

ASPECTOS PRINCIPALES DE LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA EL FIDUCIARIO EN LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO

JORGE MANSILLA VÁSQUEZ

Abogado por la Universidad de Lima.

SUMARIO

- I. Introducción.- II. Concepto de Fideicomiso.- III. Naturaleza de la Transferencia Fiduciaria.-
IV. Antecedentes del Fideicomiso.- V. Evolución Legislativa del Fideicomiso en el Perú.-
VI. Quiénes pueden desempeñarse como Fiduciarios.- VII. El Fiduciario y el Patrimonio Fideicometido.-
VIII. Principios que rigen la actuación del Fiduciario.- IX. Obligaciones del Fiduciario en el Fideicomiso.-
X. Operatividad de las labores del Fiduciario.- XI. Fin de la labor del Fiduciario.-

I. INTRODUCCIÓN

El primer problema que se suele enfrentar al abordar el tema del fideicomiso en un artículo para una revista de prestigio, es el compromiso de concreción que el autor debe tomar firmemente al iniciarlo. El fideicomiso es una figura jurídica versátil y apasionante desde el punto de vista académico, y cuando se inicia un trabajo sobre él surgen casi de inmediato innumerables temas y/o aspectos sobre su tratamiento que pueden distraer sanamente nuestra atención respecto del tema puntual que sobre él se intenta abordar. Y es que sucede con el fideicomiso, lo mismo que con otras figuras jurídicas cuyo auge se inicia a partir de su desarrollo en el sistema del *common law*, a través del reconocimiento de la práctica contractual en las cortes norteamericanas, y en el caso particular del fideicomiso, a partir del desarrollo de la figura del *trust*. En esta línea, es una grata coincidencia que en un trabajo de hace ya varios años sobre el contrato del Joint Venture, en la "Primera Época" de esta Revista¹, mencionáramos de algún modo la problemática que enfrentan las figuras jurídicas que se han desarrollado a la luz del *common law* y de la práctica contractual, al ser insertadas en nuestro sistema jurídico romano-germánico, en el que entre otros temas, el relativo a la naturaleza del patrimonio fiduciario resulta ciertamente un tema de permanente análisis e intercambio de ideas.

En este artículo, queremos brindar especial atención al Fiduciario, como encargado de la administración del patrimonio fideicometido, coincidiendo con el tratadista argentino Jorge Roberto Hayzus, quien define al Fiduciario como "la figura central del sistema".² Consideramos de vital importancia conocer cuál es su rol en el contrato de fideicomiso, sus responsabilidades y derechos, los principios que deben regir su actuación, así como las calidades y características que debe reunir para desempeñar tal labor. Para ello, será útil tratar brevemente algunas cuestiones previas útiles y efectuar el análisis tomando como referencia la legislación peruana aplicable con puntuales referencias a la legislación comparada.

II. CONCEPTO DE FIDEICOMISO

Definir al fideicomiso significa adoptar una posición sobre su naturaleza jurídica, respecto de la cual existen diversas teorías, la mayoría de las cuales giran respecto de

¹ MANSILLA VÁSQUEZ, Jorge. *El Joint Venture en el Derecho Comercial Moderno*. Ed. Advocatus - Revista de Derecho de los Juristas y Regentes de la Universidad de Lima. Año I, Segunda Entrega, 1992.

² HAYZUS, Jorge Roberto. *Fideicomiso*. Buenos Aires, Editorial Astor, 2001, p. 136.

la naturaleza del derecho respecto de los bienes que se aportan o destinan al fin específico. Agudiza más la discusión la definición que tiene la figura del *trust* en el derecho anglosajón, en el cual existe una doble titularidad patrimonial sobre los bienes (que no es lo mismo que copropiedad), lo cual sería inadmisibles en nuestro sistema. Se habla mucho en la doctrina del negocio Fiduciario en su concepción más amplia, aludiendo a la relación especial de confianza entre quien hace el encargo y quien lo recibe, sin embargo el fideicomiso se puede definir como el negocio jurídico por el cual una persona llamada Fideicomitente (o fiduciante) transfiere uno o más bienes a un tercero llamado Fiduciario, para que este los administre y/o enajene a favor del mismo Fideicomitente o de un tercero llamado Fideicomisario (o beneficiario), de conformidad a los términos y fines específicos bajo los cuales el Fideicomitente realiza el encargo formulado por el Fiduciario.

III. NATURALEZA DE LA TRANSFERENCIA FIDUCIARIA

La definición de Fideicomiso formulada precedentemente, es la que con fines académicos proponen la mayoría de autores, difiriendo cada una de ellas en la parte en la cual se define el título en mérito al cual se efectúa la transferencia al Fiduciario. Una teoría, la del patrimonio especial, propone la existencia de un patrimonio con características especiales pero no totalmente autónomo y que es atribuible a una persona especial (el Fiduciario). Otra teoría, la del negocio Fiduciario, sostiene que en realidad solo existe un negocio Fiduciario, por el cual el Fideicomitente transfiere al Fiduciario la propiedad restringida de los bienes, para que este constituya un patrimonio especial. De acuerdo a esta última teoría, es la ley quien impone restricciones al derecho de propiedad transferido al Fiduciario a fin de que los destine a los fines previstos en la ley o en el contrato, y con el objeto de que dichos bienes estén claramente diferenciados patrimonialmente del Fiduciario. Hemos de mencionar, sin embargo, que los esfuerzos de análisis sobre el tema devienen de la problemática indicada en los párrafos precedentes al intentar calzar una figura desarrollada a la luz del derecho anglosajón a nuestro sistema jurídico, donde los intentos pueden derivar en algo así como intentar introducir a la fuerza una cinta de video VHS en un reproductor de DVD. Es necesario adecuar apropiadamente la figura jurídica, abstrayéndose por un instante de elaborar un producto académico y analizando adecuadamente lo que se requiere hacer y lo que necesitan los actores del mercado. Para zanjar temporalmente este punto, dado el objeto puntual de nuestro artículo, nos parecen sensatas las apreciaciones de Hayzuz, cuando al analizarlo expresa que la propiedad fiduciaria no configura un punto de partida sino que más bien, expresa un resultado.³

