

EL FIDEICOMISO, THEMIS Y LAS FRÍAS MAÑANAS DE INVIERNO

Jacqueline Chappuis Cardich*
Fundadora de THEMIS, Segunda Época

Gracias a sus experiencia profesional e investigaciones, la autora elabora una interesante introducción al tema del contrato de fideicomiso. Esto se realiza a través de un análisis del concepto y evolución histórica del fideicomiso, para luego pasar a su aplicación legislativa y práctica en el Perú. El artículo se ve complementado y enriquecido con diversos cuadros que nos muestran la evolución y acogimiento de esta versátil y ágil figura jurídica tanto en el ámbito regional, como nacional. Son virtudes del artículo la sencillez y claridad al tratar una materia compleja, como la que nos ocupa.

* Abogada. Gerente Legal del Banco Sudamericano.

11:15 a.m. acabo de contestar una llamada telefónica y estoy en mi oficina de San Isidro con una agenda recargada, algunos asuntos urgentes que atender y dos personas esperando para despachar los temas del día. Sin embargo, esta llamada me ha hecho regresar a 1983, a una fría mañana de invierno en la puerta de la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP, acababa de leer un artículo sobre el curso de Obligaciones que el doctor Osterling nos había recomendado revisar y que había sido publicado en una antigua revista de Derecho de alumnos de la PUCP.

Definitivamente no recuerdo el artículo, pero lo que sí puedo evocar muy claramente es aquella revista blanca con una franja azul en la parte superior de la carátula y letras de diseño de los años 60 que decía: THEMIS. Con Pepe Amado y Gustavo López-Ameri comentamos la revista y conversamos acerca de la poca actividad académica-estudiantil existente en aquellos tiempos y como, años atrás, estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP habían editado una revista con participación de alumnos y profesores.

Han pasado muchas “frías mañanas” desde aquel día, sin embargo aún recuerdo las primeras reuniones, la definición del grupo, el carácter de la revista: ¿de claustro o de proyección externa? ¿Ediciones semestrales o trimestrales? ¿THEMIS lleva tilde o no? ¿Y el financiamiento del primer número? ¿A quienes buscaríamos con este proyecto? Y escogimos hasta el celeste de la primera carátula y el cuadro de Daumier, alejándonos de la vieja carátula de los años 60 que nadie extrañaría. No puedo sentir otra cosa más que sentimientos especiales por algo que decidimos emprender con ternura y valentía, aquella fría mañana cuando apenas rondas los 20 años y nada te da miedo; cuando sientes que puedes cambiar el mundo, y que tus interminables conversaciones de cafetería, tus lecturas obligadas y no obligadas y tu vida universitaria perfecta te preparaban para ese mundo que ibas a enfrentar, descubrir y cambiar.

Este es un pequeño homenaje a todos los que vivieron con nosotros esas inquietudes iniciales, a nuestros compañeros de facultad y en especial a nuestros amigos del código 80. de la PUCP que confiaron en nuestro proyecto, antiguos y nuevos miembros de la Revista, profesores y autoridades de la Universidad, y para todos aquellos, estudiantes, soñadores y emprendedores personajes anónimos que cada fría mañana hacen un aporte, dejan una huella. Por ello, asumí con esa llamada el compromiso de redactar un artículo sobre el fideicomiso y compartir mis experiencias personales y profesionales en tan relevante ocasión como la edición 50 de la Revista y

el año 40 (contando primera y segunda etapa) de la revista THEMIS.

* * *

Cuando la Ley de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, Ley 23607, fue publicada el 9 de diciembre de 1996, muy pocos se percataron que nuestro legislador había incluido 34 artículos referidos al régimen del fideicomiso bancario en el país y que con ello se daba inicio a una nueva figura jurídica que tendría un significativo impacto en la forma de celebrar contratos de gran magnitud en el país. Han pasado ya casi 10 años de vigencia de esta ley y creemos que, más que un artículo cargado de citas doctrinarias y jurisprudencias inexistentes aún, podemos hacer un balance de este significativo desarrollo de los últimos años y nuestra visión de futuro con respecto a esta figura.

A diferencia de otras legislaciones latinoamericanas que ya habían incorporado la figura del fideicomiso en su legislación interna, tal es el caso de Argentina, Colombia, Venezuela, Panamá y, principalmente, México con muchos años de antelación; nuestra legislación hasta la Ley 26702 no contaba con una herramienta similar a esta figura jurídica, es decir, la posibilidad de suscribir un contrato hecho a la medida de las necesidades de las partes, con un patrimonio autónomo, para garantizar a través de un tercero (el fiduciario) el cumplimiento de dicho contrato y de las obligaciones que las partes hubieran pactado en el mismo, bajo determinadas características especiales.

