éste resulte ser persona distinta al primero su intervención en el acuerdo consagrado en el contrato no es indispensable.

Asimismo, la legislación establece presencia de tres modalidades de fideicomiso que son el testamentario²⁷, de garantía²⁸ y de titulización²⁹. En vista del desarrollo mismo de la normativa y doctrina podemos advertir al fideicomiso de administración como una modalidad propia de la definición de la figura.

De este modo, existen diversas modalidades que se derivan del fideicomiso de administración o garantía, dependiendo del patrimonio que se constituye o de los favorecidos con el acuerdo fiduciario; entre ellos se encuentran el de inversión, público, inmobiliario, cultural, etc.

El tratamiento que se le otorga al patrimonio autónomo en el Perú es similar a lo establecido en otras legislaciones. Es precisamente el elemento singular del contrato, que una vez constituido otorga al bien o conjunto de bienes que lo conforman el carácter de inembargable (salvo pacto en contrario), fuera de las esferas patrimoniales de los actores del fideicomiso.

1.1. El rol del fideicomitente

Nos encontramos frente a la persona natural o jurídica que cumple un papel sustantivo en el contrato, es el que tiene capacidad plena de disponer de los bienes que formarán parte del patrimonio fideicometido. Uno de los principales actores en la figura fiduciaria, sin él no habría patrimonio autónomo y por consiguiente no existiría fideicomiso.

Sin duda alguna que podrá darse la posibilidad en que se constituyan fideicomisos en los cuales intervenga más de un fideicomitente, de la forma en que cada uno brinde parte del patrimonio; o cuando se pacte en el acuerdo contractual que con posterioridad a la constitución del mismo, distintas personas a la que inicialmente constituya el contrato puedan incrementar el patrimonio autónomo.

²⁷ Artículo 247º de la Ley de Banca.

²⁸ Artículo 274º de la Ley de Banca.

²⁹ Artículo 301º de la Ley del Mercado de Valores.

En tal sentido cuales fueren los fideicomitentes, son quienes ostentan la titularidad dominial sobre los bienes a formar parte del patrimonio, quienes además recae la responsabilidad que conlleva la elección del agente fiduciario.

Sin lugar a dudas, sigue siendo uno de los componentes para la toma de decisiones de este tipo el factor confianza; la confianza que se forma en la psiquis del fideicomitente en el caso del mercado peruano puede formarse en vista de la experiencia de las empresas fiduciarias, sin postergar desde luego el tema de los costos³⁰.

Cuando nos referimos a la cuestión de los costos, apuntamos a los gastos a efectuarse por estructuración y administración del fideicomiso; resaltando la importancia de la estructuración debido a que de ella dependerá el desarrollo de la figura así como permitirá una óptima gestión por parte del fiduciario. Los gastos por administrativos³¹ oscilarán dependiendo de qué tipo de bien se trate, el riesgo que corre por parte del fiduciario así como la dificultad del mismo (Revatta 2010: 160).

Como señala Martín, uno de los factores que influye en que los costos de la constitución del fideicomiso no disminuyan es la ausencia de contratos estandarizados (contratos de adhesión). Estos afectarían directamente en dichos costos, reduciendo de forma considerable los gastos realizados en la estructuración así como también en los gastos de administración. Legislaciones como la mexicana y colombiana son las que optan por la utilización de estos tipos de contratos.

Corresponde precisar, como ampliaremos más adelante, que las posibilidades con las que cuenta el fideicomitente al momento de escoger a quien entregará sus bienes son de carácter limitado. Es decir solo podrá seleccionarlo entre los fiduciarios que se encuentran debidamente autorizados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs³².

³⁰ Conforme al artículo 261° de la Ley de Banca el fiduciario, en caso no estipule en el contrato la retribución por los servicios brindados no podrá cobrar por ellos no mayor del uno por ciento (1%) del valor de mercado de los bienes fideicometido.

³¹ Según www.bn.com.pe los gastos de administración incluyen gastos pre operativos, operativos y la comisión mensual por al fiducia.

³² Artículo 242° de la Ley de Banca.

1.2. El favorecido del fideicomiso: Fideicomisario

De igual modo que el fideicomitente, el fideicomisario también denominado beneficiario del contrato puede ser persona natural o jurídica, dándose la posibilidad que sea más de uno el favorecido con los frutos del fideicomiso, surgiendo así la pluralidad de fideicomisarios.

Cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en la Ley de Banca en caso los fideicomisarios fueran más de cinco, deben celebrar juntas con sujeción a las reglas que para las asambleas de obligacionistas establecen los artículos 236, 237 y 238 de la Ley General de Sociedades, salvo que sobre el particular hubiese estipulación diversa en el instrumento del fideicomiso³³.

