

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

EL SISTEMA FIDUCIARIO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ESTADO PERUANO

Para optar	: El título profesional de abogado
Autor	: Bach. Melgarejo Mallma Marco Antonio
Asesor	: Mg. Huali Ramos de Afan Jessica Patricia
Línea de investigación institucional	: Desarrollo humano y derechos
Área de investigación institucional	: Ciencias sociales
Fecha de inicio y de culminación	: 24-07-2023 a 13-11-2023

HUANCAYO – PERÚ

2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. VIVANCO VASQUEZ HECTOR ARTURO

Docente Revisor Titular 1

MG. OSCUVILCA TAPIA ANTONIO LEOPOLDO

Docente Revisor Titular 2

MTRO. GARCÍA DE LA CRUZ RUBEN WALTER

Docente Revisor Titular 3

ABG. BARRERA BALDEON FRANKLIN ENRIQUE

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A los familiares que nos brindaron su apoyo para lograr nuestras metas.

AGRADECIMIENTO

A nuestra Universidad y a sus docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, por conducirnos hasta el logro de nuestras metas académicas y ahora profesionales.

El autor.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Oficina de
Propiedad Intelectual
y Publicaciones

NUEVOS TIEMPOS
NUEVOS DESAFIOS
NUMEROS COMPROMISOS

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N° 00093-FDCP -2024

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL SISTEMA FIDUCIARIO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ESTADO PERUANO

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. MELGAREJO MALLMA MARCO ANTONIO**

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **MG. HUALI RAMOS DE AFAN JESSICA PATRICIA**

Fue analizado con fecha **07/03/2024** con **94** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

El documento presenta un porcentaje de similitud de **17 %**.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N° 15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio. Se declara, que el trabajo de investigación: ***Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.***

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 07 de marzo de 2024.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFE

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD	v
CONTENIDO	vi
RESUMEN	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN	xi

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problema.....	16
1.2. Delimitación del problema.....	18
1.2.1. Delimitación espacial	18
1.2.2. Delimitación temporal.....	19
1.2.3. Delimitación conceptual.....	19
1.3. Formulación del problema	19
1.3.1. Problema general	19
1.3.2. Problemas específicos	19
1.4. Justificación de la investigación	20
1.4.1. Justificación social.....	20
1.4.2. Justificación teórica	20
1.4.3. Justificación metodológica	20
1.5. Objetivos de la investigación	21
1.5.1. Objetivo general.....	21
1.5.2. Objetivos específicos.....	21
1.6. Supuestos de la investigación	21
1.6.1. Supuesto General.	21
1.6.2. Supuestos Específicos.	21
1.6.3. Operacionalización de Categorías.....	22
1.7. Propósito de la investigación	23
1.8. Importancia de la investigación	23
1.9. Limitaciones de la investigación.....	23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación	24
2.1.1. Nacionales.	24
2.1.2. Internacionales.	27
2.2. Bases teóricas de la investigación.....	31
2.2.1. Sistema fiduciario.	31
2.2.1.1. <i>Evolución histórica del fideicomiso.</i>	32
2.2.1.2. <i>Definición del fideicomiso en el sistema económico peruano.</i>	33
2.2.1.3. <i>Los bienes con calidad jurídica y económica.</i>	34
2.2.1.4. <i>Los fideicomisos bancarios.</i>	35
2.2.1.4.1. <i>Objeto contractual y pacto del fideicomiso.</i>	36
2.2.1.5. <i>La propiedad fiduciaria.</i>	37
2.2.1.5.1. <i>Concordancia normativa.</i>	37
2.2.1.6. <i>Efectos del contrato de fideicomiso.</i>	38
2.2.1.7. <i>Naturaleza jurídica fiduciaria.</i>	38
2.2.1.8. <i>Tipos de negocios fiduciarios.</i>	39
2.2.1.9. <i>Sistema jurídico del fideicomiso peruano.</i>	40
2.2.1.9.1. <i>Las sociedades tituladoras fiduciarias.</i>	40
2.2.1.9.2. <i>Estructura del contrato del fideicomiso.</i>	41
2.2.1.10. <i>El fideicomiso y los derechos fundamentales.</i>	42
2.2.2. Libertad contractual.	43
2.2.2.1. <i>Autonomía privada contractual.</i>	44
2.2.2.2. <i>Límites de la libertad contractual.</i>	45
2.2.2.3. <i>Principio de sociabilidad de los contratos.</i>	46
2.2.2.4. <i>Primacía de la autonomía de la voluntad.</i>	47
2.2.2.5. <i>Obligatoriedad de la libertad contractual.</i>	48
2.2.2.6. <i>La libertad contractual y la buena fe.</i>	50
2.2.2.7. <i>Formación de la libertad contractual.</i>	50
2.2.2.7.1. <i>Negociación contractual.</i>	51
2.2.2.7.2. <i>Perfeccionamiento contractual.</i>	52
2.2.2.7.3. <i>Ejecución contractual.</i>	52
2.2.2.7.4. <i>Interpretación contractual.</i>	53
2.2.2.7.5. <i>Teoría de los actos propios.</i>	54
2.3. Marco Conceptual.....	55

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica.....	57
3.2. Metodología paradigmática	58
3.3. Diseño del método paradigmático	59
3.3.1. Trayectoria de estudio.	59
3.3.2. Escenario de estudio.	60
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	60
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	61
3.3.4.1. <i>Técnicas de recolección de datos.</i>	61
3.3.4.2. <i>Instrumentos de recolección de datos.</i>	61
3.3.5. Tratamiento de la información.	61
3.3.6. Rigor científico.	62
3.3.7. Consideraciones éticas.....	63

CAPÍTULO IV RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados.....	64
4.1.1. Resultados del primer supuesto específico.	64
4.1.2. Resultados del segundo supuesto específico.	68
4.2. Contrastación de supuestos	72
4.2.1. Contrastación del primer supuesto específico.	72
4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.	75
4.2.3. Contrastación del supuesto general.	78
4.3. Discusión de resultados.....	79
4.4. Propuesta de mejora.....	83
CONCLUSIONES.....	86
RECOMENDACIONES.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88
ANEXOS.....	92
Anexo 1: Matriz de consistencia	93
Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías	94
Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo cualitativo empírico)	94
Anexo 4: Instrumento de recolección de datos	94
Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)	95
Anexo 11: Declaración de autoría.....	96

RESUMEN

El problema general que se plantea en la presente tesis es: ¿De qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano?, cuyo objetivo general es: Determinar de qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano; que dio lugar al supuesto general con el siguiente texto: El sistema normativo fiduciario influye negativamente en la libertad contractual en el Estado peruano; investigación que se desarrolló a fin de incluir a la persona natural como fiduciario, tal como ocurre en otros países como Chile, Argentina, Ecuador y otros, ya que en nuestro país se excluye a la persona natural en dicha función; se logró investigar aplicando el enfoque cualitativo teórico en la metodología, para lo cual se tuvo que aplicar una interpretación exegética a los dispositivos normativos que excluye a la persona natural del procedimiento fiduciario, luego se llevó el procesamiento y el análisis de datos utilizando las fichas de investigación, que mediante la interpretación se logró argumentar el propósito de la modificación recomendada; siendo la **conclusión de mayor importancia**: “El sistema normativo fiduciario establecido en la Ley N° 26702 “Ley General del Sistema Financiero” y las sociedades tituladoras fiduciarias contenidas en la “Ley del Mercado de Valores”; ambas, al excluir a la persona natural como fiduciario afectan la libertad contractual en el Estado peruano”.

Palabras claves: Sistema fiduciario, fideicomisos bancarios, sociedades tituladoras fiduciarias, libertad contractual, principio de la autonomía privada contractual.

ABSTRACT

The general problem posed in this thesis is: How does the fiduciary regulatory system influence contractual freedom in the Peruvian State?, whose general objective is: Determine how the fiduciary regulatory system influences contractual freedom in the Peruvian State; which gave rise to the general assumption with the following text: The fiduciary regulatory system negatively influences contractual freedom in the Peruvian State; research that was developed in order to include the natural person as fiduciary, as occurs in other countries such as Chile, Argentina, Ecuador and others, since in our country the natural person is excluded in said function; It was possible to investigate by applying the qualitative theoretical approach in the methodology, for which an exegetical interpretation had to be applied to the normative devices that exclude the natural person from the fiduciary procedure, then the processing and analysis of data was carried out using the data sheets. investigation, which through interpretation was able to argue the purpose of the recommended modification; The most important conclusion being: “The fiduciary regulatory system established in Law No. 26702 “General Law of the Financial System” and the trust securitization companies contained in the “Securities Market Law”; Both, by excluding the natural person as fiduciary, affect contractual freedom in the Peruvian State.”

Keywords: Trust system, bank trusts, trust securitization companies, contractual freedom, principle of private contractual autonomy.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación intitulada “El sistema fiduciario y la libertad contractual en el Estado peruano”, tuvo el propósito de verificar si en nuestro sistema normativo fiduciario, se puede incluir a la persona natural en calidad de fiduciario, ya que este tipo de contratos tiene su fundamento en la autonomía privada y en el principio de sociabilidad que son los que orientan los contratos de derecho privado, por el medio del cual una persona (fiduciante) hace entrega de un bien o de sus derechos a otra (fiduciaria), para que se constituya un patrimonio fideicometido, con el objeto de que el fiduciario cumpla con las acciones pactadas en dicho contrato en favor del fiduciante, que desde el derecho romano existía y que se ha transferido como legado jurídico en el sistema germano romano.

Se ha detectado que, en la “Ley General del Sistema Financiero”, Ley N° 26702 solo se permite la actuación como fiduciaria a ciertas empresas de operaciones múltiples como el caso del fideicomiso bancario, sin tomar en consideración a la persona natural.

Del mismo modo, en la “Ley del Mercado de Valores”, Decreto Legislativo N° 861, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2023-EF, vigente desde el 11 de febrero del 2023, solo se autoriza que actúe como fiduciario a las sociedades anónimas, apartando de igual manera a la persona natural.

Se debe entender que los contratos fiduciarios están sometidos al derecho privado en el que se deben respetar el principio de autonomía privada contractual y el principio de sociabilidad de los contratos en el derecho privado, más aún cuando la naturaleza jurídica del fideicomiso viene desde el derecho romano adscrito en nuestra legislación y la de otros países latinoamericanos que admiten la actuación como fiduciario a las personas naturales, tal es el caso de España, Chile, Argentina, Ecuador y otros países que respetan la naturaleza jurídica del fideicomiso, destacando a la persona natural que a través de su manifestación de voluntad actúa al amparo de su autonomía privada.

Los principios antes indicados, se encuentran amparados en el artículo 59 y 61 de la Constitución Política del Perú, por lo que, el sistema fiduciario de nuestro país debe estar en concordancia con lo establecido en la Constitución, a fin de respetar la congruencia constitucional y el orden intrasistémico donde debe imperar la autonomía privada de los contratos conjuntamente con la libertad contractual.

En ese contexto, se ha elaborado el Capítulo I de la presente investigación, describiendo la realidad del problema detectado, estableciendo su delimitación, así como formulando los problemas, justificando y presentando los objetivos para luego formular los supuestos que fueron materia de contrastación.

Así mismo, se elaboró lo referido al marco teórico, esto en el Capítulo II, analizando cada uno de los temas pertinentes de las dos categorías de estudio, tomando en cuenta las tesis encontradas y que tienen relación con la nuestra, tanto internacionales como nacionales, que fue base para desarrollar las bases teóricas, en mérito también a la distinta bibliografía especializada en la materia analizada.

Para la metodología que fue desarrollada en el Capítulo III, se tomó en cuenta el enfoque cualitativo teórico que nos permitió lanzar una propuesta modificatoria de las leyes que conforman el sistema normativo fiduciario de nuestro país, haciendo uso del análisis documental como técnica y la utilización de las fichas para recolectar los datos, que fueron plasmados en el marco teórico, aplicando la hermenéutica y argumentación jurídica, con lo que se cumplió con el rigor científico.

Lo anteriormente mencionado, nos permitió desarrollar los resultados, la discusión de estos y la contrastación de cada uno de los supuestos planteados, trabajo que se desarrolló en el Capítulo IV, a fin de proponer la modificatoria de los artículos 16 inciso A y 242 de la “Ley General del Sistema Financiero”; así como la modificación de la reciente “Ley del Mercado de

Valores”; que se encuentra vigente desde el 11 de febrero del 2023, con lo que se busca respetar el principio de congruencia constitucional en lo que se refiere a la libertad contractual.

Se presentó conclusiones y entre la más importante que se presentó es la siguiente: “El sistema normativo fiduciario establecido en la Ley N° 26702 “Ley General del Sistema Financiero” y las sociedades tituladoras fiduciarias contenidas en la “Ley del Mercado de Valores”; ambas, al excluir a la persona natural como fiduciario afectan la libertad contractual en el Estado peruano”.

A la espera de que nuestro trabajo de investigación, sirva de base para las posteriores investigaciones que puedan tratar sobre el sistema fiduciario, ya que dejamos conclusiones y recomendaciones importantes.

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problema

La presente investigación, denominada El sistema fiduciario y la libertad contractual en el Estado peruano, tiene como propósito el análisis del artículo 242 de la Ley N° 26702, modificado por Ley N° 29654 del 17/01/2011, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante la Ley General del Sistema Financiero), y a su vez de los artículos 301 y 302 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2023-EF, vigente desde el 11 de febrero del 2023; el primero de ellos, referido a las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios y la segunda, referida a las sociedades tituladoras fiduciarias, a fin de determinar si las disposiciones normativas antes señaladas establecen un sistema fiduciario cerrado, es decir, que la ley señala o autoriza quiénes pueden tener la función de fiduciarios, o si se permite el sistema fiduciario mixto, es decir, la coexistencia de fiduciarios que no requieren autorización legal previa, para su actuación como fiduciarios.

Para entender el sistema fiduciario, se debe explicar en qué consiste el fideicomiso, que viene a ser:

Una relación jurídica en la cual, una persona llamada fideicomitente, transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a otra persona, llamada fiduciario, para que

éste último destine los bienes a una finalidad determinada en favor del fideicomitente o de un tercero, llamado fideicomisario. (De la Flor, 1999, p. 79).

En el presente caso, el fideicomiso viene a ser un contrato, regido por los requisitos de validez del acto jurídico, por lo tanto, el fideicomiso viene a ser el acto jurídico plurilateral de carácter patrimonial, donde surge la obligación de la constitución de un patrimonio fideicometido que se encuentra sujeto al dominio del fiduciario, por lo tanto, pueden intervenir el fideicomitente, el fiduciario y también lo puede hacer el fideicomisario, todo esto con el objetivo de obtener ventajas económicas de las partes intervinientes.

El fideicomiso, al ser un contrato obliga al fiduciario a constituir un patrimonio fideicometido con los bienes que le son transferidos, siendo éstos inembargables, ya que existe constitución del patrimonio fideicometido, independiente al patrimonio que tienen las partes, donde el fideicomitente no puede ejercer dominio, el derecho subjetivo de dominio lo tiene el fiduciario, pero, que tiene que cumplir con la finalidad específica establecida en el contrato.

El diagnóstico del problema o el problema detectado, consiste en que el sistema fiduciario establecido en las normas antes indicadas de la Ley General del Sistema Financiero y la Ley del Mercado de Valores, vigente desde el 11 de febrero del 2023, al tratar sobre el fideicomiso vulneran el derecho a la libertad contractual establecido constitucionalmente, al establecer un sistema fiduciario cerrado, donde solo se autoriza a ciertas empresas la facultad de fiduciario, dejando de lado a las personas naturales que pueden brindar el mismo servicio y como quiera que es un contrato, se debe respetar el principio de la autonomía privada contractual y el principio de sociabilidad de los contratos que corresponde al derecho privado y que son amparados por el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú, referido a que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravenga las leyes del orden público”. (Constitución Política del Perú, 1993, p. 5).

En cuanto al pronóstico del problema o las consecuencias negativas, es que, de continuar con la problemática antes señalada, el sistema fiduciario de nuestro país, impide el establecimiento de un sistema fiduciario mixto, es decir, el que no solo puedan actuar como fiduciarios las empresas autorizadas por el sistema normativo, sino también que se permita la coexistencia de persona que no requiera de dicha autorización para actuar como fiduciarios, dejando la libertad contractual a las personas que quieran contratar bajo su libertad de autonomía privada, ya sea con las empresas del sistema fiduciario cerrado o con personas que no requieran la respectiva autorización mediante ley, con lo que se estaría respetando la libertad contractual en un Estado democrático de derecho.

En cuanto al control del pronóstico o la solución al problema detectado, es necesario analizar si es pertinente la modificación de los artículos 242 de la Ley General del Sistema Financiero y los artículos 301 y 302 de la Ley del Mercado de Valores vigente desde el 11 de febrero del 2023, ya que no se puede permitir que las normas antes indicadas al ser de menor jerarquía puedan vulnerar el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú.

En mérito a lo antes señalado, se plantea como problema general con la siguiente pregunta:

¿De qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano?

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La presente investigación tendrá como delimitación espacial el ordenamiento normativo del Perú, a fin de analizar el artículo 242 de la Ley de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y los artículos 301 y 302 del TUO de la Ley del Mercado de Valores.

1.2.2. Delimitación temporal

La presente investigación se desarrollará durante el año 2023, mientras se encuentre vigente el artículo 242 de la Ley de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y la Ley del Mercado de Valores.