Sin embargo es preciso hacer notar que nuestra legislación, desde la promulgación de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante "la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente") ha seguido coherentemente sosteniendo que sobre los bienes transferidos al patrimonio fideicometido, el Fiduciario ejerce "*dominio fiduciario*" el mismo que le confiere plenas facultades de administración, uso, disposición y reivindicación sobre dicho patrimonio, pero claramente limitadas a lo dispuesto en el contrato de fideicomiso y al fin para que este fue constituido.⁴ Similar redacción tiene el artículo 313 de la Ley de Mercado de Valores vigente al referirse al "*dominio fiduciario*" que ejercen las sociedades

³ Op. Cit., p. 53

⁴ Ley N° 26702, artículos 241 y 255

tituladoras.⁶ Por su parte la Ley de Títulos Valores, ha consagrado como una modalidad especial de endoso, el endoso en fideicomiso, por el cual se transfiere "el *dominio fiduciario*" del título valor a favor del Fiduciario, a quien le corresponde ejercitar todos los derechos derivados de éste que correspondían al Fideicomitente endosante, con las limitaciones intrínsecas del encargo fiduciario⁷. Así pues, nuestro derecho positivo ha esquivado el término "*propiedad fiduciaria*" utilizado en otras legislaciones, y mantiene el uso del término "*dominio fiduciario*", otorgándole inclusive una modalidad especial de endoso en los títulos valores, sin haberlo asimilado a otros tipos específicos de endosos como el endoso en propiedad, en procuración o en garantía. Finalmente cabe hacer notar que el artículo 326 de la antigua Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros ya abrogada, mencionaba que "*el Fiduciario adquiere la propiedad de los bienes y la titularidad de los derechos que constituyen el patrimonio fideicometido(...)*" (el subrayado es nuestro).⁸ El artículo equivalente en la ley vigente, sustituyó tal redacción por la siguiente "*El Fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario (...)*", eliminando así cualquier referencia a adquisición de propiedad por parte del Fiduciario, sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido. Es absolutamente debatible, en efecto, si la naturaleza de la relación entre el Fiduciario y el patrimonio fideicometido, así como si la transferencia fiduciaria efectuada por el fideicomitente genera a favor del Fiduciario un derecho de propiedad restringida o genera un derecho especial, todo lo cual deberá ser materia de un análisis específico. Sin embargo, lo objetivo es que nuestra legislación parece dirigirse hacia la segunda posición por la cual la transferencia fiduciaria genera a favor del Fiduciario un derecho especial, en el entorno además de la clara diferenciación entre el patrimonio fideicometido y el patrimonio del fiduciario y todas las normas accesorias sobre dicho tema, el mismo que trataremos más adelante.

IV. ANTECEDENTES DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso tiene sus antecedentes en el derecho romano, donde esta figura tuvo sus manifestaciones iniciales, básicamente como una figura del derecho sucesorio, basada fundamentalmente en la confianza que el Fideicomitente tenía en el Fiduciario, a fin de que le trasladara determinado bien o bienes, los cuales debía destinarlos al fin instruido, una vez producido el deceso del Fideicomitente. Se desarrollaron además formas incipientes de fideicomisos de administración y de garantía, pero fundamentalmente se aplicó en el derecho sucesorio. Es sin embargo la figura del *trust* y su desarrollo en el sistema del *common law* en las cortes americanas y en la práctica contractual, los que delinearón la figura del fideicomiso como se le conoce en nuestros días.

V. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL FIDEICOMISO EN EL PERÚ

En nuestro país, la aparición y el desarrollo del fideicomiso tiene un origen netamente bancario y financiero. Nuestra legislación no registra ningún tratamiento positivo del fideicomiso hasta la promulgación del Decreto Ley N° 7159⁹ y el Decreto Legislativo N° 770, Leyes Generales de Instituciones Bancarias y Financieras y de

⁶ Decreto Legislativo N° 861.

⁷ Ley N° 27087, artículo 40.

⁸ Decreto Legislativo N° 770.

⁹ El Decreto Ley N° 7159 data de 1931 y se mantuvo vigente con diversas modificaciones hasta la década de los noventa. Dicha norma facultaba a los bancos a desempeñar comisiones de confianza, entre las cuales se encontraba la aplicación de fideicomisos de cualquier tipo permitida por la ley.

Seguros, ya abrogadas. Es cierto que han existido en nuestro derecho positivo, referencias previas al fideicomiso, pero muchas veces aludiendo a la concepción genérica de la relación fiduciaria como una relación primordialmente de confianza. Una muestra de ello eran las alusiones de las antiguas Ley General de Sociedades y la Ley de Mercado de Valores (ya abrogadas) al "Fideicomisario" como la institución bancaria y sociedades agentes de bolsa encargadas de presidir las asambleas de bonistas en la emisión de obligaciones. El término vinculado al negocio fiduciario, recogía parcialmente el encargo de confianza que recibían estas instituciones a fin de cumplir determinadas funciones en la emisión de bonos. Pero inclusive el término utilizado analógicamente era inapropiado, pues en cualquier caso debió utilizarse el término "Fiduciario" y no "Fideicomisario", pues es este último el beneficiario de un fideicomiso y no quien lo administra y/o cumple el encargo específico.

Dicho esto, debemos regresar al origen del fideicomiso propiamente dicho en el derecho positivo peruano. Esto aparece en las normas citadas en el párrafo anterior. El Decreto Ley N° 7159 lo hizo timidamente y fue en verdad el Decreto Legislativo N° 770 la norma que en verdad inició el tratamiento legislativo del fideicomiso como una figura del derecho bancario y financiero. Ambas normas lo trataron como una subespecie de las comisiones de confianza. Es, sin embargo, la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros vigente, la norma que le da un tratamiento sistemático, ordenado y detallado. Es por ello que la figura jurídica del fideicomiso en nuestro país es introducida a través del derecho positivo bancario y financiero, a diferencia de otros países latinoamericanos donde los antecedentes legislativos del fideicomiso e incluso su tratamiento a la fecha se encuentra también en sus respectivos Códigos Civiles (como en Argentina), o Códigos de Comercio (como en México). Caso particular de otro país donde se ha desarrollado ampliamente el fideicomiso es el colombiano donde se ha distinguido la fiducia civil, la mercantil y la bancaria, tratándolas diferencialmente en sus respectivas normas.

