

## El contrato de fideicomiso

Mario Castillo Freyre\*

En el Perú, el contrato de fideicomiso es de carácter nominado. Se comenzó a emplear y ser conocido en los últimos años, sobre todo desde que empezó a tener regulación legislativa en la derogada Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo n.º 770). Actualmente, el fideicomiso se encuentra regulado en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley n.º 26702, de fecha 9 de diciembre de 1996), concretamente en los artículos que van del 241 al 274.

Para iniciar esta breve reseña sobre el fideicomiso, conviene recordar, en primer lugar, que la palabra «fiduciario» proviene del latín *fiducia*, que se traduce como confianza y que «fideicomiso» proviene también del latín *fideicommissum*, que a su vez proviene de *fides* (fe) y *commisus* (confiado).<sup>1</sup>

Veamos brevemente las principales características del fideicomiso.

Como señala Manuel de la Flor,<sup>2</sup> el contrato de fideicomiso es simple, puesto que existe una unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida por elementos tanto reales como obligacionales, teniendo sus efectos un mismo fundamento causal. De esta manera, la causa o motivo generador del fideicomiso establece un solo vínculo entre las partes contratantes, se crea así el efecto práctico querido por las partes: en lugar de la existencia de dos tipos de contratos, uno de efectos reales y

<sup>1</sup>\* Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio.

KIPER, Claudio M. y Silvio V. Lisoprawski. *Tratado de Fideicomiso*. 2ª edición. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 1.

<sup>2</sup> DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado, sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el martes 7 de enero de 1997, p. 225.

otro de efectos obligacionales, vinculados entre sí y que determina la constitución de un contrato complejo.

En cuanto a su contenido, vemos que la legislación de cada país lo configura según su propia realidad y necesidades, pero se observa que la mayoría de legislaciones lo configuran como un contrato especial, propio del Derecho Bancario. Asimismo, el fideicomiso es un contrato principal, puesto que por sí solo satisface plenamente el efecto práctico querido por las partes (aunque es necesario tener presente que existe una modalidad operativa en la cual el fideicomiso se presenta como un contrato accesorio, a saber, el fideicomiso de garantía).

Otra característica importante del fideicomiso es que puede ser considerado, dadas las múltiples modalidades que es susceptible de revestir, como un contrato de cambio, de disposición, pero en todos los casos será siempre un contrato de confianza, puesto que el fideicomiso es un contrato *intuitu personae*.

Cabe mencionar también uno de los temas de mayor polémica respecto al contrato de fideicomiso, es decir, la posibilidad de que a través de este contrato se esté generando una especie de derecho real especial, distinto de los demás regulados por el Código Civil y especialmente diferente de la propiedad.

En efecto, como afirma Manuel de la Flor,<sup>3</sup> el nuevo propietario (el fiduciario) tiene su derecho limitado, pues no está en capacidad de ejercer sobre el bien la totalidad de facultades posibles, ni de ejercerlas de manera exclusiva y unitaria (de lo que sí dispone quien tiene la propiedad clásica sobre un bien), puesto que cuando ingresa el *trust* anglosajón a los sistemas legales inspirados en el Derecho Romano, se introduce —desde este punto de vista— un nuevo derecho real, que no posee el poder pleno que da el derecho de propiedad, sino que entrega un poder más reducido. Esta sería, pues, la solución para entender la verdadera naturaleza jurídica de la propiedad entregada en el fideicomiso y que la doctrina ha denominado

---

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, pp. 105-118.

«propiedad fiduciaria», teniendo ésta características distintas respecto a los derechos reales clásicos.

Ahora bien, es evidente que el fideicomiso, por sus cualidades intrínsecas, constituye una eficaz herramienta no sólo para el mercado financiero, sino también para el desarrollo de inversión en infraestructura y apoyo social. Así, el fideicomiso es una interesante alternativa como vehículo autónomo que permite a los gobiernos locales y regionales, el manejo eficiente y transparente de sus fondos públicos, a fin de desarrollar programas de apoyo al sector infraestructura y a la microempresa en nuestro país. En este contexto, se han dado en los últimos años casos exitosos de fideicomisos públicos, como la estructura del fideicomiso de la región San Martín, utilizado para el financiamiento de obras de infraestructura vial; o el caso de SEDAPAL, empresa que recurrió al fideicomiso para la puesta en marcha de sus proyectos y para la reestructuración de su deuda.<sup>4</sup>

Sin embargo, a pesar de sus ventajas inherentes, el fideicomiso aún no se ha expandido lo suficiente en nuestro país. Así, durante el año 2010, el mercado fiduciario privado registró 146 operaciones, cifra que representa un crecimiento de 47% frente al 2009 (cuando se concretaron 99 fideicomisos) y donde los sectores infraestructura, construcción e inmobiliario fueron los que tuvieron mayor preponderancia, mientras que el fideicomiso de control financiero fue uno de los más demandados, con 53% del total de operaciones.<sup>5</sup>

En este contexto, es innegable que existe en el Perú un gran potencial de crecimiento para el fideicomiso, el cual no puede ser desperdiciado (basta mencionar el caso de México, donde el incremento de los negocios fiduciarios ha sido notable en los últimos tiempos, específicamente en mérito de la actividad desarrollada por los bancos que actúan como fiduciarios).<sup>6</sup> Precisamente por esa razón es importante que se promueva la

<sup>4</sup> PROCAPITALES. *Analizan desarrollo y perspectivas del mercado de fideicomiso en el Perú*. Lima, 24 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.procapitales.org/eventos/NotasPrensaSeminarioMar2009.pdf> [Fecha de visita: 24 de marzo de 2011.]

<sup>5</sup> Mercado de fideicomisos privados crecerá 20% este año. En: *Semana Económica*. Lima, 21 de marzo de 2011. Disponible en: <http://semanaeconomica.mobi/articulos/65322-mercado-de-fideicomisos-privados-creceria-20-este-ano> [Fecha de visita: 26 de marzo de 2011.]

<sup>6</sup> KIPER, Claudio M. y Silvio V. LISOPRAWISKI. *Op. cit.*, p. 170.

utilización de esta figura jurídica en el medio académico y empresarial y, en tal sentido, la realización del Quinto Congreso Internacional de la *Association Andrés Bello des juristes-franco-latino-américains* relativo al Fideicomiso, a llevarse a cabo el 13 y 14 de abril de 2011, en la ciudad de Lima y gracias al esfuerzo de la referida asociación y de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la *Université Panthéon-Assas (Paris II)*, constituye no sólo una excelente oportunidad para acceder a las tendencias y desarrollos más recientes del fideicomiso en nuestro país y en el extranjero, sino un medio idóneo para incentivar una mayor apertura empresarial hacia este importante instrumento jurídico.

Lima, 30 de marzo de 2011