

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.

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,

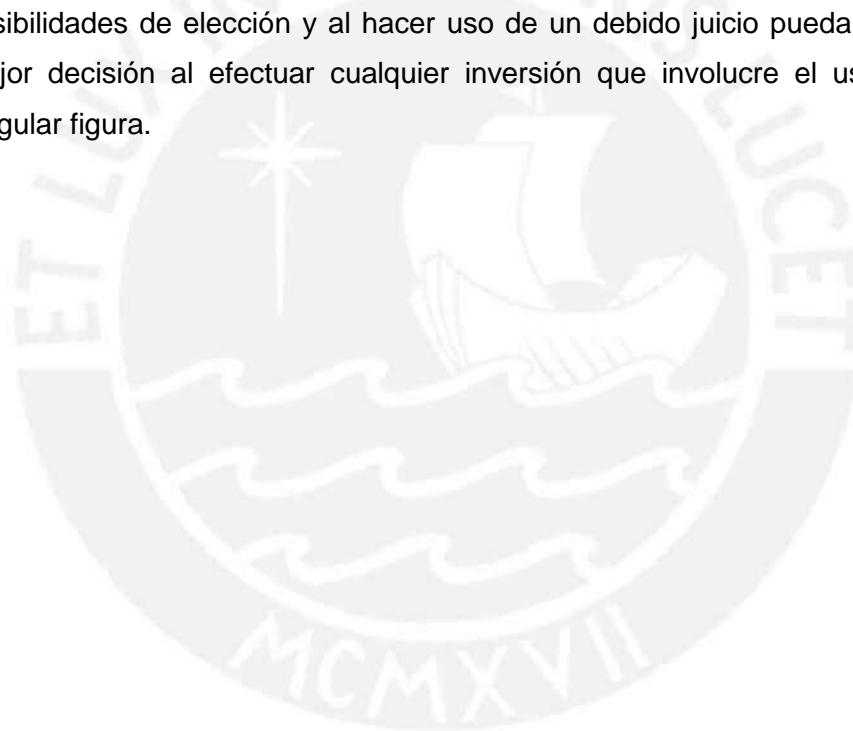
dicho derecho se encuentra restringido por lo señalado en el contrato, debiendo restituirse o destinarse conforme lo acordado.

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. *Práctica 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