VI. QUIENES PUEDEN DESEMPEÑARSE COMO FIDUCIARIOS

Las normas que han recogido la figura del fideicomiso tienen estrecha relación con la opción legislativa que ha tomado el legislador peruano respecto a la persona que puede desempeñar la labor de Fiduciario. Al respecto, el artículo 242 de la vigente Ley N° 26702, estipula que sólo pueden desempeñarse como Fiduciarios las empresas bancarias, las empresas financieras, las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, las Cajas Municipales de Crédito Popular, las Cajas Rurales de Ahorro y Crédito, las Cooperativas de Ahorro y Crédito (que captan recursos del público), las EDPYMES, las Empresas de Servicios Fiduciarios, las Empresas de Seguros y Reaseguros, y COFIDE. Empresas todas supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, "Superintendencia") y bajo el ámbito de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente. Adicionalmente el mismo artículo menciona que para ejercer las labores de Fiduciario en los fideicomisos de titulación a que se refiere la Ley de Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras. La vigente Ley de Mercado de Valores establece que los Patrimonios Fideicometidos de Titulación únicamente pueden ser administrados por Sociedades Tituladoras cuyo propósito exclusivo es ejercer la labor de Fiduciarios en procesos de titulación y cuya supervisión y control están a cargo de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (en adelante, "CONASEV"). Todo ello en resumen significa que la labor de Fiduciario en cualquier tipo de fideicomiso únicamente puede ser ejercida por las empresas reguladas por la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente y mencionadas en el artículo 242 de dicho texto legal, siendo supervisadas por

la Superintendencia de Banca y Seguros, mientras que la labor de Fiduciario en fideicomisos de titulización solamente puede ser ejercida por Sociedades Titulizadoras, reguladas por la Ley de Mercado de Valores vigente y supervisadas por CONASEV.

Ello indica que el legislador ha optado por desechar la opción de que la labor de Fiduciario en un fideicomiso pueda ser desempeñada libremente por cualquier operador, restringiendo dicha labor a determinadas empresas del sistema financiero nacional y a empresas especiales reguladas y supervisadas por CONASEV para el caso específico de los fideicomisos de titulización. Esta opción es similar a la adoptada por la legislación mexicana, país donde el fideicomiso ha alcanzado un desarrollo notable, pero distinta a la posición adoptada por otros países latinoamericanos, como Argentina, donde los fideicomisos son más amplios en cuanto a quienes pueden desempeñarse como Fiduciarios.⁹ Bajo la legislación argentina, pueden desempeñarse como Fiduciarios cualquier persona natural o jurídica, restringiéndose dicho rol a entidades financieras cuando se trata de fideicomisos financieros, y para el caso de fideicomisos no financieros, quienes desean desempeñarse como Fiduciarios deben cumplir con ciertos requisitos e inscribirse en el registro de la Comisión Nacional de Valores. La opción adoptada por el legislador peruano implica que fideicomisos testamentarios o simples fideicomisos de administración de bienes, en los cuales inclusive cuando el Fideicomitente sea una persona natural, deben tener como Fiduciario a una de las empresas del sistema financiero indicadas en el párrafo anterior. Incluso la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente regula en sus disposiciones los requisitos de validez del fideicomiso testamentario, así como la definición y plazo de duración de los fideicomisos culturales y filantrópicos, los mismos que por su objeto no son precisamente bancarios y/o financieros.¹⁰ No estamos seguros si esta restricción absoluta al rol del Fiduciario haya sido lo más beneficioso para el desarrollo y uso del fideicomiso en nuestro país, sin embargo debemos reconocer que la cautela del legislador probablemente responda al análisis de la idiosincrasia de nuestro país y la confiabilidad que existe en nuestras instituciones financieras, debido a que son éstas las que se encuentran más reguladas y legisladas en nuestro país, lo cual brinda un adecuado nivel de certeza y confiabilidad, cualidades esenciales para un Fiduciario. Fue un acierto de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente incorporar a las Empresas de Servicios Fiduciarios¹¹ como aquellas especializadas en actuar como Fiduciarios en administración de patrimonios autónomos Fiduciarios o en cumplir encargos Fiduciarios de cualquier naturaleza. Esta modalidad recoge la exitosa experiencia de dicha modalidad en Colombia, donde este tipo de empresas especializadas están ampliamente difundidas, siendo a la fecha más de treinta las que se encuentran operativas. Cabe indicar sin embargo que en nuestro país, desde la vigencia de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros en 1996 existe una sola Empresa de Servicios Fiduciarios, operativa desde el año 2001 y seis sociedades titulizadoras constituidas al amparo de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 242 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente y al Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores.

VII. EL FIDUCIARIO Y EL PATRIMONIO FIDEICOMETIDO

Habiendo definido quienes pueden desempeñarse como Fiduciarios en nuestro país, es importante resaltar que nuestra legislación ha recogido claramente la principal

⁹ Ley N° 25.441 de 1995.

¹⁰ Ley N° 26702, artículo 247.

¹¹ Ley N° 26702, artículo 252 numeral 10.

característica del fideicomiso que le brinda un elemento atractivo y diferenciador de otras figuras que pudieran evaluarse alternativamente como el mandato frente a un fideicomiso en administración o cualquier tipo de garantía real frente a un fideicomiso en garantía. Dicho elemento diferenciador es la constitución de un patrimonio fideicometido distinto del patrimonio del Fiduciario, al cual serán transferidos los bienes materia del fideicomiso, elemento que se encuentra contenido en la definición de fideicomiso del artículo 241 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente.¹³

Este ingrediente peculiar del fideicomiso se va a repetir a lo largo de todo el subcapítulo II que trata el Fideicomiso en Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, subcapítulo que corresponde al Capítulo II (Contratos e Instrumentos) del Título III (Operaciones y Servicios). Ello se refleja en su regulación y normas complementarias, dejándose claramente establecido que el patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del Fiduciario¹⁴, debiendo el Fiduciario mantener una contabilidad separada por cada patrimonio Fiduciario que administre.¹⁵ La misma lógica opera ante la eventualidad que el Fiduciario sea sometido a un proceso de disolución y liquidación, caso en el cual el patrimonio fideicometido no se ve afectado, toda vez que siendo distinto al patrimonio del Fiduciario, no se encuentra dentro de la masa liquidable. Lo mismo acontece en caso de insolvencia y/o liquidación del Fideicomitente (quien aportó inicialmente los bienes al patrimonio fideicometido) caso en el cual el patrimonio fideicometido no se ve afectado por tales circunstancias.