A pesar que el fideicomiso es una institución jurídica ampliamente conocida y desarrollada en el mundo, bajo distintos nombres y modalidades, y que tiene como fuente y antecedente el mismo Derecho romano –pero tal como la conocemos el día de hoy en nuestra legislación tiene una importante influencia del Derecho germánico y el *trust* anglosajón–; hasta la Ley 26702, sólo la ley de bancos anterior la había incorporado con algunas deficiencias y omisiones que fueron acertadamente corregidas en el nuevo texto de la ley bancaria.

UN POCO DE HISTORIA

Aún cuando no pretendemos ahondar en este artículo con mayores precisiones, al parecer el antecedente más lejano de esta figura resulta siendo la figura del *fideicommissum* romano por medio del cual, y a efectos de evitar las restringidas normas sucesorias romanas, un ciudadano encargaba a un tercero de confianza la propiedad de sus bienes para que ante su fallecimiento cumpliera con el encargo

de entregarlo parcial o totalmente a los beneficiarios. Sin embargo, aún cuando se desconoce si el *fideicomisum* resultare siendo una práctica usual o restringida a la transferencia sucesoria exclusivamente, la mayor parte de los tratadistas coinciden que en Roma existían dos clases de fiducia: la fiducia *cum amico* mediante la cual una persona transfería bienes a un tercero de extrema confianza a fin de que se los devuelva en determinadas circunstancias; y, de otro lado, la fiducia *cum creditore*, por la cual, la titularidad del dominio de propiedad de manera plena pasaba del deudor al acreedor por *mancipatio* o *injure cesio*, figurando el acreedor como propietario de los bienes de su deudor y generándose una serie de acciones reivindicatorias propias de un exceso de las atribuciones del acreedor que transfería los bienes antes del cumplimiento de las condiciones del acuerdo, o incluso después de vencidas y cumplidas éstas, resultando evidentemente perjudicial para el deudor quien no tenía acción real persecutoria de los bienes ante terceros, ni capacidad de conservar el bien para su provecho lo que generó que la figura quedara en desuso cuando aparecieron las “modernas” garantías reales de prenda e hipoteca.

Con respecto a la paternidad de la figura del fideicomiso latinoamericano, tal como se conoce el día de hoy en las diversas legislaciones latinoamericanas, la que no sólo tiene influencia romana y germánica sino también anglosajona, se ha hablado mucho, sin embargo me resultan interesantes las opiniones de dos prestigiosos consultores latinoamericanos en esta materia.

Para Luis Alberto Alegrett¹: “los antecedentes no son del todo claros, y la figura incluso puede remontarse a uno de sus precursores don Andrés Bello quien en la segunda mitad del siglo XIX, lo introduce en el Código Civil Chileno en 1867. También se argumenta que definitivamente su entrada en Latinoamérica ocurre gracias al *trust* anglosajón desde los Estados Unidos, encontrando en 1905 los primeros vestigios formales del fideicomiso en México, donde el Secretario de Hacienda en aquella época, José Limantour envía al Congreso de su país, un proyecto de ley, denominado Proyecto Limantour, elaborado por Jorge Vera Estañol compuesto de ocho artículos

donde se regulaba la actividad fiduciaria, el cual no fue aprobado en aquella oportunidad. Luego se presentó otro proyecto en 1924, elaborado por Enrique Creel, para por fin ser incluida la ley de fideicomisos en 1926, con gran influencia de la obra del abogado Ricardo J. Alfaro de Panamá, en cuyo país ya se hablaba del fideicomiso desde 1920, surgiendo la ley que regula dicha actividad en 1925. De allí, la eterna discusión de los orígenes del fideicomiso en Latinoamérica que disputan México y Panamá, pero siendo este último país quien constituye la primera ley que regula al fideicomiso en Latinoamérica, que luego fue derogada en 1941. Sin embargo, una vez que surge el fideicomiso en la legislación mexicana en 1926, comienza un desarrollo creciente de la actividad fiduciaria en México, convirtiéndose en el gran promotor del fideicomiso en Latinoamérica y hasta ahora, el país con el mayor volumen de recursos administrados bajo esta figura. Ello ha contribuido a ser reconocido el fideicomiso mexicano como pionero y promotor de la figura en Latinoamérica”.

De otro lado para el experto Nicolás Malumián, “se debe destacar la tarea del jurista mexicano Pablo Macedo, quien elaboró el borrador que luego regulara el fideicomiso en México, país de indudable influencia en las legislaciones de fideicomiso latinoamericanas (incluida la Argentina)”².

Para Malumián:

“En un trabajo preliminar a la traducción de la obra de Pierre Lepaulle³], Pablo Macedo explica la génesis de la legislación de fideicomiso mexicana comentando la doctrina más influyente:

- a) el desarrollo en la práctica comercial de Emilio Velasco quien se vincula a los casos de *trusts* celebrados con anterioridad a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mayormente por inversores norteamericanos e ingleses en ferrocarriles y otras obras de infraestructura;
- b) en particular Pablo Macedo, siguiendo a Batiza, crítica a la doctrina de Toribio Esquivel Obregón, y comenta los dos proyectos de Jorge Vera Estañol y el proyecto de Enrique C. Creel;
- c) Pablo Macedo demuestra un especial interés en la obra del gran jurista panameño Ricardo J.

