



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

ACEPTACIÓN DEL FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERÚ
EN EL AÑO 2020

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTORA

ANGÉLICA MARÍA CUZCANO HUERTA

ASESOR

DR. LUIS ANGEL ESPINOZA PAJUELO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN
EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

LIMA, PERÚ, SETIEMBRE DE 2020

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mis padres, quienes fueron pieza clave y motivo de superación.

AGRADECIMIENTOS

Gracias a todas las personas que hicieron posible la realización de esta investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema	13
1.2. Formulación del problema.....	14
1.3. Objetivos de la investigación.....	14
1.4. Justificación e importancia de la investigación.....	15
1.5. Limitaciones de la investigación.....	17

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	19
2.2. Bases teóricas y científicas.....	29
2.3. Base conceptual.....	43
2.4. Base legal	48
2.5. Jurisprudencia	48
2.6. Triangulación de interpretación.....	52
2.7. Triangulación de teorías e investigadores.....	53
2.8. Definición de términos.....	54

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y enfoque de la investigación.....	57
3.2. Diseño de investigación.....	58
3.3. Población y muestra.....	58
3.4. Hipótesis	59
3.5. Variables - operacionalización	59
3.6. Método, técnica e instrumento de investigación.....	62
3.7. Análisis estadístico e interpretación de los datos	62

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN EN LOS RESULTADOS

- 4.1. Resultados de investigación65
- 4.2. Resultados obtenidos para la prueba de hipótesis.....75

CAPÍTULO V. DISCUSIÓN, CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

- 5.1. Discusiones.....78
- 5.2. Conclusiones.....79
- 5.3. Recomendaciones80

REFERENCIAS

ANEXOS

LISTA DE TABLAS

- Tabla 1 Variables
- Tabla 2 Operación de variable aceptación
- Tabla 3 Operación de variable fideicomiso familiar en el Perú
- Tabla 4 Primera pregunta de la primera variable 1
- Tabla 5 Segunda pregunta de la primera variable 1
- Tabla 6 Tercera pregunta de la primera variable
- Tabla 7 Cuarta pregunta de la primera variable
- Tabla 8 Quinta pregunta de la primera variable
- Tabla 9 Sexta pregunta de la segunda variable
- Tabla 10 Séptima pregunta de la segunda variable
- Tabla 11 Octava pregunta de la segunda variable
- Tabla 12 Novena pregunta de la segunda variable
- Tabla 13 Décima pregunta de segunda variable
- Tabla 14 Prueba de hipótesis general
- Tabla 15 Prueba de hipótesis específica

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 Interpretación
- Figura 2 Teorías e investigación
- Figura 3 Pregunta 1 de la variable 1
- Figura 4 Pregunta 2 de la variable 1
- Figura 5 Pregunta 3 de la variable 1
- Figura 6 Pregunta 4 de la variable 1
- Figura 7 Pregunta 5 de la variable 1
- Figura 8 Pregunta 6 de la variable 2
- Figura 9 Pregunta 7 de la variable 2
- Figura 10 Pregunta 8 de la variable 2
- Figura 11 Pregunta 9 de la variable 2
- Figura 12 Pregunta 10 de la variable 2

ACEPTACIÓN DEL FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERÚ EN EL AÑO 2020

ANGÉLICA MARÍA CUZCANO HUERTA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo la aplicación de la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú; a través de la identificación del problema general, así como identificar las diferencias conceptuales y jurídicas y la aplicación entre nuestro ordenamiento legal fundado en la lógica jurídica germano-latina en diferencia al sistema “Common Law”. A partir de los resultados que se obtengan de la hermenéutica, la medición y explicación de los problemas que fueron motivos de la presente investigación, obteniendo conclusiones acerca de dicha problemática, las cuales posteriormente posibilitarán hacer recomendaciones pertinentes al caso, y reconocer el grado conceptual, jurídico, e interpretación, así como la aplicación del fideicomiso familiar. Por ende, se pretende demostrar la importancia de la implementación de esta figura jurídica del Fideicomiso Familiar en nuestra realidad, toda vez que, brindaría una gama de posibilidades de desarrollo para las familias que tienen negocios, empresas bienes etc., o que quieran realizar negocios o mega negocios con la finalidad de incrementar el desarrollo económico o protección de lo adquirido a través del tiempo, siendo de importancia indicar la relación con el Fideicomiso ya que el Fideicomiso Familiar es accesoria al principal; sin embargo su grado de importancia es superior; ya el Fideicomiso solo favorece a un grupo de personas con flujo constante de mucho movimiento económico.