1.2.3. Delimitación conceptual

La delimitación conceptual abarcará las categorías de estudio sobre el fideicomiso que es la primera categoría conjuntamente con sus temas y subtemas referidos a los fideicomisos bancarios, las sociedades tituladoras fiduciarias y sus demás instituciones. Del mismo modo, lo correspondiente a la libertad contractual como su segunda categoría, analizando los conceptos de autonomía privada contractual, principio de sociabilidad de los contratos, su formalidad, negociación, celebración y ejecución contractual.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano?
- ¿De qué manera las sociedades tituladoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación social

La investigación referido al sistema fiduciario y la libertad en los contratos beneficiará a una parte de nuestra sociedad de personas naturales o jurídicas que desean tener la calidad de fiduciario, ya que actualmente, nuestro sistema en ese ámbito es cerrado, autorizando solo a ciertas entidades financieras o empresas estatales que mediante la Ley General del Sistema Financiero y la Ley de Mercado de Valores, ambas vigentes, solo autorizan a las entidades preestablecidas en sus dispositivos normativos, dejando de lado a las que realmente quieren participar como fiduciarios.

1.4.2. Justificación teórica

El desarrollo del presente trabajo de investigación, brindará el aporte necesario a la teoría del contrato de fideicomiso aperturando la limitación legal que a la fecha tienen en el sistema financiero, a fin de incorporar la prioridad del principio de autonomía privada en la libertad contractual amparada constitucionalmente, siendo vital que, se instituya legalmente un sistema mixto, dejando en la posibilidad de participar como fiduciarios a las personas naturales y jurídicas que por voluntad de los ciudadanos elijan libremente celebrar dichos contratos y no estar sesgado a lo que la ley actualmente limita.

1.4.3. Justificación metodológica

Por la naturaleza de la investigación y de las instituciones a las cuales se analizarán, se debe plantear el enfoque cualitativo teórico, para lo cual será necesario aplicar la tipología de corte propositivo, con el objetivo de modificar tanto la ley del Sistema Financiero como la Ley de Mercado de Valores, procesando el desarrollo metodológico mediante la hermenéutica jurídica, a fin de motivar o justificar los supuestos que se desencadenarán, esta aplicación metodológica podrá servir a otras investigaciones que analicen el sistema fiduciario en nuestro sistema jurídico.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

- Determinar de qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Determinar de qué manera los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano.
- Determinar de qué manera las sociedades tituladoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano.

1.6. Supuestos de la investigación

1.6.1. Supuesto General.

- El sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano.

1.6.2. Supuestos Específicos.

- Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano.
- Las sociedades tituladoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano.

1.6.3. Operacionalización de Categorías.

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
El sistema fiduciario (Concepto jurídico uno)	Los fideicomisos bancarios
	Las sociedades tituladoras
Libertad contractual (Concepto jurídico número dos)	Autonomía privada contractual
	Principio de sociabilidad de los contratos

El concepto 1: El sistema fiduciario, se ha vinculado con el concepto 2: Libertad contractual, con el objetivo de establecer las siguientes preguntas:

- **Primera pregunta específica:** Subcategoría 1 (Los fideicomisos bancarios) de la Categoría 1 (El sistema fiduciario) + Subcategoría 1 (Autonomía privada contractual) de la Categoría 2 (Libertad contractual).
- **Segunda pregunta específica:** Subcategoría 2 (Las sociedades tituladoras) de la Categoría 1 (El sistema fiduciario) + Subcategoría 2 (Principio de sociabilidad de los contratos) de la Categoría 2 (Libertad contractual).

Es necesario aclarar que cada una de las preguntas específicas se encuentran previamente formuladas en el acápite 1.3.2. de la presente tesis y en su matriz de consistencia.

La pregunta general, por último, se encuentra relacionada a través de la categoría 1 (El sistema fiduciario) y la Categoría 2 (Libertad contractual), por tal razón su pregunta general, se genera de la siguiente forma:

¿De qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano?

1.7. Propósito de la investigación

Siendo el presente trabajo de investigación orientado al enfoque cualitativo teórico que, metodológicamente es pertinente para la presente investigación, el propósito es de aplicar la tipología de corte propositivo, a fin de determinar si es viable la modificación de la Ley General del Sistema Financiero y de la Ley de Mercado de Valores, en cuanto mantienen una limitación que contraviene la libertad contractual protegida por la Constitución Política del Perú.

1.8. Importancia de la investigación

Es importante que actualmente se lleve a cabo la presente investigación debido a que, se advierte que en el sistema financiero, en lo correspondiente al sistema fiduciario existen artículos que evidencian inconstitucionalidad al facultar de forma expresa a ciertas entidades financieras y del Estado, para que tengan la calidad de fiduciarios, discriminando de esta manera a otras personas naturales o jurídicas que brinden dicho servicio fiduciario, ya que todo ciudadano tiene la facultad de elegir libremente mediante su autonomía de voluntad con quién debe llevar a cabo un contrato fiduciario, de manera que, si no se investiga se dejará impune la inconstitucionalidad de la normatividad financiera de nuestro país, vulnerando la seguridad jurídica que debe tener un Estado democrático.

1.9. Limitaciones de la investigación

No se advierte limitaciones en el desarrollo de la presente investigación, ya que existe bibliografía del sistema fiduciario, aun cuando es escasa, se puede recurrir a la legislación comparada, para sustentar la presente tesis.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Nacionales.

Avilez (2021), con la investigación: *El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima*, sustentada en la ciudad de Lima, para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial, por la Universidad de Lima, cuyo objetivo fue determinar si existe viabilidad de aplicación en nuestro país del contrato de fideicomiso testamentario en cuanto esté comprendida la intangibilidad de la legítima sucesoria; en este trabajo no se indica la metodología; sus conclusiones fueron:

Al ser la intangibilidad de la legítima sucesoria una prohibición para que el testador pueda ejercer la libre disposición de sus bienes y con ello no se pueda generar un fideicomiso testamentario, respaldado en intereses que el derecho protege, fluye un conflicto normativo para que el testador disponga la creación de un patrimonio fideicomitado. (Avilez, 2021, p. 57)

Es de vital importancia, la modificación de la normatividad civil y financiera en cuanto a la institución de la legítima, a fin de aplicar el fideicomiso testamentario, privilegiando la libre disposición del que la otorga, cuando exista interés de un incapaz. (Avilez, 2021, p. 57).

El trabajo de investigación antes comentado se relaciona con el nuestro, en cuanto investigan sobre el libre ejercicio contractual de las personas para acceder al fideicomiso en cualquiera de las formas que se pueda otorgar, sin ninguna restricción.

Cruz (2018), con la investigación: “*El fideicomiso en garantía*”, sustentada en la ciudad de Piura, para la obtención del título de Abogado por la Universidad de Piura, siendo su objetivo analizar la figura del fideicomiso en garantía en el ordenamiento peruano, para debatir sobre el fideicomiso en garantía, aplicado constantemente en nuestro ámbito jurídico, siendo necesario analizarlo para obtener una discusión actual; la metodología de investigación no se indica; las conclusiones a las que llegó son:

El fideicomiso, es poco conocido por la gran mayoría de personas, sin embargo, ofrece una serie de ventajas en las operaciones financieras, sobre todo ofreciendo seguridad entre los contratantes, ya que se encuentra constituido el no embargo de un patrimonio en los bienes que tiene el deudor, y, en ese sentido los acreedores no podrán accionar judicialmente sobre dicho patrimonio para ser efectiva su acreencia. (Cruz, 2018, p. 94). La aplicación del fideicomiso, ofrece otra ventaja en el sentido de que solamente se comparte con el fideicomisario sin tomar en cuenta a otros acreedores, esta ventaja es más operativa que la hipoteca, ya que se puede ejecutar de manera extrajudicial, sin mandato judicial para su ejecución. (Cruz, 2018, p. 94)

La citada investigación mantiene congruencia con la nuestra, porque al ser poco conocido el fideicomiso, también es escaso su análisis, por lo que, genera vacíos en la normatividad que regula esta figura jurídica.

Olano (2019), con la investigación: “*Análisis crítico del fideicomiso peruano. Entendiendo su tratamiento impositivo de renta*”, sustentada en la ciudad de Lima, para optar el Grado académico de Magister en Derecho tributario, por la Pontificia Universidad Católica del Perú; objetivo que fue planteado para analizar el impuesto a la renta desde un punto de vista

del ámbito tributario, mercantil y civil, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de cada uno de ellos; la metodología utilizada fue de enfoque cualitativo, nivel descriptivo-observacional, deductivo y bibliográfico; y sus conclusiones fueron:

El fideicomiso viene a ser un encargo de confianza, basado en que el fideicomitente, el que solicita, acude a un ente bancario o empresa que brinda el servicio fiduciario, pero que a su vez cumpla eficazmente lo encargado por el que lo constituye para que administre el patrimonio fideicometido en favor de los intereses del fideicomitente. (Olano, 2019, p. 48).

El fideicomiso se encuentra considerado como un contrato patrimonial, donde se evidencia la manifestación de voluntad tanto del fideicomitente y del fiduciario, para que éste último pueda administrar eficazmente el patrimonio fideicometido, respetando una específica finalidad y las condiciones pactadas en dicho contrato. (Olano, 2019, p. 48).

La investigación llevada por Olano, tiene identidad con nuestro trabajo, debido al carácter de contrato que genera el fideicomiso, cumpliendo con los requisitos esenciales del acto celebrado con un beneficio económico para ambas partes.

Cuzcano (2020), con la investigación: “*Aceptación del fideicomiso familiar en el Perú en el año 2020*”, en la ciudad de Lima, para optar el Título de Abogado por la Universidad Autónoma del Perú; siendo el núcleo de su objetivo encontrar la distinción entre el derecho germano latino y el *common law* a fin de incorporar el fideicomiso familiar en nuestro país; la metodología fue de enfoque cuantitativo, tipo básica o sustantivo, método explicativo y descriptivo; y llegó a las conclusiones:

Que, es viable incorporar el fideicomiso familiar mediante una ley especial, ya que su base se encuentra en el sistema romano-germano. (Cuzcano, 2020, p. 79).

Que, en mérito a la diferencia que existe entre el fideicomiso en nuestro país, diferente al *common law*, se puede aplicar el fideicomiso familiar estableciendo límites en la utilización de los negocios y otros proyectos de gran envergadura. (Cuzcano, 2020, p. 79).

Dicha tesis tiene relación con la nuestra, porque otorga ventajas al sistema financiero y grandes proyectos, previamente modificando lo regulado normativamente en el fideicomiso.

Mantari, L. & Panta, A. & Poma, P., (2021), desarrollaron la investigación: *Naturaleza Jurídica del dominio fiduciario y el rol del fiduciario en los fideicomisos en el Perú*, para optar el Grado de Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo, ante la Universidad Esan Business, el objetivo que plantearon fue identificar la naturaleza jurídica y precisar el rol que desempeñan los fiduciarios en el sistema peruano; cuya metodología fue de enfoque cualitativo y método descriptivo; y sus conclusiones fueron:

Es requisito fundamental en el rol que van a desempeñar los fiduciarios hacer efectivo un patrimonio de capital mínimo con incremento, cuya exigencia es establecida por la SBS y la Ley del Mercado de Valores que conforman dicha regulación, para cumplir con el riesgo operacional. (Mantari, L. & Panta, A. & Poma, P., 2021, p. 128).

Las entidades fiduciarias efectúan el respectivo cálculo de patrimonio efectivo para cubrir el riesgo operacional, exigido por las entidades pertinentes que supervisan el fideicomiso. (Mantari, L. & Panta, A. & Poma, P., 2021, p. 128).

La relación de ambas investigaciones se encuentra dirigida al análisis de las entidades bancarias y empresas que según la ley son las únicas que pueden ser fiduciarias, dejando de lado y sin oportunidad a otras entidades.

2.1.2. Internacionales.

Abréu (2020) cuya investigación fue: *Efectos de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en las ejecuciones de garantías prendarias sin intervención judicial a la luz*

de la Ley 45-20, sustentada en el país de República Dominicana, para la obtención del Grado de Magister en Procedimiento Civil, por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra; siendo el objetivo verificar si es eficaz procedimentalmente la ejecución del pacto comisorio sin la intervención judicial, dejando a salvo que no se pueda aplicar el ejercicio abusivo del derecho; no se indicó la metodología utilizada; cuyas conclusiones fueron:

Es vital dinamizar el procedimiento de ejecución del pacto comisorio dejando a las partes el criterio de su procedencia, sin que incurran en ejercicio abusivo del derecho que generan, que fue criticado, y por esa razón prohibido su aplicación, sin embargo, en la actualidad es necesario su aplicación mejorando el procedimiento de su ejecución. (Abréu, 2020, p. 58).

Para evitar perjuicios que se pueda desencadenar en contra del deudor, se tiene que designar a un tercero, para que lleve a cabo la ejecución del procedimiento, debido a que existe un traslado de derechos reales o de otros derechos en el pacto comisorio, por lo que se tiene que proteger al deudor de otros supuestos negativos que puedan surgir en dicha ejecución. (Abréu, 2020, p. 58).

Ambas investigaciones se relacionan, la citada y la nuestra, porque analizan a profundidad el pacto comisorio.

Piedra (2020), con la investigación: *Los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades de capital tras la ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo*, sustentada en España, para la obtención de Grado de Doctor en Derecho, por la Universitat Rovira y Virgili; el objetivo trazado fue la evaluación de la postura que asume el administrador en las sociedades capitalistas que desempeñan el rol fiduciario en cuanto a la legislación que regula dichas conductas; esta investigación no indica la metodología utilizada; cuyas conclusiones principales son:

El desarrollo del fideicomiso y de su seguridad se sustenta en la buena voluntad de las entidades que desempeñan dicho rol garantizando y tutelando las inversiones, a través de dar equivalencia de poderes al surgir conflictos entre las entidades y el control que ejerce, por lo que, todos los intervinientes deben ser garantizados en cuanto a su tutela para lograr el desarrollo óptimo. (Piedra, 2020, p. 404)

Es necesaria la actuación diligente que desarrolla el administrador fiduciario destacando la fidelidad a favor de los intereses de las partes involucradas en la gestión que realiza, exceptuándose conductas que se pueden dispensar por el contexto y la tutela de la gestión. (Piedra, 2020, p. 411).

Nuestro trabajo de investigación y la tesis antes citada son semejantes en cuanto al análisis que realizan al sistema fiduciario de cada país.

Loachamin (2022), con su investigación: *Aplicación del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario en la Legislación Ecuatoriana y su Implicación en el Sistema Tributario*, en Ecuador, para obtener el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Universidad Central del Ecuador; cuyo objetivo fue analizar el desarrollo que pueden generar los proyectos inmobiliarios otorgando seguridad para proteger los derechos reales en la necesidad de cubrir la vivienda social, frente a otras figuras que el mercado económico brinda en su país; utilizó la metodología cualitativa, bajo un diseño documental y bibliográfico de campo, utilizando nivel descriptivo, método histórico lógico, sistemático, exegético, técnica de recolección de información; siendo sus conclusiones:

El fideicomiso mercantil es un legado del derecho romano, pero considerado como una figura reciente en el conocimiento de las actividades financieras, siendo su característica fundamental la buena fe, tal como en el derecho romano se desarrollaron al entregar bienes en general para constituir un patrimonio autónomo basado en un contrato. (Loachamin, 2022, p. 89).

La ventaja de este contrato es que el patrimonio constituido no se puede embargar, asegurando la efectividad de los proyectos inmobiliarios, pero que, si existe dolo en el manejo de este procedimiento puede existir afectaciones tributarias que deben ser controladas. (Loachamin, 2022, p. 89).

Nuestra tesis y la comentada, tratan igualmente sobre el análisis del fideicomiso en todos los tipos que pueden existir, legisladas o no.

Quezada (2021), con su investigación: *Los fideicomisos de inversión: Análisis jurídico de su utilidad y seguridad*, sustentada en el Ecuador, para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; el objetivo que se trazó es el análisis de la utilización de los fideicomisos mercantiles y la seguridad que otorga dicha inversión en su país, siempre desde un punto de vista jurídico; siendo su metodología de enfoque cualitativo y documental, método exegético, científico; con las conclusiones siguientes:

Al ser el fideicomiso una relación de confianza a fin de que administre los bienes del que los entrega, no es justo que en determinado momento no se responsabilice de los resultados negativos que se puedan presentar, se debe dejar de lado que solamente se obliguen a desempeñar el rol de mediadores y no de una responsabilidad total. (Quezada, 2021, p. 70).

Es importante, que se combinen las experiencias en inversiones de bienes entregados y la gestión de ganancias de dinero en favor de los contratos de fideicomiso mercantil. (Quezada, 2021, p. 70).

La tesis analiza y la nuestra tratan sobre el comportamiento del fideicomiso en el sistema financiero destacando nuestra investigación que solo están dirigidas a ciertas entidades bancarias o empresas que indica la ley, no otras, como debe ser desde su naturaleza jurídica.