Es importante indicar que nuestra legislación no realiza distinción entre la persona fideicomisaria y el beneficiario, como se encuentra normado en la legislación argentina en su nuevo Código Civil y Comercial; denominándose como fideicomisario quien resulta ser el “*beneficiario final*” del pacto fiduciario, es decir que concluido el mismo se realizará la transferencia de los bienes; distinto a las atribuciones que se le otorgan a los beneficiarios, quien goza de las rentas que produce el fideicomiso durante el mismo. Sin embargo, puede ocurrir que la persona que acude como beneficiario sea el mismo que encarna el papel de fideicomisario.

Su presencia al momento de la constitución contractual es totalmente irrelevante, siendo menester para la misma únicamente la intervención tanto del fiduciario como del fideicomitente; empero, no significa que en caso las partes coincidan o les parezca necesario el comparecimiento del fideicomisario, éste puede participar. Más aún, en este supuesto su presencia guarda carácter de indispensable cuando se pretende modificar el documento constitutivo, debido a que es a través de dicho contrato que se otorgan derechos a su favor.

Es pertinente indicar a sabiendas que de acuerdo a la regulación peruana, como en todas en las que se utiliza este contrato, el fideicomitente puede ser fideicomisario (o beneficiario), llegamos a colegir que el sentido que ofrece la normativa de prescindir de la presencia de este último guarda plena concordancia.

³³ Artículo 267º de la Ley de Banca.

Siguiendo con la persona que cumple la función de fideicomisario, en la actualidad existe un debate en alusión al impedimento dispuesto por el regulador para que el fideicomisario sea necesariamente distinto al fiduciario³⁴.

Las empresas del sistema financiero, que cumplen las funciones de fiduciarias se inclinan por la modificación de la regulación en ese aspecto, principalmente cuando se trata de fideicomisos en la modalidad de garantía. Esto, en razón que el agente fiduciario en caso de producirse cualquier eventualidad respecto al incumplimiento de la obligación u obligaciones respaldadas con el patrimonio autónomo, produciéndose de este modo una rápida ejecución de los bienes integrantes.

El argumento esgrimido por las empresas fiduciarias se halla también avalado por lo que se advierte de otras legislaciones, como es el caso de la reciente aprobación y promulgación del Código Civil y Comercial argentino donde puede el agente fiduciario conducirse como beneficiario del fideicomiso; dejando sentado que en esta regulación el agente fiduciario puede ser cualquier persona.

Similar es el caso de lo normado en Canadá, quien también presenta una legislación un tanto distinta a la nuestra, donde en el artículo 1275 del Código Civil de Quebec se concede la oportunidad que el beneficiario pueda ser fiduciario, reparando en la condición que en el supuesto que optasen los intervinientes por implementarse el fideicomiso de tal forma deberá actuar en conjunto más de un fiduciario, pero que alguno no resulte ser ni constituyente (fideicomitente) ni beneficiario.

En México, donde la normativa se asemeja más a la nuestra, se llevó a cabo también un arduo debate; donde prácticamente se ponderaba, por un lado los derechos que tenían de las empresas fiduciarias para hacer de los bienes del patrimonio autónomo en caso de incumplimiento, mientras que por el otro daban cuenta de los conflictos de intereses latentes que surgirían a partir de la decisión de los suscribientes de escoger como fiduciario a la misma persona para que sea beneficiario.

Según Estrada, la naturaleza propia del fideicomiso está sustentada en la confianza que deberá contar el fideicomitente al momento de elegir al fiduciario,

³⁴ Salvo en los casos de los fideicomisos de titulización, conforme el inciso 3 del artículo 265° de la Ley de Banca.

por lo que al existir la posibilidad que estas dos funciones respondan solo a una persona, lo situará en una situación poco transparente.³⁵

Al momento continúa el debate en nuestro mercado fiduciario, esperando un desencadenamiento acorde con la naturaleza del contrato.

1.3. El protagonismo del fiduciario

Pecamos de obvios el erigir al actor fiduciario; su correcto y óptimo desempeño marca el centro de atención en el fideicomiso una vez constituido el patrimonio autónomo correspondiente. El adecuado desenvolvimiento en sus funciones, las mismas que dependen de lo acordado en el documento constitutivo acarrearán los éxitos que un inversor espera.

En el Perú, tal como se encuentra nuestra legislación la función de los agentes fiduciarios caen en empresas bancarias y financieras reguladas por el Estado y qué duda cabe que el desenvolvimiento de ellas en el mercado fiduciario ha sido importante; han manejado proyectos de envergadura importante contribuyendo desde luego con la inversión pública y privada en diferentes áreas del mercado, como el de infraestructura, inmobiliario o industria; constituyendo fideicomisos de administración, garantía, flujos, entre otros.

Sin embargo, dentro del análisis que ampliaremos posteriormente, se encuentra el agente fiduciario y su identidad; es decir, analizaremos si realmente las obligaciones a las que se somete el fiduciario sólo podrían ser desempeñadas por empresas autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, como son los bancos, financieras o empresas de servicios fiduciarios.³⁶

Como hemos precisado anteriormente, la naturaleza de esa peculiar figura se basa en la confianza; desde que se forjó, a partir de sus inicios para que pueda contribuir al hombre en base a la certidumbre y tranquilidad que poseía al momento de entregar sus bienes a la persona que justamente le transmitiesen ellos.