Palabras clave: fideicomiso, análisis, fiduciario, fideicomitente, fideicomisario

ACCEPTANCE OF THE FAMILY TRUST IN PERU IN 2020

ANGÉLICA MARÍA CUZCANO HUERTA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

ABSTRACT

The purpose of this investigation is to apply the acceptance of the family trust in Peru; through the identification of the general problem, as well as identifying the conceptual and legal differences and the application between our legal system based on the German-Latin legal logic as opposed to the “Common Law” system. Based on the results obtained from hermeneutics, the measurement and explanation of the problems that were the motives of the present investigation, obtaining conclusions about this problem, which later will make it possible to make pertinent recommendations to the case, which I intend to recognize as to the conceptual, legal, and interpretation level, as well as the application of the family trust. Therefore, it is intended to demonstrate the importance of the implementation of this legal figure of the Family Trust in our reality, since it would provide a range of development possibilities for families who have businesses, companies, assets, etc., or who want to do business. or mega businesses with the purpose of increasing the economic development or protection of the acquired through time, being important to indicate the relationship with the Trust since the Family Trust is accessory to the principal; nevertheless, its degree of importance is superior; The Trust already only favors a group of people with a constant flow of much economic movement.

Keywords: trust, analysis, fiduciary, settlor, trustee

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es presentada a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Autónoma del Perú, para obtener el título de abogado, en el presente trabajo de investigación tratamos un tema muy importante como es la aceptación del Fideicomiso Familiar en el Perú, entendiendo como problema principal. ¿Existen diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú en el año 2020?

La figura del fideicomiso familiar, aplicado en el mundo en diversos países, tomando como forma de partida los orígenes que descansan en el Derecho Romano Germánico, para luego integrarse en parte constituyente al Derecho Ingles, posteriormente, llega a toda Latinoamérica mediante su adecuación legislativa de otros países hasta llegar al nuestro país un vehículo de inicio, intrigante y desafiante en su lógica formal y legal, al permitir la creación de patrimonios familiares y de afectación, viabilizando innovadoras y múltiples aplicaciones tales como proyectos mype de infraestructura , familiares integrándose actividades como, telecomunicaciones, salud entre otros , tanto a la esfera pública como privada, bajo un esquema de transparencia, seguridad para las partes a través de una gestión eficiente de los riesgos, pero sobre generando un clima de predictibilidad y confianza entre familiares para la contrición de nuevos proyectos. Sin embargo, la figura del fideicomiso familiar siendo extraña a la cultura jurídica napoleónica y para los juristas latinoamericanos, pues la base romanista de nuestra formación legal tiende a repeler categorías conceptuales o formas jurídicas que pongan en cuestionamiento el criterio absolutista del patrimonio familiar y la propiedad, cuya relatividad resulta, al contrario, natural y por tanto perfectamente comprensible para el derecho anglosajón. En tal sentido, la presente tesis busca discutir el tema y presentar evidencias en América Latina, y en especial en el Perú.

De la enorme importancia de la figura del fideicomiso familiar para la salvaguardia de patrimonios familiares y la implementación de proyectos familiares; sin descartar su aplicación a proyectos ejecutados a una menor escala por megaproyectos familiares en nuestro país.

A fin de desarrollar lo explicado líneas arriba, desarrollamos los siguientes capítulos:

En el capítulo I: Se desarrolla el planteamiento del problema; formulación del problema; los objetivos; la justificación y las limitaciones de dicho estudio

En el capítulo II: Se desarrolla el marco teórico; antecedentes y los términos básicos. Se verificó que las fuentes de información fueron tangibles y veraces, como las fuentes de internet.

En el capítulo III: Se desarrolla la metodología, abarca el tipo y diseño de la investigación, los instrumentos de recolección de datos, confiabilidad, validez, la población, muestra y por último la hipótesis.

En el capítulo IV: Se desarrolla el análisis e interpretación de la investigación. Se afianza la hipótesis general y específica de la investigación aceptando o rechazando, de acuerdo a los resultados.

En el capítulo V: Se desarrollan las discusiones, conclusiones y recomendaciones de la investigación, y se consolidan bajo la hipótesis y las sugerencias, proporcionadas por la autora.

Finalmente, la comprobación de aceptación del fideicomiso familiar en el Perú en el año 2020, respecto a la existencia del fideicomiso en nuestro país.

CAPÍTULO I
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento del problema

La implementación del Fideicomiso Familiar se aplica en los diversos países de Europa y América, así como en la actualidad se encuentran en algunos países como Panamá, Argentina; como instauración jurídica, resulta opuesto en muchos aspectos a nuestra categorización legal fundada en la figura jurídica germano-latina, en razón a que posee atributos propios del "Common Law" inglés. La figura jurídica del fideicomiso familiar, proveniente del derecho anglosajón o más comúnmente del derecho del Common Law, resistió un proceso que se fue ajustando progresivamente en América, hasta llegar al Perú. A pesar de que, tanto en el pacto de confianza como en el fideicomiso familiar, concurren tres partes, o mejor tres roles: fideicomitente, fiduciante, quien constituye el fideicomiso; el fiduciario, quien recoge la titularidad de los bienes constituidos en fideicomiso familiar y tiene a su cargo el encargo de sus objetivos, el fideicomisario, beneficiario, a favor de quien se constituye el fideicomiso, que podrá ser el propio fideicomitente, presentan diferenciales de fondo y forma.