Madrigal (2021), cuya investigación es: *El fideicomiso de garantía y su aparente violación al pacto comisorio*, sustentada en el país de Costa Rica, para el Grado de Maestría

Profesional en Derecho con mención en Derecho Comercial, por la Universidad Latina de Costa Rica Sede Heredia Centro Internacional de Posgrados, el objetivo planteado fue el análisis de la cláusula de ejecución de garantía en los diversos criterios interpretativos en su procedimiento de adjudicación de la garantía constituida en bienes al ser incumplida las cláusulas de los contratos de fideicomiso de garantía; utilizó la metodología de enfoque cualitativo, método exploratoria y descriptiva, método científico, tipo de investigación exploratoria, técnica de análisis documental y entrevistas; cuyas conclusiones fueron:

El fideicomiso es una institución que se desempeña por el derecho común que otorga una serie de beneficios como el de no compartir dicha garantía con otros acreedores, ya que no responde por las deudas de los intervinientes, debido a que es inembargable el patrimonio constituido, el mismo que no debe estar considerado en la masa concursal. (Madrigal, 2021, p. 49).

Una ventaja principal, es que se puede recuperar el financiamiento de forma celer y oportuna el patrimonio constituido, en ese sentido se minimizan ciertos riesgos en su operatividad y cuando ocasionalmente se ejecute no requiere de un mandato judicial. (Madrigal, 2021, p. 50).

Nuestra investigación al igual que la analizada, tratan sobre el fideicomiso, y las diferentes clasificaciones que surgen, siendo nuestra preocupación que se incorpore a dicha actividad fiduciaria a otras entidades y no solo lo que dispone la ley.

2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. Sistema fiduciario.

El sistema fiduciario, está compuesto por las disposiciones normativas que regulan dicha figura jurídica, a fin de establecer su definición, su objeto, las personas que pueden desempeñar el fideicomiso, su validez, los derechos y obligaciones de las partes involucradas, su formalidad y otros elementos que conforman el sistema fiduciario, en nuestro caso, se

encuentra preceptuado en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, cuya vigencia data desde el 06 de diciembre de 1996, con sus respectivas modificaciones.

Del mismo modo, integra el sistema fiduciario la Ley del Mercado de Valores, vigente recientemente desde el 11 de febrero del 2023, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2023-EF, que deroga la ley anterior. Además, se integra por las instituciones jurídicas que, le dan sustento a su configuración, mediante los artículos 140, 219, 221, 923, 1318, 1319, 1457, 1458, 1460 y 1461 del Código Civil.

El fideicomiso, está compuesto por una serie de conceptos jurídicos que conforman su estructura y que le dan sentido a su configuración, cuando el fiduciante aísla de su patrimonio propio o personal, los bienes que este determina para transmitir la titularidad a otra persona llamada fiduciario, con la finalidad que éste realice la ejecución del negocio pactado entre ambos, de manera que, dicho negocio alcance la seguridad jurídica necesaria para el funcionamiento del sistema.

2.2.1.1. Evolución histórica del fideicomiso.

El fideicomiso surge en Roma, aproximadamente el año 169, propuesto por Quinto Voconio Saxa, Tribuno romano, propuesta que fue respaldada por Catón El Censor, dicha propuesta consistió en la prohibición a los romanos de las clases privilegiadas o altas que nombren a sus mujeres en calidad de herederos, la intención de la mencionada ley era truncar el progreso que se estaba desarrollando en la emancipación de las mujeres, debido a que eran consideradas como generadoras de desórdenes actuales en dicho año.

Los ciudadanos romanos que no se encontraban de acuerdo con la ley implantada, buscaron la forma de burlar el mandato, por lo que, transferían sus bienes a terceras personas, instituyéndolas en calidad de herederos, a los que llamaban fiduciarios, los mismos que moralmente tenían la obligación de entregar los bienes transferidos a la familia del que entregó

los bienes que podían ser las hermanas, las hijas o la esposa que, en buena cuenta, eran amparadas y que se denominaban fideicomisarias.

En aquella época, no existía una ley específica que pueda amparar la obligación del heredero de entregar el patrimonio del causante a la familia o persona cuya voluntad era expresada por el causante, por lo que, esa obligación solo dependía de la confianza depositada en el heredero, surgiendo de esta manera el *fideicommissum*, con el transcurso del tiempo abarcó dicha práctica hacia actos *inter vivos*, pero, para otras circunstancias, fluyendo la designación de *fiducia*.

El mismo fenómeno, se fue generando ya en la edad media, en Inglaterra, ya no como *fiducia* sino como *use*, que actualmente se conoce como *trust*, cuya función era la de integrar el derecho del uso y la disposición de sus tierras con los derechos políticos que amparaba el gobierno.

El fundamento que dio origen al *use*, data del siglo XII, debido a que los dueños de las grandes extensiones de terreno tenían la facultad de disposición de sus predios solo cuando estaban vivos y no mediante testamento, y si testaba el derecho del *common law* amparaba el principio de primogenitura, que, consistía que los predios del fallecido pasaban en su totalidad al hijo mayor, de esta manera, los demás familiares del causante quedaban desamparados, por lo que, a través del *use*, se podía beneficiar a los demás hijos.

2.2.1.2. Definición del fideicomiso en el sistema económico peruano.

El fideicomiso, se puede definir como el vínculo existente entre dos personas eminentemente patrimonial, a fin que una de ellas reciba bienes de la otra, para el beneficio económico del que entregó el bien o el beneficio de ambos, según lo pactado.

Al respecto De La Flor (1997) afirma: “(...) existe una unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida por elementos tanto reales como obligacionales (...), creando así el efecto práctico querido por ellas” (p. 175).

La definición de fideicomiso, se encuentra plasmada en nuestro sistema financiero, a través de la Ley General del Sistema Financiero, determinando su configuración también como un nexo jurídico para constituir un patrimonio, siendo necesario señalar su contenido de la siguiente forma:

La relación jurídica entre un fideicomitente que realiza la transferencia de sus bienes a otro ciudadano llamado fiduciario, para que se constituya un determinado patrimonio fideicometido que gobierne el fiduciario cumpliendo una finalidad específica a favor de su fideicomitente o de tercero llamado fideicomisario, es la definición de fideicomiso. (Artículo 241, Ley N° 26702).

El mencionado artículo, además, precisa una distinción conceptual entre patrimonio fideicometido, patrimonio del fiduciario, patrimonio del fideicomitente y del fideicomisario, considerando que los activos que constituyen un patrimonio autónomo en calidad de fideicometido, no puede generar cargos en contra del patrimonio efectivo que pertenece a la empresa fiduciaria, solo se puede generar responsabilidad por una mala administración, a través de una resolución judicial firme, que también puede otorgar una indemnización por daños y perjuicios.

2.2.1.3. Los bienes con calidad jurídica y económica.

Cuando una persona dispone sus bienes transmitiendo la titularidad que a este le corresponde, se genera una transmisión subjetiva del propietario hacia el fiduciario, en otras palabras, es una equivalencia a la transmisión de propiedad, sin embargo, es necesario precisar la diferencia que existe entre el fideicomiso y el *trust* del derecho anglosajón, siendo en que, el primero de ellos, no se desdobra en propiedad económica y en propiedad legal; en el segundo que es el *trust* si existe este desdoblamiento.

También es necesario afirmar que los beneficiados con el fideicomiso no tienen calidad de dueños sobre aquellos bienes fideicomitados, tampoco participan de los frutos que

se produce, en este contexto, los beneficiados con el fideicomiso solo tienen la facultad de exigencia al fiduciario que cumpla las obligaciones pactadas entre ambos, como la rendición de cuentas o la liquidación del patrimonio en calidad de fideicomitido, cuando los efectos de satisfacción de las obligaciones que tiene el fiduciario, no son suficientes cuando se ejecuta el fideicomiso.

En otros casos, puede solicitar su remoción en trámite judicial, cuando el fiduciario no cumpla con sus deberes. Del mismo modo, si el fiduciario no defiende el bien fideicomitido a través de acciones pertinentes que puede ser deliberadamente, el beneficiario tiene que pedir la autorización al órgano jurisdiccional, a fin de entablar las acciones en defensa de los bienes que no pudo defender el fiduciario.

2.2.1.4. Los fideicomisos bancarios.

Vienen a ser contratos debido a que, se encuentra expresada la voluntad de las personas que lo contraen, a fin de crear, realizar transmisión, reconocimiento, declaración, modificación o extinción de derechos y obligaciones, en nuestro país las empresas que se desempeñan como tal son COFIDE y otras empresas que la SBS supervisa y que se encuentran determinadas en la ley de la materia, Ley N° 26702, artículo 16 inciso A (empresas bancarias y otras) y artículo 242 (empresas autorizadas). (Alegría, 2009, p. 310).

Las características del mencionado contrato son las siguientes:

- Es considerado como un contrato general, debido a que se circunscribe a los diferentes usos que se pueden derivar del bien en fideicomiso.
- Tiene carácter temporal, ya que tiene como máximo un determinado tiempo, tomando en cuenta la naturaleza de las obligaciones y las que señala la propia ley.
- Tiene carácter exclusivo, porque adquiere la seguridad correspondiente a través de su inscripción, por lo tanto, es oponible a cualquier persona por ser *erga omnes*.

- Es un contrato solemne y real, ya que para adquirir validez se debe cumplir con la formalidad de la transmisión de una propiedad, mediante una escritura pública, que le da el carácter de solemne; y, de igual manera, el bien otorgado en fideicomiso es de derecho real.
- Es consensual, ya que es necesario el expreso consentimiento de cada una de las partes y a través del cual dicho contrato se perfecciona.
- Es bilateral, porque lo suscriben dos partes: el fideicomitente y por otro lado el fideicomisario.
- Es oneroso, debido a que las prestaciones tienen un carácter eminentemente patrimonial, cuya característica es la moneda que perciben los beneficiarios.
- Es principal y autónomo, ya que no es necesario que exista dependencia para su validez de otros contratos.

2.2.1.4.1. Objeto contractual y pacto del fideicomiso.

Las obligaciones que surge de las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso son consideradas como el objeto de dicho contrato, según la ley y la doctrina de la República de Argentina, Ley N° 24.441, debemos tomar como referencia el objeto contractual del fideicomiso. Para el caso del fiduciante, el primer objeto es la transmisión de la titularidad o propiedad de determinados bienes al fiduciario, cuya característica es que se excede de la simple transferencia, asimismo, el segundo objeto es la obligación de pagar los gastos y la retribución económica por la gestión encargada al fiduciario de los bienes que han sido materia de transmisión, salvo que se hubiera acordado que asume con dichas obligaciones el fiduciario, pero, a título de gratuidad.

El primer objeto que corresponde al fiduciario, es la obligación de adquisición la titularidad de aquellos bienes que le han sido transferidos por el fiduciante, a fin de cumplir con el negocio pactado; el segundo objeto, es cumplir con el desarrollo de la gestión que

previamente se acordó con el fiduciante, la misma que no debe exceder del plazo pactado, o de 30 años como máximo, según lo dispone la Ley del SBS; el tercer objeto, se tiene prohibido que el fiduciario pueda realizar actos de adquisición para sí, de los bienes fideicomitidos; y, el cuarto objeto es la retransmisión de la propiedad de los bienes que existen después de cumplido el plazo pactado.

2.2.1.5. La propiedad fiduciaria.

El transmitir un derecho eminentemente patrimonial traducido en una propiedad real, o de crédito o derecho intelectual y, por otro lado, la recíproca obligación que tiene el titular nuevo a fin de cumplir lo acordado o a su vez la transmisión a un tercero solo en el caso que quede un remanente del cumplimiento encargado.

En este caso, la propiedad fiduciaria va a depender de la conducta que asume el fiduciario de forma personal con el propósito de cumplir el pacto, de lo contrario, el fiduciario ante el incumplimiento podrá ser demandado por daños y perjuicios y en caso de dolo podrá responder penalmente.

2.2.1.5.1. Concordancia normativa.

El fideicomiso preestablecido en la Ley de la SBS, a partir del artículo 241 hasta el 274, tiene concordancia con la Ley del Mercado de Valores, así como con el Código Civil en lo pertinente al artículo 1457 hasta el 1461 del Código Civil referido al contrato en favor de tercero, tomando en cuenta principalmente el hecho de que la persona que se obliga frente a otra al cumplimiento de una determinada prestación a favor de una tercera persona.

Mantiene la concordancia porque también en el caso de que el tercero que va ser beneficiado al surgir el contrato debe hacer conocer a las otras dos partes involucradas la voluntad de usar ese derecho, a fin de que se pueda exigir el cumplimiento. En algunos casos, de mala fe o dolo de una de las partes, se puede aplicar el artículo 1318 y 1319 del CC cuando

se actúa de forma deliberada con dolo o con culpa inexcusable con el objetivo de que se pueda pagar una indemnización por daños y perjuicios.

Sin embargo, de forma expresa en nuestro Código Civil no está prescrito el contrato de fideicomiso como un contrato nominado, pero es aplicable de forma supletoria los artículos del CC antes indicados.

2.2.1.6. Efectos del contrato de fideicomiso.

Uno de los efectos del fideicomiso es la conformación de un patrimonio nuevo y especial que adquiere la denominación de patrimonio fideicomitado, éste tiene la calidad de autónomo amparado en la Ley General de la SBS, en la Ley del Mercado de Valores y supletoriamente en el Código Civil en cuanto sea pertinente, todo con el objetivo de que el fiduciario cumpla con el pacto tratado.

Se debe considerar como otro efecto, el hecho de que se configura una propiedad fiduciaria acerca de los bienes, asumiendo el fiduciario la calidad de titular de aquellos derechos adquiridos eminentemente patrimoniales y ejercer de un determinado modo y tiempo el encargo establecido mediante el pacto de las partes celebrantes.

2.2.1.7. Naturaleza jurídica fiduciaria.

A fin de determinar la naturaleza jurídica se presentan dos teorías:

Teoría de la unidad del negocio, los operadores jurídicos que se adhieren a esta teoría indican que es uno solo el contrato fiduciario, la misma que está compuesta por dos relaciones jurídicas; la primera, es una relación real, que tiene la posibilidad de transmitir el correspondiente derecho o el bien del fiduciante al fiduciario; una relación obligatoria, en el que el fiduciario se encuentra comprometido frente al fiduciante para que le transmita el derecho o el bien y consiguiente retransmitir a un tercero. (Alegría, 2009, p. 311).

Teoría de la separación del negocio, los que se adhieren a esta posición señalan que el negocio fiduciario mantiene dos contratos distintos; un contrato real positivo, mediante el cual se hace efectivo que la propiedad sea transferida de forma perfecta e irrevocable; el contrato obligatorio negativo, por el cual se permite el uso del bien de acuerdo al derecho adquirido, a fin de ser restituido luego al transferente o al tercero. (Alegría, 2009, p. 312).

2.2.1.8. Tipos de negocios fiduciarios.

Debemos tomar en cuenta dos tipos de negocios fiduciarios, uno es: “con el amigo” y el otro “con el acreedor”, los cuales explicaremos a continuación:

Con el amigo, se encuentra basado en la confianza, ya que se lleva a cabo dicho acto jurídico con las personas en la cual se fían o tienen seguridad ya sea porque son conocidos y responsables, es por ello que, cuando hay transferencia de la propiedad, el fiduciario asume la titularidad efectiva de dicho derecho adquirido. A manera de ejemplo, si X tiene programado un viaje por un tiempo amplio para radicar en el extranjero, puede celebrar un contrato fiduciario de venta a favor de Y, para lo cual toman un acuerdo de que, Y reciba la propiedad del inmueble, pero obligado a restituir el bien que adquirió revendiéndolo a X. (Alpa, 2015, p. 108).

Con el acreedor, tiene el objetivo de garantizar una venta. Por ejemplo, X quiere realizar una inversión de dinero, porque es segura la rentabilidad, sin embargo, no tiene la suficiente liquidez; por ello, acude donde Y a fin de realizar un contrato mutuo, para lo cual X otorga en venta un terreno de su propiedad, el dinero obtenido se denomina suma mutuada; en ese sentido, X es el nuevo propietario de dicho terreno, pero pactando que, si X le restituye la suma mutuada, luego Y le podrá revender el terreno. (Alpa, 2015, p. 108).

Se debe precisar que, el acto jurídico que configura el pacto fiduciario es determinantemente obligatorio, con validez entre las partes celebrantes, sin embargo, si existe incumplimiento, por ejemplo, que B pueda vender el terreno a un tercero, de manera que, cuando A retorna, este ya no podrá readquirir su terreno, por lo que, B tendrá que pagar una indemnización de daños por el pacto que no ha cumplido.

2.2.1.9. Sistema jurídico del fideicomiso peruano.

El fideicomiso, es considerado específicamente en la Ley General del Sistema Financiero - SBS, a partir del artículo 241 hasta el 274. Asimismo, se encuentra considerado en la Ley del Mercado de Valores con la característica que ante algún vacío o laguna de dicha ley se aplicaría de forma supletoria la Ley del Sistema Financiero – SBS, ambas leyes determinan que el fideicomiso es un contrato como cualquier acto jurídico, sin embargo, mantiene rasgos que lo hacen diferente, al ser un acto jurídico plurilateral eminentemente patrimonial, considerado como un contrato con la obligación de establecer un patrimonio fideicomitado, con todos los derechos que goza el fiduciario.

Dentro de nuestro sistema jurídico, el fideicomiso está amparado por el principio de autonomía privada de orden constitucional, por lo que los ciudadanos se vinculan a efectos de llevar a cabo distintas cooperaciones, debido a las necesidades en su economía, es por ello, que los privados serían los que determinen las reglas que deben ser elaboradas con anterioridad para que en la ejecución del mencionado contrato se cumpla, sin embargo, el Estado se encarga de dotar de validez jurídica a través del Código Civil.