Las ventajas de tal característica pueden verse claramente en el ejemplo de un fideicomiso de administración y garantía, en el cual la empresa "A" (Fideicomitente) dedicada a la venta de vehículos al contado y a plazos, transfiere parte de su portafolio de créditos vehiculares en fideicomiso a un Fiduciario (Banco X) quien constituye con ellos un patrimonio fideicometido a fin de garantizar determinadas obligaciones a otra empresa "B" (Fideicomisario), quien a su vez es la proveedora de los vehículos. En este caso, la empresa "B" optará por que el Banco X (Fiduciario) asuma la administración y recaudación de los créditos vehiculares, teniendo estos que ser repuestos de forma tal que mantengan el valor garantizado y/o la calidad misma de los créditos transferidos inicialmente. Asimismo, pactarán que de la recaudación mensual, se destine el monto necesario para cubrir las obligaciones periódicas a favor de la empresa "B". Ante la eventualidad que la empresa "A" incumpla con las obligaciones asumidas con la empresa "B", el Fiduciario (Banco X) procederá de inmediato a realizar el portafolio de los créditos, a fin de cubrir las obligaciones a favor de la empresa "B", o transferirlos definitivamente en propiedad a la empresa "B" y esta dé por canceladas sus obligaciones. A cambio de su intervención, el Banco X (Fiduciario) recibirá una comisión.

En el ejemplo reseñado si la empresa "A" se acogiese o fuese sometida a un procedimiento concursal, el portafolio de créditos transferidos al patrimonio fideicometido estarían fuera de la masa concursal y por tanto la empresa "B" tendría sus obligaciones garantizadas y fuera de dicho procedimiento, en la medida que se haya cumplido con los requisitos de validez para la celebración del fideicomiso y no se haya violentado

¹³ Artículo 241.- Concepto de Fideicomiso.

¹⁴ El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el Fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otro persona, denominada Fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, según el destino Fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del Fideicomisario o un tercero denominado Beneficiario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del Fiduciario, del Fideicomitente, o del Beneficiario y en su caso, del beneficiario de los bienes transferidos.

[...]

¹⁴ Ley N° 26702, artículo 251.

¹⁵ Ley N° 26702, artículo 272.

ninguna prohibición del procedimiento concursal vigente. Del mismo modo si el Banco X, Fiduciario, fuese sometido al Régimen de Intervención y posteriormente al Régimen de Disolución y Liquidación, el portafolio de créditos transferidos al patrimonio fideicometido no se verían afectados en modo alguno, toda vez que no forman parte de la masa liquidable, en tanto, en su momento fueron transferidos al Banco en Fideicomiso, con el propósito exclusivo de constituir un patrimonio fideicometido, que se encontraba únicamente bajo su dominio Fiduciario. En consecuencia, el patrimonio fideicometido no se ve afectado en forma alguna por las vicisitudes que pueda sufrir el Fiduciario, quedándole a este último absolutamente prohibido cualquier tipo de disposición y/o afectación del mismo que no haya sido expresamente contemplada en su acto constitutivo y mucho menos cualquier acto de disposición y/o afectación a su favor, siendo esto oponible a terceros. A fin de garantizar puntualmente este tratamiento, los Fiduciarios como ya indicamos deben mantener contabilidad separada de la suya propia por cada patrimonio fideicometido que administren. Asimismo, la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, dispone expresamente que para poder actuar como Fiduciarios, las empresas autorizadas para tal fin deberán constituir departamentos separados y claramente diferenciados.¹⁵

VIII. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL FIDUCIARIO

Tratar el tema de los principios que deben regir la actividad del Fiduciario probablemente necesite que acudamos a la etimología de la palabra fideicomiso. Proviene de las palabras en latín "fides" y "committere" o "commissus", donde la primera significa "fe" y las segundas "encargo" o "comisión"¹⁶. Incluso el significado de la palabra "trust" figura jurídica del derecho anglosajón bajo la cual se ha desarrollado el fideicomiso es "confianza". Sin apelar a la traducción literal, el significado de fideicomiso es un "encargo de fe" o un "encargo de confianza". Naturalmente de ello, se desprende que la labor que desempeñe la persona natural o jurídica que asume el encargo debe estar regida por una serie de principios que guíen su conducta.

Sergio Rodríguez Azuero, al tratar el tema de la responsabilidad del Fiduciario, define con meridiana claridad el deber de prudencia y el deber de lealtad como "la carga que mejor define la posición esperada del Fiduciario"¹⁷. Estos deberes y principios que deben regir la conducta del Fiduciario son vitales a fin de poder discernir la responsabilidad que le compete en su rol.

La confianza que lleva implícita un encargo de fideicomiso, debe tener como contrapartida por parte del Fiduciario, el principio de lealtad. Este debe traducirse en todos los actos del Fiduciario que debe estar al servicio y favor del fideicomisario y del propósito del fideicomiso, dirigiendo sus actos siempre en beneficio del patrimonio fideicometido respecto del cual ejerce el dominio fiduciario, de forma tal que se excluya cualquier conflicto de interés. A esto responden las prohibiciones e incompatibilidades normalmente establecidas en la legislación respecto del Fiduciario. Nuestra legislación recoge el deber de lealtad en diversos artículos de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, entre los cuales podemos mencionar el artículo 256 numeral 1 que le impone al Fiduciario la obligación de cuidar y administrar el patrimonio fideicometido

¹⁵ Ley N° 25702, artículo 203, numeral 6.

¹⁶ STEWART BALBUENA, Alberto. *El Fideicomiso como Negocio Fiduciario*. Lima: Editora Jurídica Griley, 1986, p. 17. DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El Fideicomiso. Modalidades y Tratamiento Legislativo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1993, p. 24.

