

Braulio Alexis Arias Villagómez[✉]

La autonomía privada en el caso del fideicomiso peruano

Private Autonomy in the Case of the Peruvian Trust

Autonomía privada no caso do fideicomisso peruano

Resumen: A continuación se analiza el artículo 242 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, norma legal que regula al contrato de fideicomiso peruano, en ella se establece a las únicas personas que pueden desempeñarse como fiduciarios.

La premisa del estudio parte del hecho que dicha norma legal estaría vulnerando el principio de autonomía privada ya que limita la libertad para contratar al no permitir la libre elección del fideicomitente sobre el fiduciario, hecho que se expone en el devenir del estudio. Con la finalidad de explicar la problemática se brinda, en principio, una noción sobre el fideicomiso para luego explicar el marco regulatorio aplicable al fideicomiso en el sistema jurídico peruano lo que conlleva a identificar las normas jurídicas que califican al fideicomiso como un contrato válido.

Al momento de revisar las normas jurídicas que sirven para establecer al contrato de fideicomiso como válido también se analiza la idoneidad de las mismas.

El estudio pretende contribuir a la regulación del fideicomiso donde se respete el principio de autonomía privada contractual reconocido por la Constitución Política peruana en el artículo 2, inciso 14; dotando de congruencia al sistema jurídico peruano.

Palabras clave: autonomía privada, libertad para contratar, fideicomiso, contratos, validez del contrato.

[✉] Abogado, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Humanas de la Universidad Tecnológica del Perú, y de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener. ORCID: 0000-0001-9207-213X

✉ c14068@utp.edu.pe

Abstract: *Below, article 242 of the Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (General Law of the Financial System and of the Insurance and Organic System of the Banking and Insurance Supervisor) is analyzed, which is the legal norm that regulates the Peruvian trust contract and it establishes the only people who can act as fiduciaries.*

The premise of the study is based on the fact that such legal norm would be violating the principle of private autonomy since it limits the freedom to contract by not allowing the free choice of the trustor over the fiduciary, a fact that is exposed in the future of the study. In order to explain the problems, a notion about trust is provided and then the regulatory framework applicable to the trust in the Peruvian legal system is explained which leads to identify the legal standards that qualify the trust as a valid contract.

At the moment of reviewing the legal norms that serve to establish the trust contract as valid, the suitability of such is also analyzed.

The study aims to contribute to the regulation of the trust where the principle of contractual private autonomy recognized by the Peruvian Constitution is respected in article 2, subsection 14; providing congruence to the Peruvian legal system.

Keywords: *Private Autonomy, Freedom to Contract, Trust, Contracts, Validity of the Contracts.*

Resumo: *Em seguida, analisa-se o artigo 242 da Lei Geral do Sistema Financeiro e do Sistema de Seguros Orgânico e da Superintendência de Bancos e Seguros, norma legal que regulamenta o contrato fiduciário peruano, no qual as únicas pessoas são constituídas quem pode atuar como fiduciário.*

A premissa do estudo fundamenta-se no fato de que tal norma legal estaria violando o princípio da autonomia privada, pois limita a liberdade de contratar, não permitindo a livre eleição do fidedigno sobre o fiduciário, fato exposto no futuro do estudo. Para explicar o problema, é fornecida, em princípio, uma noção sobre o fideicomiso para então explicar o marco regulatório aplicável o fideicomiso no sistema jurídico peruano que leva a identificar as normas legais que qualificam o fideicomiso como um contrato válido.

No momento de rever as normas jurídicas que servem para estabelecer o contrato de fideicomiso como válido, a adequação do mesmo também é analisada.

O estudo objetiva contribuir para a regulação do fideicomiso onde o princípio da autonomia contratual privada reconhecido pela Constituição Política peruana é respeitado no artigo 2, inciso 14; fornecendo congruência ao sistema legal peruano.

Palavras-chave: *autonomia privada, liberdade de contratar, fideicomiso, contratos, validade do contrato.*

Recibido: 20180903

Aceptado: 20190114

Noción de fideicomiso, a manera de introducción

Previos a brindar una noción sobre el fideicomiso, es necesario señalar que se encuentra regulado en la Ley n.º 26.702, 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).

El fideicomiso se encuentra en la sección segunda de la Ley General del Sistema Financiero, en el título III sobre operaciones y servicios, capítulo II de los contratos e instrumentos, sub-capítulo II, en dicho apartado se ubican del artículo 241 al 274, las treinta y tres (33) normas jurídicas destinadas a regular de manera directa y específica al contrato de fideicomiso en el Perú.

Cabe anotar que la Ley General del Sistema Financiero no es la única en regular sobre el fideicomiso, otra norma jurídica que regula sobre dicho contrato es la referida al fideicomiso de titulización de activos, propio del mercado de valores, sin embargo esta última aplica de manera supletoria a la Ley General del Sistema Financiero.

Situados en la Ley General del Sistema Financiero, cabe destacar que dentro de su regulación se expresa un concepto de fideicomiso⁽¹⁾. Entre nosotros la doctrina converge con el concepto dado por la ley, en ese sentido se sostiene que el fideicomiso es:

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

El fideicomiso bajo la ley peruana es un contrato, como tal se trata de un acto jurídico⁽²⁾ pero no cualquier acto, este posee ciertos rasgos que lo diferencian de los demás. El fideicomiso es un acto jurídico plurilateral y patrimonial como muchos

otros empero aún hay más, un rasgo característico de este es el objeto del contrato, el cual consiste en la obligación de constituir un patrimonio fideicometido sujeto al dominio del fiduciario.

El fideicomiso es un acto jurídico plurilateral pues en su celebración pueden intervenir al menos dos partes, estas son a saber: el fideicomitente y el fiduciario, ergo también puede intervenir en la celebración una parte más: el fideicomisario⁽³⁾.

El fideicomiso es un acto jurídico patrimonial pues la finalidad es la obtención de ventajas económicas y satisfacción de intereses económicos de las partes.

El rasgo que sin duda abre una gran brecha entre el fideicomiso y los demás actos jurídicos y contratos es la obligación del fiduciario de constituir un patrimonio fideicometido con los bienes a él transferidos, a partir de la constitución del patrimonio fideicometido este es inembargable e independiente al patrimonio de las partes.

Sobre el patrimonio fideicometido el fideicomitente ya no ejerce dominio, quien ejerce dicho derecho es el fiduciario. El dominio fiduciario⁽⁴⁾ es el derecho subjetivo en virtud al cual el fiduciario puede ejercer las funciones necesarias para cumplir con el fin específico estipulado en el contrato.

Si bien todo contrato tiene incidencia sobre las relaciones jurídicas sea creándolas, modificándolas, regulándolas o extinguiéndolas, en el caso del fideicomiso el objeto además de crear la relación jurídica también consiste en la creación de las obligaciones entre las partes siendo la principal obligación afectar al patrimonio del constituyente para crear el patrimonio fideicometido. Por lo que se podría considerar como objeto de dicho contrato a la relación jurídica creada y al patrimonio específico en constituir como patrimonio fideicometido.

Siendo así, podemos establecer que el fideicomiso es un contrato creador de una relación jurídica entre el fideicomitente y fiduciario cuya obligación principal es constituir un patrimonio fideicometido. Sobre dicho patrimonio el fiduciario ejerce un derecho, el dominio fiduciario. El patrimonio fideicometido es una abstracción jurídica que no puede gestarse a sí misma, al menos no lo ha previsto la realidad actual y menos aún la norma jurídica siendo que la gestación del patrimonio recae sobre el fiduciario.