La incursión de la figura del fideicomiso familiar en América produce una contradicción entre el derecho del Common Law y el derecho continental, salvedad hecha para identificar la diferencia de fondo: que se produce entre las partes y los bienes del fideicomiso familiar. Es menester enfatizar que el derecho de propiedad en el derecho del Common Law, es el resultado de una relación legal y una relación material. Así, el fiduciario es el titular del derecho de propiedad, lo que no impide que otra persona posea al mismo tiempo la calidad de dueño y que, por tanto, tenga el derecho de percibir los beneficios de la explotación de los bienes o recibir materialmente la propiedad al transcurso de cierto tiempo, es decir, que pueda gozar del derecho de propiedad al mismo tiempo en que el propietario legal ejerce el derecho de disposición. En el mundo del derecho del Common Law, el derecho de propiedad es por tanto escindible. Lo que resulta totalmente incompatible con el sistema jurídico de enfoque romanista, en que el derecho de propiedad es uno solo e indivisible, de forma que su titular lo conserva con todos sus atributos. Por esta razón, al momento de incorporarse la figura de pacto de confianza *pactasunt servanda* al derecho latino ha sido necesario realizar una adecuación en la ortodoxia legal que permita darle sustento jurídico a la figura en cuestión.

Asimismo, es preciso analizar las diferencias conceptuales y jurídicas entre nuestro ordenamiento legal fundado en la lógica jurídica germano-latina y el Common Law inglés, para la aplicabilidad del fideicomiso familiar, se justifica en la medida que va a permitir identificar y precisar las diferencias conceptuales y semánticas detrás de ambos ordenamientos. Quizás así, podamos aproximarnos metodológicamente mejor al concepto del “Fideicomiso Familiar”. Y su implementación.

1.2 Formulación de problema

1.2.1 Problema principal

¿Existen diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el *Common Law*, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú en el año 2020?

1.2.2 Problemas específicos

¿Existe diferencia con la figura jurídica germano latino, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú?

¿Existe diferencia con la figura jurídica *Common Law*, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú?

¿Existe una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultad su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

¿Identificar las diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú en el año 2020?

1.3.2 Objetivos específicos

¿Identificar las diferencias del sistema jurídico germano latino, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú?

¿Identificar las diferencias del sistema jurídico Common Law, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú?

¿Identificar una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultó su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares?

1.4 Justificación e importancia de la investigación

La presente investigación para realizar tiene como principal objetivo reflexionar sobre aceptación del fideicomiso familiar en el Perú, para favorecer a las familias que construyen empresa, o quieren proteger sus bienes adquiridos y en algunos casos participar en megaproyectos

La presente investigación se justifica en la medida que busca identificar, clarificar y analizar las principales diferencias conceptuales jurídicas y la aplicación de fideicomiso familiar; entre nuestro ordenamiento legal fundado en la figura jurídica germano latino y el *Common Law*. En tal sentido, en la medida en que se vaya identificando y precisando las diferencias conceptuales y semánticas detrás de ambos ordenamientos de cosas en el desarrollo de la tesis, iremos aproximándonos al concepto del “Fideicomiso Familiar” para incidir en su aplicabilidad, posterior, no solo para proyectos orientados a sectores de alta rentabilidad sino que también a sectores como los negocios familiares, que generan la protección de los bienes familiares y la protección de los negocios familiares en los peruanos.

La presente investigación cobra importancia al tocar un tema en el ordenamiento jurídico peruano que no ha sido muy difundido, pero que, sin

embargo, el Estado peruano lo viene usando para impulsar megaproyectos familiares en el Perú.

Asimismo, el fideicomiso familiar se viene usando para asegurar los proyectos de grandes negocios. En tal sentido, comprender mejor su naturaleza jurídica, limitaciones y posibilidades permitirá su aplicabilidad a otros tipos de proyectos, como los que llevan adelante las Pymes familiares en el Perú.

1.4.1 Justificación teórica

La presente investigación se realizó con la finalidad de poder contribuir aportando conocimientos y enriqueciendo así toda información sobre este fenómeno que viene en aumento, conocer sobre la importancia del fideicomiso familiar, y su aceptación en la sociedad, el fideicomiso propone teorías, doctrina, y jurisprudencia de dichos contratos.

1.4.2 Justificación metodológica

La presente investigación tiene una justificación desde la perspectiva metodológica dado que su desarrollo se realizó en el marco del método científico, porque todo parte observando la realidad existencial, siendo la técnica utilizada la encuesta y el instrumento, que es la recopilación de datos obtenidos a través de abogados especializados en el tema y tomando en consideración el método explicativo descriptivo; correlacional, donde dos variables se relacionan para generar un resultado de relación, asimismo, se aplica un diseño deductivo que parte de lo general a lo particular.

1.4.3 Justificación practica

En la presente investigación abordamos la manera en que el Fideicomiso Familiar se pueda aceptar su aplicación en el Perú, para ello hemos analizado diferentes tesis a nivel público y privado, para incluir los contratos Familiares y genere igualdad de condiciones de desarrollo económico.