2.2.1.9.1. Las sociedades titulizadoras fiduciarias.

Aun cuando expresamente no se encuentra regulado en el Código Civil, se debe inferir que el fideicomiso se encuentra respaldado en nuestra Constitución de 1993, de forma supletoria el Código Civil vigente, luego, la Ley General del Sistema Financiero – SBS y la Ley del Mercado de Valores.

Se debe considerar en nuestra Constitución como una norma de mayor jerarquía en cuanto al fideicomiso, reconoce la libertad para contratar como un derecho constitucional; luego, se puede señalar a la Ley N° 26702 que mantiene la posición de que las empresas financieras son autorizadas por el propio Estado para la celebración del fideicomiso, es, entonces, un fideicomiso financiero.

Es necesario también mencionar, a la Ley del Mercado de Valores que trata el fideicomiso a través de sociedades tituladoras, que en buena cuenta son las únicas que tienen la facultad de ser fiduciarios, entonces, el fideicomiso en el Perú es eminentemente financiero; por último, se debe considerar al Código Civil, a través de la regulación que ejerce sobre los contratos y ante cualquier eventualidad de forma supletoria se puede aplicar en los vacíos que contienen las leyes antes mencionadas, por supuesto, respetando la jerarquía normativa.

2.2.1.9.2. Estructura del contrato del fideicomiso.

El contrato del fideicomiso como cualquier otro contrato, para su validez en su estructura no solamente debe estar sometida a la Ley N° 26702, sino ante lo que prescribe el Código Civil, en la esfera de los contratos en general y los actos jurídicos, en ese sentido, se debe tomar en cuenta el artículo 140 del Código Civil en cuanto a los requisitos de validez, asimismo, el artículo 1351 del mencionado Código que precisa que el contrato, para ser creado, regulado, modificado o extinguido, previamente se debe establecer un acuerdo o pacto.

Se debe considerar que requisitos son necesarios para celebrar un contrato de dicha naturaleza, entonces, existen requisitos generales que podemos extraerlos del propio Código Civil, pero también requisitos específicos y, en este caso, tenemos a la Ley N° 26702, donde se debe destacar a sus artículos 242, 243, 246, 271, que tratan sobre qué empresas se encuentran autorizadas para ser fiduciarias, la regulación que exige al fideicomitente la facultad para poder disponer de los bienes, también tratan acerca de la formalidad del contrato, por medio de un

contrato privado o que pueda ser protocolizado de forma notarial, en todo caso si interviene un tercero legitimado se tendrá que inscribir en los Registros Públicos pertinentes.

Si el contrato de fideicomiso, mantiene el cumplimiento de los requisitos y exigencias de la normatividad, estaremos frente a un contrato con plena validez, pero debiendo realizar una crítica, porque solamente se les concede a ciertas empresas la facultad fiduciaria, con el error de dejar de lado a la libertad de contratar que tienen los ciudadanos sin ser parte organizativa del Estado.

2.2.1.10. El fideicomiso y los derechos fundamentales.

El fideicomiso se encuentra amparado de forma constitucional específicamente en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, que le otorga la facultad a todo ciudadano de tener derecho a realizar contratos solo con fines de licitud, siempre que no puedan atentar contra las leyes y el orden público, a eso se refiere el principio de autonomía sobre el cual, cualquier persona puede llevar a cabo el mencionado contrato, sin embargo, nuestro sistema jurídico solo le concede esa facultad a ciertas empresas señaladas en la Ley N° 26702.

Al respecto, se debe señalar en cuanto a la autonomía privada lo siguiente:

El principio de autonomía privada mantiene un contenido doble; el primero, es la libertad para contratar, dejando libre el criterio de las personas para que decidan cómo, cuándo y con quién se puede contratar, de esa manera, surgirán derechos y obligaciones; por otro lado, la libertad contractual, que viene a ser una libertad de configuración interna, que es importante para establecer el contenido de dicho contrato. (De la Puente, 2007, p. 200).

Habiendo establecido el reconocimiento de la libertad para contratar en calidad de un derecho constitucional que ampara dos libertades, que no pueden ser de alguna forma absolutas, aclarando, que existen limitaciones, que no pueden ir en contra del sistema normativo y el orden público, por eso, es que nadie puede ser obligado a contratar, entonces, al estar

reconocido este derecho en la Constitución, las normas de menor jerarquía deben mantener el principio de congruencia.

Se debe señalar que la libertad para contratar es un derecho fundamental y a la vez un derecho económico, ya que el ciudadano siempre procura el bienestar y el desarrollo, pero, de forma libre, y, en ese sentido, se respeta su dignidad, reconociendo, respetando y resguardando su derecho.

El derecho a contratar ha trascendido al derecho privado, es por esa razón, que se debe precisar que dicho contrato viene a ser un instrumento jurídico, al respecto:

Todo contrato tiene un efecto referido al instrumento jurídico y en base a ello, se desarrolla la colaboración económica por intermedio de un intercambio y de una asociación, estos son considerados como venta y también como sociedad, en ese ínterin se va generando una nueva forma contractual muy importante. (Carnelutti, 2010, p. 46).

En ese contexto, tanto en el fideicomiso y los respectivos derechos fundamentales se encuentra específicamente reconocido el derecho a la libertad para llevar a cabo un contrato y en ese sentido se aplica al fideicomiso, sin embargo, se debe precisar que se debe ampliar esa libertad a todo ciudadano y no solamente a los entes que expresamente señala la ley.

2.2.2. Libertad contractual.

La libertad contractual, se debe entender como aquel acto jurídico en el que las partes tienen una amplia libertad para llevar a cabo la celebración de un contrato y que además, esa libertad se extiende en la determinación del contenido de dicho documento que debe ser expresado por las partes intervinientes, sin embargo, deben tomar en cuenta a los dispositivos normativos que limitan la mencionada libertad, o también que dicha celebración no pueda vulnerar las buenas costumbres y el orden que establece la sociedad.

En un sistema económico, que tiene la calidad de abierto, va tener primacía el principio de la libertad contractual y, en ese orden de ideas, el sistema económico tiene la característica

de ser competitivo e ingresar al libre comercio. Por lo tanto, la libertad de decidir se encuentra en manos de las partes, sin que se pueda ejercer un control externo a la voluntad de éstos, para que decidan si llevan a cabo el contrato o lo postergan o no lo quieren realizar.

Por el principio antes indicado, las partes tienen la facultad de elegir con qué persona sea natural o jurídica desean contratar, de tal manera que, tendrán la libertad en la determinación de las cláusulas o estipulaciones que se encuentran en el contenido que conforman un contrato, en ese sentido, pueden establecer la creación, la regulación, la modificación o extinción de sus relaciones jurídicas, y con ello, pueden ofrecer o también tener la facultad de adquisición de bienes y servicios, en la que pueden establecer ciertos términos o condiciones, siempre que no vayan en contra de las normas imperativas, de las buenas costumbres y el orden público.

Al respecto, De Castro (1985) al definir la autonomía privada señala:

Que la persona a través del ejercicio de sus plenas facultades, adquiere un poder de característica compleja para que, en la esfera de su libertad, pueda realizar la creación de reglas para sí mismo y para otros, al llevar a cabo un contrato, donde surge las responsabilidades dentro de la sociedad. (pp. 11-12).

2.2.2.1. Autonomía privada contractual.

Mediante la autonomía de la voluntad privada, las partes involucradas en un contrato, pueden de manera libre determinar cada una de las cláusulas de los contratos que celebran, pero, se tienen que circunscribir en los límites que aplica el ordenamiento normativo de un Estado, en razón a ello, los contratos que se generan por dicha autonomía, tendrán las mismas consecuencias que prescribe la ley en cualquier sociedad.

Estos acuerdos convencionales que de forma legal han sido establecidos, adquieren fuerza de ley, siempre entre los que llevaron a cabo dicho contrato, Torres (2016) citando a Mazeaud señala:

(...) el discurso de Portalis sobre la autonomía de la voluntad: hágase lo que se haga, las leyes nunca podrían sustituir de forma completa la razón natural en los negocios. Son variadas las necesidades que tiene la sociedad, que la comunicación es activa, de múltiples intereses y extensas relaciones, siendo imposible que los legisladores provean todo. (p. 63-64).

De conformidad a lo indicado, la voluntad privada tiene el poder de llevar a cabo la creación de dispositivos particulares a través del acto jurídico, que es su vertiente general y en lo particular el contrato, obligando a las partes a cumplir lo que han querido, siempre que cumplan los límites preestablecidos en un ordenamiento jurídico, de esa manera, cumplen con satisfacer sus intereses o necesidades, por ello, la autonomía de las partes, es el núcleo básico de los contratos, ya que no hay contrato donde no hay voluntad, en ese sentido, se requiere que su ejercicio sea lícito, y que cuando se contrata en particular no llega a ser totalmente absoluto, ya que se puede concentrar en la persona más fuerte, siendo necesario que exista libertad con quién contratar, redactar el contenido que se desea, pero respetando la ley bien dada.

2.2.2.2. Límites de la libertad contractual.

Tanto la libertad de contratar como la libertad contractual, al ser derechos constitucionales de los ciudadanos, no se deben desarrollar al libre albedrío, es decir, sin respeto a lo que moral y jurídicamente se debe aplicar, es por ello, que deben ser ejercidos cumpliendo los límites que fija el ordenamiento normativo específico, siendo estos límites establecidos en la doctrina y en la ley.

Se debe considerar como límites, a la libertad de contratar, así como a la libertad contractual, el ejercicio abusivo de un derecho, las normas de carácter imperativo, las buenas costumbres, el orden público, el interés social, el interés público y el interés ético, por dicho motivo, el Estado tiene la facultad de intervenir en los contratos a través de la ley, con la finalidad de la imposición de reglas o en todo caso establecer delimitación al contenido de los

contratos, siendo esta intervención sin llegar a la arbitrariedad por el Estado sino debe ser razonable la intervención al contrato.

Debemos citar una casación al respecto, que señala lo siguiente:

La reducción judicial de la hipoteca, se encuentra prescrita en el artículo 111 del C.C., donde el deudor hipotecario en su petitorio solicita al juez la reducción sobre el monto de la hipoteca, ya disminuido el monto de la obligación (...). Este dispositivo constituye, sin lugar a dudas, una limitación a la autonomía de las partes (...), que es la forma como se ha constituido la hipoteca que se quiere reducir; lo que encuentra su justificación en las propias normas que regula los contratos, como son los artículos 1355 y 2362 del Código Civil, que prescriben que la ley por consideraciones de interés social, público o ético, pueden imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, los mismos que deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. (Casación N° 1304-03-Ica, publicada el 30.04.2004).

2.2.2.3. Principio de sociabilidad de los contratos.

Este principio limita a la autonomía de la libertad contractual, cuando se establecen acuerdos con cláusulas perjudiciales o exorbitantes para la sociedad y se encuentra prescrito de forma tácita en los artículos 1354 y 1355 del C.C., ya que se prohíbe que las cláusulas de los contratos no deben ser contrarios a la ley o en todo caso, cuando existe protección de interés social, o público y ético, se prescribe limitaciones al texto y sentido de dichos contratos, es por ello, que se genera una limitación a dicha autonomía contractual por el principio de sociabilidad, sin embargo, no se debe confundir cuando mediante ley se prohíbe la libre elección del fiduciario, tal como está indicado en el artículo 242 de la Ley General del Sistema Financiero y sobre todo en la Ley del Mercado de Valores, cuando solo permiten a ciertas entidades y financieras tener la calidad de fiduciario, relegando o prohibiendo que otras

personas naturales o jurídicas que no están consideradas en la Ley, puedan tener esa calidad de fiduciario.

El principio de sociabilidad se encuentra mencionado por Felipe Osterling Parodi, en un artículo publicado en Internet referido a los principales principios contractuales, en la ciudad de Lima en noviembre del 2010.

2.2.2.4. Primacía de la autonomía de la voluntad.

Para tratar sobre la primacía de la autonomía de la voluntad privada, debemos remitirnos al conocimiento de las normas imperativas y dispositivas. La primera de ellas, son prescritas para el cumplimiento obligatorio, esto es, de forma independiente a la voluntad de los sujetos, es por esa razón, que no se permite a estos dejarlas sin su cumplimiento obligatorio en los actos privados que realizan, debido a que el derecho público, no puede ser cambiado por acuerdos privados, es decir, no pueden ser derogadas las normas imperativas por el pacto que realizan los privados, de manera que, si estos no observan dicho cumplimiento, acarrearán la nulidad de dicho acto jurídico conforme lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

En cuanto a las normas dispositivas se aplican solo en el caso de que los sujetos particulares ejerciendo su autonomía de voluntad privada, no hayan estipulado algún supuesto al establecer sus particulares intereses. Las normas dispositivas mantienen una subdivisión en interpretativas y supletorias. Las interpretativas se usan para desentrañar o interpretar el Derecho, en cambio, las supletorias se establecen para la exclusiva utilidad de los individuos, ya que sirven para complementar o suplir la falta de declaración de éstos. Ante el silencio de las partes de forma automática, se aplican las normas supletorias, pero, si las partes expresan derogarlas, estas quedan sin efecto.

Las normas imperativas que no pueden ser derogadas por voluntades individuales pertenecen al Derecho público, entre ellos tenemos al Derecho Tributario, Penal,

Constitucional, Administrativo, etc. Por otro lado, el Derecho Comercial o Civil que pertenecen al Derecho privado tienen primacía sobre las normas dispositivas, debido a que, los actos jurídicos que se desarrollan provienen de actos con libertad contractual y son autónomos, por esa razón, en el derecho de contratos, existen mayor número de normas dispositivas que imperativas.

Se debe precisar que, cuando nos referimos que por una voluntad individual se puede derogar una norma dispositiva, el concepto jurídico referido a la derogación tiene un significado muy diferente cuando una norma se deroga por otra de igual o de superior jerarquía, en este caso, nos referimos a otro significado, en el sentido de que, a los particulares les está facultado establecer una regulación diferente a la que estipula el Estado mediante una norma jurídica; por ello, surge una norma que autodisciplina a las partes que han celebrado un acto jurídico y por ello, quedan subordinadas a dicha norma.

La primacía de la autonomía de la voluntad privada, se encuentra amparada en el artículo 1356 del Código Civil, cuando prescribe que las estipulaciones normativas acerca de los contratos vienen a ser supletorias a la voluntad de las partes, con la salvedad que sean imperativas, entonces, debido a esto, existen limitaciones mínimas de las disposiciones imperativas, así como el orden público y las buenas costumbres, donde tiene primacía la autonomía de las voluntades privadas.

2.2.2.5. Obligatoriedad de la libertad contractual.

Cuando las partes que celebran un contrato se comprometen de forma obligatoria al cumplimiento de este, en los términos pactados, inclusive en el caso de que las condiciones originarias puedan variar y que fueron consideradas por las partes, cuando perfeccionaron dicho contrato, en ese sentido, ese contrato tiene fuerza de ley, ya que su basamento está establecido en la moral, razón por la cual se encuentran obligados al cumplimiento de lo pactado libremente.

Es necesario precisar que, en ciertos casos no debe respetarse lo consignado literalmente en el contrato, debido a que, el acuerdo llevado a cabo puede ser revisado y se puede modificar en mérito al principio *rebus sic stantibus* que permite que pueda recomponerse un contrato para que se pueda realizar la justicia conmutativa, en la que interviene los jueces que revisan e interpretan los términos plasmados en los contratos, por lo que, tienen la facultad de modificar con el objetivo de que exista el equilibrio originario entre las prestaciones o en todo caso que declare la resolución del contrato.

Al respecto, Torres (2016) citando a Messineo señala: “cuando las partes aceptaron libremente el contenido de un contrato, estos deben subordinarse y obligatoriamente cumplir el contrato pactado, en la que se debe aceptar toda limitación señalada por ley”. (p. 96).

Lo mencionado por el autor, tiene que ver con el principio de *pacta sunt servanda*, referido a que las obligaciones pactadas se deben cumplir tal como han sido acordadas, debido a que las partes así lo han estimado, de manera que, el cumplimiento de los compromisos es obligatorio, siempre que las limitaciones fijadas por las partes, también deben cumplirse, en ese sentido, surge la confianza y seguridad en las relaciones contractuales.

La obligatoriedad de la libertad contractual, se encuentra amparada en el artículo 1361 del Código Civil, precisando que, si el deudor no llega a cumplir las obligaciones pactadas, el acreedor está autorizado por ley para hacer uso de medios legales para que el deudor cumpla con su obligación. En ocasiones se puede generar que el cumplimiento sea imposible de ejecución debido a una fuerza mayor o un caso fortuito, en la que, se tiene que aplicar la teoría del riesgo preestablecida en los artículos 1431 a 1434 del Código Civil, también se pueden presentar incumplimientos por la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles que pueden convertir a la prestación en excesivamente oneroso, perjudicando a quien cumple lo pactado, perjudicando económicamente, por lo que, la judicatura puede realizar un reajuste

contractual y de no ser posible, se resuelve el contrato regulado en los artículos 1440 al 1446 del Código Civil.

Al respecto, sobre la libertad contractual:

El principio *pacta sunt servanda* está limitado por las normas imperativas, en el orden público y las buenas costumbres, pueden existir un exceso oneroso ante la ocurrencia de hechos que se encuentran fuera de lo normal y que las partes no tomaron en cuenta al momento de celebrar el contrato. (Torres, 2016, p. 97).