Replantear, meditar o cavilar en la posibilidad que cualquier titular dominial de algún bien cuente con la absoluta de libertad de decidir, a partir de un riguroso

³⁵ <http://www.mundofiduciario.com/mexico-fiduciario-y-fideicomisario-la-misma-persona-1>

³⁶ Prescindimos de incluir las sociedades tituladoras debido a que son empresas especializadas para la constitución de fideicomisos de titulación, reguladas por la Superintendencia del Mercado de Valores.

análisis y con una adecuada diversidad fiduciarios, poder escoger quien es la persona idónea para hacerse cargo de su patrimonio.

2. De la desregulación del fideicomiso no financiero³⁷

Según Montero, se entiende a la regulación a la regulación como la actividad de la administración que se basa en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas determinadas. (2014: 36)

Es importante resaltar que la característica más relevante de la regulación es la discrecionalidad, con la que debe contar el regulador al momento de establecer las obligaciones jurídicas.

Asimismo, considerando que la actividad reguladora deberá prolongarse en el tiempo a fin que se adviertan los efectos esperados, será función del Estado o en todo caso del agente regulador, realizar una revisión periódica del desenvolvimiento de la actividad; esto considerando que el mercado evoluciona, cambia, varía, incluyendo el financiero. Por lo que será menester por parte del Estado reconocer, considerar y posteriormente modificar el statu quo.

La regulación que principalmente nos interesa se encuentra regulada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, compitiendo al sistema financiero de intermediación indirecta, en el cual se llevan a cabo la captación de recursos del público para colocarlos en forma de préstamos³⁸. (Valdez 2009: 18)

Es pertinente mencionar que una regulación financiera es el resultado de un proceso de alta tensión política, siendo ésta primordial en cualquier sistema político-económico, debiendo desenvolverse dentro de determinados parámetros de seguridad sistémica y una supervisión efectiva (Fernández 2010: 202).

Según la Escuela de Chicago, la ineficiente aplicación de la regulación en el mercado puede traer como consecuencia el favorecer intereses particulares (Montero 2014: 30); lo cual sustenta el argumento por el cual la regulación que impide al fideicomitente tener la libertad de elegir al fiduciario a quien entregará sus

³⁷ Fideicomiso no financiero: Término acuñado en la doctrina argentina para referirse al fideicomiso donde no interviene como fiduciario una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para la emisión de títulos valores, los mismos que son garantizados por los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

³⁸ Cabe indicar que el sistema financiero de intermediación directa sucede cuando existe un contrato directo entre los agentes superavitarios y los agentes deficitarios emitiendo acciones y bonos que son adquiridos por los agentes superavitarios, de esta forma para captar recursos que serán reinvertidos en actividades productiva.

bienes, beneficia solo a los fiduciarios autorizados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, quienes acaparan el mercado.

Por supuesto, que lo que genera el regulador en el mercado fiduciario es una barrera de entrada³⁹, restringiendo el acceso a otras agentes para que puedan desempeñarse como fiduciarios una vez que los fideicomitentes brinden sus bienes.

Desde luego que no pretendemos la desregularización del fideicomiso de titulización, en tanto éste consiste en una modalidad singular toda vez que es necesaria la participación de sociedades tituladoras que puedan emitir que cumplan la función de fiduciarios en procesos de titulización.

Nuestro abocamiento primordial, que posteriormente detallaremos en el presente trabajo, corresponde retomar y revalorar la esencia del pacto fiduciario, la confianza, dejando de las regulaciones exigidas por el Estado mediante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs; brindándole de esta forma al inversor/fideicomitente mayor libertad al momento de escoger a quien entrega sus bienes para la correspondiente administración.

2.1. Fiduciarios no financieros regulados y no regulados

En el Perú el regulador⁴⁰ para con el fideicomiso, desde que fue normada específicamente en el Decreto Legislativo 770, optó por autorizar a cumplir con el papel de fiduciario únicamente a las empresas de servicios fiduciarios, bancos (privados y públicos), financieras, COFIDE y las sociedades tituladoras, quienes son las exclusivamente encargadas de emitir instrumentos de deuda en el mercado de capitales.

Por consiguiente, advertimos que desde la inclusión de la figura en nuestra legislación esta fue encapsulada para ser empleada, si bien es cierto en diversos sectores económicos, como una herramienta versátil⁴¹ de inversión para cualquier persona siempre que ella decida escoger a una entidad bancaria o financiera para

³⁹ Son los obstáculos que surgen o previamente existen e impiden que un agente de mercado ingrese en un mercado específico.

⁴⁰ La Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs y La Superintendencia del Mercado de Valores, según sea el fideicomiso a constituirse.