¹ ALEGRETT, Luis Alberto (Venezuela). Ex Presidente de la Comisión Latinoamericana de Fideicomiso (COLAFI). Según investigaciones personales en proceso de elaboración y publicación.

² MALUMIÁN, Nicolás. “Fideicomiso y securitización: análisis legal, fiscal y contable”. Segunda Edición en imprenta. Buenos Aires. Material inédito compartido gentilmente con la autora.

³ “Nos referimos al estudio sobre el fideicomiso mexicano de autoría de Pablo Macedo publicado como análisis de la traducción de LEPAULLE, Pierre. “Tratado Teórico Práctico de los Trusts: En el derecho interno, en derecho fiscal y en derecho internacional”. México: Editorial Porrúa. 1975”. MALUMIÁN. Ibid.

Alfaro, quien con su clásica obra 'El Fideicomiso: Estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en el legislación de los pueblos latinos una institución nueva, semejante al trust del derecho inglés' (Imprenta Nacional, Panamá, 1920). Este jurista elabora un proyecto de ley que se es adoptado como Ley de Panamá el 6 de enero de 1925. Este proyecto consideraba al fideicomiso 'un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario para que disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario' ⁴.

Según Malumián, resulta particularmente interesante el concepto de fideicomiso que adopta Alfaro y que será después adoptado por todas las legislaciones latinoamericanas. "En lo referente al concepto de fideicomiso como patrimonio afectado, Macedo explica que 'es el primer punto en que el legislador acogió las ideas que ya al respecto había expuesto el profesor Pierre Lepaulle (...) la idea del patrimonio de afectación es fundamental en Lepaulle y pasó a serlo en la Ley, pues en ese patrimonio, que ya no pertenece al fideicomitente, pero no pertenece tampoco al fiduciario ni al fideicomisario, radica toda la institución' ⁵.

"En síntesis, si bien se puede buscar un primer antecedente del fideicomiso latinoamericano en el destacado maestro Alfaro, las legislaciones latinoamericanas rompieron con su idea del mandato irrevocable (posteriormente un mandato irrevocable con transferencia de bienes) y adoptaron la idea del patrimonio de afectación destinado a un fin y de propiedad del fiduciario (pero una propiedad *sui generis* limitada por los fines del fideicomiso). El jurista que redacta la primer ley, y la más influyente en Latinoamérica es Pablo Macedo, quien si bien sigue en algún aspecto las ideas de Lepaulle es quien tiene el indudable mérito de crear la legislación más exitosa y difundida de Latinoamérica" ⁶.

Resulta evidente que el fideicomiso latinoamericano tiene, a diferencia de otras instituciones jurídicas romano-germánicas, una evidente carga anglosajona, tal como lo demuestran interesantes

estudios e investigaciones de Sergio Rodríguez Azuero⁷ y Rodolfo Batiza⁸, ya que los conceptos de propiedad, patrimonio autónomo, transferencia fiduciaria, fiduciario, etc. no pueden entenderse ni analizarse únicamente bajo los esquemas doctrinarios de nuestra herencia romano-germánica, y consideramos que es un interesante ejemplo de "globalización" jurídica iniciada hace más de 80 años, o el producto de la propia "reinención" de las figuras romano-germánicas.

Mucho se ha hablado de la naturaleza jurídica del fideicomiso tal como se conoce el día de hoy en esta parte del continente, sin embargo creemos que la definición que más compartimos es aquella que destaca Sergio Rodríguez Azuero "el fideicomiso es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero"⁹. Resulta pues indudable que el común denominador del fideicomiso latinoamericano, tal como es referido por el maestro Rodríguez Azuero, es el de constituir un negocio jurídico con elementos reales o persecutorios del bien y obligacionales con respecto a las obligaciones asumidas por las partes en el contrato.

EL FIDEICOMISO EN EL PERÚ

En el Perú el fideicomiso es "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 llamado fideicomisario", tal como lo establece el artículo 241 de la Ley de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros, Ley 26702. Cabe precisar que la ley anterior de banca –Decreto Legislativo 770– le había dedicado al fideicomiso un capítulo especial, sin embargo, las imprecisiones jurídicas fundamentales relativas a la naturaleza jurídica que erróneamente se asemejaba a la transferencia de propiedad, generó una modificación legislativa del concepto que hoy se encuentra enmarcado en la Ley 26702. Por ello, en nuestro país, el fideicomiso tuvo inicialmente un desarrollo limitado ya que el concepto

⁴ MALUMIÁN. Ibid.