Un contrato crea obligaciones, las mismas pueden recaer sobre una de las partes o sobre ambas, el fideicomiso genera obligaciones tanto para el fideicomitente como para el fiduciario, la obligación del fideicomitente queda clara. Respecto de la obligación principal del fiduciario, esta es constituir el patrimonio fideicometido y ejercer el dominio fiduciario sobre este, según el fin específico acordado que beneficiará al fideicomitente o al fideicomisario. En este punto cabe señalar que los beneficios o frutos del patrimonio fiduciario son adjudicados al beneficiario designado en el contrato de fideicomiso, dicho beneficiario recibe el nombre de fideicomisario; en general debería tratarse de un tercero, sin embargo, para la ley nada obsta en que el propio fideicomitente resulte el beneficiario del contrato⁽⁵⁾.

La regulación del fideicomiso en el Perú

El fideicomiso como parte del sistema jurídico peruano

De lo anteriormente anotado se comprende que el fideicomiso es un contrato. El contrato es una institución jurídica de larga data que ha sido y es abundantemente estudiada y no precisamente por el derecho comercial, o el financiero, o el bancario de donde provienen los estudios sobre fideicomiso, sino más bien por el derecho civil.

La máxima expresión y directriz del derecho privado es el principio de autonomía privada⁽⁶⁾, esta “es una facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas, para que en ejercicio de su libertad, puedan contratar y determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas” (Soto, 2003, 526).

Siendo así, el contrato es una de las máximas expresiones del principio de autonomía de los privados pues a través de él los sujetos de derecho privado pueden vincularse para cooperar, atendiendo dicha cooperación a la satisfacción de sus carencias y/o necesidades económicas.

En ese orden de ideas, los privados son los que deberían establecer las reglas que los acompañen desde la etapa de tratativas precontractuales hasta la ejecución de las obligaciones nacidas del contrato empero el sistema jurídico se encarga a través de la norma en dotarlo de la validez jurídica que requiere para gozar de los efectos jurídicos y así sea posible que dicho acto de autonomía privada goce de todas las credenciales de tutela del Estado.

El Derecho a través del Estado y este a través del legislador crea las normas jurídicas encargadas de pautear o encaminar la voluntad de los privados, ello en atención a que dicha autonomía no puede dejarse al imperio absoluto de los privados, de lo contrario nos expondríamos a perder la libertad para ubicarnos en el plano del libertinaje, provocando el abuso del derecho, quebrantando la convivencia armoniosa a la que el Derecho pretende coadyuvar.

Por ello la autonomía privada tiene límites, al respecto se sostiene que:

La justificación en la imposición de límites se encuentra, en mi entender, en la propia función calificadora del ordenamiento pero también en la constatación según la cual el ordenamiento jurídico no puede prestar su apoyo a la autonomía privada para la satisfacción de cualquier interés que esta persiga (Palacios, 2007, 103).

De tal manera que resulta importante e interesante la presencia del Estado en la regulación de la conducta del hombre en sociedad, incluso en el Derecho Privado donde rige el principio de autonomía privada. Es así que el Estado mediante el conjunto de normas jurídicas vigentes no sólo regula su propio actuar sino que también regula el de los ciudadanos en su esfera privada, estableciendo límites que no vulneran el principio de sociabilidad de los contratos, esto es que mediante contrato no se puede vulnerar los intereses de terceros o de la sociedad.

Bajo este panorama es pertinente conocer al sistema jurídico del cual el fideicomiso es parte, para ello es importante identificar las normas de jerarquía superior e incluso las de jerarquía inferior para corroborar la coherencia, congruencia y cohesión del sistema jurídico peruano respecto del contrato de fideicomiso.

Siguiendo esa perspectiva identifiquemos las normas asociadas a la regulación del fideicomiso, estas son: La Constitución Política del Perú del año 1993, el Código Civil peruano del año 1984 aprobado mediante Decreto Legislativo n.º 265, la Ley n.º 26.702, Ley General del Sistema Financiero, y el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores del año 1996.

Es menester señalar que no debemos considerar a la Ley n.º 26.702, ley que regula al fideicomiso en general, como una ley en un compartimento estanco que nada debe coordinar con otras normas jurídicas del sistema jurídico peruano ya que ella atiende a un marco normativo con el que debe coordinar, desde la norma jurídica

ca de mayor jerarquía hasta llegar a la de menor jerarquía.

Considerando la jerarquía normativa de superior a inferior, en principio situamos a la Constitución Política del Perú, luego tenemos al Código Civil peruano de 1984, la Ley n.º 26.702 (ley que regula al fideicomiso en general) y el Decreto Legislativo n.º 861 (ley que regula al fideicomiso de titulización de activos), estas últimas corresponden a una misma categoría normativa.

Al respecto Rubio (2006) escribe que en el plano legislativo nacional la primera norma de la jerarquía normativa es la Constitución, en un segundo rango se encuentran las normas con rango de ley, en dicha categoría primero se ubica la ley pues ella emana directamente del órgano tradicional, vale decir el Congreso de la República; por debajo de la ley se encuentra el Decreto Legislativo, norma dictada por el Poder Ejecutivo en virtud a la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Congreso.

Veamos a continuación cada una de las normas relativas al fideicomiso según la jerarquía normativa del Estado peruano.

La Constitución Política es la norma fundamental que organiza el funcionamiento de los distintos poderes y órganos del Estado, también reconoce los derechos y establece los deberes de las personas; la Constitución plasma las principales disposiciones que toda norma del sistema jurídico peruano debe observar y respetar.

De la Constitución peruana queremos destacar para nuestro estudio al artículo 2, inciso 12 que se encuentra en el capítulo I (Derechos fundamentales de la persona), Título I (De la persona y la sociedad); en dicha norma se reconoce el derecho constitucional y fundamental de la libertad para contratar.

El texto constitucional según el artículo 51 goza de supremacía frente a cualquier otra norma del sistema jurídico peruano, reafirmando para que no quepa duda, sitúa a la Constitución en el peldaño más alto de la jerarquía normativa peruana, de modo tal que normas como la Ley N° 26.702 (Ley que regula al fideicomiso), el Código Civil peruano y el D. L. n.º 861 (que regula el fideicomiso de titulización de activos) obedecen a la jerarquía normativa constitucional con lo que la coherencia, congruencia y cohesión del sistema de normas jurídicas del Estado peruano estará asegurada y de no estarla, invocar la supremacía del texto constitucional restablecería la falla normativa.

La Ley n.º 26.702 establece el marco regulatorio para las empresas del sector financiero y para las empresas de seguro, en ella encontramos contratos y operaciones autorizadas por el Estado a favor de las empresas del sector. Uno de los contratos regulados dentro de la ley es el fideicomiso; se trata de un fideicomiso netamente financiero ya que se encuentra reconocido para ser celebrado y ejecutado por empresas del sector financiero, el artículo 242 de la ley es el encargo de establecer las empresas del sector financiero autorizadas para desempeñarse como fiduciarios.

El Decreto Legislativo n.º 861 establece el marco regulatorio sobre el mercado de valores, en dicha norma se establece que las sociedades tituladoras son las únicas que pueden actuar como fiduciarios en los fideicomisos de titulización de activos, pues son las autorizadas por el Estado a operar en el mercado de valores peruano.