⁴¹ Pudiendo ser útil para el emprendimiento de un negocio, protección patrimonial o como garantía de diversas obligaciones.

que cumpla con el rol de fiduciario, pudiendo realizar esa elección entre unos cuantos que ofrecen este servicio.

Similar posición en la implementación de la figura decidieron tomar, muy antes que nosotros, en otras las legislaciones de la región como en Colombia o México⁴²; quienes a decir verdad han gestado en el fideicomiso una herramienta bastante difundida y utilizada en casi todos los sectores de inversión.

Posteriormente, en México con la reforma de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del 18 de Julio del 2006, se crearon las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple como entidades reguladas o no reguladas, facilitando el acceso al crédito, generando, positivamente, competencia en el mercado beneficiándose el fiduciario, considerando los menores los costos de operación, así como existiendo menores tasas de interés para el fideicomitente. En la actualidad se encuentran reguladas por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Por otro lado, donde prevalece la liberalidad que tiene el inversor/fideicomitente de elegir a quien brinda sus bienes están países como Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Chile, entre otros.

En Estados Unidos cuando es el momento de elegir, la decisión del titular del bien o bienes radica en principio en base a los costos que acarrearán los honorarios del fiduciario; optando en principio por una persona natural de confianza, a pesar esta alternativa como riesgosa en vista que el fiduciario en estos casos no tendría certeza de cuáles serían las obligaciones y responsabilidades. El inversionista deliberará que riesgo asumir. En Canadá la situación es similar.

Lo usual en esta regulación es que el dueño de los bienes crea su propia compañía fiduciaria, generalmente conocida como “*family trust company*”, en la que se designa a una persona de confianza y capacitada para actuar como fiduciario; de esa manera se reducen costos y mantiene el control de las decisiones y acciones que se toman con respecto de los bienes del fideicomiso. (Gastelum 2013)

⁴² Según reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de Julio del año 2006 se autorizó a una persona jurídica que no forma parte del Sistema bancario Mexicano y que no está encuadrado dentro de la estructura institucional del sistema financiero mexicano, para que pueda ser fiduciario, las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple Entidades No Reguladas.

Asimismo en Argentina y Uruguay sucede lo mismo; donde tuvo considerable acogida el fideicomiso a cargo de un fiduciario no regulado fue el sector de construcción, dándose los fideicomisos denominados privados, en el que inversor al mismo tiempo necesitado de vivienda decide invertir en un proyecto inmobiliario, esperando no exista ninguna contrariedad, y de este modo pueda contar con lugar donde residir.

Es preciso indicar que en ambos países existe la necesidad por parte del fiduciario no financiero de inscribirse en un registro a cargo del regulador, a fin de ejercer el cargo formalmente.

2.2. Posibles efectos a partir de la desregulación en el fideicomiso no financiero

Resulta innecesario descalificar la actuación de los agentes fiduciarios en los últimos años en este campo del mercado, en tanto ellos han logrado gestionar fideicomisos de alta envergadura posibilitando su difundida utilización de ciertos sectores de producción, detallando más adelante algunas operaciones que ejemplifiquen los éxitos de inversión que han contribuido con el dinamismo de la economía peruana.

No obstante, en el presente trabajo buscamos ir más allá de lo conseguido; proyectándonos hacia un futuro, encontrándonos frente a un contrato fiduciario de diversa dimensión económica en temas de inversión, constituidos en diferentes sectores de nuestra economía, si así lo requiriese el negocio a emprender.

Concordamos con Lisoprawski, en señalar que el fideicomiso no es más que un medio o instrumento "generador de confianza" en los agentes económicos; no asegurando que el negocio subyacente instrumentado por medio de un fideicomiso sea económicamente exitoso o permanezca ajeno a los riesgos de la economía o políticos, sin tampoco dejar de lado que pueda ser víctima de la inseguridad jurídica. (2007: 8)

Los efectos, a partir de variaciones en la regulación financiera que brinden la oportunidad a otros agentes del mercado para que puedan cumplir con las funciones de fiduciario generarían principalmente una mayor apertura del mercado, contribuyendo también a mejoras en la prestación del servicio fiduciario y mayor competencia entre los agentes fiduciarios.

Del mismo modo, dicha competencia tendrá que ser defendida mediante los mecanismos legales vigentes, teniendo en cuenta que lo que se busca es salvaguardar los intereses de todos los participantes; asimismo, la existencia de más competidores en el mercado impedirá posibles colusiones entre los agentes, cuestión que suele darse cuando existen pocos de ellos que brindan el servicio.

En ese sentido, posiblemente el servicio fiduciario, en temas de números, llegaría a estar a la par con otros servicios financieros como cuentas de ahorro o préstamos hipotecarios, tal como sucede en otros países que tienen más libertades en ese rubro.