⁵ MALUMIÁN. Ibid.

⁶ MALUMIÁN. Ibid.

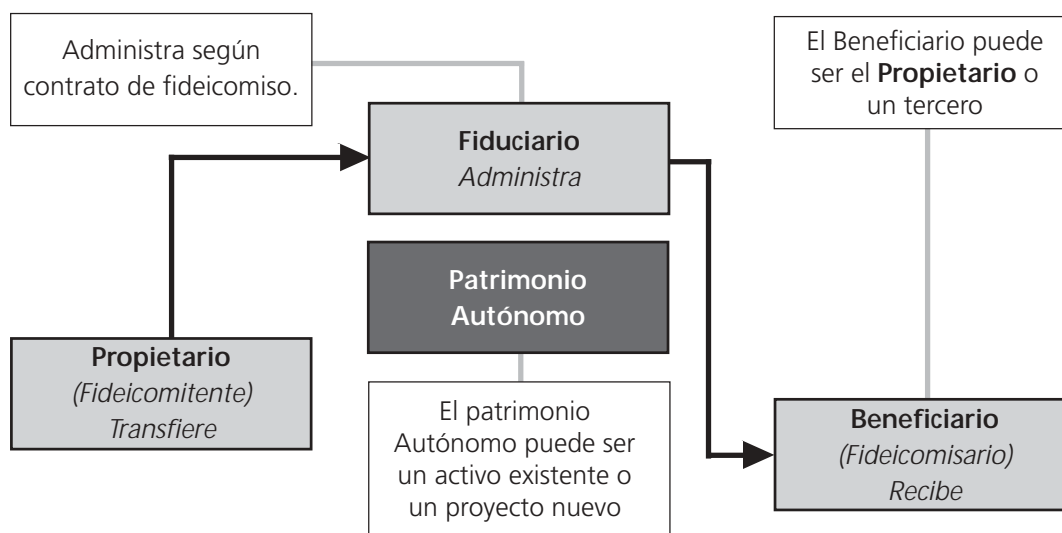
⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. "Contratos bancarios. Su significación en América Latina". Colombia: Legis. Quinta edición. 2002.

⁸ BATIZA, Rodolfo. "El fideicomiso. Teoría y práctica". México: Editorial Porrúa. Tercera edición. 1976.

⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Op. Cit. p. 830.

“transferencia del dominio fiduciario” no era del todo claro y restringió el uso de la figura hasta que luego de la norma reglamentaria un reducido grupo de expertos,

abogados y estructuradores vinculados a la actividad bancaria y financiera se decidió a ponerlo en práctica, bajo el siguiente esquema general:



Aun cuando en términos generales la figura del fideicomiso tiene particularidades en cada país donde ha sido legislada, en el Perú las principales características del fideicomiso bancario son las siguientes:

1. Es un patrimonio especial, autónomo y distinto del patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y, en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.
2. La transferencia de los bienes se hace en fideicomiso, es decir, no es propiamente una transferencia en propiedad ni una carga o gravamen sobre los bienes, aunque se trate de fideicomisos de garantía.
3. El patrimonio fideicometido está sujeto al dominio del fiduciario y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.
4. Los activos del patrimonio autónomo en fideicomiso están separados de los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario.
5. El negocio fiduciario es muy versátil y puede tener diversas características, sin embargo, en todos los casos se formaliza por contrato entre fideicomitente y fiduciario.
6. El plazo máximo del fideicomiso es de 30 años, salvo excepciones establecidas por la ley (fideicomisos vitalicios, culturales, filantrópicos, establecidos en el artículo 251 de la ley).
7. El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario. Éste le confiere facultades, incluidas las de administración, uso, disposición, reivindicación, con sujeción a la finalidad para el que fue constituido el fideicomiso. El fiduciario sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones establecidas en el contrato.
8. El patrimonio fideicometido no responde por las obligaciones del fiduciario, del fideicomitente y, tratándose de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible por los frutos o las prestaciones a su favor. Sin embargo, los bienes se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario, por los actos para los que fue constituido el fideicomiso y lo establecido en el acto constitutivo.
9. Se pueden emitir valores mobiliarios en respaldo de patrimonio fideicometido lo que se encuentra sujeto a los términos y condiciones establecidas por la Ley de Mercado de Valores.
10. El patrimonio fideicometido es administrado por el fiduciario, el cual debe llevar, respecto a cada contrato, contabilidad separada.
11. Puede establecerse fideicomiso en garantía mediante el cual una empresa que otorga créditos con garantía fiduciaria se resarce del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando se encuentre integrado por dinero dando cuenta a la Superintendencia de Banca y Seguros. En

este caso son excluyentes las calidades de fiduciario y acreedor.