¹⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *La Responsabilidad del Fiduciario*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997, p. 70.

con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador. Al deber de lealtad de algún modo responden las disposiciones establecidas en la norma y mencionadas precedentemente, respecto a la obligación de llevar patrimonios y contabilidades separados, constitución de departamentos especiales y claramente diferenciados de los que realizan el resto de operaciones de la empresa que se desempeña como Fiduciario. Todo ello en razón a que el deber de lealtad entraña la exclusión de conflictos de interés y por tanto la labor de administración del patrimonio fideicometido, debe estar lo más alejada posible del resto de operaciones que habitualmente realiza el Fiduciario como empresa del sistema financiero. Por ello, el artículo 258 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, le impone al Fiduciario la prohibición de realizar operaciones en beneficio de determinadas personas, no pudiendo celebrar el Fiduciario, respecto del patrimonio fideicometido, operaciones consigo mismo, con sus directores, trabajadores, con el factor Fiduciario, entre otros, estableciendo incluso el alcance de la prohibición a los cónyuges y parientes de dichas personas y a las personas jurídicas en las que los cónyuges y parientes de dichas personas tengan personalmente más del 50% del capital social.

Asimismo, dentro del deber de lealtad que debe observar el Fiduciario, se enmarcan las incompatibilidades establecidas en aquellos casos en los cuales se designe como beneficiario del fideicomiso (fideicomisario) al Fiduciario, con excepción de los fideicomisos de titulización, designación que acarrea la nulidad del fideicomiso¹⁹. Con la misma lógica se excluye la posibilidad que el acreedor en un fideicomiso de garantía pueda desempeñarse a la vez como Fiduciario.²⁰

El deber de lealtad entraña la independencia absoluta del Fiduciario a fin de poder cumplir sus funciones a cabalidad con imparcialidad. Ello exige que el Fiduciario mantenga independencia respecto del Fideicomitente (quien constituye el fideicomiso) y la exclusión de cualquier interés propio respecto del patrimonio fideicometido que administra. A ello se deben las prohibiciones y nulidades reseñadas precedentemente. Giraldi, citado por Hayzus menciona al respecto que *“habría una contradicción inadmisiblesi el Fiduciario pudiese beneficiarse con los actos de administración o de disposición de los que ha sido encargado en cumplimiento de la finalidad prevista por el fiduciante”*²¹.

El deber de lealtad, la independencia que debe observar el Fiduciario como consecuencia de dicho deber, así como las prohibiciones y restricciones que le son impuestas en nuestra legislación, nos conducen invariablemente al tema de conflictos de interés. Estos conflictos de interés pueden surgir cuando el Fiduciario en el curso de la administración del patrimonio fideicometido, se encuentra frente a toma de decisiones respecto de dicho patrimonio que impliquen un beneficio a otros clientes distintos a los fideicomisarios, a terceros vinculados a dichos clientes o al mismo Fiduciario o a personas naturales o jurídicas vinculadas a este. Creemos que nuestra legislación ha tratado adecuadamente este tema, básicamente sancionando la nulidad del fideicomiso en sí en determinados casos de conflictos de interés directos y con la nulidad de las operaciones o actos celebrados a favor de determinadas personas vinculadas al Fiduciario, aspectos que hemos tratado precedentemente. Sin embargo la posibilidad de que surjan conflictos de interés de distinta índole y no necesariamente contemplados en la norma es real y vasta, derivados por ejemplo de fideicomisos de

¹⁹ Ley N° 26702, artículo 265, numeral 3.

²⁰ Ley N° 26702, artículo 274.

²¹ HAYZUS, Jorge Roberto. Op. cit., p. 138.

inversión o de titulización, en los cuales las posibilidades de decisión respecto de inversiones en el mercado pueden ocasionar problemas operativos en la administración del patrimonio fideicometido.

Otro principio que debe regir la conducta del Fiduciario es el deber de diligencia, es decir el buen juicio que debe tener todo Fiduciario en la administración del patrimonio fideicometido, de forma tal que cada acto, operación o contrato que realice respecto del fideicomiso sea realizado con la diligencia y cuidado que utiliza para sus propios negocios. Este aspecto se encuentra contenido en las obligaciones que la norma le impone al Fiduciario, respecto al cuidado y administración del patrimonio fideicometido "con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante"²⁴, así como la obligación de cumplir los encargos, realizando todos los actos, contratos, operaciones, inversiones o negocios necesarios "con la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos"²⁵. En suma, se espera que el Fiduciario actúe con el buen criterio que presupone su designación y que realice todas las transacciones fiduciarias con el mismo esmero, dedicación y cuidado que habitualmente utiliza para manejar sus propios negocios.

El deber de diligencia nos lleva invariablemente a cuestionar la responsabilidad que le compete al Fiduciario cuando este no observa la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante ni la misma diligencia que la propia empresa fiduciaria pone en sus asuntos. La norma peruana²⁶, ha dispuesto que en los casos en los cuales el Fiduciario incumpla sus obligaciones²⁷ por dolo o culpa grave está obligado a reintegrar al patrimonio del fideicomiso el valor de lo perdido, además de indemnizar por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. Sobre este tema cabe indicar que en determinados casos en los cuales el Fiduciario, por ejemplo, diseña un producto Fiduciario y lo ofrece genéricamente al mercado, vinculándose los Fideicomitentes y fideicomisarios muchas veces mediante contratos de adhesión elaborados por el propio Fiduciario, la responsabilidad debería extenderse hasta la culpa levisima, toda vez que el Fiduciario no está únicamente en condiciones de aceptar el encargo, sino que además ha diseñado y conoce el producto que ofrece.²⁸

IX. OBLIGACIONES DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO

Consideramos que principalmente tres son las obligaciones genéricas que debe observar el Fiduciario :

- a) El cuidado y administración de los bienes que integran el patrimonio fideicometido a fin de procurar el objeto establecido del fideicomiso, bajo los principios de lealtad y diligencia para quienes le han formulado el encargo y los beneficiarios del mismo.
- b) La defensa de los bienes del patrimonio fideicometido, frente a cualquier acto que pudiese perjudicar su integridad tanto física como jurídica.
- c) El cumplimiento de las obligaciones formales, obligaciones de información y remisión de documentación, con Fideicomitente y Fideicomisario, órganos

²⁴ Ley N° 26702, artículo 256, numeral 1.