El inversor logrará decidir a quién entregar sus bienes para que los administre correctamente, elegir entre una persona natural como su hermano, padre, madre, amigo o cualquier otra persona de confianza; o también optar por una persona jurídica que no necesariamente sea una supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, pero que tenga preferentemente experiencia en inversiones para mayor seguridad del usuario del servicio.

Posiblemente el riesgo en estas inversiones se incrementaría, sin embargo los costos en estructuración o administración del fideicomiso serían inferiores comparándolos con los que ofrecen las entidades bancarias y financieras.

A lo que podríamos enfrentarnos, además, como consecuencia de estas libertades es a un mercado fiduciario más difundido, más expuesto a los usuarios de servicios financieros, pudiendo conocerse esta alternativa de inversión como una posibilidad de éxito en cualquiera fuere el negocio que estuviesen dispuestos a abordar.

3. Desempeño del agente fiduciario en el mercado peruano

Tal como señalamos anteriormente los éxitos logrados por los agentes fiduciarios autorizados por la Superintendencia de Banca Seguros y AFPs en diversas inversiones son innumerables. Han ingresado en el sector energía, construcción, industria, pesca, entre otros.

El desarrollo de estos actores viene efectuándose de manera notable hace aproximadamente quince años, garantizando que el fideicomiso cumpla con su

función de forma eficaz, sometiendo su labor necesariamente a la supervisión por el ente regulador señalado.

Donde mayor se han visto involucrados las empresas fiduciarias es en el sector inmobiliario y construcción, como en los casos del proyecto Los Próceres (obra de 370 viviendas), Mega Plaza Cono Norte, Los Viñedos de Chincha, Techo Propio Sol de Piura, Real Plaza Cono Sur, etc.

Asimismo, reitero, se han visto logros de inversión en otros sectores productivos y no solo en fideicomisos de garantía e inversión sino de titulización, de inversión de flujos; sin embargo, este desarrollo de la figura si bien contribuye con inversiones de gran envergadura no llega al ciudadano común, que posiblemente no cuenta con el capital o bienes a destinar para constituir un patrimonio autónomo pero si con la disposición y atrevimiento a empezar un negocio donde necesite de la versatilidad y flexibilidad que cuenta el fideicomiso.

3.1. Problemática en la elección del fiduciario

Situándonos en una eventual y ansiada apertura en las posibilidades que puedan tener los inversores al momento de elegir qué agente fiduciario cumpliría con sus expectativas económicas, surge el enfrentamiento que acontece en cada proyecto inversionista, costos vs riesgos.

En ese sentido, el futuro fideicomitente tendrá que observar en las alternativas que ofrecería el mercado de agentes fiduciarios, por un lado en su solvencia técnica y profesional mientras que por otro están los costos de estructuración y de administración respectivos; sin duda que dichos costos dependerán que tipo de bienes y cuantos son los que formarán parte del patrimonio autónomo, no excluyendo para el cálculo de ellos el riesgo a asumir por parte del fiduciario.

Sabemos además que toda inversión también implica riesgos; riesgos que puedan acontecer en el propio funcionamiento de la economía local o global si fuera el caso o, a menor escala, si el encargado de manejar el patrimonio autónomo actué de forma indebida que pueda afectar el negocio.

Algunos podrían señalar que la decisión corre por parte del inversor, en el sentido que podría atenerse optando por menores costos ofrecidos por un fiduciario que no sea parte del sistema financiero actual a sabiendas de los riesgos que podría

correr, los mismos que serían ulteriormente perjudiciales; sin embargo los riesgos, desde luego no todos⁴³, pueden ser aminorados o atenuados, tomando las previsiones en cada caso o inclusive pudiendo asegurar algunos.

También es cierto que en un mercado fiduciario más flexible, la existencia de más agentes fiduciarios generaría mayor competencia, por lo que aquellos que actualmente habitan en el mercado se verían forzados a ajustar sus costos a fin de dejar de ser más atractivos para el inversor.

Pretendemos alcanzar el punto en que tengamos una figura fiduciaria liberal, en la que el contratante sienta libertad de elegir como, cuando y con quien invertir; justamente si estamos frente un instrumento legal que se maneja en base a la confianza en un relación de agentes económicos.

3.2. Propuesta legislativa

Desde luego que no solo buscamos en este trabajo ensalzar al contrato fiduciario como una herramienta legal versátil sino que pretendemos llegar a encontrarnos frente a una figura más liberal dentro del mercado peruano; significando esto una impostergable modificación en nuestro esquema normativo de la materia.

Contando con el hecho de que existen algunos tipos de fideicomisos que necesitan de un agente especializado para fungir de fiduciario (como es el caso en los fideicomisos de titulización), no se pretende la derogación de los artículos de Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley 26702; desde luego que para los fideicomisos no financieros existirán algunos usuarios que aún deseen contratar con entidades bancarias y financieras siendo inútil dicha derogación.