Aun cuando la norma reglamentaria de la Ley 26702 en materia de fideicomiso apareció tres años después el 13 de noviembre de 1999 mediante Resolución SBS 1010-99 -y a esa fecha todavía habían algunas imprecisiones tributarias propias de la aplicación de una institución jurídica nueva y demasiado particular para el común de los expertos y abogados-, en aquellos tiempos, algunas experiencias previas habían terminado en exitosos contratos de financiamiento, que no hubieran sido posibles de realizar sin una estructura de fideicomiso. Un contrato de financiamiento para el proyecto minero más grande de Latinoamérica en la sierra norte del Perú, Antamina, y el proyecto hotelero Marriott fueron dos de las primeras experiencias fiduciarias exitosas y que han permitido demostrar a los expertos las ventajas de esta herramienta jurídica.

Con esta experiencia incipiente todavía, algunos contratos y una ley bastante conveniente, la Asociación de Bancos creó en el año 2001 la Comisión de

Fideicomiso y se obtuvo la sede del XII Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Éste se realizó con el auspicio de la Federación Latinoamericana de Bancos-FELABAN y la Comisión Latinoamericana de Fideicomiso con gran éxito en octubre de 2002 en la ciudad de Lima y contó con la participación de más de 400 expertos nacionales y extranjeros latinoamericanos. Todo ello le dio un gran impulso al negocio fiduciario en nuestro medio, ya que los expertos pudieron familiarizarse con esta novedosa figura y la manera como facilitaría las negociaciones y contratos, dando herramientas ágiles a los actores para el cumplimiento de un contrato y un seguro para las partes involucradas en el mismo.

En marzo del año 2001 también fue autorizada a operar la primera empresa fiduciaria del país “La Fiduciaria” la que, a la fecha, registra operaciones y contratos en fideicomiso por un monto comprometido de US\$ 2,800 millones, considerando el valor presente de los flujos futuros y los valores de tasación de los activos fideicometidos, ello apenas en 4 años de constituida. Sus patrimonios fideicometidos, a la fecha, se clasifican de la siguiente manera:

Sectores	# de operaciones	Participación
Agrícola	4	4%
Comercial	7	7%
Comunicaciones	1	1%
Construcción	18	18%
Educación	2	2%
Energía	10	10%
Financiero	3	3%
Gremios	1	1%
Industrial	14	14%
Inmobiliario	20	20%
Minería	1	1%
Pesca	11	11%
Público	4	4%
Saneamiento	1	1%
Turismo	3	3%
Total	100	100%

Fuente: La Fiduciaria

Los resultados del negocio fiduciario en los últimos años en Latinoamérica y principalmente en el Perú no pueden ser menos que alentadores, tal como lo demuestran los cuadros adjuntos presentados

en la reunión del Comité Latinoamericano de Fideicomisos (en adelante, “COLAFI”)¹⁰ realizada en Quito, Ecuador, en octubre de 2004, en el marco del XIV Congreso Latinoamericano de

Fideicomiso que anualmente organiza y congrega a los expertos latinoamericanos en la materia para

intercambiar experiencias, conocimientos y perspectivas a largo plazo.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI Consolidado de Países Año 2003 En Millones de Dólares USA

Origen	Bolivia*	Colombia	Costa Rica	Cuba	Ecuador	Guatemala
Públicos	16.5	3,650.0	210.0	1,689.8	819.3	411.6
Privados	46.0	14,795.0	721.0	137.5	1,915.5	712.2
Total	62.5	18,445.0	931.0	1,827.3	2,734.8	1,123.8
Tipo de Fideicomiso						
Inversión		4,400.0		10.0	175.2	
Garantía		2,576.0			1,121.6	
Administración		7,224.0		1,814.2	1,321.4	
Titularización		3,650.0			20.7	
Fondo Mutuos						
Mixtos		346.0		3.1		
Otros		249.0			95.9	
Total	62.2	18,445.0	931.0	1,827.3	2,734.8	1,123.8

Origen	Honduras	Panamá	Paraguay	Perú	Uruguay	Venezuela
Públicos	147.1	1,247.4				4,618.8
Privados	334.8	2,399.5	37.8	8,911.3	340.9	5,448.0
Total	481.9	3,646.9	37.8	8,911.3	340.9	10,066.8
Tipo de Fideicomiso						
Inversión	32.4	1,859.3		109.2		1,814.5
Garantía	63.2	1,265.0	8.1	4,961.4		1,854.3
Administración	311.4	299.3	29.7	272.7		6,276.5
Titularización				532.2	340.9	
Fondo Mutuos				3,016.2		
Mixtos	59.0			19.6		33.9
Otros	15.8	223.4				87.6
Total	481.9	3,646.9	37.8	8,911.3	340.9	10,066.8

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI. No se incluye información de México por no disponer de ella, sin embargo se conoce que en 2004 sus cifras de fideicomiso son de más de US\$ 80,000. De Argentina no se ha obtenido información.