²⁵ Ley N° 26702, artículo 256, numeral 4.

²⁶ Ley N° 26702, artículo 259.

²⁷ Cabe indicar que como hemos insinuado el deber de diligencia se haya plasmado en el artículo 256 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, que establece las obligaciones del Fiduciario, por lo que la disposición del artículo 259 guarda directa relación con el 256.

²⁸ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Op. Cit., p. 48.

supervisores y de control, así como demás autoridades y terceros.

De ellas se desprenden las restantes obligaciones puntuales, las mismas que tienen como contraparte a Fideicomitentes, Fideicomisarios, órganos supervisores y de control, demás autoridades y terceros vinculados al fideicomiso. La Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, agrupa las obligaciones del Fiduciario, en su artículo 256, obligaciones que se derivan de las tres obligaciones principales y genéricas que hemos mencionado precedentemente.²⁷ Sin embargo, existen otras obligaciones que se encuentran contenidas en distintos artículos de la norma, las mismas que son precisadas y explicadas a continuación :

- a) Cuidar y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio fideicometido.
- b) Contratar pólizas de seguros para los riesgos que pudiesen sufrir los bienes del patrimonio fideicometido, de conformidad a lo pactado en el contrato de fideicomiso.
- c) Cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso.
- d) Devolver a los herederos forzosos del Fideicomitente los bienes que fueron transferidos al patrimonio fideicometido por el Fideicomitente (causante) a título de fideicomiso gratuito, en la parte que hubiere perjudicado las legítimas de los herederos forzosos.²⁸
- e) Disponer de los bienes del patrimonio fideicometido, de conformidad a lo dispuesto en el contrato de fideicomiso.²⁹
- f) Defender el patrimonio fideicometido, de daños físicos, así como de acciones judiciales o extrajudiciales, oponiéndose a las medidas que afecten al patrimonio fideicometido.³⁰
- g) Devolver los bienes remanentes del fideicomiso, a quien corresponda según la ley y el contrato, una vez concluido el fideicomiso.³¹
- h) Transferir al nuevo Fiduciario los recursos, bienes y derechos del fideicomiso, en los casos de subrogación por remoción o renuncia.
- i) Reintegrar al patrimonio fideicometido el valor de lo perdido, así como indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados, en los casos que incumpla sus obligaciones por dolo o culpa grave.³²
- j) Designar un factor Fiduciario que asuma la conducción personal del fideicomiso.³³
- k) Designar una comisión administradora del fideicomiso, cuando la naturaleza y

²⁷ Existen otras obligaciones específicas adicionales para las sociedades fiduciarias, contenidas en el artículo 305 de la Ley de Mercado de Valores vigente, así como en la Resolución CONASEV N° 01-1907-EJ/04-10.

²⁸ Ley N° 26702, artículo 244.

²⁹ Ley N° 26702, artículo 252.

³⁰ Complementada con la obligación contenida en el artículo 253.

³¹ Complementada con la obligación contenida en el artículo 270.

³² Ley N° 26702, artículo 258.

³³ Ley N° 26702, artículo 271.

operatividad del fideicomiso así lo ameritan.³⁴

- l) Llevar contabilidad separada por cada patrimonio fideicometido, cumpliendo las obligaciones tributarias a las que estuviera afecto el patrimonio fideicometido.³⁵
- m) Elaborar los Balances y Estados Financieros de cada fideicomiso, con una periodicidad mínima semestral, así como una Memoria Anual, presentando dichos documentos tanto a Fideicomitentes como fideicomisarios, así como a la Superintendencia de Banca y Seguros.
- n) Rendir cuenta a los Fideicomitentes y a la Superintendencia de Banca y Seguros, una vez concluido el fideicomiso o concluida su participación como Fiduciario del mismo.
- o) Guardar reserva respecto a las operaciones, actos, contratos, documentación e información referida al fideicomiso, con los mismos alcances establecidos para el secreto bancario.
- p) Comunicar a los fideicomisarios de los bienes y servicios disponibles a su favor, dentro de los 10 días que los mismos se encuentren disponibles.

La Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente se ha encargado de precisar en forma clara y contundente que las obligaciones del Fiduciario respecto del encargo recibido, son de medios y no de resultados. En efecto, el artículo 257 prohíbe al Fiduciario avalar o garantizar en forma alguna ante el Fideicomitente o Fiduciarios, los resultados del Fideicomiso o de sus operaciones, o de sus actos y contratos que lleve a cabo con los bienes del patrimonio fideicometido. Precisa además que son nulos los pactos en contrario, al igual que las garantías y compromisos que se pudiesen pactar en contravención de la prohibición establecida. De esta forma, la norma nacional ha recogido el criterio mayoritario de la doctrina, derivado de los principios de lealtad y diligencia, según el cual, el Fiduciario administra el patrimonio fideicometido con el cuidado y dedicación de un ordenado comerciante y administrador, y con la misma diligencia con la que atiende sus propios asuntos, por lo que consecuentemente sus obligaciones respecto del fideicomiso se traducen en formular sus mejores esfuerzos para la consecución del encargo Fiduciario conferido, pero sin garantizar el resultado mismo.

Sin embargo, en un análisis claro y preciso, el ya citado autor Rodríguez Azuero³⁶ ha advertido como esta tendencia y estas prohibiciones absolutas pueden convertirse en una especie de "camisa de fuerza" para ciertos negocios Fiduciarios en los cuales claramente se puede determinar que el Fiduciario asume obligaciones de resultados y no únicamente de medios. Determinadas responsabilidades puntuales a cargo del Fiduciario, derivadas de la obligación genérica de cumplir con las obligaciones formales (v.g. elaboración de los estados financieros), de información y remisión de documentación, claramente constituyen obligaciones de resultados y no de medios. Ello no se limita a obligaciones accesorias u operativas, sino a las principales que constituyen el fin específico del fideicomiso. Y es que en efecto, determinadas clases

³⁴ Ley N° 25702, artículo 272.

³⁵ Complementada con la obligación contenida en el artículo 273.