Enfocándonos en los fideicomisos no financieros, se propondría incluíros en nuestro Código Civil, dentro de Libro VII referido a las fuentes de las obligaciones; donde se definiría al contrato, estableciéndose los sujetos así como la clasificación y las causales de extinción.

Con dicha inclusión en el Código Civil, nos encontraríamos frente a un contrato como cualquiera, al alcance de todas las personas que decidan contratar con

⁴³ Hacemos referencia a los riesgos propios del funcionamiento de la economía del Estado.

cualquier otra para que una de ellas se encargue de administración los bienes del otro a fin de cumplir con finalidades específicas.

3.3. Creación del Registro de Fiduciarios no Financieros

En este camino de ideas, resulta pertinente la propuesta de la creación de un Registro de Fiduciario no Financieros. Cabe indicar, como se dijo que no se pretende una desregularización de todas las modalidades de fideicomiso, considerando que el fideicomiso de titulización el cual involucra la emisión de valores mobiliarios tiene la necesidad de la presencia de un fiduciario técnicamente especializado, autorizado por la Superintendencia de Mercado de Valores.

Dar vida a un Registro Público de Fiduciarios no Financieros, el cual no se encuentre adscrito al regulador financiero sino a un órgano de gobierno nacional, sería otorgar la posibilidad al inversor a que, al momento de elegir al fiduciario idóneo para el negocio que desea emprender cuente con una herramienta adicional para aminorar ciertos riesgos.

Además, el acceso de los fiduciarios a este registro deberá contar con ciertas condiciones que permita reducir aún más los posibles riesgos, como el contar claro con plena capacidad de ejercicio y que no haya sido condenado ni se encuentre procesado por la comisión de delito doloso en caso sea persona natural; respecto a lo monetario que cuente con respaldo económico de al menos del 50% del valor de los patrimonios autónomos a administrar; o contratar un seguro por cada fideicomiso que se constituya sea persona natural jurídica.

Desde luego que podrán las empresas bancarias o financieras adherirse a este registro, contando con que su inclusión en conjunto con las personas naturales o jurídicas genere la suficiente competencia que acarree solo beneficios a los inversores.

Conforme lo expuesto, tanto la manera más liberal de establecer el contrato fiduciario como la creación de un Registro de Fiduciarios no Financieros son la clara oportunidad de ensalzar la figura del fideicomiso a un mayor nivel de tipo de herramienta versátil, flexible, basada en la confianza y al alcance del ciudadano de a pie, deseoso de emprender un negocio o más de uno en diferentes sectores de la economía.

Lo señalado se encuentra respaldado, por ejemplo, en vista de lo acontecido en la República Argentina, donde según información de la Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP, durante el periodo comprendido entre el 2008 al 2012 los fideicomisos no financieros llegaron a 23157 contratos, frente a los fideicomisos financieros que alcanzaron únicamente 3279 contratos; sin duda que el monto de inversión en fideicomisos financieros rebaza largamente a la inversión realizada en los fideicomisos no financieros, empero estos últimos son los que llevan a cabo las personas que en el Perú observan de lejos su ejecución, esperando se les brinde el debido conocimiento a fin de poder optar por esta herramienta de inversión.



CONCLUSIONES

1. Por fideicomiso se entiende al contrato por el cual se formaliza la voluntad de una persona (fideicomitente), para que los bienes tangibles o no tangibles que transfiere a otra (fiduciario) sean administrados o transmitidos posteriormente conforme a los fines determinados en el mismo a favor de una tercera persona (fideicomisario o beneficiario).

En el ámbito peruano, la normativa vigente lo conceptualiza de similar forma haciendo hincapié respecto de las cualidades con las que debe contar el fiduciario, es decir ser una empresa del sector bancario o financiero conforme lo dispuesto en el artículo 242° de la Ley 26702.

Es el caso que en el Perú se realiza tal precisión, afirmando el legislador que dichos agentes son los más idóneos para manejar los patrimonios autónomos constituidos, cuestión que a lo largo de la presente tesis se ha demostrado en base a la experiencia en otras legislaciones que no es tan cierto. Desde luego se necesita idoneidad para el ejercicio de la función del fiduciario; sin embargo eso no es una característica exclusiva de los agentes regulados en la legislación vigente.

2. La constitución de un fideicomiso, cual fuere, brinda al inversionista, confianza, certeza y seguridad jurídica en las operaciones que realiza, debiendo el fiduciario efectuar las acciones necesarias, para cumplir con los fines del fideicomiso, creándose un patrimonio autónomo, distinto al de los participantes en el contrato.