2.2.2.6. La libertad contractual y la buena fe.

En la libertad contractual los actos jurídicos que se desarrollan, deben ser negociados, celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe, así lo prescribe el artículo 1362 del Código Civil, así también se encuentra plasmado en una Casación Laboral que señala: “que toda declaración de voluntad debe expresar un sincero deseo de cumplir los compromisos que son adquiridos por las partes”. (Casación Laboral N° 7095-2014-Lima).

Lo mencionado en la Casación tiene concordancia con las reglas de la buena fe al emitir una declaración de voluntad, pero no solo eso, sino para cumplir los compromisos que adquirieron las partes, por ello, mediante ley se protege los actos jurídicos y se puede sancionar aquellos que son fraudulentos o los que están en contra de la ética, la moral y la propia ley, en el que también se debe considerar a la voluntad que se encuentra expresada, pero contraria a lo antes indicado.

2.2.2.7. Formación de la libertad contractual.

En la libre negociación se presenta como característica principal para que se de formación a los contratos, tres fases o etapas; la primera se denomina negociación, empieza con la emisión de informes, ofertas y también contraofertas que se transmiten unas a otras las personas que quieren llevar a cabo un contrato; la segunda, es denominada el perfeccionamiento, que viene a ser la secuencia inmediata de la negociación, en esta etapa se

lleva a cabo la celebración del contrato; la tercera, viene a ser la ejecución de los acuerdos establecidos por las partes que se traducen en prestaciones, estas tres fases o etapas antes indicadas se deben llevar de acuerdo con el principio de la buena fe, en la que se tiene que evitar conductas que intencionalmente puedan dañar a las partes, es por eso que, ante el incumplimiento surgen la responsabilidad civil que deben ser resarcidas al agraviado; para mejor entendimiento, se pasará a explicar las tres etapas antes enunciadas.

2.2.2.7.1. Negociación contractual.

Para llevar a cabo la negociación se debe tomar en cuenta que las partes actuarán con deberes de responsabilidad a fin de que entre ellas exista confianza de que las decisiones que alcance no sean equivocadas y que fundamentalmente no malinterpreten los acuerdos o tratos que emitan en su información antes de celebrar el contrato, es decir, deben actuar de buena fe.

La conducta de las partes, en la negociación donde se evidencia ofertas o propuestas y también respuesta a dichas ofertas a través de contrapropuestas deben desarrollarse de tal manera que, las tratativas llevadas a cabo se desencadenen para lograr el perfeccionamiento del contrato o de lo contrario desvincularse por completo de dichas tratativas y no llevar a cabo el contrato.

Sin embargo, si se ha cumplido con lo preestablecido y una de las partes no cumple con lo ya prometido, descartando las propuestas y contrapuestas, se genera una responsabilidad civil precontractual, al haberse actuado sin transparencia, sin seriedad, sin lealtad y también sin honestidad, por ejemplo, si una de las partes confiada en que la otra parte va a cumplir, puede solicitar préstamos de dinero o ya no pueda invertir en otros proyectos, si la negociación no se cumple, la parte perjudicada debe ser resarcida económicamente.

El aislarse o descartar la negociación, es una facultad que tienen las partes, pero siempre comunicando de su decisión a la otra parte, en ciertos casos hay personas y muestran la

intencionalidad de perfeccionar el contrato, pero, se separan de la negociación sin un razonable motivo, de mala fe, entonces, el perjudicado debe ser resarcido.

2.2.2.7.2. Perfeccionamiento contractual.

Cuando una persona acepta una oferta, sin realizar alguna modificación, se entiende que el contrato ha sido perfeccionado, por lo tanto, los intervinientes deben guiar su conducta con diligencia, responsabilidad y buena fe. Por ejemplo, la mala fe se evidencia, cuando una de las partes actúa a través del dolo u otras conductas como la intimidación, de esa manera, no cumple con la formalidad solemne que es obligatoria.

La actuación de la buena fe, se debe dar desde el inicio con la negociación hasta que se pueda ejecutar lo acordado en el contrato, sin embargo, el actuar de mala fe cuya consecuencia sería la ineficacia del contrato en sus distintas formas, en la que se puede declarar su nulidad, anulabilidad, la rescisión o resolución, el culpable debe asumir una responsabilidad civil contractual y pagar los daños ocasionados a la parte afectada.

2.2.2.7.3. Ejecución contractual.

Las partes que llevan a cabo la ejecución de un contrato, deben conducir su conducta actuando con la debida diligencia que cualquier persona de manera ordinaria debe realizarla, con la finalidad de cumplir con las obligaciones pactadas.

Se observa la buena fe o lealtad tanto del acreedor como del deudor, cuando el primero no pretende más en su derecho de crédito o cuando el deudor puede dar menos de lo que está obligado, se tiene que actuar de acuerdo al sentido de probidad. (Torres, 2016, citando a Messineo, p. 100).

El sometimiento a las obligaciones pactadas por las partes, es considerada como una ley de naturaleza privada que se tiene la obligación de cumplir atendiendo a la probidad, con una colaboración recíproca, de lo contrario, el incumplimiento hace surgir la resolución del contrato o también la excepción de incumplimiento u otras clases de ineficacia, en la que se

debe incorporar la indemnización que será resarcida a la parte perjudicada, en caso que, se haya incumplido por dolo o culpa.

Una actuación de buena fe entre las partes sería el de volver a negociar aquellas estipulaciones contractuales contradictorias al sobrevenir hechos nuevos, de esa forma se adquiere la correspondiente coherencia y afianzar los lazos de confiabilidad de los intervinientes en la celebración del contrato.

2.2.2.7.4. Interpretación contractual.

La interpretación deviene de la hermenéutica, que es el fundamento y estudio de la interpretación que explica, indaga o aclara el verdadero sentido de lo que se interpreta, en este caso, de las estipulaciones contractuales establecidas en el contenido de un contrato, en la que corresponde analizar los derechos adquiridos, las obligaciones o las modificaciones y también aquellas relaciones que se pueden extinguir.

El contenido de un contrato, está constituido en simples reglas o también en complejas que las partes han incorporado para asegurar sus intereses, es por ello, que es necesario su interpretación, sin embargo, si las partes que celebraron no están de acuerdo con lo que cada una de ellas interpreta, tienen la facultad de solicitar la intervención de un tercero que puede ser un juez o un árbitro de derecho, que sustituye a las partes para establecer el verdadero sentido y el alcance de lo pactado.

En esta labor de interpretación, se presenta el objetivo de la interpretación que, se encarga de indagar aquella voluntad que las partes tienen en común, determinando el significado de cada una de las declaraciones que se encuentran en los acuerdos, tomando en cuenta el anterior comportamiento, el que se lleva a cabo en la celebración y el que se obtiene después de haberse celebrado.

El ejemplo del objetivo de una interpretación sería si se celebró una promesa de compra venta, en la que se puede haber entregado una parte del dinero o parte del bien, se debe entender

que el contrato que se llevó a cabo tiene que terminar con un contrato definitivo de la compraventa; en otras palabras, el contenido del contrato debe ser interpretado precisando algunas ambigüedades sin dejar alguna vaguedad luego de dicha interpretación y si se guardó silencio se puede integrar el acuerdo tomando en cuenta las disposiciones normativas que ante algún vacío que las partes dejan se debe completar con la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Existen reglas subjetivas, que buscan la intención común al reconstruir la intencionalidad de las partes, que de acuerdo a su autonomía privada se expresan en el contrato, en ese sentido, se verifica la real intencionalidad que, de común realizan las partes, el operador jurídico no debe limitarse a la literalidad de las palabras.

También existe la interpretación objetiva, como su propio nombre lo señala, indaga la intención común que de manera objetiva plasmaron las partes en su manifestación, se debe tomar en cuenta el lenguaje y el significado de lo declarado, asimismo, su comportamiento. Por ejemplo, si alguna palabra emitida tiene varias acepciones o sentidos se deben entender de acuerdo a su naturaleza y objeto del contrato, es por ello, que cuando no se puede interpretar de forma objetiva recién se puede acudir a la interpretación subjetiva con la finalidad de determinar la intención común y real que plasmaron las partes.

2.2.2.7.5. Teoría de los actos propios.

Esta teoría tiene su antecedente en el derecho romano, que nace de la excepción de dolo genérico, lo que quiere decir que, a nadie le está permitido ir contra sus actos propios, por ello, no es lícito que se haga valer un derecho contradiciendo la conducta anterior expresada por este, de igual manera, cuando se ejecute pueda contravenir lo establecido por la ley o las buenas costumbres.

Los actos propios devienen del principio que expresa la buena fe, como aquella conducta que es bien vista por la sociedad de la ética bien formada de una persona, que le

obliga a no hacer valer una pretensión que contraviene a la situación que ha sido creada por el mismo anteriormente, siempre y cuando no vulnere el orden público y las buenas costumbres.

Este principio se evidencia con mayor incidencia en los contratos, cuando se tiene el deber de que la persona actúa con lealtad y entonces la otra parte que actúa de forma dolosa, no se tiene que aprovechar de dicha conducta e invalidar un contrato que tiene vicios su validez, en razón a ello, las partes en sus relaciones jurídicas deben tener una conducta leal que surja confianza en la otra persona.

En ese contexto, lo tratado en la negociación y luego en el perfeccionamiento, debe seguir una secuencia adecuada hasta que se ejecute y sean válidos los efectos jurídicos, por lo que no se puede permitir que una conducta en dicha ejecución pueda contravenir con lo que anteriormente se había obligado en la negociación, en ese orden de ideas, hay que mantener el derecho que ha surgido de la buena fe y no variar una posición jurídica que se había manifestado al inicio, por tal razón, es necesario que primero, debe existir una posición jurídica determinada; que la conducta en lo posterior no sea contradictoria con la anterior; y, que la pretensión que la persona tiene que hacer valer, no perjudique a la otra parte, al respecto Torres (2016) citando a Puig Brutau señala: “no tiene licitud que una persona pueda hacer valer un derecho que contravenga su anterior conducta, por ello, el derecho que no tiene existencia no se hará valer”. (p. 112).

2.3. Marco Conceptual

Autonomía privada. - Representa un contenido doble; la libertad para que las personas decidan cómo, cuándo y con quién se puede convenir; el segundo, la libertad contractual, definiendo la forma del contenido de dicho contrato. (De la Puente, 2007, p. 200).

El fideicomiso. – Es la relación patrimonial entre dos personas, con la finalidad de que una de ellas reciba bienes de la otra, para el beneficio económico de uno de ellos o de ambos, según lo acordado. (De La Flor, 1997, p. 175).

Libertad contractual. – Es cuando una persona al momento de efectuar un contrato, adquiere un poder de característica compleja para la realización de reglas para sí mismo y para otros. (De Castro, 1985, pp. 11-12).

Obligatoriedad de la libertad contractual. – Es cuando las partes intervinientes aceptan el contenido de un contrato, en consecuencia, todos deben cumplir obligatoriamente dicha decisión. (Torres citando a Messineo, 2016, p. 96).

Sistema fiduciario. -

Teoría de la unidad del negocio. – Tiene dos premisas; la primera, es una relación real, que transmite el bien del fiduciante al fiduciario; y, la relación obligatoria, en el que el fiduciario se compromete a transmitir el derecho o el bien a una tercera persona. (Alegría, 2009, p. 311).

Teoría de la separación del negocio. – Es definida como; un contrato real positivo, en el cual se hace efectivo que el bien sea transferido de forma perfecta e irrevocable; y, el contrato obligatorio negativo, en el que se permite el uso del bien de acuerdo al derecho adquirido, con el fin de restituirse al transferente o al tercero. (Alegría, 2009, p. 312).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

Para hallar el enfoque metodológico de las investigaciones jurídicas, se debe analizar desde el punto de vista de su propia naturaleza, por tal razón encaminamos la presente investigación en el enfoque cualitativo, tomando en cuenta lo dicho por Hernández et al. (2014), cuando afirma: “No se debe aplicar procesos estadísticos o de cualquier cuantificación en las investigaciones cualitativas” (p. 4).

Este tipo de investigaciones tienen un alcance final, la del presente caso, es percibir la influencia que tiene el artículo 242 de la Ley N° 26702, vigente desde el 06 de diciembre de 1996, Ley General del Sistema Financiero, en cuanto a ello, Aranzamendi (2010) precisa que el alcance final, es: “entender un complejo fenómeno, sin cuantificar en medidas las variables de dicho fenómeno” (p. 18). De igual manera, investigar cualitativamente tiene como objetivo interpretar una realidad fáctica de forma teórica, pero con característica de fenómeno complejo a fin de dar solución a un conflicto jurídico o mejorarlo.

Se debe agregar, que la presente investigación es cualitativo teórico, ya que se estudia un problema jurídico sin aplicación estadística.

Aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión. (Witker citado por García, 2015, p. 455).

Para llevar a cabo, el análisis de una investigación teórica jurídica se utilizará un discurso o lenguaje en base al iusnaturalismo racional kantiano, con lo que justificaremos la postura epistemológica jurídica.

En la doctrina iusfilosófica, el iusnaturalismo en su acontecer de formación intelectual ha tenido muchos representantes importantes y cambios trascendentes, que trataron sobre el objeto, método y fin de estudio.

Por tal razón, el objeto, método y el fin de estudio se justifican a razón de que cada escuela jurídica debe tener en claro qué es lo que va a estudiar, respecto al fin de estudio, y que, el objeto y el método si se ajustan a la finalidad o propósito de la escuela en mención. (Vivanco, 2017, pp. 36-41).

De acuerdo a lo mencionado, el objeto de la presente investigación, está referido al análisis del artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero; el método, está orientado a verificar si se encuentra la correspondencia entre artículo antes indicado y el cumplimiento de los imperativos categóricos de la legislación interna universal; y, el fin de estudio, está referido a verificar si existe incentivo en el Estado y en los sujetos que aplican el derecho, para que asuman acciones relativas a dicho artículo.

3.2. Metodología paradigmática

En la presente investigación, se hizo uso de la investigación teórica jurídica, con tipología de corte propositivo y la postura epistemológica iusnaturalista racional con el paradigma metodológico teórico jurídico, ya que los dos primeros sistemas cuestionan y valoran una norma jurídica, que como ya mencionamos se trata del, que genera problemas de interpretación, del artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero, de manera

que al estar en un Estado constitucional de derecho, se puede anticipar que el referido artículo, al ser aplicado a un caso concreto, genere interpretaciones contradictorias, ya que no precisa textualmente la formalidad exigida.

Analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídico filosóficos. (Aranzamendi, 2010, p. 163).

Se consideró el método específico, denominado hermenéutico jurídico, ya que se utilizaron diferentes textos jurídicos, a fin de alcanzar una interpretación idónea y con la intención de alcanzar el sentido y alcance que tiene el sistema fiduciario.

En lo referido al tipo de estudio, Sánchez & Reyes (1998) precisan: “(...) nos lleva a la indagación de nuevos conocimientos y campos de investigación, y cuyo propósito es coleccionar información de la realidad para beneficiar el conocimiento científico” (p. 13).

El nivel de investigación, será el explicativo, ya que permite explicar las causas y consecuencias, porque el artículo estudiado genera problemas de interpretación. (Hernández et al, 2010, p. 84).

En definitiva, se tomará en cuenta el diseño de investigación, que presenta un diseño de estudio no experimental, ya que no existe intención de manipular las categorías de estudio, sino dedicarnos concretamente a realizar el estudio del artículo mencionado. (Carrasco, 2013, p. 71).

3.3. Diseño del método paradigmático

3.3.1. Trayectoria de estudio.

Se aplicó la interpretación exegética, de acuerdo a lo afirmado por Miró-Quesada (2003), que indica: “la interpretación exegética, es considerada como la búsqueda de la voluntad del legislador”. (p. 157), en el presente caso, se analizó el artículo 242 de la Ley 26702

Ley General del Sistema Financiero, del mismo modo se interpretó la doctrina jurídica de la deontología Kantiana.

Se entiende como la interpretación llevada a cabo por los juristas de analizar las diversas posiciones doctrinarias, incluso de una corriente filosófica, de comentarios a una determinada norma, entre otros. (Tarello, 2015, p. 73).

Mediante la técnica del análisis documental, se recopiló la información y los datos requeridos para determinar la congruencia del artículo mencionado y la deontología Kantiana, en ese orden de ideas, se utilizó instrumentos como las fichas, con la finalidad de analizar los conceptos jurídicos que forman las categorías de estudio.

3.3.2. Escenario de estudio.

Conforme a la naturaleza de esta investigación, de enfoque cualitativa teórica, se procedió a analizar el artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero, por lo que el escenario de estudio, es el ordenamiento normativo del Perú, con la finalidad de poner a prueba, la resistencia de una interpretación deontológica Kantiana en relación con el artículo referido.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos.

La caracterización de fenómenos, vino a ser el análisis del artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero, además de otras normas que, se relacionan con el problema generado del sistema fiduciario, con el fin de determinar si la influencia del problema antes indicado, es positiva o negativa en la interpretación del Sistema Financiero y otras normas, en el caso que el resultado sea negativo, se proponga la respectiva modificación o derogación de las normas, tomando en cuenta la deontología Kantiana y la argumentación jurídica.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.3.4.1. *Técnicas de recolección de datos.*

Se aplicó la técnica del análisis documental, que según Ramírez (2010): “Radica en revisar las fuentes existentes en las bibliotecas” (p. 281).

Para llevar a cabo, la aplicación de la técnica antes indicada, se procedió al análisis de textos jurídicos especializados en el tema sobre las categorías de estudio señalados, por lo cual se logró, presentar un documento originario e inédito con el aporte de otras fuentes de estudio.