Por tanto, en el sistema jurídico peruano la regulación del fideicomiso tiene como base o fuente principal al fideicomiso financiero; el fideicomiso de titulización de activos es regulado en norma aparte, sin embargo, utiliza de manera supletoria las normas y el esquema del fideicomiso financiero. Esto sitúa al fideicomiso peruano como un contrato propio del sector financiero que tiene un producto para cada sector de la intermediación financiera, el fideicomiso de la ley del sector financiero se trata de una operación de intermediación financiera indirecta mientras que el fideicomiso de titulización de activos es una operación de intermediación financiera directa.

El Código Civil peruano establece los principios y normas que regulan la vida del ciudadano en su esfera jurídica privada, aquí se encuentra la regulación sobre los contratos, de modo que esta norma puede aplicarse de manera supletoria a la Ley del Sistema Financiero y a la Ley del Mercado de Valores, pues informa a la normativa nacional en general sobre los principios y principales disposiciones aplicables a los contratos de derecho privado.

Estas son las principales normas que atañen a la regulación del fideicomiso en el Perú; sobre este conjunto de normas debemos determinar si gozan de ciertas condiciones —coherencia, congruencia y cohesión— que otorgará al sistema legal peruano de seguridad jurídica, predictibilidad y confianza a los ciudadanos.

Derechos fundamentales, derechos económicos y su relación con el fideicomiso

Habiendo establecido el conjunto de normas aplicables al contrato de fideicomiso y corroborada la supremacía de la Constitución Política peruana; es turno de introducirnos en el derecho constitucional más importante para efectos del estudio, el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política del Perú que señala:

Artículo 2.— Toda persona tiene derecho: (...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...) (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2, inc. 14).

El reconocimiento del derecho a contratar es el reconocimiento al principio de autonomía de los privados a establecer relaciones jurídicas.

Sobre la sustancia del principio de autonomía privada en la contratación se señala:

El principio de la autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera. (De la Puente, 2007, 200)

El principio de autonomía privada en la contratación se manifiesta de dos maneras, ambas reguladas, una en la Constitución Política (artículo 2, inciso 14) y la segunda en el Código Civil peruano (artículo 1354). Sin embargo queremos enfocarnos en la primera, sobre ella se sostiene, en opinión que compartimos, que

La libertad de contratar comprende a su vez dos libertades:

a) Libertad de contratar o no, es decir, celebrar un contrato y

b) Libertad de elegir al otro contratante (Soto, 2003, 530).

Reconocida la libertad para contratar como un derecho constitucional que comprende dos libertades, las mismas que como se ha sostenido no pueden ser absolutas. Las limitaciones a dicha libertad las anuncia el propio texto constitucional ergo si la autonomía privada no rebasa dichas limitaciones, la libertad de contratar jamás debe ser afectada en las dos libertades comprendidas: la libertad de celebrar un contrato y la libertad de elegir al otro contratante.

En ese sentido se expresa que “Se desvirtuaría la libertad de contratar consagrada por la Constitución como derecho fundamental de la persona si alguien pudiera ser obligado a contratar, porque el contrato es, por encima de todo, un acuerdo de declaraciones de voluntad” (De la Puente, 206).

Si la libertad para contratar es reconocida por la Constitución peruana, las normas jurídicas del sistema legal peruano deben de guardar coherencia y congruencia con dicho postulado, esto no es un detalle adicional sino un mandato constitucional relevante para el presente estudio.

La libertad para contratar es un derecho constitucional y dicho derecho contiene un campo de aplicación delimitado, es decir hay linderos jurídicos establecidos que la libertad no puede rebasar. El artículo 2 inciso 14 de la Constitución peruana ha establecido como límite a la libertad para contratar a la finalidad lícita y a las leyes de orden público.

Rubio (1999) sostiene en alusión a la limitación *leyes de orden público*, que ella subsume la primera limitación *finalidad lícita* pues un fin ilícito contravendría las leyes de orden público, las mismas que deben ser entendidas como el conjunto de normas de ineludible cumplimiento, comprendiendo incluso a los principios generales del Derecho, pues ellos dan sustancia a las normas.

Por lo que, la libertad de celebrar un contrato y/o la libertad de elegir al otro contratante no puede colisionar ni rebasar la limitación *leyes de orden público*, entendidas estas como aquellas de mandato imperativo.

Aquí es preciso recordar al artículo 242 de la Ley n.º 26.702, ley que regula al fideicomiso⁽⁷⁾. En dicho artículo se establece las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios, vale decir, el Estado mediante esta ley establece al otro contratante del fideicomitente, señalando a las empresas de determinado sector del mercado a desempeñarse como fiduciarios.

Nos encontramos frente a la regulación de un derecho constitucional con evidente impacto en la economía, por eso:

Es preciso tener en cuenta que la economía y el Estado existen en orden al hombre, por lo que las instituciones estatales y económicas no solo habrán de ser expresión del poder, sino que deberán responder siempre a la dignidad del hombre. Para ello es preciso reconocer la primacía de la política frente a la economía, pues esta última debe estar al servicio de objetivos ético-políticos superiores. Pero al mismo tiempo, es también preciso reconocer la primacía de la ética frente a la economía y la política (Kresalja y Ochoa, 2009, 40).

La libertad de contratar no es sólo un derecho fundamental también es un derecho económico pues a través del ejercicio de este derecho el ser humano tiende a procurar su bienestar y libre desarrollo, lo que puede permitirle vivir dignamente, la libertad es connatural al ser humano, no puede negársele tal condición sino más bien reconocerla, respetarla y resguardarla. De modo que el reconocimiento del derecho a la libertad para contratar resulta importante para el desarrollo de las personas y su vida digna.

Por tanto, podemos señalar que este derecho económico es un derecho fundamental, humano y/o constitucional que tiene una estrecha conexión con la vida económica de las personas.

Este derecho constitucional nos reconoce y permite contratar, posicionándose el contrato como una institución del Derecho, trascendiendo incluso al derecho privado:

En efecto, el contrato es el instrumento jurídico sin el cual no podrían actuarse las dos formas fundamentales de la colaboración económica que son el intercambio y la asociación. Los dos contratos típicos, bajo este aspecto, son la venta y la sociedad; pero en torno a ellos ha venido floreciendo y constantemente germina de nuevo una flora contractual maravillosamente rica (Carnelutti, 2010, 46).

De modo que la relación entre el fideicomiso y los derechos fundamentales se encuentra en el reconocimiento del derecho a la libertad para contratar que es perfectamente aplicable al fideicomiso en tanto se trata de un contrato. A partir de esta idea queremos corroborar si las libertades contenidas en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política peruana son permitidas en el caso del fideicomiso peruano.

El fideicomiso como contrato debería gozar de las mismas libertades que todos los contratos, salvo que no se trate de un contrato de derecho privado.

Validez del contrato de fideicomiso según la Ley n.º 26 702. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros

Para que el fideicomiso sea considerado un contrato válido en el sistema legal peruano debe de cumplir con las exigencias requeridas por la Ley n.º 26.702; dicho de otra manera, las partes del fideicomiso al celebrar dicho contrato deben observar y cumplir las exigencias normativas para que dicho contrato sea reputado como regular o conforme al ordenamiento jurídico nacional, es decir, válido. Un contrato válido supone a su vez el goce de la eficacia jurídica, esto es, producir los efectos jurídicos programados por la norma y las partes contratantes.