El fideicomiso resulta una alternativa que supera largamente a instrumentos tradicionales como la hipoteca o la prenda; la hipoteca por un lado es una garantía real que se constituye convencionalmente sobre determinados bienes inmuebles que no dejan de pertenecer al obligado, mientras que con el fideicomiso se crea un patrimonio autónomo, afectado a un objetivo específico que no está vinculado al de alguna de las partes intervinientes a razón que este patrimonio no ingresa al de ninguna de las partes, no confundiéndose con el patrimonio de quien lo administra. Si bien el fiduciario adquiere la propiedad,

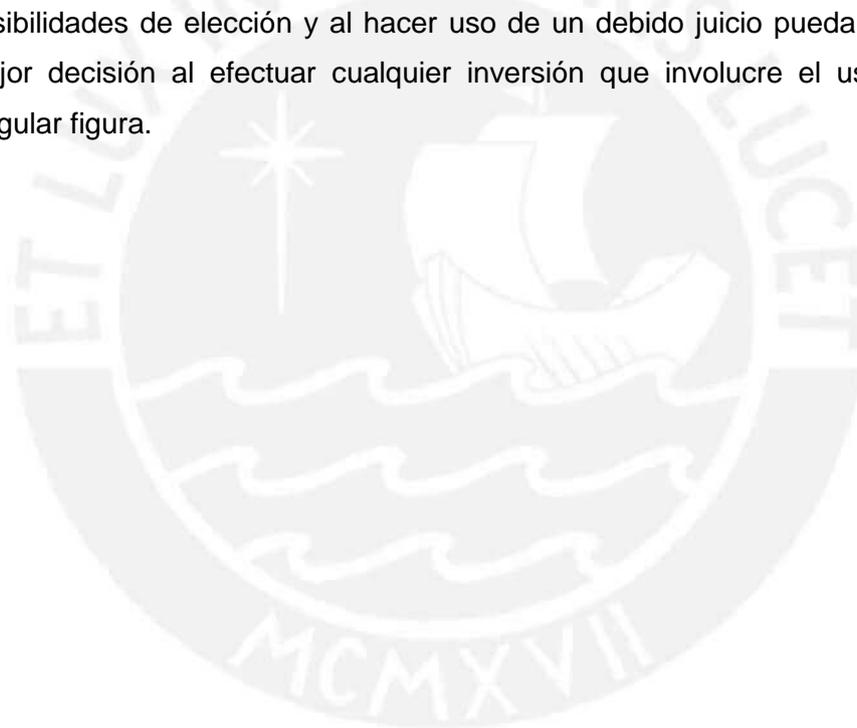
dicho derecho se encuentra restringido por lo señalado en el contrato, debiendo restituirse o destinarse conforme lo acordado.

3. El Estado regula la fiducia mediante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs dentro del marco de lo dispuesto en la Ley 26702; empero, esta regulación ex ante no deja conforme a los usuarios de esta herramienta en general toda vez que las empresas encargadas de fungir como fiduciarias no son evaluadas en su desempeño a fin de poder constatar si en realidad cumplen con ello correctamente y de este modo puedan avalar la exclusividad con las que gozan para ejercer tal función.
4. El fomentar la utilización de esta figura en mayor medida, cooperará de alguna manera con la dinamización de la economía; siendo necesario ponerla al alcance del común ciudadano, informando e instruyéndole de forma tal que pueda hacer uso de ella según crea conveniente. Creemos será aún mayor el uso de la misma si se procede a realizar las reformas correspondientes y dar la posibilidad al usuario del servicio a escoger a quien considere una persona de confianza para que administre su patrimonio.
5. Mediante la regulación actual el Estado limita al usuario a ejercer su pleno derecho de contratar con quien fuere en la fiducia. De esta forma se vulnera con lo establecido en el artículo 61° de la Constitución Política del Perú, debiendo facilitarse la libre competencia respecto a quien puede fungir como fiduciario; no permitiendo percibir los efectos de la misma como puede ser la mejoría de calidad del servicio o la disminución en los costos de estructuración y comisión del contrato.
6. En nuestro mercado fiduciario se llevan a cabo diversas modalidades de fideicomiso como son los de garantía, administración o titulación entre otros, existiendo subespecies a partir del fideicomiso de administración (inmobiliario, inversión, flujos), estos con diferentes características cada uno; empero, sería un aporte considerable que se pudieran establecerse contratos estandarizados, obteniendo como consecuencia la disminución en tiempos del proceso de estructuración pudiéndose aminorar los costos tanto de estructuración como las respectivas comisiones.

Mediante los contratos estandarizados en el fideicomiso los términos de la transacción futura estarían especificados previamente pudiendo brindar

agilidad en la transacción, quedando pendiente solo la negociación por el precio en sí.