1.5. Limitaciones de la investigación

Se utilizaron adecuadamente los recursos disponibles en la presente tesis y tiene por delimitación espacial al territorio del Estado peruano, en cuanto a la normativa vigente en materia de fideicomisos. Siendo estos, obstáculos o inconvenientes que tuvo que confrontar la investigadora cuando desarrolló la investigación.

1.5.1 Limitación temporal

La presente investigación está programada para ser realizada dentro del periodo semestral académico, la investigadora aparte de realizar estudios de Pregrado, también realiza otro tipo de actividades como elaboración de contratos de todo tipo, el cual nos permite estar más cerca para lograr la consolidación de la presente investigación, elaborándolo dentro de los plazos establecidos. De esta manera los resultados presentados se ajustan a la verdad.

1.5.2 Limitación económica

La investigadora no ha realizado gastos de asesores en tesis por cuanto la división y conducción de este está siendo dirigido como un curso dentro de la malla curricular, aquellos gastos que se pudieran generar son mínimos y es autofinanciada, manejando así de la mejor manera los recursos económicos para poder lograr la consolidación del presente trabajo de investigación.

1.5.3 Limitación bibliográfica

Los materiales bibliográficos que se han tomado para la realización del presente trabajo de investigación son virtuales, como tesis, libros digitales de repositorios de diferentes universidades, revistas, artículos y se ha accedido a materiales de segunda mano, pero originales para no afectar los derechos de autor.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1 Antecedentes internacionales

Winkler (2010) en su tesis de pregrado titulado: *Sobre la procedencia del negocio fiduciario y el fideicomiso en el derecho chileno*, concluye que la aplicación de ambas figuras contractuales, son útiles para el desarrollo económico y prestan usos distintos y más amplios que otras figuras contractuales. En ese sentido, la regulación del fideicomiso, y la aceptación del negocio fiduciario, permiten el desarrollo de diversas actividades económicas, por ejemplo, en tanto permiten obtener financiamiento; lo que hace necesario su adaptación a nuestro Derecho. Además, no se abordarán figuras que puedan implicar relaciones fiduciarias, es decir, operaciones o negocios en donde puedan reconocerse elementos fiduciarios, como, por ejemplo, el leaseback, el pacto de retroventa o el mandato, comisión o endoso para cobrar. Se abordará, a secas, el negocio fiduciario y el fideicomiso propiamente, por lo que, definiendo su utilización en Chile, su construcción y efectos. nada más. Antes bien, se tratará la confianza, por cuanto creemos que además de ser un principio general del Derecho, es un elemento caracterizador de los actos jurídicos que estudiaremos, no obstante, estará presente más en la fiducia o negocio fiduciario; por lo que se consideró la investigación cuantitativa.

Villca (2012) en su tesis de post grado titulado: *Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso, especial atención a los países de la comunidad andina*, señala como finalidad de su investigación, la gestión de fondos comunes de inversión, fideicomisos para crear fondos colectivos de titularización, y junto con ellos, los fideicomisos públicos. Esta diversidad de fideicomisos plantea numerosas interrogantes en el funcionamiento de este instrumento jurídico, a los cuales debemos agregar las concernientes al tratamiento fiscal que se aplica a los fideicomisos debido a que no en todos se establece el régimen tributario de estas operaciones. Mientras en algunos países se va aclarando limitadamente su tratamiento tributario, en otros es nulo el esclarecimiento sobre este aspecto. Desde esta perspectiva, la presente tesis se dedica al estudio del fideicomiso en los países de la Comunidad Andina, para cuyo análisis abordamos un examen detallado de los elementos civiles, mercantiles y administrativos que se entremezclan en su

estructura, y a partir de ahí, la tributación de las rentas del fideicomiso y de las derivadas del fideicomiso, haciendo hincapié en las implicaciones tributarias que presenta la figura, así como en aquellos puntos en los que la norma aún presenta lagunas en su aplicación e interpretación. Las razones que nos llevan a estudiar el fideicomiso se concentran básicamente en su innegable y creciente actualidad, así como por la utilidad financiera que viene cumpliendo en el sistema financiero de los países miembros de esta comunidad. Ello es así porque el fideicomiso, tal como sucede con el trust en los países anglosajones y europeos, facilita correctamente su adaptación a las estructuras económico-financieras, es por eso que se van creando nuevos fideicomisos o especies fiduciarias.