Veamos enseguida los elementos que la estructura del contrato de fideicomiso debe reunir para ser catalogado como válido por el sistema legal peruano.

La estructura del contrato de fideicomiso

Por estructura se entiende a la “Disposición o modo de estar relacionadas las distintas partes de un conjunto” (DRAE, 2018). Siendo este conjunto el contrato, veamos cuáles son esas partes que la ley exige al contrato para ser considerado válido.

Entre las normas a considerar no sólo tenemos a la Ley n.º 26.702, ley que regula al fideicomiso, sino también al Código Civil peruano que contiene el marco de regulación general de los contratos y actos jurídicos.

El artículo 140 del Código Civil señala:

Artículo 140.—Noción de Acto Jurídico: Elementos esenciales.

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. (Código Civil, 1984, art. 140).

También debemos considerar al artículo 1.351 del mismo Código, que expresa “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. (Código Civil, 1984, art. 1.351).

Para considerar a un contrato válido el análisis debe considerar tanto al artículo 140 como el 1.351 del Código Civil peruano, identificando en ellos los elementos solicitados por el ordenamiento jurídico peruano para el contrato.

De modo tal que el acuerdo es el elemento del contrato que se desprende del artículo 1.351 del Código. El acuerdo implica la declaración de voluntad conjunta y coincidente de las partes.

Del artículo 140 del Código queda claro que se exige la capacidad del agente (de las partes, en el caso del fideicomiso), objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y la forma prescrita.

De otro lado contamos con la norma jurídica específica que regula al fideicomiso peruano, la Ley n.º 26.702, si bien no incorpora algún elemento al contrato, exige requisitos adicionales que establecen la diferencia con los demás contratos, por tanto, es oportuno considerar en el análisis las exigencias de dicha ley.

Cabe recordar que los requisitos son considerados como aquellas características o cualidades que deben de cumplir los elementos de un tipo contractual. Siendo así es menester precisar que tanto la Ley n.º 26.702 como el Código Civil peruano establecen requisitos a los elementos del contrato. Es decir, contamos con requisitos generales exigidos a todo contrato que yacen en el Código Civil peruano y requisitos específicos ubicados en la ley de la especialidad. Los requisitos exigidos por el Código Civil se encuentran en el artículo 140 y respecto de la Ley n.º 26.702, veamos los que establece:

a) Artículo 242 que establece las empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios: Esta norma es de carácter imperativo o de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes pues la elección del fiduciario ya viene dada o predeterminada por la norma al establecer un listado de empresas que son calificadas por la ley como fiduciarios.

b) Artículo 271 que establece la designación de un factor fiduciario: Teniendo en consideración la elección de un fiduciario, la misma que se entiende es una

empresa del sistema financiero, es decir, un ente abstracto; corresponde a una persona natural hacerse cargo y responsable de todos los actos y contratos celebrados para coadyuvar al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, por ello la norma establece de manera imperativa el nombramiento de una especie de administrador del contrato de fideicomiso.

c) Artículo 243 que regula la facultad de disposición de los bienes del fideicomitente: Esta norma exige al fideicomitente gozar de la facultad de disposición de los bienes que destinará a constituir como patrimonio fideicometido de lo contrario no podría celebrarse el fideicomiso, dicha norma también procura resguardar el derecho de terceros frente al patrimonio del fideicomitente pues este último podría celebrar el contrato de fideicomiso para eludir sus obligaciones con terceros.

d) Artículo 246, la formalidad del contrato de fideicomiso: La norma establece que la forma del contrato es mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente, agregando que para oponer el contrato frente a terceros deberá además inscribirse en el registro público que corresponda, ya que para cada clase de bien y derecho existe un registro particular.

Por lo tanto, si un contrato de fideicomiso cumple con las exigencias de la norma jurídica peruana nos encontraremos frente a un contrato válido pues las partes contratantes han dado cumplimiento cabal a las normas citadas del Código Civil y la Ley n.º 26.702, sin embargo, si retomamos y consideramos lo anotado en el numeral anterior respecto de la libertad para contratar y la relación con el fideicomiso, habría que cuestionarnos si las exigencias establecidas por estas normas —el Código Civil y la ley de la materia— son congruentes y coherentes con el marco constitucional peruano.

Una vez que el contrato de fideicomiso es admitido por el sistema jurídico peruano como válido el contrato puede desatar los efectos jurídicos establecidos por la ley y el contrato, por eso resulta importante la etapa formativa del contrato, en la que se ensamblan cada uno de los elementos y requisitos exigidos por el sistema jurídico peruano.

A raíz de ello consideramos adecuado efectuar una revisión por cada uno de estos elementos o requisitos que califican al fideicomiso como un contrato válido, resultando indispensable revisar con mayor detenimiento al artículo 242º de la Ley

n.º 26.702 puesto que no se encontraría en coherencia y congruencia con el texto constitucional peruano, específicamente con el artículo 2, inciso 14 de la Constitución que reconoce a la libertad para contratar como un derecho fundamental.

La presencia del principio de autonomía privada en el contrato de fideicomiso peruano

Es preciso recordar que:

El principio de la autonomía privada contractual, aplicado sin traba alguna, pronto empezó a encontrar en sí mismo su propio germen de destrucción. La libertad jurídica, al verse enfrentada a una desigualdad económica, provocó el abuso en la contratación.

Pronto comprendió el Estado que no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, lo que había ocasionado este abuso, y decidió intervenir más de cerca en la relación contractual para intentar equilibrar las posiciones, estrechando así el campo de la autonomía privada. (De la Puente, 2007, 27).

La estrechez de la autonomía privada para estos casos se produce, como bien se anotó, por un desequilibrio económico. Para solucionar dicho problema el legislador optó por intervenir la autonomía de los privados limitando la libertad contractual, esto es, la libertad de establecer determinadas reglas contractuales que limiten o vulneren ciertos derechos y obligaciones. En consecuencia aparecen regulaciones sobre las cláusulas generales de contratación, los contratos por adhesión y la regulación en protección al consumidor.

La existencia de la limitación a la libertad contractual, no implica que no exista autonomía privada pues sólo un aspecto de la misma se encuentra limitada; los privados aún gozan de libertad para contratar. De modo que la autonomía privada se encuentra atenuada por limitar un aspecto de ella (la libertad contractual) más no lesionada, la justificación a dicha limitación reposa no en la libertad sino en restaurar la paridad o igualdad

Por lo tanto, la autonomía privada entre sujetos con igual poder de negociación, que han discutido el contrato detenidamente y han incorporado cláusulas penales exorbitantes debe respetarse, pero si estamos ante el sistema de contratación masivo, donde los contratos son predispuestos y no se ha informado

a los consumidores o adherentes de los beneficios y los posibles perjuicios ante un incumplimiento de sus obligaciones, se hace necesaria la intervención del Estado. (Soto, 2003, 558).

De modo que la autonomía privada, cabe recordar, es “El poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente las relaciones jurídicas entre sí”. (De la Puente, 2007, 199).

Dicho poder reconocido a los privados para crear las relaciones jurídicas, hemos visto, se encuentra reconocido en la Constitución Política peruana a través del artículo 2 inciso 14, libertad para contratar. Es preciso recordar que esta libertad no es absoluta, encuentra como limitación a las normas jurídicas imperativas del sistema jurídico peruano.