7. Estableciéndose un nuevo régimen normativo para la figura, donde el agente fiduciario pueda ser cualquier persona natural o jurídica para los fideicomisos ordinarios, resultaría necesaria la creación de un Registro de Fiduciarios con la finalidad de brindar al usuario del servicio mayor transparencia contribuyendo con la confianza a depositar en al agente.
8. El *statu quo* en el mercado fiduciario favorece tan solo a unos cuantos agentes del mercado, dejando para ellos únicamente la labor de agente fiduciario. En ese sentido, podría adaptarse ese mercado al servicio del usuario común pudiendo tener la plena disposición de contratar, contando con distintas posibilidades de elección y al hacer uso de un debido juicio pueda tomar una mejor decisión al efectuar cualquier inversión que involucre el uso de esta singular figura.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. DE LA FLOR, Manuel

1999. El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú.
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. ESCOBAR, Fredy y otros

2004. *Negocio jurídico y responsabilidad social*. Lima. Editora Jurídica Grijley.
3. ESTEVE, José

2002 *Autorregulación: génesis y efectos*. Navarra. Aranzadi.
4. HAYZUS, Jorge Roberto

2000. *Fideicomiso: Finalidades en Los Ámbitos Familiar y de Negocios*.
Buenos Aires: Editorial Astrea.
5. LASCALA, Jorge Hugo

2003. *Practica del Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
6. MARTIN, Miguel Ángel.

2009. *Fideicomiso en los tiempos modernos/ Trust in Modern Times*.

Lima, Perú: CENGAGE LEARNING.
7. MONTERO, Juan José

2014 *Regulación Económica. La actividad administrativa de la
regulación de los mercados*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

8. REVATTA, Ángel
- 2010 *Los Caminos del fideicomiso*. Lima. Fundación Cultural del Banco de la Nación.
9. RODRIGUEZ, Sergio
1990. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Bogotá. Editorial Felaban.
10. RODRIGUEZ, Sergio
2005. *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina*. Bogotá. Editorial Legis.
11. RUIZ, Alberto
- 2013 *Fundamentos de regulación y competencia: (El diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Madrid. Iustel.
12. SORIA, Alfredo
2013. *El derecho de contratos y las nuevas tecnologías*. Lima. ECB Ediciones.
- Artículos.**
13. AVENDAÑO, Francisco
1994. *El Fideicomiso*. Lima: Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant.
14. BELLO, Susy
2013. *El fideicomiso público*. Buenos Aires. Marcial Pons.
15. BELLO, Susy
- 2015 *El fideicomiso en el Tratado de Contratos Públicos*. Buenos Aires. *Todavía somos pocos...apostamos por ser más.*

<http://www.todaviasomos pocos.com/>

16. COMITRE, Paulo

2012 *Evaluación fiduciaria en el Perú*. Lima. Revista Business Empresarial. 05/12/2012. Página 22.
17. CORZO, Rafael

1997. *El fideicomiso. Alcances, alternativas y perspectivas*. Lima: Revista Themis.
18. ESCOBAR, Freddy.

2004. *Breve ensayo sobre el dominio fiduciario en el sistema jurídico peruano*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association
19. FERNANDEZ, José Carlos

2010. *Regulación versus desregulación internacional de los mercados financieros tras la crisis de 2008*. Lima. Agenda Internacional. Año 17, N° 28.
20. GASTELUM, Antonio.

2013 Comentario del 25 de marzo del 2013 a “Antonio Gastelum Inc.” *¿Cómo Elegir un Fiduciario en Estados Unidos?* Consulta: 21 de setiembre del 2015.

<http://antoniogastelum.com/planeacion-financiera-y-patrimonial-internacional/como-elegir-un-fiduciario-en-estados-unidos/>
21. MAC LEAN, Ana Cecilia

2009 *Desenredando el fideicomiso*. Lima. Revista de Derecho Foro Jurídico. Año V. N° 9.
22. ODIO, Marco.

2007 *Fiscalía de fideicomisos*. Consulta: 04 de diciembre del 2015.

http://www.nacion.com/ln_ee/2007/octubre/10/economia 1271417.html

23. PERTIERRA, Francisco.

2012 El Fiduciario es la clave del Fideicomiso. Buenos Aires: Universidad del CEMA. Consulta: 01 de setiembre del 2015

<http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/502.pdf>

24. PERTIERRA, Francisco.

2005 *Fideicomiso en Argentina: Realidad y Problemática*. Buenos Aires: Temas de Management.

25. PORRAS, Jorge.

1998 *El fideicomiso en Costa Rica. Nociones y Productos Básicos*. Consulta: 14 de noviembre del 2015.

<http://www.capitales.com/actualidad-e/aeart.mhtml?art=19980716A>

26. VALDEZ, Doris

2009. *Una visión panorámica de la regulación financiera en el Perú: A propósito de la crisis económica mundial. Entrevista al doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*. Lima. Revista Derecho y Sociedad.

Páginas web

27. <http://www.derechocomercial.edu.uy/>

28. <http://www.mundofiduciario.com/>

29. <https://www.bnrcr.fi.cr/BNCR/Instituciones/Fideicomisos.aspx>

Legislación

30. LEY 26702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

31. RESOLUCION SBS 1010-99. Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

32. Resolución CONASEV 141-98-EF. Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios.
33. D.S. 135-99-EF.TUO del Código Tributario.
34. Ley 27287. Ley de Títulos Valores