Caldas (2016) en su tesis de pregrado titulado: *El fideicomiso mercantil y su trascendencia en la legislación ecuatoriana: alcance de las últimas reformas*, tiene como finalidad establecer el Fideicomiso Mercantil como una figura jurídica que se constituye a través de un contrato celebrado mediante escritura pública, tanto el fideicomitente como el fiduciario se comprometen recíprocamente, el primero a entregar de manera temporal e irrevocable la propiedad de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que existen o se espera que existan a un patrimonio autónomo y el segundo a realizar las gestiones necesarias para cumplir con la finalidad establecida en el contrato, bien a favor de un tercero llamado beneficiario o bien a favor del mismo constituyente. Lo esencial en la constitución del Fideicomiso Mercantil es que los bienes aportados forman lo que se conoce como Patrimonio Autónomo (conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad); mismo que cuenta con características especiales dentro de las cuales resalto la inembargabilidad, lo cual genera seguridad en cuanto a los bienes que lo conforman. Existen varias clases de fideicomisos que se los podrán constituir de acuerdo a las necesidades y requerimientos que tenga la persona que lo va a crear. Queda claro que es un negocio jurídico basado en la confianza, que se ve reflejada en transferir los bienes al patrimonio autónomo que será administrado por la fiduciaria, misma que es experta en los negocios y operaciones que se vaya a emprender.

Ventura (2016) en su tesis post grado titulado: *Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la*

República Dominicana, 2012-2016, tiene como finalidad comprender el fundamento de la regulación y los contrapesos regulatorios establecidos y pendientes de establecer para ser utilizado como instrumento institucional de políticas públicas en un marco de prudentes prácticas. De manera particular se analizaron los proyectos más importantes que realiza el estado dominicano, a través de la figura del fideicomiso. Se realizó un análisis histórico de la génesis de la figura del fideicomiso, profundizando en las diversas teorías que tratan de explicar su naturaleza jurídica, así como un repaso a sus elementos, características y tipos, que la ley establece. Se revisa minuciosamente la evolución normativa de la figura del fideicomiso en República Dominicana. A través de las normas del derecho administrativo revisamos la estructura del fideicomiso público, abordamos los problemas de carácter patrimonial y presupuestal en la administración estatal. En razón de las características establecidas en las leyes que inciden en su regulación, se realiza una clasificación del fideicomiso público. Lo anterior nos permite insertar sugerencias de acciones, en lo técnico, regulatorio y administrativo, que habrá de contribuir a sanear y viabilizar, procurando la sostenibilidad de su uso. El Fideicomiso es una figura novedosa que puede emplearse para la realización de ilimitados fines, con formidable flexibilidad y constituida en una herramienta de aplicación a todas clases de negocios.

Así también, concluye que el fideicomiso es el acto mediante el cual una o varias personas, llamadas fideicomitentes, transfieren derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, a una o varias personas jurídicas, llamadas fiduciarios, para la constitución de un patrimonio separado, llamado patrimonio fideicomitado, cuya administración o ejercicio de la fiducia será realizada por el o los fiduciarios según las instrucciones del o de los fideicomitentes, en favor de una o varias personas, llamadas fideicomisarios o beneficiarios, con la obligación de restituirlos a la extinción de dicho acto, a la persona designada en el mismo o de conformidad con la ley. El fideicomiso está basado en una relación de voluntad y confianza mutua entre el fideicomitente y el fiduciario, mediante la cual este último administra fielmente los bienes fideicomitados, en estricto apego a las instrucciones y a los requerimientos formulados por el fideicomitente.

Locker (2019) en su tesis de post grado titulado: *El control del fideicomiso público por el tribunal de cuentas de la provincia de tierra del fuego*, concluye que existen inconsistencias entre las normas de creación y las disposiciones contractuales y que, en general, no se encuentra prevista la obligación de auditoría externa de los estados contables o la obligación de presentar informes de gestión periódicos y estandarizados por parte de los órganos de administración de los fideicomisos a la dependencia estatal correspondiente, con excepción de los relativos a información presupuestaria. En rigor, la falta de transparencia en el manejo de los fondos públicos y la discrecionalidad con que se han utilizado en los fideicomisos públicos, puede atribuirse no sólo a aquellos marcos jurídicos particularizados que no prevén la rendición de cuentas y a la ausencia de apego al fin perseguido con su constitución, sino también a su falta de control en el entendimiento de que el carácter “privado” de la figura lo eximiría del régimen público y de la fiscalización por el Órgano de Contralor respectivo. Por lo tanto, el presente trabajo de investigación pretende demostrar que el control de los fideicomisos públicos por el Tribunal de Cuentas Provincial, no es consecuencia de la previsión expresa (normativa o contractual) que los incluya como objeto de tal función, sino de su naturaleza jurídica, esto es, su contenido de los fondos y bienes públicos que componen el patrimonio fideicomitado y de los fines públicos perseguidos con su constitución. Esta afirmación permite considerar que aún ante la ausencia de una regla explícita en cada marco normativo e independientemente de su inclusión en el Sector Público Provincial, el Organismo de Contralor fueguino tendrá el deber de controlar los fideicomisos públicos. Complementariamente, la naturaleza de los fondos y bienes públicos, destinados a fines públicos, obligan a que quienes los administren deban necesariamente rendir cuentas de la gestión