De otro lado existe la libertad contractual, reconocida en el artículo 1.354 del Código Civil peruano que dota a los privados del poder de configuración interna, esto es, establecer los derechos y obligaciones a través de los pactos o cláusulas que ellos determinen. Aquí también es menester señalar que existe limitación, cuya finalidad es velar por una relación jurídica equilibrada en pro de la igualdad de las partes contratantes.

Por tanto, la autonomía privada contractual es la libertad del hombre dentro del ámbito de la norma jurídica.

Entonces vincular al contrato de fideicomiso y su regulación con el principio de autonomía privada, implica vincular a este con la libertad para contratar y con la libertad contractual a fin de determinar la idoneidad de los límites establecidos al fideicomiso peruano.

Libertad para contratar

Se dijo que la libertad para contratar “es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante”. (Soto, 2003, 529).

Esta libertad supone y permite que las personas puedan crear libremente relaciones jurídicas, en tanto la finalidad sea lícita y no se contravengan normas de orden público, de conformidad con el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Peruana.

En un importante caso sobre el ITF⁽⁸⁾ (impuesto a las transacciones financieras) el Tribunal Constitucional peruano, el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú, señaló sobre la libertad para contratar que “Tal derecho garantiza, *prima facie*: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante”. (Tribunal Constitucional, Exp. N.º 0004-2004-AI/TC, 2004).

Traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano a fin de ilustrar la problemática de cara al fideicomiso regulado por la Ley del Sistema Financiero peruano a fin de advertir lo que de alguna manera en la doctrina peruana ya se ha anunciado de la actual regulación del fideicomiso peruano respecto de la limitación a la libertad para contratar.

En el Perú, el Fideicomiso no está regulado en el Código Civil, sino en la Ley de Mercado de Valores y en la Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Estas leyes no permiten constituir fideicomisos con la libertad que garantiza los artículos 1.353 y 1.354 del referido código. (Escobar, 2008, 96).

En la misma línea se ha recomendado que “sería conveniente una revisión de la actual Ley 26.702, para que el fiduciario lo pueda ser también una persona física, y no necesariamente como hasta ahora, solamente una persona jurídica” (De la Fuente, 2014, 19).

Y es que para el caso del contrato de fideicomiso peruano, este es considerado válido para el sistema jurídico peruano si cumple con reunir, entre otros elementos, la designación del otro contratante, escogiendo dentro de los que el artículo 242 de la Ley 26.702 (LGSF) establece con la aptitud para desempeñarse como fiduciario, en este punto cabe destacar que el listado del artículo 242 es *numerus clausus*, esto es que, el Estado a través de dicha norma establece un conjunto reducido de co contratantes sobre los que el fideicomitente deberá elegir.

El artículo 242 de la Ley bajo análisis contempla una lista cerrada de fiduciarios, señala que podrán ser fiduciarios la Corporación Financiera para el Desarrollo (COFIDE), las sociedades del artículo 16 inciso A y el inciso B-5, así como el artículo 318 numeral 1 de la Ley n.º 26.702. El artículo agrega que también puede ser fiduciario cualquier empresa supervisada por la (SBS) cuyo fin sea promover a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE).

Observemos que el artículo 242 se refiere al término económico “empresas”, siendo lo correcto aludir al término jurídico “sociedad”. Las sociedades anónimas a las que alude el artículo 242 son sociedades del sector financiero, para corroborar ello revisemos la remisión efectuada por este artículo.

El Título I de la Ley n.º 26.702 regula la Constitución de las Empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, ahí se encuentra contenido el artículo 16 inciso A y el inciso B-5 al que hace remisión el artículo 242.

Si bien el título de la ley nos advierte que la regulación aplica a sociedades sólo del sector financiero, veamos cuales son:

El artículo 16 inciso A(9) alude a sociedades del sector financiero cuyo capital oscile entre los S/ 678.000,00 (Seiscientos setenta y ocho mil soles) y S/ 14.914.000,00 (Catorce millones novecientos catorce mil soles).

El artículo 16 inciso B-5(10) es el dispositivo legal que hace referencia directa y expresa a las sociedades fiduciarias, señalando que estas requieren para su constitución un capital mínimo de S/ 1.356.000,00. (Un millón trescientos concienticéis mil soles).

Otra norma a la que se refiere el artículo 242 es el artículo 318 numeral 1⁽¹¹⁾, esta norma se ubica en el Título II de la Ley n.º 26.702, en la que se regula a las empresas de seguros y reaseguros. El numeral del artículo bajo comentario establece la posibilidad de que las empresas de seguros y reaseguros cumplan con encargos fiduciarios.

Para constituir una sociedad de seguros o reaseguros, la sociedad deberá contar con un capital mínimo de S/ 2.712.000,00 (Dos millones setecientos doce mil soles)⁽¹²⁾.

Entonces, una sociedad constituida bajo la Ley n.º 26.702 que quisiera brindar servicios fiduciarios deberá aportar al capital social, por lo menos, la suma de S/ 678.000,00 (Seiscientos setenta y ocho mil soles), lo que aproximadamente equivale a \$ 202.989,81 (Doscientos dos mil novecientos ochenta y nueve 81/100 dólares americanos) o € 176.955,35 (Ciento setenta y seis mil novecientos cincuenta y cinco 35/100 euros).

Por tanto, existiría una limitación que afecta a las dos posibles partes celebrantes del contrato de fideicomiso.

Del ángulo del fideicomitente la limitación se manifiesta en que sólo puede y debe elegir entre las sociedades señaladas en el artículo 242 de la Ley.

Del ángulo del fiduciario la limitación se manifiesta en que sólo las sociedades con el capital exigido por la Ley podrán ser autorizadas por la (SBS) para operar fideicomisos.

Es decir, no se puede elegir a cualquier sociedad constituida bajo las leyes peruanas, por ende y en consecuencia, no cualquier sociedad constituida bajo las leyes peruanas puede ser fiduciario.

Respecto del fiduciario, aún hay más, pues sólo las sociedades son las que podrían ser autorizadas por la (SBS) pero las personas naturales con actividad empresarial y/o comercial se encontrarían impedidas.

Por tanto, se puede colegir que actualmente en el Perú, el fideicomiso se encuentra reservado solamente para las sociedades del sistema financiero y de seguros mas no a sociedades de otros sectores económicos como las sociedades inmobiliarias, agrícolas, acuícolas, vinícolas, ganaderas, mineras, educativas, y cualquier otra sociedad comercial que no tenga el capital mínimo indicado por la ley, menos aún existe la posibilidad que una persona natural sea fiduciario.

Como señala la Constitución Política y el Tribunal Constitucional ha desarrollado en reiteradas sentencias⁽¹³⁾, la libertad para contratar supone la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la libre elección del otro co-contratante, si alguna de estas libertades se limita entonces habría una limitación a la libertad para contratar contenida en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política.

Siendo que la legislación peruana sobre fideicomiso evidencia que, sólo las sociedades del sistema financiero que cumplan con determinado capital mínimo pueden ser elegidas como fiduciarios, cabe preguntarse si existe libertad de elegir al otro co-contratante, habida cuenta que las sociedades anónimas son una parte del total de sujetos de derecho privado de derecho interno.

En este punto es menester observar la experiencia comparada a fin de corroborar si el tratamiento de las legislaciones de nuestros pares es idéntica o se aparte de la legislación peruana, para efectos de esta comparación escogeremos a las legislaciones más significativas por su vinculación con el análisis propuesto.