³⁶ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, Op. cit., p. 38 y ss.

de fideicomiso³⁷, como los fideicomisos de administración, son encargos claramente de resultados y no de medios. Un fideicomiso de administración en su acepción más simple, por el cual un Fideicomitente transfiera una cantidad determinada de dinero a un Fiduciario, a fin de que este efectúe pagos periódicos a un tercero en beneficio de este o del beneficiario final, es claramente un encargo de resultados frente al cual la labor específica del Fiduciario no es formular sus mejores esfuerzos para que se efectúen los pagos, sino más bien, asegurar que dichos pagos sean realizados. Aquí otra vez la riqueza de la práctica contractual y la versatilidad de esta figura en su utilidad práctica, se contraponen a la vieja tentación de nuestro sistema jurídico tan acostumbrado a formular reglas absolutas que se ven sobrepasadas por la realidad. En el específico del ejemplo reseñado, la práctica contractual también se encargará de garantizar debidamente el natural interés por parte del fideicomitente de que se cumpla el fin del fideicomiso mismo y que el Fiduciario cumpla a cabalidad el encargo, sin que ello signifique transgredir la prohibición establecida en el artículo 257 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente.

X. OPERATIVIDAD DE LAS LABORES DEL FIDUCIARIO

La naturaleza del fideicomiso y los principios que rigen la labor del Fiduciario hacen casi natural la conclusión respecto a la naturaleza personalísima del encargo que se confiere, pues su labor es en efecto *intuito personae*. Ello no obsta para que determinadas labores operativas del fideicomiso puedan ser delegadas en la medida que ellas no constituyan el encargo principal y que el Fiduciario no se desligue en absoluto de la responsabilidad que le compete por la designación de las personas en las cuales se delegará las funciones materia de la delegación. El Fiduciario pues, nunca podrá delegar íntegramente la labor fiduciaria o el encargo principal. A ello en parte responde la posibilidad establecida en el artículo 272 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, mediante la cual el Fiduciario puede contratar personal *ad-hoc* para cada fideicomiso cuando la naturaleza de estos así lo exijan o en razón al número de operaciones, actos y contratos derivados de la administración del patrimonio fideicometido. Tal contratación estará estrictamente ligada a la subsistencia del fideicomiso que originó la necesidad de la mencionada contratación. Hay que aclarar, sin embargo, que dicha norma se refiere a contratación de índole laboral y por tanto, subordinada siempre al Fiduciario. Nada impide, sin embargo como ya lo hemos indicado, que determinadas labores accesorias del encargo, no sean desempeñadas personalmente por el Fiduciario y puedan ser materia de delegación.

Asimismo y por los mismo motivos, el artículo citado en el párrafo precedente permite que el Fiduciario pueda designar una comisión administradora del fideicomiso, cuyo funcionamiento, facultades y número de miembros deberán ser contemplados en el instrumento constitutivo del fideicomiso.³⁸

³⁷ Aquí conviene indicar que el Decreto Legislativo N° 770, que aprobó la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros derogada por la vigente Ley N° 30700, contenía en su artículo 333 una disposición similar a la prohibición contenida en el artículo 257 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente. La Ley de Mercado de Valores vigente que regula los fideicomisos de fideicomiso, dispuso en su artículo 323, normas complementarias, entre las cuales se dispuso que las disposiciones sobre el fideicomiso contenidas en el Decreto Legislativo N° 770 eran de aplicación supletoria a los fideicomisos de fideicomiso y que determinadas normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 770 eran inaplicables a los fideicomisos de fideicomiso. Entre ellas, se dispuso la inaplicación para los fideicomisos de fideicomiso de la prohibición impuesta al Fiduciario respecto de garantizar a las partes los resultados del fideicomiso o de sus operaciones, contenida antes en el artículo 333 del abrogado Decreto Legislativo N° 770 y hoy contenida en el artículo 257 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente.

³⁸ El artículo 272 establece que la conformación no podrá exceder de 7 (siete) miembros y debe tener como mínimo 3 (tres)

La norma peruana³⁹ ha reflejado especial énfasis en la responsabilidad del Fiduciario, en relación a la especial naturaleza de la encargo Fiduciario, al imponer al Fiduciario la obligación de designar un "factor Fiduciario", quien debe asumir personalmente la conducción y responsabilidad sobre del patrimonio fideicometido así como sobre los actos jurídicos que se celebren respecto de él. Se establece la responsabilidad solidaria del Fiduciario con el Factor Fiduciario, así como con los trabajadores del Fiduciario, respecto de los actos ellos realicen respecto del fideicomiso. El Factor Fiduciario puede ejercer dicho cargo respecto de distintos patrimonios fideicometidos y puede ser removido por la Superintendencia de Banca y Seguros. Cabe hacer notar que el artículo de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente no precisó si el Factor Fiduciario debía ser una persona natural o una persona jurídica o eventualmente admitir ambas posibilidades. Un análisis integrado de la normatividad vigente hacía vislumbrar que el Factor Fiduciario tuviera que ser una persona natural. La Resolución SBS N° 1010-99 del 11.11.1999 aprobó el Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios, y dicha norma definió al Factor Fiduciario en su artículo 1, literal b) como *"la personal natural designada por el Fiduciario para la administración del Patrimonio Fideicometido"*. Asimismo, dicha norma⁴⁰ estableció que los Factores Fiduciarios deberán tener la idoneidad técnica y moral necesaria para administrar los patrimonios fideicometidos, y que tienen los mismos impedimentos para ser designados que los impuestos a los organizadores de las empresas del sistema financiero, y algunos de los impedimentos aplicables a los accionistas y directores de las empresas del sistema financiero.⁴¹

XI. FIN DE LA LABOR DEL FIDUCIARIO

Finalmente es preciso señalar que la labor del Fiduciario finaliza principalmente por las siguientes causas :

- a) Renuncia del Fiduciario;
- b) Liquidación del Fiduciario;
- c) Remoción del Fiduciario;
- d) Resolución del fideicomiso; y,
- e) Revocación del fideicomiso por parte del Fideicomitente.