Villca (2012) en su investigación de post grado titulado: *Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina*, concluye que el fideicomiso constituye uno de los instrumentos financieros más utilizados y difundidos en los países de la Comunidad Andina, por su fácil adaptabilidad a innumerables negocios jurídicos. Su introducción en los países miembros de esta organización latinoamericana fue realizada en distintos años: Bolivia (1928), Perú (1931), Colombia (1971) y Ecuador (1993), con el objetivo principal de brindar un mecanismo práctico para la gestión patrimonial familiar,

empresarial y financiera de bienes ajenos. En cada uno de los países andinos, bajo la influencia e inspiración del trust angloamericano, el legislador ha regulado el fideicomiso con una estructura y funcionamiento que integra elementos comunes con los fideicomisos de estos países, pero que también distingue notas propias de la figura, a causa de su adaptación a la situación económica y social de cada país. De esta manera, el actual marco legal que implementa cada país posibilita que el fideicomiso sea empleado para realizar distintos negocios y operaciones económicas, tanto inter vivos como mortis causa, ya que este contrato permite a una persona transferir la propiedad de cualquier tipo de bien a otra persona para que con ellos realice la finalidad que le ha sido encomendado en el contrato y administre los bienes de manera separada al patrimonio de aquél. Logrando de esta manera aislar el patrimonio autónomo constituido de cualquier amenaza legal.

Vargas (2015) en su investigación de pre grado titulado: *El drama de fideicomiso en umbral de Juan Emar: obra total y acto ético*, explica su preocupación por una postura ética, que le lleva a recurrir, a nivel de la diégesis, a una serie de estrategias metafictivas que permiten que se constituya simultáneamente, como crítica y creación acerca de la escritura, texto que se construye sin dejar de ponerse nunca él mismo en tela de juicio. Emar describe y caracteriza a las ideologías beatería y la patriotería como efectivos mecanismos rectores del comportamiento de las masas, con el fin de perpetuar en la praxis social misma determinados poderes, manteniendo un control hegemónico en dicho marco social. Es por ello que, para efectos de este estudio, nos detendremos en la relación que identifica Emar entre el arte y el poder, y juntamente, analizaremos de qué forma el escritor realiza un itinerario crítico que se detiene especialmente en disquisiciones ligadas a la relación entre ética y estética, las que son posibles de advertir tanto al nivel de la creación como al de la recepción de una obra de arte.

Chinchilla (2008) en su investigación de pre grado titulado: *Análisis jurídico del fideicomiso instituido por testamento en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado*, concluye que, en el mundo jurídico, se ha hecho muy común la contratación o la institución del fideicomiso, por ser un contrato versátil que garantiza un buen manejo de los bienes que se sujetan al mismo, y por consiguiente un buen y lucrativo resultado. Por lo anterior se realizó un análisis entre el derecho

anglosajón y el derecho romano francés, con la finalidad de establecer los formalismos jurídicos que presenta cada uno de los citados sistemas jurídicos para instituir el contrato de fideicomiso. Así también, la naturaleza del estudio realizado, conlleva al análisis de la institución testamentaria, ya que el fin del presente estudio es el comparar el fideicomiso instituido por testamento, tanto en la legislación guatemalteca, como en el derecho comparado, logrando establecer que las legislaciones inspiradas en el llamado sistema anglosajón, requiere de menos formalismos jurídicos para establecer el llamado trust, que como su nombre lo indica, por el mismo se confía el patrimonio fideicomitado a una persona (que puede ser natural o jurídica, dedicada o no, a las inversiones) para que maneje el fideicomiso y genere los ingresos, intereses o lucro con el cual se beneficiará en este caso a los herederos de una persona.

Valladares (2017) en su investigación de pre grado titulado: *El fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario*, tiene como finalidad la estructura y organización del Estado, la Constitución Política de la República de Guatemala y establece el Registro General de la Propiedad; como una institución pública que, de conformidad con lo establecido en Código Civil, tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles específicos. Para cumplir eficientemente con sus atribuciones, el Registro General de la Propiedad no puede omitir la calificación de cada uno de los documentos que le son presentados para su registro, ya que doctrinal y legalmente es un proceso obligatorio y necesario, para garantizar la seguridad jurídica, como un bien tutelado por el Estado. La inquietud de realizar la investigación que tuvo como resultado la presente tesis, surgió de observar, en la práctica registral, cierto descontento entre los notarios que presentan documentos al Registro General de la Propiedad para su inscripción. Los notarios afirman que dicho Registro, so pretexto de brindar seguridad jurídica, se extralimita en su función calificadora, haciéndoles requerimientos que no están legalmente regulados y reglamentados; que, además de menoscabar la fe pública notarial, afectan su dignidad. El fenómeno observado se traduce en un problema de carácter científico, que puede expresarse por medio de las dudas y preguntas que surgen en relación con la verdadera función del Registro General de la Propiedad, específicamente en cuanto al procedimiento de calificación registral; así como en

relación con la función fedataria de los notarios, quienes con su firma autorizan los instrumentos públicos que constituyen los títulos formales que son objeto de inscripción por dicho Registro, y en cuanto al reconocimiento y respeto de su dignidad como profesionales del Derecho.