Empecemos con la legislación mexicana. El caso de la legislación mexicana es la experiencia jurídica más próxima a la peruana porque se reserva el fideicomiso para las entidades del sistema financiero, así la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que las instituciones de crédito son las autorizadas a brindar servicios fiduciarios⁽¹⁴⁾.

En la misma línea tenemos a legislaciones tales como:

Venezuela —Ley de Fideicomisos, art. 12—, México —Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, art. 385—, Colombia —C. Co., art. 1226—, Honduras —C. Co., art. 1040—, Guatemala —C. Co., art. 768—, El Salvador —C. Co., art. 1238, y Ley de Bancos, art. 67—, Perú —L. 26702, art. 242—, Paraguay —L. 921/96, art. 19—, República Dominicana —L. 189.11, art. 25—. (Hernández, 2013, 29).

De otro lado con una variante a las legislaciones señaladas, tenemos experiencias legislativas como la de Costa Rica, Panamá, Uruguay y Argentina, sobre estas dos últimas se anota:

La ley más reciente en fideicomiso, al aparecer este libro, expedida bajo el número 17.703 de 2003 y reglamentada por el Decreto 516 del mismo año refleja una clara influencia argentina, en particular, por consagrar la posibilidad genérica de que cualquier persona, natural o jurídica, pueda actuar como fiduciaria, pero reserva para las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales la necesidad de actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional. (Rodríguez, 2013, 94).

Efectivamente, en la República del Uruguay la Ley de Fideicomiso⁽¹⁵⁾ y en concordancia el reglamento de la Ley establece que cualquier persona natural o jurídica podrá ser fiduciario de cualquier fideicomiso, salvo los fideicomisos propios del sector financiero en los que sólo podrán ser fiduciarios las entidades de intermediación financiera o las sociedades administradoras de fondos de inversión.

La legislación uruguaya concuerda con la legislación argentina pues el Código Civil y Comercial⁽¹⁶⁾ argentino que contiene la regulación del contrato de fideicomiso, establece que cualquier persona natural o jurídica podrá ser fiduciario, salvo los casos específicos de los fideicomisos financieros y del mercado de valores en los que el fiduciario deberá ser autorizado por la Comisión Nacional de Valores.

Lo mismo ocurre con Costa Rica⁽¹⁷⁾ y Panamá⁽¹⁸⁾, legislaciones que autorizan a desempeñar el rol de fiduciario a cualquier persona natural o jurídica.

En Latinoamérica el rol del fiduciario como regla general se encuentra reservado sólo para las entidades del sistema financiero, como excepción el fiduciario puede ser elegido libremente, sea una persona natural o jurídica.

Si entre nuestros pares latinoamericanos se admite la libertad de ofrecer servicios fiduciarios de parte de cualquier persona natural o jurídica, la ley peruana podría admitir la incorporación de dicha libertad en su regulación, es decir, además de la permanencia del fideicomiso de la Ley del Sistema Financiero y el fideicomiso de la titulación de activos, podría considerarse la incorporación de un fideicomiso de derecho privado.

Un fideicomiso de derecho privado supondría el acceso libre para que cualquier fideicomitente elija a cualquier persona natural o jurídica para ser fiduciario; del mismo modo, cualquier persona natural o jurídica tendría la posibilidad de encontrarse autorizado a desempeñarse como fiduciario.

Con esto, todos los fideicomitentes (cualquier sujeto de derecho privado) podrían ejercer el derecho fundamental recogido por la Constitución peruana, elegir con la facultad que otorga la libertad para contratar a cualquier persona (natural o jurídica) que se ajuste más a sus intereses, siempre en el marco de la licitud que las normas jurídicas peruanas vigentes establecen.

Libertad contractual

Se sostiene que, “La libertad contractual es la facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato” (Soto, 2003, 530).

Sobre este aspecto no advertimos mayor problema pues por acuerdo de las partes se puede establecer el contenido del contrato, o una de ellas podrá imponer a la otra el contenido del mismo utilizando el contrato por adhesión, lo cierto es que frente a uno u otro escenario la doctrina y la norma jurídica se han pronunciado para restablecer el equilibrio en dicha relación jurídica, para este caso la autoridad administrativa recaída en la Superintendencia de Banca y Seguros podrá según sus

atribuciones estipuladas en la Ley n.º 26.702 tomar las acciones correctivas a solitud de parte o de iniciativa propia.

Por lo que entre la libertad para contratar y la libertad contractual la que concita mayor atención es la primera por ser la única que limita la libre elección de la otra parte contratante.

En este punto resulta precisar recordar que “El campo de aplicación de la autonomía privada depende en gran medida del sistema económico y de la voluntad del Estado, pues mediante el legislador se determinará los alcances de la autonomía privada” (Soto, 2003, 558).

De ahí que resulte válido cuestionarse hasta qué parte del camino el Estado a través de las normas jurídicas debe limitar la libertad para contratar de los sujetos de derecho privado; las normas jurídicas responden a un determinado pensamiento pues las elaboran las y los legisladores, los que ostentan la facultad legislativa, son ellos los que vierten en las normas, sus aprendizajes, experiencias, convicciones y es probable que dentro de ellas también vuelquen sus sesgos, prejuicios, tentaciones académicas, intereses particulares o colectivos, legítimos o no.

El Estado reconoce la libertad para contratar (art. 2 inciso de la Constitución peruana) aunque establece límites, dentro de dichos límites tenemos a las normas de carácter imperativo como el artículo 242 de la Ley n.º 26.702.

Un conflicto entre ambas normas jurídicas nos coloca en el supuesto establecido por el artículo 138 de la Constitución Política peruana:

Artículo 138.—Administración de Justicia. Control difuso.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 138).

Si bien el sistema jurídico peruano exige al fideicomiso a través de la Ley n.º 26.702 ciertos elementos y requisitos para que sea considerado válido, es necesario considerar la falta de idoneidad de los requisitos de la ley bajo comentario a la luz

de las disposiciones de las normas constitucionales, lo que acarrea la incoherencia del sistema jurídico peruano, pues la máxima norma del Estado, la Constitución Política, no sólo reconoce la libertad para contratar como un derecho fundamental sino que establece la solución ante la incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal.

Es cierto que la libertad para contratar tiene límites, sin embargo, cierto también es que la naturaleza de dicha libertad, como se ha sostenido en opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional que compartimos, no puede jamás recortar la libertad de elegir al otro con-contratante, limitación que va ligada con el hecho de que cualquier persona pueda ser autorizada a desempeñarse como fiduciario.

Conclusiones

El estudio nos demuestra que el contrato de fideicomiso válido es aquel que cumple con el mandato de la Ley General del Sistema Financiero pero hemos cuestionado la idoneidad de la exigencia establecida por el artículo 242 de la Ley General del Sistema Financiero. La falta de idoneidad del requisito para celebrar el contrato de fideicomiso con un co-contratante predeterminado por la norma legal genera contradicciones con la norma constitucional provocando la incongruencia por la incompatibilidad del mandato de la ley con respecto al mandato constitucional.

La Constitución Política reconoce la libertad para contratar que se manifiesta a través de la libre elección del co-contratante, así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano, sin embargo, la Ley General del Sistema Financiero predetermina al co-contratante fiduciario.