La labor del Fiduciario finaliza por la renuncia de este, es decir por su voluntaria decisión de no seguir desempeñando su labor respecto del patrimonio fideicometido. Sin embargo la renuncia del Fiduciario no es automática ni irrestricta, toda vez que por la naturaleza fiduciaria del encargo y del dominio Fiduciario que ejerce sobre el patrimonio fideicometido necesita una adecuada regulación. Así, de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente⁴² dispone que la renuncia del Fiduciario debe ser formulada con causa justificada y tiene que ser aceptada por la Superintendencia. Ello implica que el órgano supervisor tiene la facultad de no aceptar dicha renuncia, si esta, a criterio de la Superintendencia, no tiene una causa justificada. Por ello será conveniente que el instrumento constitutivo del fideicomiso contemple las causas por

³⁹ Ley N° 26702, artículo 271.

⁴⁰ Resolución SBS N° 1010 - 99, artículo 3.

⁴¹ Ley N° 26702, artículo 61, numerales 1,2,3 y 8.

⁴² Ley N° 26702, artículo 269, numeral 1.

las cuales el Fiduciario podrá formular su renuncia. La Ley de Mercado de Valores vigente, dispone en su artículo 318 que para la procedencia de la renuncia de la sociedad titulizadora se requiere tanto la aprobación del fideicomisario como la del Fideicomitente. Cabe indicar que tanto para el caso de los fideicomisos en general, como para los de titulización, la renuncia no implica el cese automático del Fiduciario en sus funciones y en ambos casos se ha contemplado que debido a que el patrimonio fideicometido requiere de ser administrado por otro Fiduciario, el Fiduciario renunciante no puede apartarse inmediatamente de sus responsabilidades. En el caso de los fideicomisos en general, mientras las partes no encuentren un sustituto, el Fiduciario deberá continuar en el ejercicio del cargo dentro de los seis meses siguientes a su renuncia. Si dicha situación persiste transcurrido dicho plazo, el Fideicomiso termina⁴³, debiendo el Fiduciario renunciante, devolver los bienes al Fideicomitente, o a sus causahabientes, y en defecto de ambos al Fondo de Seguro de Depósitos⁴⁴. Para los Fideicomisos de Titulización, la Ley de Mercado de Valores⁴⁵ ha dispuesto que la renuncia del Fiduciario surtirá efectos únicamente desde la transferencia del patrimonio fideicometido al nuevo Fiduciario, estableciendo la nulidad de todo pacto en contrario, por lo que la sociedad titulizadora deberá procurar que este aspecto se encuentre puntualmente regulado en el contrato constitutivo del fideicomiso. Transcurrido un plazo desde la renuncia, es CONASEV quien designa al Fiduciario sustituto, designación que sólo puede recaer en una Sociedad Titulizadora.

La labor del Fiduciario también finaliza cuando éste es sometido al Régimen de disolución y liquidación, por lo que la designación del Fiduciario sustituto, la permanencia del Fiduciario original en sus funciones hasta no encontrar al sustituto, y las consecuencias de no designarlo en el plazo indicado, operan en forma idéntica a lo ya explicado en el párrafo anterior para el caso de renuncia, tanto para los fideicomisos en general como para los de titulización.

La remoción es otra de las causas mediante las cuales el Fiduciario concluye su labor, la misma que en este caso se origina por una decisión que puede originarse en quienes le han conferido el encargo (Fideicomitentes), los fideicomisarios o el órgano supervisor en cada caso específico. En el caso de los fideicomisos en general, si bien el tratamiento es similar al explicado para los casos de renuncia y disolución y liquidación, cabe indicar que si bien las causales de remoción podrán estar contempladas en el instrumento constitutivo, es casi lógico por ejemplo, que la remoción pueda originarse en el incumplimiento de las funciones asignadas, con mayor razón en el caso que estas se deban a dolo o culpa grave. Del mismo modo, el instrumento constitutivo debe indicar quienes y cómo deciden la remoción, sin perjuicio de lo cual debe tenerse en consideración lo dispuesto en el último párrafo del artículo 250 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros vigente, según la cual si los causahabientes del Fideicomitente quisieran modificar o resolver el contrato (y esto incluye la remoción del Fiduciario, salvo pacto regulatorio) requieren el consentimiento unánime de los fideicomisarios, o si estos fuesen indeterminados, la aprobación de la Superintendencia. No hay además que perder de vista las facultades genéricas que tiene la Superintendencia, inherentes a su labor de supervisión y control, y en que en determinados casos podrían originar la remoción del Fiduciario.

La remoción tiene una regulación más precisa en el caso de los fideicomisos de

⁴³ Ley N° 26702, artículo 259.

⁴⁴ Ley N° 26702, artículo 270.

⁴⁵ TUO Decreto Legislativo N° 861, artículo 318, 317.

titulización⁶⁸, en los cuales la facultad de las partes respecto a la remoción, debe estar contemplada y regulada en el acto constitutivo. Si no hubiese en él facultades en tal sentido a favor del Fideicomitente o de no existir acuerdo de las partes para decidir la remoción, CONASEV de oficio o a petición de parte, puede decidir la remoción, en los casos que se compruebe la existencia de dolo o culpa grave.

La labor del Fiduciario puede también concluir en los casos de resolución del fideicomiso, acordados entre el Fideicomitente y el Fiduciario, caso en el cual se requerirá la aprobación de los Fideicomisarios en el caso en que estos hayan intervenido en el contrato. Asimismo, el encargo finaliza en el caso en el cual el Fideicomitente revoque el encargo, antes de haber transferido los bienes al Fiduciario o haber cumplido con los requisitos legales, salvo el caso en los cuales los Fideicomisarios hayan intervenido en el contrato, caso en el cual se requerirá su consentimiento.

Como podrá apreciarse, el apartamiento del Fiduciario está sujeto a una serie de requisitos y estipulaciones precisas, todas ellas derivadas de la naturaleza del especial encargo conferido.

Es seguro que aquí no concluyen en forma alguna las reflexiones y los análisis que sobre el papel del Fiduciario podamos seguir formulando, sin embargo es meridianamente importante profundizar sobre los diversos aspectos que originan su fundamental rol en esta herramienta jurídica, a fin de divulgar con mayor amplitud las bondades de su desempeño como gestor eficiente en los distintos negocios que pueden ser enmarcados en el fideicomiso.

⁶⁸ TUO Decreto Legislativo N° 851, artículo 32B.