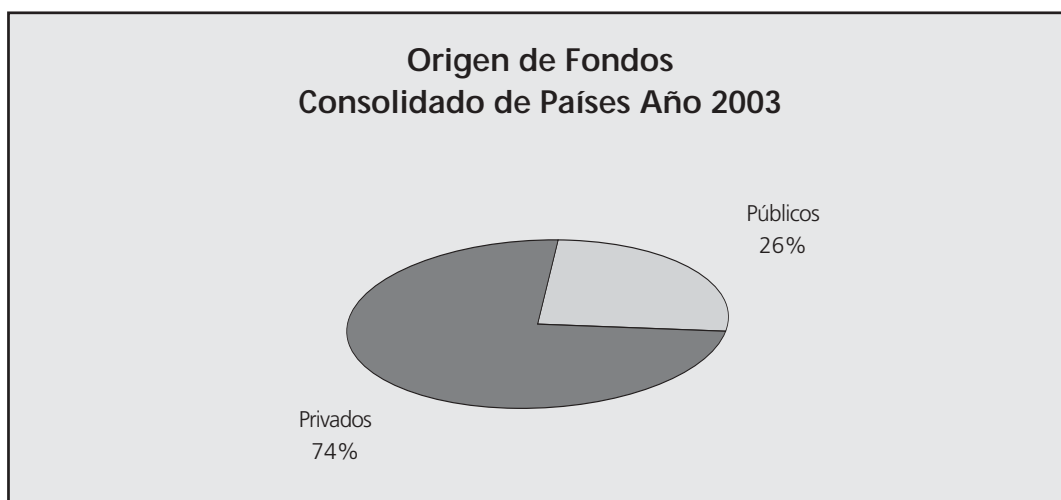
* Por no disponer de información, la distribución de los fideicomisos públicos y privados de Bolivia se calculó en base al porcentaje general del total de países, 26% y 74%.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI Total Consolidado de Países Año 2003 y 2002 En Millones de Dólares USA

Origen	Total 2003	Total 2002*	Cambio	%
Públicos	12,810.5	16,226.9	(3,416.4)	-21%
Privados	35,799.5	26,515.1	9,284.4	35%
Total	48,610.0	42,742.0	5,868.0	14%
Tipo de Fideicomiso				
Inversión	8,400.6	9,153.0	(752.4)	-8%
Garantía	11,849.6	10,100.0	1,749.6	17%
Administración	17,549.2	13,109.1	4,440.1	34%
Titularización	4,543.8	1,948.7	2,595.1	133%
Fondo Mutuos	3,016.2		3,016.2	
Mixtos	461.6	5,105.8	(4,644.2)	-91%
Otros	671.8	896.9	(225.2)	-25%

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

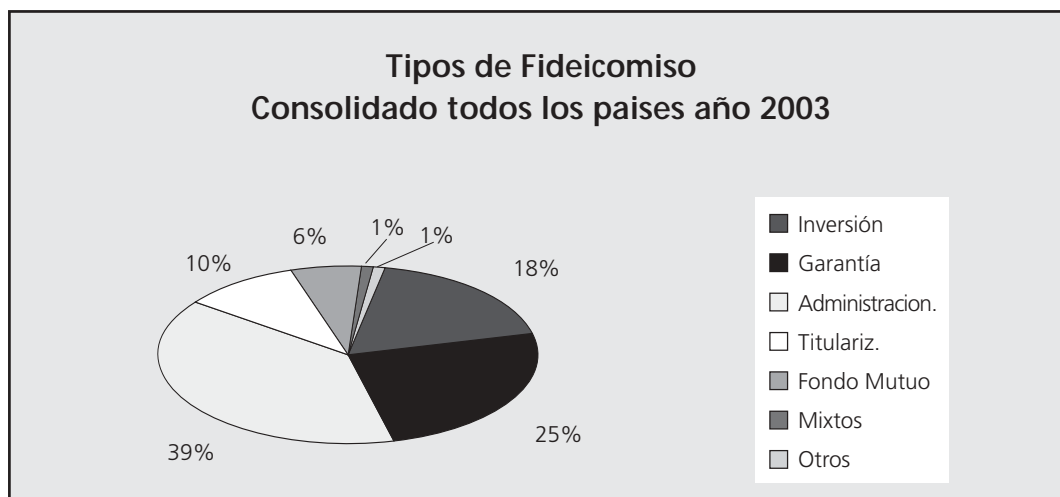
* Se excluyó a México US\$ 26,459 Millones, para no distorsionar el análisis



Origen	2002*		2003	
	Total	%	Total	%
Públicos	34,393.9	50%	12,794.0	26%
Privados	34,807.1	50%	35,753.5	74%
Total	69,201.0	100%	48,547.5	100%

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

* Las estadísticas del 2002 incluyen a México, el cual influye directamente en los Fideicomisos Públicos. Si éste se excluye del análisis, resultaría para el 2002 una relación del 38% y 62% respectivamente.



Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

**Estadísticas Fiduciarias COLAFI
Del 2000 al 2003 (Cifras en millones de US\$ dólares)(*)**

PAÍS	2000	2001	2002	2003
BOLIVIA			0.5	62.5
COLOMBIA	14,620.0	15,737.0	15,240.0	18,445.0
COSTA RICA	913.0	1,009.4	770.0	931.0
CUBA	306.7	1,751.6	2,223.4	1,827.3
ECUADOR		1,186.0		2,734.8
EL SALVADOR			454.7	
GUATEMALA	1,340.7	682.8	1,186.5	1,123.8
HONDURAS	214.5	294.7	441.6	481.9
PANAMÁ		3,025.0	3,316.3	3,646.9
PARAGUAY				37.8
PERÚ(**)	8,757.4	10,539.4	8,561.7	8,911.3
URUGUAY				340.9
VENEZUELA	4,649.4		10,530.0	10,066.8
TOTAL	30,801.7	34,225.9	42,724.7	48,610.0

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

(*) No se incluye a México cuyo patrimonio calculado es de más de US\$ 80,000.

(**) La distorsión del año 2001 corresponde a un ajuste contable, corregido en la información oficial a partir del 2002.

Con respecto a la información presentada al COLAFI por nuestro país (según los cuadros siguientes) y aun cuando en ellos no se ven reflejados los fideicomisos o fondos fiduciarios administrados por entidades del Estado como COFIDE o el Banco de la Nación y algunas entidades del sistema financiero, resulta evidente el crecimiento mantenido de operaciones fiduciarias a consecuencia de diversos factores como: la gran versatilidad y flexibilidad que presenta el fideicomiso para proyectos de inversión, administración de flujos y consolidación de negocios y reestructuraciones de forma tal que cada contrato tiene su propio esquema y cada estructura fiduciaria su propio “universo” contractual. Al respecto, resulta evidente que una estructura flexible como la propuesta por la figura del fideicomiso, deja en libertad a las partes para establecer sus compromisos y roles dentro del contrato, definir sus propias cláusulas restrictivas y de “salida”, permitiendo fijar libremente el tiempo de vigencia y combinar en un solo contrato acuerdos de distinta naturaleza contractual o de diferente grado de complejidad, permitiendo que las estrictas formas contractuales jueguen armoniosamente en este “universo” creado por sus estructuradores, siempre dentro de los límites de la legislación nacional.

Sin perjuicio de ello, es destacable que un elemento fundamental para el éxito de esta figura es la existencia de un “patrimonio autónomo” distinto e independiente de las partes del contrato constituyente, lo cual permite diferenciar la figura de un mero mandato con o sin representación, encargo de confianza o figura similar y separar el patrimonio para que éste sea destinado única y exclusivamente para

los fines del fideicomiso creado por las partes intervinientes, todo lo cual hace atractivo al contrato y ejecutable la garantías del mismo en los términos y condiciones establecidos por las partes del contrato.

Finalmente, la existencia de un tercero (fiduciario), a quien se le confían los bienes y derechos para el cumplimiento y en garantía del contrato, incorpora un elemento subjetivo necesario en este tipo de contratos, es decir, dejar en un tercero ajeno a la relación de las distintas partes del contrato el encargo de ejecutar el mismo con transparencia, diligencia e imparcialidad, lo cual es fundamental en todo contrato de fideicomiso.

Estos antecedentes y la experiencia adquirida y compartida en los últimos años nos ha permitido conocer y participar en importantes estructuras financieras y contratos de fideicomiso y adecuar la figura no sólo a las estructuras naturales como los *project finance*, los contratos de garantías de flujos futuros y los fideicomisos de garantía simples; sino también adecuar la figura a las crecientes necesidades del mercado y del país como la de proveer fondos a grandes proyectos de inversión de vivienda (Fondos MIVIVIENDA) a través de los fideicomisos inmobiliarios, resolver un antiguo problema de pasivos ambientales como el fideicomiso de cierre de mina, o estructuras más complejas y financieras como los fideicomisos de flujos futuros o concesiones de carreteras o, con buen criterio, el fideicomiso de los fondos destinados a obras de desarrollo regional como Las Bambas, cuyo patrimonio fiduciario ha sido destinado a los proyectos sociales de las zonas aledañas de la región.