En el caso bajo análisis se observa limitación en la libre elección del con-contratante fiduciario, pues el Estado a través del artículo 242 ha autorizado a un reducido número de personas a desempeñarse como fiduciarios, se trata sólo de sociedades, empero no se trata de todas las sociedades sino sólo las del sector financiero.

El artículo 242 no solo limita la libre elección del fideicomitente sobre la persona natural o jurídica que deseara designar como fiduciario; limita también la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica con capacidad legal pueda postularse como fiduciario pues la ley fija un listado cerrado de sociedades a las cuales les establece un capital social mínimo que deberán tener a fin de ser autorizados como fiduciarios.

Señalar que lo norma es inconstitucional y apostar por su derogación no contribuiría mucho en la solución, sin embargo, evaluar una fórmula de restablecimiento de la libertad para contratar de los fideicomitentes sí contribuye pues implicaría respetar la libertad de elección del co-contratante.

No puede restringirse a un determinado sector productivo de la economía, ni a un conjunto específico de personas el rol de fiduciario, otros sectores productivos especializados en sus rubros también pueden gestionar y administrar patrimonios fideicometidos, por ejemplo, el caso de un fideicomiso inmobiliario.

En el Perú todos tienen el derecho fundamental a la libertad para contratar, así como el derecho a la libertad de empresa, en ese sentido todos deben de gozar del derecho de elegir fiduciarios y de ser elegidos fiduciarios, sólo basta que el perfil especializado del profesional genere convicción al fideicomitente para contratar con él, sin embargo y en realidad, la libertad para contratar otorga al fideicomitente la discrecionalidad plena para elegir al fiduciario.

En ese sentido, la experiencia comparada latinoamericana por excepción a la regla no limita la libre elección del fiduciario, dichas legislaciones —Argentina, Costa Rica, Panamá y Uruguay— permiten la libre elección del fiduciario, sometiéndolo a las mismas reglas generales del fideicomiso financiero.

Siendo así, lo viable es que el artículo 242 de la Ley General del Sistema Financiero considere como fiduciario a todo aquella persona natural o jurídica que desee de manera permanente o eventual desempeñarse como fiduciario, reservando el fideicomiso propio del sistema financiero, así como el fideicomiso de titulación de activos para las sociedades del sector financiero o bursátil, en las que se entiende la especialización del fiduciario sobre ese rubro.

De este modo existiría un fideicomiso financiero regulado en la Ley n.º 26702, un fideicomiso de titulación de activos regulado por el Decreto Legislativo N° 861 y existiría un fideicomiso general para todos aquellos contratantes cuya finalidad práctica no coincida en constituir un patrimonio fideicometido a favor de un fiduciario del sector financiero o bursátil. Las normas reguladoras para los casos del fideicomiso general, serían las mismas contenidas en la Ley N° 26702, de modo tal que las protecciones legales⁽¹⁹⁾ contempladas en dicha ley serían plenamente aplicables al fideicomiso general, en su defecto, serían aplicables los remedios negociales y contractuales contenidos en el Código Civil peruano.

Referencias

- Arias Villagómez, B. (2018). La validez del acto constitutivo del fideicomiso y la declaración de prodigalidad del fideicomitente. *Actualidad Civil*, (43), 279-292.
- Carnelutti, F. (2010). *Cómo nace el Derecho*. (2ª reimp.). Bogotá: Temis.
- De la Flor, M. (1999). *El fideicomiso. Modalidades y tratamiento legislativo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Fuente, R. (2014). Fideicomiso bancario y trust anglosajón: ¿Una acertada conjunción? Implicancias en el derecho familiar y sucesorio peruano. *Gaceta civil y procesal civil*, (15), 192-206. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2023/fideicomiso_bancario_trust_anglosajon.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- De la Puente, M. (2007). *El contrato en general*. (2ª reimp.) (3 tomos). Lima: Palestra.
- Escobar Rozas, F. (2008). Categorías, esquemas y sombras: El caso del fideicomiso peruano. *Advocatus*, (19), 85-100.
- Ferri, L. (2001). *La Autonomía Privada*. Granada: Comares.
- Hernández Limongi, M. (2013). El trust y el fideicomiso en las legislaciones latinoamericanas. *Foro de Derecho Mercantil*, (38), 13-47.
- Kresalja Roselló, B. y Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Palacios Martínez, E. (2007). Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil. *Derecho PUCP*, (60), 97-110. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2926>
- Real Academia Española. (2014). Estructura. *Diccionario de la lengua española* (23º ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=H0r0IKM>

- Rodríguez, A. S. (2013). *Negocios fiduciarios: Su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (9 tomos). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2006). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (6ª reimp.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Soto Coaguila, C. y Mosset Iturraspe, J. (2009). El contrato en una economía de mercado. (2ª ed.). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Soto Coaguila, C. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas*, 52(106), 519-562. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14830>

Normas

- Argentina. Ley n.º 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 8 octubre 2014. Recuperado de http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf
- Perú. Código Civil. Diario Oficial “El Peruano”, 25 julio 1984.
- Perú. Constitución Política del Perú. Diario Oficial “El Peruano”, 29 diciembre 1993.
- Perú. Ley n.º 26702, Texto concordado de la Ley general del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Diario Oficial “El Peruano”, 09 diciembre 1996.
- Uruguay. Ley n.º 17.703, Ley de Fideicomiso. Diario Oficial, 4 noviembre 2003. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17703-2003>
- Uruguay. Decreto n.º 516/003, Reglamentación de la Ley n.º 17.703, 18 diciembre 2003. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/516-2003>

Jurisprudencia

Perú. Tribunal Constitucional. (13 de abril de 2007) Exp. n.º 7339-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07339-2006-AA.pdf>

Perú. Tribunal Constitucional. (21 de setiembre de 2004) Exp. n.º 0004-2004-AI/TC y acumulados. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html>

Notas

¹ Ley n.º 26702: “Artículo 241º.—*Concepto de fideicomiso*.”

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

² En la experiencia comparada denominado “negocio jurídico” sin embargo la legislación peruana la señala como acto jurídico, dicha discusión no es mérito del presente estudio ergo queremos dejar advertencia sobre dicha problemática en el caso peruano.

³ Ley n.º 26.702: “Artículo 250.—Fideicomisario que interviene en el contrato. Si el fideicomisario interviene como parte en el contrato, adquiere a título propio los derechos que en él se establezcan a su favor, los que no pueden ser alterados sin su consentimiento. En los demás casos, el fideicomitente puede convenir con la empresa fiduciaria las modificaciones que estime adecuadas, y aún la resolución del fideicomiso, salvo que con ello se lesionen derechos adquiridos por terceros. El fideicomitente puede también resolver el contrato de fideicomiso constituido a título gratuito, excepto en el caso previsto en el primer párrafo y, también, si hubiere renunciado a tal derecho. De crearse esa facultad, debe pagar a la empresa fiduciaria la pena convenida, o en su defecto, la que señale el juez especializado o el tribunal arbitral, respectivo. Para modificar o resolver el contrato de fideicomiso, los causahabientes del fideicomitente requieren, en todo caso, el consentimiento unánime de los fideicomisarios o, si éstos fueren indeterminados, la aprobación del Superintendente”.

⁴ Ley n.º 26702: “Artículo 252.—Facultades del fiduciario sobre bienes que recibe.

El fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo.

⁵ Ley n.º 26.702: “Artículo 241.—Concepto de fideicomiso.