2.1.2 Antecedentes nacionales

Oyarse (2019) en su investigación de post grado titulado: *Análisis crítico del fideicomiso peruano. Entendiendo su tratamiento impositivo de renta*, concluye que, la problemática que posee el Perú, en torno a la fiducia, es que su normatividad jurídica, en general, y tributaria, en específico, no es adecuada por: i) su dispersión; ii) su no uniformidad en estipular quién es el contribuyente en cada clase de fideicomiso; iii) partir de ideas preconcebidas, como que solo los bancos o una empresa de servicios fiduciarios pueden ser fiduciarios; iv) contener vacíos, como, por ejemplo, no definir qué tipo de fideicomiso (con retorno o sin retorno) es el testamentario y el de flujos futuros de efectivo, tal como lo demostraremos, con la presente investigación.

Montoya (2017) en su investigación de post grado titulado: *Análisis del Rol del Agente Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso en el Perú*, concluye que el fideicomiso resulta ser un negocio jurídico que permite aislar bienes materiales o inmateriales en un patrimonio independiente y separado, el cual se ha transferido de una persona a otra con la finalidad que esta última lo administre en favor de quien se designe en el documento constitutivo. La visión que se tiene sobre esta figura va más allá de la definición brindada por nuestra dogmática jurídica, conceptualizándola como una transferencia patrimonial postergando el hecho base por el cual la persona titular de los bienes cuenta con plena facultad de escoger a una persona de confianza para que administre el patrimonio que se transfiere.

Pérez (2007) en su investigación de post grado titulado: *La regulación jurídica del fideicomiso*, concluye que en la ley general de Instituciones bancarias financieras y de seguros, existen figuras sujetas a críticas como las regulaciones llevadas a cabo en la ley No. 26702. El objetivo es determinar si la regulación jurídica del fideicomiso en el Perú es adecuada. Metodología: Se utilizó el método

de interpretación jurídica, bibliográfico y lógico. Como instrumentos se usó la observación documental, la técnica documental y el diseño de contrastación. Resultados: Si bien la definición de la ley habla de “persona”, en realidad se debería leer “parte” pues como la ley aclara el “fideicomitente” puede ser una o varias personas, puede coincidir con la persona del beneficiario, y hasta con la del fiduciario. Siempre habrá una parte fideicomitente, una fiduciaria y una beneficiaria, pero no siempre estos roles estarán en cabeza de tres personas distintas. Es improcedente que el fiduciario participe en la toma de la decisión del término del fideicomiso, cuando los interesados, como son el fideicomitente y el fideicomisario, en uso de su derecho toman esa decisión. Conclusiones: El fideicomiso es un negocio jurídico único que no está adecuadamente regulado en el Perú.

Facundo (2019) en su investigación de pre grado titulado: *Incidencia del fideicomiso en el principio de reparación integral del daño*, estudia la incidencia del fideicomiso de retención y reparación de la Ley N° 30737 (FIRR) en el principio de reparación integral del daño, a consecuencia de los casos de corrupción cometidos por el grupo Odebrecht en el Perú. Mediante cuatro capítulos se desarrollaron conceptual y metodológicamente ambas variables de estudio, que junto con la selección y desarrollo de información relevante permitieron demostrar la hipótesis planteada. El capítulo I presenta la realidad problemática, antecedentes y definiciones conceptuales de las variables de estudio, seguida por el capítulo II que contiene el problema de investigación, objetivos, hipótesis, unidades de análisis, técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos y el procedimiento metodológico. Por su parte el capítulo III contiene los resultados obtenidos de la aplicación de instrumentos de análisis en materia legislativa y jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina, Chile, Colombia, Perú y la Corte IDH, así como la opinión de expertos nacionales e internacionales en derecho bancario y responsabilidad civil. Finalmente, se presentaron las discusiones y conclusiones en el capítulo IV, que demuestran la incidencia del FIRR en el principio de reparación integral a partir de su aplicación desde las bases del sistema de responsabilidad civil peruano.

Cruz de los Heros (2018) en su investigación de pre grado titulado: *El fideicomiso en garantía*, concluye que el fideicomiso es una forma un poco extraña

del Derecho, ello por su origen y su naturaleza jurídica. Goza de enorme éxito en los países anglosajones a través del trust y en los países de tradición civilista a través de las distintas formas en las que se manifiesta. En el Perú el fideicomiso tiene importancia en diversos aspectos de la realidad jurídica. Por un lado, la figura sirve como garantía en operaciones de crédito similar a lo que sería una hipoteca, pero con ventajas superiores. Por otro lado, la constitución de un patrimonio autónomo - efecto inmediato del fideicomiso, sirve para aislar el control de caja de una empresa el cual se verá protegido de embargos y disputas entre terceros, conocidos éstos en el mercado como fideicomisos de control financiero. A su vez existen los fideicomisos conformados por patrimonios de grupos familiares los cuales buscan el resguardo y orden de los bienes a lo largo de las diversas generaciones. Podemos señalar, además, que la utilización de los fideicomisos es cada vez mayor. El uso de esta figura jurídica tiene un empleo en distintos ámbitos y por ello se encuentra bastante extendido. Por un lado, en momentos en que la economía de un país está en crecimiento las diversas empresas acuden al fideicomiso para el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura como Project Finance. Por otro lado, en momentos en que el riesgo de incumplimiento de pago de créditos u obligaciones es alto, al fideicomiso acuden aquellos que necesitan obtener financiamiento entregando para ello una garantía mayor.