Estadísticas Fiduciarias COLAFI Del 2001 al 2003 (Cifras en millones de US\$) PERÚ

CONCEPTO	2000	2001	2002	2003
# de Fideicomisos	nd	73	92	94
Patrimonio US\$ Dólares	8,757	10,539	8,562	8,911.3
Crecimiento %		20%	(19%)	4%
Patrimonio Moneda Nacional	30,870	36,292	30,090	30,849
Crecimiento %		18%	(17%)	3%
Tipo de cambio MN / US\$	3.5250	3.4435	3.5145	3.4618
Producto Interno Bruto	nd	nd	nd	nd
Distribución Origen Fondos:				
Públicos	99%	14%	37%	0%
Privados	1%	86%	63%	100%

ORIGEN	2000	2001	2002	2003
Fideicomisos Públicos	8,705	1,475.26	3,139.95	0
Fideicomisos Privados	52	9,064.10	5,421.70	8,911.31
Totales	8,757	10,539.36	8,561.65	8,911.31
Por Tipo de Fideicomiso				
Fideicomisos de Inversión	492		0.14	109.2
Fideicomisos de Garantía	6	8,965.51	4,869.42	4,961.42
Fideicomisos de Administración.	129	3.78	595.28	272.68
Titularización			1,415.40	532.22
Fondos Mutuos				3,016.22
Fideicomisos Mixtos	7,955	45.00	1,681.41	19.56
Otros	175	1,525.07		
Totales	8,757	10,539.36	8,561.65	8,911.3

Fuente: Estadísticas Fiduciarias – COLAFI

EL FUTURO

Después de casi 10 años de vigencia del fideicomiso y siempre que mantengamos una adecuada legislación, la debida especialización y autorregulación de las entidades fiduciarias y una normativa tributaria clara y que ofrezca seguridad jurídica para la estructuración de operaciones de largo plazo propias de contratos de este tipo, creemos que el futuro es muy promisorio para una figura que ha mostrado su versatilidad y su capacidad para solucionar problemas.

Creemos que dicha versatilidad le permitirá incorporarse naturalmente en nuevos negocios y necesidades económicas como aquellas que esperamos provendrán de las concesiones públicas, procesos de privatización, obras de infraestructura básica e inmobiliaria, administración de recursos regionales o municipales, reestructuraciones empresariales privadas, donaciones o cooperación técnica internacional, y la administración de recursos públicos.

En relación con la actividad pública, creemos que todavía hay un gran camino por recorrer. Si bien

vemos como cada día se utiliza con mayor confianza la figura en algunas entidades públicas, como concesiones, privatizaciones, y empieza a ser familiar la figura para los gobiernos municipales, todavía hay muchos paradigmas por romper, ya que la legislación actual tiene vacíos con respecto a la administración de bienes o fondos públicos por parte de particulares o privados, aspectos que legislaciones y realidades como Colombia han sabido superar en apenas unos cuantos años, mostrando las bondades de la figura para una adecuada administración de fondos previsionales, inversiones públicas, donaciones del exterior, por dar algunos pequeños ejemplos, y que válidamente podrían ser adaptados a nuestras necesidades propias con el objetivo final de que los recursos del Estado sean adecuadamente administrados y destinados a cumplir con los objetivos y fines específicos para los cuales han sido presupuestados.

* * *

Son las 11:35 a.m. y acabo de leer un artículo de Beatriz Boza sobre la transparencia de las cuentas fiscales en el diario El Comercio¹¹, y me permito transcribir de ese artículo algo que es una verdad

¹¹ BOZA, Beatriz. "Fiscalización constructiva". En: Diario El Comercio. Lima, 12 de mayo de 2005. p. A-4.

irrefutable: “En un país de escasos recursos garantizar que los fondos públicos se usen de la mejor manera posible, no sólo es una responsabilidad ineludible del Congreso sino una manera eficaz de contribuir a combatir la pobreza”. Me pregunto: ¿qué nos falta para hacer el *link* y utilizar modernas técnicas de contratación, cualesquiera que éstas sean, para que aquellos recursos públicos destinados a fines específicos sean administrados de manera transparente, auditable, controlable y fiscalizable de acuerdo a criterios técnicos, no-partidaristas de ninguna clase? El reto es de todos, sector público y privado, funcionarios públicos y expertos bancarios y financieros, fiduciarios y estructuradores. La responsabilidad es grande para todos, porque se trata del destino y uso de los fondos públicos, sin embargo, los beneficios para el Estado y los

ciudadanos son aún mayores.

* * *

11:45 a.m. el café se ha enfriado y todavía me falta ponerle título a este artículo, pronto me llamará Iván, el chico de la Revista encargado de “perseguirme para cumplir con la entrega”, y viéndome como hace más de 20 años, respirará tranquilo cuando lo tenga en sus manos. Veo a través de la ventana, es una fría mañana allá afuera, el decorado y la escenografía perfecta para que en este autodenominado homenaje se realice un pequeño aporte, siembre una inquietud y asuma un nuevo reto que marcará su propio derrotero. Me alivia pensar que por lo menos ternura y valentía no ha faltado. ¡Ya se me ocurrió el título! Iván, puedes venir por el artículo...