Estas fuentes actuaron como instrumentos que permitieron que el usuario tenga acceso al documento inicial para la elaboración de datos y comprobación de los supuestos. (Witker, 1991, p. 193).

3.3.4.2. *Instrumentos de recolección de datos.*

En base al análisis de los antecedentes y de las bases teóricas de la investigación, se aplicó la técnica de fichas bibliográficas, de resumen y textuales, en las que se recabó la información pertinente, para la elaborar un marco teórico consistente.

Pues a partir de ellas podremos realizar un marco teórico sólido que se adecue a nuestras necesidades conforme al decurso de la investigación, así como al enfoque e interpretación otorgada a la realidad y los textos. (Witker & Larios, 1997, p. 193).

3.3.5. Tratamiento de la información.

Para presentar la interpretación de los textos doctrinarios, al usar la técnica del fichaje, se hizo uso del siguiente bosquejo:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN:

DATOS GENERALES:

CONTENIDO:

“.....

”

En cuanto a la argumentación jurídica tiene sus características particulares:

COHERENCIA LÓGICA; por principio toda argumentación debe ser coherente, en sus fundamentos que la sustentan; RAZONABILIDAD; a partir de la argumentación llegamos a conclusiones suficientemente racionales, tanto materiales como formales; IDONEIDAD; la argumentación debe ser suficientemente idónea, a partir de las premisas que sustentan una posición; CLARIDAD; la posición que se argumenta debe ser clara, que supere toda apreciación meramente subjetiva y no lleve a confusión. (Aranzamendi, 2009, p. 100).

En este contexto, se empleó una estructura conformada por una premisa mayor, menor y una conclusión, a fin de conseguir una interpretación eficaz, para contrastar los supuestos planteados.

3.3.6. Rigor científico.

El rigor científico estuvo establecido en la lógica de científicidad del paradigma metodológico de una investigación teórica jurídica, en la que se cuestionó desde una postura epistemológica el artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero.

Se trata de procesar los aspectos axiológicos y éticos de las instituciones y normas jurídicas, recurriendo a los modelos epistemológicos más cercanos a lo metafísico y filosófico. (Witker y Larios, 1997, p. 193).

Para lograr el control, de haberse valorado de conformidad a la deontología Kantiana, se analizó la argumentación aplicada a los resultados y su contrastación, ya que debe encontrarse el debate del impacto del fundamento o presupuestos de los imperativos categóricos de la deontología kantiana, ante las razones del artículo referido; con una conclusión coherente, es decir, sin razonamientos incorrectos ya que, desde el inicio de los considerandos hasta llegar a la conclusión, se aplicaron los principios de la lógica jurídica.

3.3.7. Consideraciones éticas.

Al ser la presente investigación, de un enfoque cualitativo teórico, se respetaron los derechos de los autores de los textos doctrinarios, utilizados para recabar la información, en la elaboración de las bases teóricas y el desarrollo de toda la tesis.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

4.1.1. Resultados del primer supuesto específico.

Presentamos los resultados obtenidos en la investigación del primer supuesto específico, cuyo texto es: “*Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen negativamente en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano*”; y describimos de la manera siguiente:

PRIMERO. – Para tratar sobre los fideicomisos bancarios debemos entender que es el sistema fiduciario, el mismo que tiene una composición de dispositivos normativos que regulan dicho sistema, pero no solo eso, sino se debe precisar cuál es el objeto que persigue, las personas que pueden acceder al fideicomiso, que se encuentra establecido en la Ley N° 26702, “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS”.

SEGUNDO. – Cuando existe un vínculo de dos personas, pero, con naturaleza patrimonial, en el que un sujeto recibe bienes del otro, a fin que se genere un beneficio económico de aquella persona que hizo entrega del bien o que el beneficio se irradie para ambas personas, según el acuerdo tomado, estamos frente al fideicomiso, estos elementos antes indicados se encuentran dentro de los derechos reales y de obligaciones que sustentan el vínculo relacional.

TERCERO. – Se debe precisar que la persona que entrega el bien es el fideicomitente, el que recibe es el fiduciario, que tiene la función de cumplir lo pactado, acerca del bien que pasa a ser patrimonio fideicometido, de esa manera, se encuentra determinado a los sujetos y al bien, en la Ley N° 26702, que en adelante se denominará Ley General del Sistema Financiero.

CUARTO. – La persona que entrega el bien (fideicomitente), lleva a cabo una transferencia subjetiva de la propiedad del bien a la persona que lo recibe (fiduciario), éste último no tiene esa calidad de propietario, solo posee la facultad que le exige el fiduciario en el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre ellos, en la que se puede considerar como importante, que se rinda las cuentas o se practique la liquidación del patrimonio del bien fideicometido.

QUINTO. – Otra de las alternativas que tiene el que entrega el bien, es pedir la remoción del fiduciario, mediante un trámite judicial, si éste no cumple con las obligaciones y deberes, a pesar que extrajudicialmente se le invocó y ante tal renuencia, solo queda la vía judicial. Entre otras obligaciones que tiene el fiduciario, es que debe defender de cualquier circunstancia adversa que perjudique el bien fideicometido, planteando las acciones que de acuerdo a su naturaleza son pertinentes.

SEXTO. – Los fideicomisos bancarios, son aquellos contratos en el que se expresa una voluntad de aquellas personas que lo celebran, con la finalidad de dar creación, transferir, reconocer, modificar o extinguir derechos y obligaciones, en nuestro caso, se desempeñan como fiduciarios COFIDE, y demás instituciones o empresas que la SBS controla y que se encuentran enumeradas en el artículo 16 inciso A) de la Ley N° 26702, en concordancia con el artículo 242 del mismo cuerpo normativo.

SÉPTIMO. – Las características de los fideicomisos bancarios, se encuentran enmarcadas en lo siguiente: es un contrato general, temporal, de acuerdo a la naturaleza de la

obligación y lo establecido en la ley, es exclusivo porque una vez inscrito mantiene seguridad y es oponible, es solemne, porque cumple con la formalidad establecida mediante escritura pública de un derecho real, es consensual, porque hay manifestación de ambas partes, es bilateral, oneroso y autónomo.

OCTAVO. – Finalmente, el objeto del fideicomiso bancario es que la institución financiera que actúa como fiduciario, adquiere la titularidad del bien transmitido, para que pueda cumplir con el negocio acordado; luego, el plazo que se pactó no debe de exceder de treinta años; está prohibido que la entidad financiera que actúa como fiduciario pueda adquirir para sí, los bienes en calidad de fideicomitidos; y, la empresa financiera tiene la obligación de retransmitir la propiedad de los bienes después que se ha cumplido el plazo acordado al que entregó el bien, que es el fiduciante.

NOVENO. – Por otro lado, tratar de explicar la libertad contractual parte de la autonomía privada que se plasma en los contratos, en ese sentido, las partes celebrantes determinan de forma libre los términos en que se celebra dicho acuerdo, sin embargo, se tienen que someter a las reglas normativas del Estado de derecho, es por ello, que se generan contratos cuyas consecuencias son las mismas en cualquier sociedad en un determinado contexto social.

DÉCIMO. – La doctrina y la ley señalan que los contratos como pactos de convención entre las partes, cumpliendo con lo que prescribe el ordenamiento normativo, son considerados con fuerza de ley, en ese razonamiento impera la autonomía de la voluntad, debido a que la ley no puede sustituir o estar por encima de la razón de los seres humanos cuando negocia, es por eso, que los legisladores puedan proveer íntegramente lo que la sociedad requiere.

DÉCIMO PRIMERO. – Los contratos que tienen el respaldo de la autonomía de voluntades entre las partes generan derechos y obligaciones que los intervinientes tienen que cumplir, siempre que, no estén fuera de la ley, al momento de pactar el cumplimiento de

satisfacción de sus intereses, siendo esto el aspecto fundamental en los contratos, porque de lo contrario, sino hay voluntad tampoco hay contrato.

DÉCIMO SEGUNDO. – La libertad contractual, no significa dejar al libre deseo de las partes su formación e intención, deben someterse a lo moralmente de forma normal se genere el acuerdo, por lo que, ante ello, el ordenamiento jurídico establece límites a la libertad contractual, en la que no se permite que se ejerza abusivamente un derecho, respetando el ordenamiento, las buenas costumbres, donde se tenga presente el interés social y público, por dicha razón, es que el Estado a través de dispositivos normativos interviene en los contratos.

DÉCIMO TERCERO. – La libertad contractual y su autonomía se ven limitados cuando se ha pactado términos que perjudican a la sociedad, ya que debe imperar el interés social ante el privado, de igual forma el interés público y ético, que son los parámetros para limitar el contenido y el sentido de los contratos que sean contrarios a lo que dispone la ley o las buenas costumbres, en ese sentido, es orientado por el principio de sociabilidad.

DÉCIMO CUARTO. – Mediante el principio de autonomía privada contractual, las personas pueden celebrar contratos de fideicomiso, sin embargo, la Ley General del Sistema Financiero, en nuestro país, solo permite a las entidades bancarias o financieras que se constituya como fiduciarios, dejando de lado, la voluntad de aquella persona que quiere transmitir la propiedad de sus bienes a una persona natural o jurídica, que no sea una entidad financiera o el COFIDE, razón por la cual, la ley favorece a las instituciones financieras que la ley de la materia, les otorga la facultad de ser fiduciarios, excluyendo a los particulares.

DÉCIMO QUINTO. – Todo sistema económico, que tenga la característica de abierto, tiene como principio fundamental la libertad contractual, a fin de que, se cumplan las políticas de Estado en el ámbito económico y se mantenga la competitividad en el libre comercio, es por ello que, la decisión está dirigida por las partes, sin ser sometidos a un control de la voluntad

externo, solo ello toma la decisión de celebrar o postergar un contrato de naturaleza económico o de otra índole, siempre dentro de la ley.

DÉCIMO SEXTO. – La libertad contractual es fundamento para que una persona jurídica o natural puede elegir con quién celebrar un contrato, creando, regulando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas y, en ese contexto, las personas pueden brindar o adquirir bienes y servicios sin ir en contradicción con el ordenamiento jurídico, las buenas costumbres y el orden público.

4.1.2. Resultados del segundo supuesto específico.

Presentamos los resultados logrados en la investigación referidos al segundo supuesto específico, que mantiene el siguiente texto: *“Las sociedades titulizadoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano”*; y los describimos así:

PRIMERO. – Las sociedades titulizadoras son aquellas sociedades anónimas que se desempeñan como un administrador fiduciario en el desarrollo de la titulización, por lo que, pueden adquirir activos con la finalidad de establecer y administrar patrimonios autónomos, es decir, aquellos que han sido materia o son fideicomitidos que necesariamente puedan garantizar la emisión de valores mobiliarios, se encuentra vigente mediante el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2023-EF vigente desde el 11 de febrero del 2023.

SEGUNDO. – Las sociedades titulizadoras son las sociedades anónimas que necesariamente deben incluir en su denominación social el término de “Sociedad Titulizadora”, estas deben tener duración indefinida que, tienen como objeto de forma exclusiva la función de ser fiduciarios y que pueden constituir patrimonios fideicomitidos, adquiriendo activos que puedan respaldar la emisión de valores, de conformidad al artículo 301 de su ley vigente desde febrero de 2023. Se pueden considerar como patrimonios titulizados, aquellos que mantienen

activos crediticios, es decir, que tienen como objeto social el adquirir dichos activos de crédito, luego la emisión y el pago de valores mobiliarios que son garantizados con dicho patrimonio, en ese sentido, se pueden titular las acciones públicas y privadas, los bonos de renta fija, materias primas, sus derivados, fondos de inversión, proyectos de carácter inmobiliario, así como préstamos y contratos.

TERCERO. – Se conoce como fideicomiso de titulación a los patrimonios autónomos que crea un fideicomitente en el que se trasladan activos con la intención de respaldar obligaciones en favor de terceros que son los fideicomisarios, en ese caso, dichas obligaciones que han sido garantizadas son propias o las que emiten terceros, el beneficio que se obtiene es la liquidez, ya que cuando se transforman los activos y líquidos y transformados en valores negociables, se obtiene la capacidad de acceso al financiamiento adicional y se pueden crear diversas opciones de lo que ya normalmente están establecidas.

CUARTO. – El proceso de titulación de activos se advierte desde cuando se inicia la venta o también la cesión, entonces, los préstamos forman parte del fondo de titulación y de acuerdo al pago de los deudores que realizan al banco, este a su vez remite dichos pagos al Fondo, y éste lo orienta a repagar los bonos que están suscritos por las personas o sociedades inversoras.

QUINTO. – La securitización o titulación, viene a ser una figura financiera por la que se transfiere activos financieros que surgen de los derechos de crédito, que pueden ser las facturas emitidas y no pagadas o préstamos que se encuentran en giro, estos se transfieren hacia los inversores, es decir, se transforman dichos derechos de crédito en títulos financieros que se emiten en el mercado de capitales.

SEXTO. – Se puede titularizar al reagrupado en una sola cartera derechos de crédito que son similares, entre ellos tenemos préstamos inmobiliarios, créditos destinados al consumo, los mismos que son materia de cesión a una sociedad que puede financiar el valor de compra

colocando dichos títulos entre los diversos inversores. También pueden asumir la figura de bonos, cuya representación de uno de ellos que forman parte de la cartera de créditos titulizados, otorgan a los inversores el derecho a recibir pagos.

SÉPTIMO. – En nuestro país se inició la operación de titulización en 1998, a partir de esto, se constituye los patrimonios fideicometidos que respaldan la emisión de valores a través de la oferta pública. Las sociedades titulizadoras están vinculadas a las empresas financieras, estas operaciones son materia de inscripción en las oficinas registrales como un acto constitutivo de la figura del fideicomiso.

OCTAVO. – La titulización fiduciaria, se encuentra respaldada en la Ley de Mercado de Valores, ahora vigente desde el 11/02/2023, que regula el pago de obligaciones y responsabilidades de las sociedades titulizadoras, del mismo modo, en el caso de insolvencia que puede generarse en el patrimonio fideicometido, se lleva a cabo la reestructuración patrimonial de dichas empresas para salvaguardar los derechos de las partes y de los terceros que intervinieron. También se puede liquidar el patrimonio fideicomitido.

NOVENO. – Tratar acerca del principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado, es tener que remitirnos al límite que las partes intervinientes de forma libre establecen en el contenido de sus acuerdos, siempre que, estos no contravengan a la normatividad legal que tiene carácter de imperativo, así lo manifiesta el artículo 1354 del C.C., eso quiere decir que, no se puede incluir cláusulas que perjudiquen a la sociedad, sino más bien que se mantenga la seguridad jurídica.

DÉCIMO. – De igual forma, el principio antes indicado, tiene relación con el interés social, de ámbito público y también ético, y en ese sentido, la ley puede establecer reglas o imponer limitaciones cuando el contenido de un determinado contrato pueda considerar pactos con cláusulas exorbitantes para la sociedad, así lo dispone el artículo 1355 del Código Civil.

DÉCIMO PRIMERO. – En el ámbito financiero existen dispositivos que limitan la actuación de personas naturales o jurídicas particulares y, en ese sentido, no se debe entender que lo hacen en mérito al principio de sociabilidad de los contratos, sino por el contrario, se vulnera cuando el artículo 242 de la Ley que rige el sistema financiero, modificada por Ley N° 29654 del 17/01/2011, así como la Ley del Mercado de Valores, modificada y aprobada por el Decreto Supremo N° 020-2023-EF vigente desde el 11/02/2023, solo permite a ciertas entidades ser fiduciarios y no otras personas.

DÉCIMO SEGUNDO. – De conformidad a lo antes comentado se debe tener en cuenta, la primacía que debe tener la autonomía de la voluntad privada y en mérito a ello, deben estar vigentes disposiciones imperativas para que se cumpla con el indicado principio, de manera que, los actos de carácter privado que se celebran deben contener este principio, por supuesto, que no sean contrarios a la ley y a las buenas costumbres.

DÉCIMO TERCERO. – Entre el derecho privado y público, se encuentra marcada tal diferencia, ya que este último no es materia de cambios por pactos privados, una norma imperativa no puede ser modificada mediante un contrato que celebran los privados, en el caso que, exista inobservancia de lo que señala la ley, entonces, será materia de nulidad, esto ocurre en el derecho público, pero con dispositivos razonados que no vulneren la autonomía de la voluntad.

DÉCIMO CUARTO. – Se debe tener en cuenta la existencia de preceptos jurídicos dispositivos que se subdividen en normas interpretativas y supletorias; la primera de ellas, tiene utilidad para extraer el verdadero sentido del derecho; la segunda, están destinadas para que las personas la utilicen de forma exclusiva, a fin de dar complemento o suplir la declaración de las personas que se encuentren de forma incierta.

DÉCIMO QUINTO. – En cuanto al derecho comercial o civil que se encuentran ubicados dentro del derecho privado, existe una primacía sobre los preceptos dispositivos, ya

que los actos jurídicos que se celebra, devienen del principio de libertad contractual establecido en la Constitución y realmente son autónomos, es por esa razón, que en el ámbito de derecho de contratos se encuentran más normas dispositivas que disposiciones imperativas.

DÉCIMO SEXTO. – Entre el principio de sociabilidad y la primacía de la autonomía de la voluntad privada, existe una relación en cuanto lo que dispone la ley acerca de los contratos vienen a suplir esa voluntad de las partes, solo cuando estas hayan omitido un sentido razonable en el acuerdo, sin embargo, esto no funciona si la ley es imperativa, ya no puede aplicarse la supletoriedad, así lo dispone el artículo 1356 del C.C.