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

⁶ Luigi Ferri precisa sobre la autonomía privada que:

Igualmente criticable me parece la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad

en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica, como veremos en seguida, con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares de crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos. (Ferri, 2001, 5).

⁷ Ley n.º 26.702: “Artículo 242º.—Empresas autorizadas a desempeñarse como fiduciarios. 131 Están autorizadas para desempeñarse como fiduciarias, COFIDE, las empresas de operaciones múltiples a que se refiere el inciso A del artículo 16º y las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318º, así como las empresas o instituciones supervisadas por la Superintendencia, cuyo objeto es garantizar, apoyar, promover y asesorar directa o indirectamente a la Micro y Pequeña Empresa (MYPE) de cualquier sector económico. En caso de dolo o culpa grave, la Superintendencia puede disponer la remoción de la empresa fiduciaria y designar a quien ha de sustituirla, si el fideicomitente no lo hiciera dentro del plazo que se le señale. Para ejercer las funciones de fiduciario en fideicomisos de titulización a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, las empresas del sistema financiero deben constituir sociedades tituladoras”.

⁸ En el caso sobre la ITF se trata de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura, el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín.

La demanda de inconstitucionalidad es dirigida contra el Decreto Legislativo n.º 939 (Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad), el Decreto Legislativo n.º 947 (Ley de Bancarización e ITF), y Ley n.º 28.194 (Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía).

En el presente caso se alegaba vulneración a la libertad de contratar puesto que el Estado peruano mediante la Ley de Bancarización y el ITF había establecido que el

medio de pago de la obligación contenida en el contrato debía efectuarse a través de las entidades bancarias. A propósito de esta situación el Tribunal Constitucional señaló que, si bien existe una condición sobre como efectuar el medio de pago y que esta constituye una evidente limitación a la libertad contractual, el objetivo de la bancarización de las transacciones y través de un tributo contribuir con el gasto público, ejercicio efectuado por la potestad tributaria del Estado también reconocida en la Constitución.

⁹ Ley n.º 26.702: “Artículo 16º.—Capital mínimo. Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social, aportado en efectivo, alcance las siguientes cantidades mínimas:

A. Empresas de Operaciones Múltiples:

1. Empresa Bancaria: S/. 14.914.000,00
2. Empresa Financiera: S/. 7.500.000,00
3. Caja Municipal de Ahorro y Crédito: S/. 678.000,00
4. Caja Municipal de Crédito Popular: S/. 4.000.000,00
5. Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa —ESPINE: S/. 678.000,00
6. Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público: S/. 678.000,00
7. Caja Rural de Ahorro y Crédito: S/. 678.000,00

¹⁰ Ley n.º 26.702: “Artículo 16º.—Capital mínimo. Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social, aportado en efectivo, alcance las siguientes cantidades mínimas:(...)B. Empresas especializadas:(...)5. Empresas de Servicios Fiduciarios: S/. 1 356 000,00. (...)”.

¹¹ Ley n.º 26.702: “Artículo 318.—Operaciones.

1. Operaciones de las empresas de seguros y de reaseguros En general, las empresas de seguros y/o reaseguros pueden realizar todas las operaciones, actos y contratos

necesarios para extender coberturas de riesgos o para emitir pólizas de caución vinculadas a prestaciones de hacer o de no hacer, incluyendo las operaciones de cesión o aceptación de reaseguro de ser el caso, así como efectuar inversiones. También podrán otorgar créditos a los asegurados para el pago de sus primas de seguro. Adicionalmente, y previa la ampliación de su autorización de funcionamiento, podrán emitir fianzas, realizar comisiones de confianza y encargos fiduciarios”.

¹² Ley n.º 26.702: “Artículo 16º.—Capital mínimo. Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social, aportado en efectivo, alcance las siguientes cantidades mínimas: (...) D. Empresas de Seguros:

1. Empresa que opera en un solo ramo (de riesgos generales o de vida): S/. 2.712.000,00
2. Empresa que opera en ambos ramos (de riesgos generales y de vida): S/. 3.728.000,00
3. Empresa de Seguros y de Reaseguros: S/. 9.491.000,00
4. Empresa de Reaseguros: S/. 5.763.000,00”.

¹³ Así tenemos las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre la libertad contractual: Tribunal Constitucional. (13 de abril de 2007) Exp. n.º 7.339-2006-PA/TC; Tribunal Constitucional. (21 de setiembre de 2004) Exp. n.º 0004-2004-AI/TC y acumulados.

¹⁴ El artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (México) dispone que sólo podrán ser instituciones fiduciarias las autorizadas por la ley, dichas instituciones corresponden al sistema financiero mexicano.

¹⁵ Los artículos 11 y 26 de la Ley n.º 17.703, Ley de Fideicomiso de la República Oriental del Uruguay establecen las principales disposiciones que rigen a los fiduciarios:

“Artículo 11: (Requisitos del Fiduciario).—Podrá ser fiduciario cualquier persona física o jurídica. La persona física deberá tener la capacidad legal exigida para ejercer el comercio.

Sin perjuicio de los requisitos establecidos para los fiduciarios de los fideicomisos financieros en el Capítulo IV de la presente ley, las entidades de intermediación financiera y los fiduciarios profesionales sólo podrán actuar como fiduciarios en forma habitual y profesional. (...)

Artículo 26: (Fiduciarios).—Solamente podrán ser fiduciarios en un fideicomiso financiero las entidades de intermediación financiera o las sociedades administradoras de fondos de inversión. De acuerdo con los fideicomisos de que se trate y las modalidades de sociedades fiduciarias, la reglamentación podrá autorizar a estas últimas a actuar como fiduciarios en fideicomisos financieros. A los efectos de la presente disposición, no regirá la limitación del objeto de las sociedades administradoras de fondos de inversión dispuesta por la Ley n.º 16.774, de 27 de setiembre de 1996. Las instituciones de intermediación financiera regidas por el Decreto-Ley n.º 15.322, de 17 de setiembre de 1982, y sus modificativas, el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Hipotecario del Uruguay, podrán constituir o integrar, como accionistas, sociedades fiduciarias de acuerdo con el régimen de la presente ley”.

¹⁶ La Ley n.º 26.994, que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina establece en el capítulo 30 la regulación del contrato de fideicomiso:

“Artículo 1.666.—Definición. Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario”.

“Artículo 1.673.—Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato”.

¹⁷ El artículo 637 del Código de Comercio de la República de Costa Rica señala

“Artículo 637.—Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria”.

¹⁸ El artículo 19 de la Ley n.º 1-1984 de la República de Panamá establece

“Artículo 19.—Podrán ser fiduciarios las personas naturales o jurídicas. Las personas de derecho público podrán transferir o retener bienes en fideicomiso, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley”.

¹⁹ Las protecciones legales que la Ley n.º 26.702 considera en su regulación son: la formalidad para el acto constitutivo del fideicomiso, la acción para anular el fideicomiso por fraude al acreedor, las facultades del fiduciario, las obligaciones y prohibiciones a la empresa fiduciaria, las causales de nulidad del fideicomiso, supuestos de término del fideicomiso.

En caso se requiera de otras protecciones legales, puede aplicarse el artículo 4 de la misma ley, el que dispone la aplicación supletoria de las disposiciones de derecho mercantil y las del derecho común, entendida esta última como el derecho civil, por lo que el Código Civil puede ser invocado.