4.2. Contratación de supuestos

4.2.1. Contratación del primer supuesto específico.

Pasamos a contrastar el primer supuesto específico, cuyo texto es: *“Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen negativamente en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano”*; que desarrollamos de la siguiente manera:

PRIMERO. – Los fideicomisos bancarios que se encuentran regulados mediante la Ley N° 26702 “Ley General del Sistema Financiero”, que precisa en su artículo 242, quienes son las entidades que tienen la condición de fiduciarios, es decir, de aquellas que pueden recibir un bien para llevar a cabo el cumplimiento del contrato de fideicomiso, en los que interviene derechos reales y se asumen obligaciones que respaldan el vínculo entre las partes, sin embargo, podemos advertir que solo se encuentran actualizadas las entidades que exclusivamente señala el artículo antes indicado, asimismo COFIDE, hecho que deviene en contra del principio de la autonomía privada.

SEGUNDO. – El fideicomitente que entrega sus bienes, es una persona natural o jurídica, que en su libertad de autonomía privada quiere que otra persona, en este caso, el fiduciario, realice actos financieros que generen frutos a favor del primero, sin embargo, se

encuentra con un impedimento, porque solo puede entregar ese bien a las entidades que determina la “Ley General del Sistema Financiero”, con lo que, se ve frustrado de que otra persona de su confianza pueda tener la calidad de fiduciaria, por esa razón es que, lo dispuesto en la ley antes indicada no concuerda con lo dispuesto en la Constitución acerca de la libertad contractual contenida en su artículo 62.

TERCERO. – De igual manera el artículo 16 inciso a) de la “Ley del Sistema Financiero General” que tiene concordancia con el artículo 242 antes mencionado, de forma imperativa obliga a las personas jurídicas o naturales que solo puede celebrar contratos de fideicomiso con las entidades que se encuentran detalladas en dicho artículo, que son eminentemente orientados a crear, transferir o extinguir obligaciones y derechos exclusivamente con esas entidades que va en contra del artículo 59 de la Constitución que ampara la libertad de empresa.

CUARTO. – Las características que se encuentran en los fideicomisos bancarios no deben ser de exclusividad a las entidades que imperativamente señala la “Ley General del Sistema Financiero”, sino que, se debe aperturar el ingreso como fiduciario a la persona que el fiduciante considere de su conveniencia, ya que confía en él y no en el sistema bancario, para evitar que se vulnere la autonomía privada contractual.

QUINTO. – En ese sentido, cualquier persona que sea de confianza del que entrega el bien asume la obligación del debido cuidado y conducción financiera a favor del fideicomitente en un plazo máximo de treinta años si es que las partes no lo plantearon en el acuerdo, de esta manera, el Estado debe estimular la libertad de empresa, del comercio y de la industria, que no deben ser lesivos a la seguridad pública, con el fin de crear riqueza de forma ordenada y sin limitaciones que vulneran la propia Constitución, en cuanto a la autonomía privada contractual.

SEXTO. – Los impedimentos de que personas naturales o jurídicas que no están contenidas en el artículo 16 inciso a) de la “Ley General del Sistema Financiero”, es un

contrasentido a la razón, ya que la libertad contractual que establece la Constitución, nace exclusivamente de esa autonomía privada que se tiene que plasmar en los distintos contratos financieros, de esa manera, se determina libremente no solo los términos sino también con qué persona de confianza que tenga la calidad de fiduciario pueda contratar y no solo con las entidades que dispone la cuestionada ley.

SÉPTIMO. – Se debe entender que la libertad contractual, tiene limitaciones razonables siempre que contradiga la ley o las buenas costumbres, pero, el hecho de elegir a una persona natural o jurídica que pueda actuar como fiduciario del patrimonio fideicometido, no es actuar en libertinaje, sino más bien tener seguridad de que no solo está al alcance de los contratos fideicomisos bancarios las entidades financieras, sino también otras personas que libremente puedan tener esa condición, porque de lo contrario se está ejerciendo abuso del derecho, por parte de la cuestionada ley.

OCTAVO. – Es necesario que se cumpla con la competitividad en lo que se refiere a la libertad de empresa, industria, comercio y trabajo, a fin de crear riqueza de forma legal pero cumpliendo con las reglas de la moral y la ética, es por ello que, el sistema económico tiene la característica de ser abierta y en base a ello aplicar el principio de libertad contractual, pero sí, se sigue manteniendo la exclusividad de las empresas que deben actuar como fiduciarios que señala el artículo 16 inciso a) de la Ley antes indicada, no se está cumpliendo con las libertades del régimen económico que respalda la Constitución de nuestro país.

Por lo tanto, el supuesto antes formulado cuyo texto es el siguiente: *“Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen negativamente en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano”*, se **CONFIRMA**, porque lo dispuesto por el artículo 16 inciso a) de la “Ley General del Sistema Financiero” que establece los fideicomisos bancarios como exclusividad y no permitiendo a

las personas que libremente puede determinar el fiduciante, vulnera el principio de autonomía privada en materia contractual que se genera en el derecho privado.

4.2.2. Contrastación del segundo supuesto específico.

Pasamos a contrastar el segundo supuesto específico, cuyo texto es: “*Las sociedades titulizadoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano*”; que desarrollamos de la siguiente manera:

PRIMERO. – En el caso de sociedades titulizadoras fiduciarias de la “Ley de Mercado de Valores” que ha sido materia de modificación y aprobación por el Decreto Supremo N° 020-2023-EF vigente desde el 11/02/2023, que trata sobre disposiciones especiales sobre el proceso de titulización, señala en su artículo 301 del modificado Decreto Legislativo N° 861, “Ley del Mercado de Valores”, precisa que deben ser sociedades anónimas y que para constituirse como tal deben incluir en su denominación obligatoriamente “sociedades titulizadoras”, de manera que, solo las sociedades anónimas pueden tener la calidad de fiduciarios, sin embargo, a pesar de la reciente modificación se sigue vulnerando no solamente el principio de autonomía privada sino el principio de sociabilidad de los contratos de derecho privado.

SEGUNDO. – El hecho de solo conceder a las sociedades anónimas para ser fiduciarios, es cuestionable, porque se sigue limitando y excluyendo la participación de personas naturales que de conformidad a la libertad contractual, la persona que va entregar sus derechos o acciones se ve prohibida de ceder mediante contrato a otra persona natural, ya que como lo señala el artículo 301 de la “Ley del Mercado de Valores”, solo es para sociedades anónimas, sin embargo, en otros países vecinos como en Chile y Argentina se aplica el fideicomiso a través de personas naturales.

TERCERO. – Se debe precisar que en España, se encuentra la figura del fideicomiso, por la que una persona encarga a otra sus bienes a fin de que los pueda cuidar durante un

determinado tiempo, en este caso, si se trata de un fideicomiso testamentario, no se tiene que perjudicar a la legítima de una herencia, en ese sentido nuestra legislación para el fideicomiso como contrato solo se encuentra en la “Ley General del Sistema Financiero y la Ley del Mercado de Valores”, y que solamente se les considera calidad de fiduciarios a las entidades financieras como los bancos y en el caso de la última ley a las sociedades anónimas, con lo que, se sigue vulnerado el principio de sociabilidad de los contratos.

CUARTO. – En el caso de Chile, también se considera el fideicomiso en el derecho civil, considerado como un pacto legal por el que una determinada persona denominado fiduciante “transfiere o transmite la propiedad o administración de sus bienes a otra persona, el fiduciario”, a fin de que este último pueda administrar a favor de terceros denominados beneficiarios, de acuerdo a las condiciones y términos del contrato del fideicomiso, ello, se encuentra establecido en el artículo 733 del Código Civil chileno, sin embargo, en nuestro país, hasta con las últimas modificaciones, se siga persistiendo en no considerar a la persona natural.

QUINTO. – En Argentina también se aplican los fideicomisos financieros, considerado como aquel instrumento que permite acceder a un inversor para que pueda participar en un determinado proyecto o “en un cobro futuro, mediante una colocación de deuda o una participación de capital”, en ese sentido, el inversor puede ser una persona natural que según su capacidad económica puede invertir en mayor o menor adquisición de certificados, asumiendo el riesgo del proyecto, pero, también participar de las utilidades, sin embargo, en nuestro país solo está en la calidad de fiduciario las empresas financieras como los Bancos y sociedades tituladoras, mediante una sociedad anónima, que afecta el principio de sociabilidad.

SEXTO. – En nuestro país, las sociedades anónimas, debido a su régimen legal, que es imperativo, no es adecuado para pequeñas empresas, ya que una sociedad se tiene que constituir al menos por dos accionistas, además se exige un directorio, la existencia de junta general de

accionistas y también una gerencia, lo que hace más tedioso, que no puede acceder una persona natural que, como en el caso de España, Argentina y otros países puedan tener la calidad de fiduciario, por lo que es cuestionable lo normado por la actual “Ley del Mercado de Valores”.

SÉPTIMO. – En el caso de una sociedad anónima cerrada, si bien es cierto, se puede prescindir del directorio, siempre se mantiene la junta general de accionistas y la gerencia, que es una exigencia legal que tampoco permite a una persona natural actuar como fiduciario como en otros países. De igual manera la sociedad anónima abierta, es aún más exigente, ya que se requiere un mínimo de 750 accionistas, con el directorio y los demás componentes ya mencionados, por lo que también una persona natural no podría acceder a ser fiduciario, por ello es reprochable nuestra legislación acerca del fideicomiso.

OCTAVO. – Lo anteriormente mencionado afecta en nuestro país al principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado, ya que este principio otorga a las partes que intervienen que determinen libremente el contenido de sus acuerdos y en este caso, la persona que quiere participar de un fideicomiso como fideicomitente tiene la prohibición de pactar con una persona natural, ya que nuestro sistema solo permite a empresas financieras y sociedades anónimas, que fundamentalmente vulneran el artículo 59 y 61 de la Constitución, ya que se está permitiendo el monopolio de grandes empresas que de esa manera, se acentúan en países de escasa economía y de legislación pertinente.

Por lo tanto, el supuesto antes formulado cuyo texto es el siguiente: “*Las sociedades tituladoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano*”, se **CONFIRMA**, porque la “Ley del Mercado de Valores” en su artículo 301 vigente a partir del 11/02/2023, al considerar solo a las sociedades anónimas como fiduciarios, excluye la posibilidad de que una persona natural pueda ostentar dicha calidad, a pesar que en países europeos y latinoamericanos cercanos al territorio peruano, mantienen en sus disposiciones normativas y en su Código Civil

a personas naturales como fiduciarias, que es cuestionable en nuestro país, ya que se permite el monopolio de grandes empresas que combate el artículo 61 de nuestra Constitución.

4.2.4. Contrastación del supuesto general.

Contrastamos el supuesto general con el texto siguiente: “*El sistema normativo fiduciario influye negativamente en la libertad contractual en el Estado peruano*”; que desarrollamos de la siguiente manera:

PRIMERO. – Los fideicomisos bancarios contenidos en el artículo 16 inciso A), así como en el inciso b-5 de la “Ley General del Sistema Financiero” literal modificado por el Decreto Legislativo N° 1531 publicado el 19/03/2022, así como el artículo 318 inciso 1), en concordancia con el artículo 242, modificado por Ley N° 29654 del 17/01/2011, solo permite a las empresas de operaciones múltiples tener la condición de fiduciario, que afecta a la persona natural.

SEGUNDO. – Las disposiciones antes comentadas afectan el principio de autonomía privada contractual del derecho privado, ya que no permite al fiduciante, elegir a una persona natural, sino someterse a lo dispuesto por la ley que evidentemente vulnera el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

TERCERO. – Las sociedades titulizadoras fiduciarias establecidas en la “Ley del Mercado de Valores”, Decreto Legislativo N° 861, aprobada por el Decreto Supremo N° 020-2023-EF, vigente desde el 11/02/2023, solo autoriza para tener la calidad de fiduciaria a las sociedades anónimas, mediante su artículo 301, dejando de lado, a las personas naturales.

CUARTO. – Las disposiciones normativas antes mencionadas, vulneran el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado, ya que debe imperar en estos contratos el principio de libertad contractual y de no permitir el monopolio de grandes empresas, el mismo que vulnera el artículo 61 de nuestra Constitución.

En conclusión, tanto los fideicomisos bancarios como las sociedades tituladoras del sistema normativo fiduciario afectan la libertad contractual protegida en nuestra Constitución, no permitiendo el acceso como fiduciario a una persona natural como en otros países de Europa y Latinoamérica.

4.3. Discusión de resultados

4.3.1. Discusión de resultados del primer supuesto específico.

“Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen negativamente en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano”.

Es necesario precisar que, los fideicomisos bancarios de nuestra legislación que se encuentran dentro de la “Ley General del Sistema Financiero” en el artículo 16 inciso A, que fue modificado mediante Decreto Legislativo N° 1531, el 2022, solo admite que las empresas de operaciones múltiples, entre ellos los bancos puedan ser fiduciarios, lo que naturalmente afecta al principio de autonomía privada en los contratos, en este contexto, debemos citar a la tesis internacional de Quezada (2021) que en su investigación en el país de Ecuador, analiza la seguridad y utilidad cuando hay inversión en los fideicomisos, por lo que, su objetivo fue profundizar el conocimiento de utilización de los fideicomisos en el ámbito mercantil y si la inversión es segura, quién llega a las siguientes conclusiones:

Siendo la relación del fideicomiso de confianza con el objetivo de que se administre la propiedad de la persona que entrega el bien, no sería justo que el fiduciario después de un tiempo, no tenga responsabilidad si sus resultados son negativos. (Quezada, 2021, p. 70).

Se debe combinar experiencias en las inversiones de la gestión favorable en la utilidad de los bienes entregados mediante un contrato de fideicomiso en el ámbito mercantil. (Quezada, 2021, p. 70).

Como se puede inferir, la tesis mencionada resalta la relación de confianza entre el fideicomitente y el fiduciario, de manera que, siendo el fiduciario una persona natural, debe asumir responsabilidad cuando exista una mala gestión, ya que se ha suscrito un contrato de fideicomiso mercantil, en el que prima la autonomía privada de los contratos, se señala que en la legislación ecuatoriana cuando ocurra este incidente, el fiduciario desempeña solamente el rol de mediador, lo que su caso se debe modificar para que asuman responsabilidad de forma total de la mala gestión.

En nuestro país, en relación con la citada investigación ecuatoriana, surge una concordancia, ya que nuestra posición es la de que se le la oportunidad, mediante ley, a las personas naturales, para que actúen como fiduciarios, ya que nuestro sistema fiduciario no lo permite en la “Ley General del Sistema Financiero”, pero en el país de Ecuador existe la experiencia de este tipo de fiduciario, pero, que cuando exista gestión deficiente no actúe como mediador sino como responsable totalmente, debido a que es una obligación contractual.

En este contexto, presentamos la tesis nacional de Avilez, (2021) que, mediante su investigación referida a la intangibilidad de la figura de la legítima en el fideicomiso de testamentos en el Perú, mantiene como objetivo si se puede aplicar en nuestra legislación el fideicomiso testamentario para establecer intangibilidad sucesoria de la legítima; llega a la siguiente conclusión:

Qué, la legítima sucesoria como un aspecto de intangibilidad se encuentra prohibida o no permitida en nuestro país, y de esa manera no existe una verdadera disposición libre de los bienes para dejar un fideicomiso testamentario, que respalde los intereses al que se tiene que proteger en el futuro. (Avilez, 2021, p. 57).

La tesis nacional antes indicada, mantiene relación con nuestro trabajo, debido a que, se analiza la inexistencia en nuestro país del fideicomiso para los testamentos, en la que se mantenga intangible la legítima de los herederos cuando la persona que dispone de sus bienes

deje protegido a sus familiares, es decir, se busca que prime la autonomía privada en los contratos, sin embargo, en nuestro país solo las empresas financieras o bancos según ley, pueden ser fiduciarios cuando muy bien lo puede ser una persona natural, que pueda encargarse de proteger los bienes del que entrega el bien para que luego los transfiera a los beneficiarios; no se debe confundir, con la figura del albacea que hace cumplir la voluntad en la repartición de la masa hereditaria, el fiduciario testamentario sería el que mediante un acuerdo contractual perciba una contraprestación para realizar gestión comercial del bien y transferirlo al que decide entregar el fiduciante testamentario.

Podemos concluir, señalando que el fideicomiso bancario de la “Ley General del Sistema Financiero” afecta la autonomía privada de los contratos en el derecho privado al excluir terminantemente a una persona natural como fiduciaria.

4.3.2. Discusión de resultados del segundo supuesto específico.

“Las sociedades tituladoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano”.

La Ley del Mercado de Valores recientemente modificada y vigente a partir del 11/02/2023, en su artículo 301 indica que solo las sociedades anónimas pueden ser fiduciarios, descartando de esta manera a las personas naturales que, si son permitidas en otros países como Chile y Argentina, en este caso, en nuestro país se contraviene al principio de sociabilidad que rige para los contratos de derecho privado.

Al respecto, debemos mencionar la tesis internacional ecuatoriana, presentada por Loachamin (2022) que trata sobre el fideicomiso mercantil en el rubro inmobiliario el mismo que influye en su sistema tributario, señala como objetivo verificar si los proyectos inmobiliarios aplicados con el fideicomiso mercantil, protegen los derechos reales que puedan dar solución a las viviendas sociales en relación con otras del mercado económico, llegando a las conclusiones siguientes:

Que, la buena fe es la característica primordial del fideicomiso mercantil en su país, ya que deviene del derecho romano en el que se entregaba un bien para crear un patrimonio autónomo el mismo que se realizaba mediante un contrato entre particulares. (Loachamin, 2022, p. 89).

El patrimonio autónomo creado no es materia de embargo y ello asegura que se cumplan a cabalidad los proyectos inmobiliarios, en el caso, que surja el dolo en dicho procedimiento se puede aplicar afectaciones de índole tributario debidamente controladas. (Loachamin, 2022, p. 89).

Se puede desprender de la tesis comentada que, desde el derecho romano que, es el legado del sistema jurídico del país de Ecuador hasta su vigente normatividad, se trata del fideicomiso como un contrato con libertad contractual, en ese contexto, tiene relación la tesis que estamos presentando, porque en nuestro país sólo se permite que las sociedades tituladoras como sociedades anónimas, puedan ser fiduciarios, según el artículo 301 de la Ley del Mercado de valores vigente desde el 11 de febrero del 2023, sin considerar a la persona natural en calidad de fiduciario, como sucede en el Ecuador y otros países, por lo que, es necesario la respectiva modificación para no vulnerar el principio de sociabilidad, donde impera la libertad contractual protegida por el artículo 59 de nuestra Constitución.

En relación a lo anteriormente comentado, presentamos la tesis nacional de Cuzcano (2020), cuyo tema de investigación está relacionado a la aplicación del fideicomiso familiar en nuestro país, el mismo que no existe en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo fue indagar la distinción entre el derecho germano y el *common law*, que es la base para incluir en nuestro sistema el fideicomiso familiar, llegando a las conclusiones que se detallan:

Que, a través de una ley de carácter especial se pueda incluir el fideicomiso familiar debido a que su fundamento y naturaleza jurídica deviene del sistema del derecho romano-germano. (Cuzcano, 2020, p. 79).

Es procedente la inclusión del fideicomiso familiar en nuestro sistema normativo, ya que su naturaleza hasta la fecha está en la base del derecho romano, que se debe de aplicar como un contrato fideicomiso, estableciendo los límites necesarios en los negocios de gran dimensión. (Cuzcano, 2020, p. 79).

De igual manera, podemos concluir que la tesis analizada tiene una marcada relación con el trabajo de investigación que estamos presentando, por la razón de que parte de un contrato y en el derecho romano todavía no existía empresas bancarias o sociedades anónimas, sino más bien su naturaleza jurídica hace necesaria la intervención de personas particulares que tienen el derecho de participar como fiduciarios, sin embargo, la “Ley del Mercado de Valores” que se está aplicando desde el 11 de febrero del 2023, solo permite ser fiduciario a las sociedades anónimas, sin tomar en cuenta que la constitución de estas sociedades tiene un carácter riguroso en su formación, como por ejemplo, que debe tener como mínimo dos socios, en las sociedades cerradas y en el caso de sociedades anónimas abiertas con un mínimo de 750 socios, por lo que sería imposible para una persona natural que es de confianza del fiduciante que entrega el bien acceder a esta encargatura, a pesar que, en países como España, Argentina, Chile, Ecuador y otros, mantienen a la persona natural como fiduciario que inclusive se puede generar el fideicomiso testamentario que también no está reglamentado en nuestro sistema jurídico, por lo que, es evidente que se deba modificar tanto la ley del Sistema General Financiero y la reciente vigencia de la “Ley del Mercado de Valores”, a fin de no perjudicar el principio de sociabilidad que se encuentra amparado en el artículo 59 y 61 de nuestra Constitución.

4.4. Propuesta de mejora

Es importante, que se pueda modificar no solamente la vigente “Ley General del Sistema Financiero”, que aún reformada y vigente desde el 19 de marzo del 2022 en lo que se refiere al artículo 16 inciso A, que tiene concordancia con su artículo 242 modificado por Ley

N° 29654 del 17 de enero del 2011, que otorga de manera exclusiva la facultad de fiduciario a las empresas de operaciones múltiples en la que se destaca a los fideicomisos bancarios y no considerando a las personas naturales que por derecho y aplicación del principio de autonomía privada en los contratos del derecho privado, pueden ser fiduciarios.

En ese mismo contexto, es importante modificar también la “Ley del Mercado de Valores”, Decreto Legislativo N° 861 recientemente aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2023-EF, vigente desde el 11 de febrero del 2023, que a partir de su artículo 301 precisa que solo deben ser considerados como fiduciarios las sociedades anónimas, las mismas que obligatoriamente deben indicar en su denominación: “Sociedades tituladoras”, dejando de igual manera sin la oportunidad a las personas naturales que desde el derecho romano que, es el legado que tiene nuestro sistema jurídico, tienen derecho a su autonomía privada y al principio de sociabilidad orientado por la libertad contractual.

El hecho de solo otorgar la calidad de fiduciarios a las empresas de operaciones múltiples bancarias y a las sociedades anónimas, es un hecho discriminatorio que un Estado de derecho no se puede permitir, ya que en mérito a la manifestación de voluntad y su libertad contractual, el fideicomitente que es la persona natural que hace entrega de sus bienes o derechos a otra persona, se basa en los criterios de confianza y de buena fe, que son los que deben primar en los contratos y de esta manera, tener concordancia constitucional con lo que se refiere a la libertad contractual, comercial e industrial de que también la persona natural pueda obrar como fiduciario que genere no solamente el debido cuidado en los intereses del patrimonio fideicometido, sino que se respete la autonomía privada que es la característica principal de los contratos en el derecho privado.

En conclusión, esta propuesta mejorará el carácter intrasistémico entre la Constitución y las demás leyes de menor rango, en este caso, la “Ley General del Sistema Financiero” y la

“Ley del Mercado de Valores”, que deben estar en concordancia con los artículos 59 y 61 de nuestra Constitución.

Propuesta para la modificación:

Se debe modificar la “Ley General del Sistema Financiero” y del “Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, Ley N° 26702, en su artículo 16 inciso A, se debe incluir en el numeral 8, con el siguiente texto: **a las personas naturales sin que se requiera un capital mínimo en el caso de ser fiduciario.**

Del mismo modo el artículo 242 de la referida ley, que debe añadirse en el tercer párrafo;

También pueden ejercer la función en el fideicomiso de titulación, las personas naturales referidas a la “Ley del Mercado de Valores”.

CONCLUSIONES

- Los fideicomisos bancarios contenidos en el artículo 16 inciso A, en concordancia con el artículo 242 de la vigente “Ley General del Sistema Financiero”, Ley N° 26702, que al conceder solo a las empresas de operaciones múltiples como los bancos y también a COFIDE, excluye a las personas naturales como fiduciarios, con lo que se afecta el principio de autonomía privada contractual del derecho privado, amparado por el artículo 61 de nuestra Constitución, que no autoriza el establecimiento de monopolios.
- Las sociedades tituladoras fiduciarias de la vigente “Ley del Mercado de Valores” que entró en vigor el 11 de febrero del 2023, que mediante su artículo 301 solo permite ser fiduciario a las sociedades anónimas, dejando de lado a la persona natural y afectando de esta manera el principio de sociabilidad de los contratos en el derecho privado, que se encuentra amparado en el artículo 59 de nuestra Constitución.
- El sistema normativo fiduciario establecido en la Ley N° 26702 “Ley General del Sistema Financiero” y las sociedades tituladoras fiduciarias contenidas en la “Ley del Mercado de Valores”; ambas, al excluir a la persona natural como fiduciario afectan la libertad contractual en el Estado peruano.

RECOMENDACIONES

- Modificar el artículo 16 inciso A y el artículo 242 de la vigente “Ley General del Sistema Financiero”, a fin de que se incluya a la persona natural como fiduciaria, con el objetivo de respetar el principio de autonomía privada que debe primar en los contratos del derecho privado en nuestro país.
- Modificar el artículo 301 de la “Ley del Mercado de Valores”, con la finalidad de que se incluya a la persona natural como fiduciario, de manera que, se respete el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado donde impera la libertad contractual.
- Incluir en el sistema normativo fiduciario de nuestro país, a la persona natural en calidad de fiduciario, con el objetivo de respetar la congruencia constitucional referida a la libertad contractual, la autonomía privada y el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado.
- Realizar la difusión respectiva en los distintos ámbitos académicos jurídicos, para que la presente propuesta de modificación del sistema normativo fiduciario, se ejecute a través de la voluntad del legislador, en beneficio de la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abréu, A. (2020). *Efectos de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en las ejecuciones de garantías prendarias sin intervención judicial a la luz de la Ley 45-20*. Tesis para la obtención del Grado de Magister en Procedimiento Civil. Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra. Recuperado de: http://investigare.pucmm.edu.do:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12060/2040/AmbarAbreu2020_TesisM.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Alegría, J. (2009). *Derecho Comercial II*. Lima-Perú: Ediciones Jurídicas.
- Alpa, G. (2015). *El contrato en general. Principios y problemas*. Lima-Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Aranzamendi, L. (2009). *Guía metodológica de la investigación jurídica, del proyecto a la tesis*. Perú: Editorial Adrus S.R.L.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica: diseño del proyecto de investigación; estructura y redacción de la tesis*. Perú: Editorial Jurídica Grijley.
- Avilez, O. (2021). *El fideicomiso testamentario en el Perú y la intangibilidad de la legítima*. Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Empresarial. Universidad de Lima. Recuperado de: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/13767/Avilez_Chacaliza_El-Fideicomiso.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Carnelutti, F. (1955). *Teoría General del Derecho*. 3° Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Perú: Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Castillo, M. & Chipana, J. (2015). *Las Garantías sobre bienes muebles*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

- Cuzcano, A. (2020). “*Aceptación del fideicomiso familiar en el Perú en el año 2020*”. Tesis para optar el Título de Abogado. Universidad Autónoma del Perú. Recuperado de: <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/1333/Cuzcano%20Huerta%2c%20Angelica%20Maria.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cruz, I. (2018). *El fideicomiso en garantía*. Tesis para la obtención del título de Abogado. Universidad de Piura. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3220/DER-L_013.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- De la Puente, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado*. Lima-Perú: Cultural Cuzco.
- Loachamin, P. (2022). *Aplicación del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario en la Legislación Ecuatoriana y su Implicación en el Sistema Tributario*. Tesis para obtener el Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Central del Ecuador. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/29292/1/UCE-FJCPS-CD-LOACHAMIN%20PEDRO.pdf>
- Madrigal, S. (2021). “*El fideicomiso de garantía y su “aparente” violación al pacto comisorio*”. Tesis para el Grado de Maestría Profesional en Derecho con mención en Derecho Comercial. Universidad Latina de Costa Rica Sede Heredia Centro Internacional de Posgrados. Recuperado de: https://repositorio.ulatina.ac.cr/bitstream/20.500.12411/1611/1/TFG_Ulatina_Shirley_Madrigal_Villalobos_201002085070.pdf
- Mantari, L. & Panta, A. & Poma, P. (2021). “*Naturaleza Jurídica del dominio fiduciario y el rol del fiduciario en los fideicomisos en el Perú*”. Tesis para optar el Grado de Maestría

- en Finanzas y Derecho Corporativo. Universidad Esan Business. Recuperado de:
https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/2723/2021_MAFDC_19-1_02_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ninamanco, F. (2014). *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Olano, R. (2019). “*Análisis crítico del fideicomiso peruano. entendiendo su tratamiento impositivo de renta*”. Tesis para optar el Grado académico de Magister en Derecho tributario. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de:
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14141/OLANO_ROMERO_RODRIGO1.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Piedra, J. (2020). *Los deberes fiduciarios de los administradores de sociedades de capital tras la ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo*. Tesis para la obtención de Grado de Doctor en Derecho. Universitat Rovira y Virgili. Recuperado de:
<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/670049/Tesis%20Doctoral%20Jordi%20Piedra%20Arjona.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quezada, F. (2021), con su investigación: *Los fideicomisos de inversión: Análisis jurídico de su utilidad y seguridad*. Tesis para la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Recuperado de:
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/25597/1/UCE-FJCPS-CD-QUEZADA%20RICHARD.pdf>
- Ramírez, R. (2010). *Proyecto de investigación: Cómo se hace una tesis*. Primera edición. Perú: Fondo editorial AMADP.
- Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato*. Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Vivanco, P. (2017). “*Fundamentos para una concepción de justicia a partir de la lucha entre escuelas jurídicas*”. (Maestría). Recuperado de:

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%
c3%b1ez_Fundamentos_concepci%
c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/9860/Vivanco_Nu%c3%b1ez_Fundamentos_concepci%c3%b3n_justicia1.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Zelayaran, M. (2009). *Metodología de investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas.

ANEXOS

“EL SISTEMA FIDUCIARIO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ESTADO PERUANO”

Anexo 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL		
¿De qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano?	Determinar de qué manera el sistema normativo fiduciario influye en la libertad contractual en el Estado peruano.	El sistema normativo fiduciario influye negativamente en la libertad contractual en el Estado peruano.	<p align="center">Categoría 1 El sistema fiduciario</p> <p align="center">Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los fideicomisos bancarios. • Las sociedades titulizadoras fiduciarias. 	<p align="center">Enfoque metodológico de la investigación La investigación es de un enfoque cualitativo teórico</p> <p align="center">Metodología paradigmática de la investigación Investigación teórica jurídica con tipología de corte propositivo</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	SUPUESTOS ESPECÍFICOS		
¿De qué manera los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano?	Determinar de qué manera los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano.	Los fideicomisos bancarios de la Ley General del Sistema Financiero influyen negativamente en el principio de autonomía privada contractual del derecho privado en el Estado peruano.	<p align="center">Categoría 2 Libertad contractual</p> <p align="center">Subcategorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autonomía privada contractual. • Principio de sociabilidad de los contratos. 	<p align="center">Diseño del método paradigmático Se aplicó la interpretación exegética para analizar el artículo 242 de la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero</p> <p align="center">Escenario de estudio Ordenamiento jurídico peruano</p>
¿De qué manera las sociedades titulizadoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano ?	Determinar de qué manera las sociedades titulizadoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano.	Las sociedades titulizadoras fiduciarias de la Ley de Mercado de Valores influyen en el principio de sociabilidad de los contratos del derecho privado en el Estado peruano.		<p align="center">Caracterización de sujetos o fenómenos Se analizaron las estructuras normativas y las posturas doctrinarias de la aplicación temporal de la ley</p> <p align="center">Técnicas e instrumento de recolección de datos La técnica del análisis documental y se usó el instrumento la ficha textual y de resumen, para recopilar datos de los libros y textos legales.</p> <p align="center">Procesamiento y análisis Mediante la hermenéutica se procesaron los datos del fichaje para interpretar y fundamentar racionalmente los supuestos.</p>

Anexo 2: Matriz de Operacionalización de categorías

CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS
El sistema fiduciario (Concepto jurídico número uno)	Los fideicomisos bancarios
	Las sociedades tituladoras fiduciarias
Libertad contractual (Concepto jurídico número dos)”	Autonomía privada contractual
	Principio de sociabilidad de los contratos

Fuente: Elaboración propia

Anexo 3: Matriz de Operacionalización del instrumento (Sólo cualitativo empírico)

Se debe precisar que la naturaleza del presente trabajo de investigación es de enfoque cualitativo teórico, debido a que fueron materia de análisis las propiedades de cada una de las categorías de estudio.

Anexo 4: Instrumento de recolección de datos

Se han utilizado una serie de fichas textuales y de resumen, por lo que se pondrá en evidencia alguna de ellas:

“FICHA TEXTUAL: Definición del fideicomiso en el sistema económico peruano.

DATOS GENERALES: De la Flor, (1997). C. Perú: Editorial: Gaceta Jurídica S.A. p. 175.

CONTENIDO: “existe una unión estructural, una sola relación jurídica patrimonial constituida por elementos tanto reales como obligacionales (...), creando así el efecto práctico querido por ellas”.

“FICHA RESUMEN: Contrato de fideicomiso.

DATOS GENERALES: Alegría, J. (2009). *Derecho Comercial II*. Lima-Perú: Ediciones Jurídicas.

CONTENIDO: “Viene a ser un contrato que se encuentra expresada la voluntad de las personas que lo contraen, a fin de crear, realizar transmisión, reconocimiento, declaración, modificación o extinción de derechos y obligaciones, como son COFIDE y otras empresas que la SBS supervisa y que se encuentran determinadas en la ley de la materia”.

“FICHA TEXTUAL: Obligatoriedad de la libertad contractual.

DATOS GENERALES: Torres, A. (2016). *Teoría General del Contrato*. Perú: Pacífico Editores S.A.C. p. 96.

CONTENIDO: “Cuando las partes aceptaron libremente el contenido de un contrato, estos deben subordinarse y cumplirse el contrato pactado, en la que se debe aceptar las limitaciones señaladas por la ley”. (p. 96)”.

Anexo 5 hasta el 10: (Sólo para el enfoque cualitativo empírico)

No es aplicable al presente caso por ser de un enfoque cualitativo teórico.

Anexo 11: Declaración de autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo Marco Antonio Melgarejo Mallma, identificada con DNI N° 10108315, domiciliado en la Manzana U Lote 16 J.C. Mariátegui, del distrito de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“EL SISTEMA FIDUCIARIO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ESTADO PERUANO”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, noviembre del 2023



Marco Antonio Melgarejo Mallma
DNI N° 10108315