Paitampoma (2020) en su investigación de pre grado titulado: *El fideicomiso: tratamiento registral y pronunciamientos del Tribunal Registral*, tiene como finalidad establecer la promulgación de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos y Seguros (Ley 26702) y de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo 861) donde se introdujo al ordenamiento jurídico peruano la figura del fideicomiso. De esta manera, el fideicomiso de titulización regulado en el artículo 301 de la Ley del Mercado de Valores consiste en que el fideicomitente (persona natural o jurídica) transfiere un conjunto de activos en favor del fiduciario (administrador) para la constitución de un patrimonio autónomo (patrimonio fideicometido), el cual servirá de respaldo a los valores emitidos con cargo a este; posteriormente, dichos valores podrán ser adquiridos por personas naturales o jurídicas las cuales tendrán la calidad de fideicomisarios. En ese contexto, el presente artículo tiene por finalidad brindar un acercamiento a la figura del fideicomiso de titulización y desarrollar los problemas que se presentan en sede

registrar durante la inscripción de actos en los que intervienen estos, tales como la transferencia del dominio fiduciario, la transferencia de los bienes que se encuentran en dominio fiduciario y la intervención del fiduciario en los actos de disposición. Finalmente, se pretende brindar una propuesta para la modificación de la Directiva N ° 007-2008-SUNARP-SN, Normas que regulan la inscripción de fideicomisos.

Mundaca (2017) en su tesis de post grado titulado: *Análisis del rol del agente fiduciario en el contrato de fideicomiso en el Perú*, señala que el fideicomiso es como una herramienta legal de inversión, y expone sus diversos alcances, características, así como la regulación contemplada en el Perú. El fideicomiso resulta ser un negocio jurídico que permite aislar bienes materiales o inmateriales en un patrimonio independiente y separado, el cual se ha transferido de una persona a otra con la finalidad que esta última lo administre en favor de quien se designe en el documento constitutivo. La visión que se tiene sobre esta figura va más allá de la definición brindada por nuestra dogmática jurídica, conceptualizándola como una transferencia patrimonial postergando el hecho base por el cual la persona titular de los bienes cuenta con plena facultad de escoger a una persona de confianza para que administre el patrimonio que se transfiere. Del desarrollo de la tesis se podrá apreciar que nos encontramos frente a una figura que ha sido bien utilizada en diversos sectores productivos (electricidad, minería, telecomunicaciones e infraestructura), dejando de lado mercados no tan magnos pero sí dispuestos a acoger una herramienta que permita otorgar una alternativa adicional a las existentes y de esta forma emprender algún proyecto de distinta índole; obteniendo, como en otros casos, una rentabilidad esperada. Precisamente esta tesis se centra en el personaje más importante de este instrumento, el fiduciario, quien desempeña dicho papel a partir que el fideicomitente tome la decisión y formalice la transferencia del bien o bienes, cualquiera fuere su calidad, a su favor. En el Perú, según la normativa vigente el actor fiduciario sólo puede ser ejercido por un agente que forma parte de grupo de empresas del sector bancario y financiero, restringiendo la libre elección del fideicomitente. Son para los mercados donde no se llevan a cabo grandes inversiones que el fiduciario (agente bancario-financiero) no desea ingresar por no ser lo esperadamente rentable.

2.2. Bases teóricas y científicas

Nos permiten en hacer una buena descripción e integración de las teorías, respeto a los temas que tocaremos a continuación, por ende, se comprende un conjunto de ideas y punto de vista distinto.

2.2.1. Teorías generales

A. Teoría del mandato irrevocable

La Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926, implementada en México concebía y entendía al fideicomiso como un contrato de mandato irrevocable, en el cual una parte (el fiduciario) actuaba en nombre de otra (el fideicomitente). La crítica sostenía que el fiduciario no actúa en nombre de sino que cumplía la función de administrar el patrimonio fideicomisito; además, se criticaba el hecho de la “irrevocabilidad” del mandato cuando sabido es la característica de revocabilidad del mandato.

B. Teoría del patrimonio de afectación

Von Brinz y Bekker (1885) sostiene en su teoría del patrimonio afectado, se constituía el fideicomiso tenía que ser administrado por el fiduciario para alcanzar los fines determinados, era un patrimonio autónomo, es decir, un patrimonio independiente de las partes vinculadas al contrato, desvinculándose de cualquier responsabilidad o carga que recaiga sobre alguna de las partes, esta es a la vez la crítica que recibe dicha teoría pues el patrimonio nunca podrá desvincularse totalmente de las partes sino como podría ejercitarse dominio fiduciario sobre él. Sin embargo, el aporte de esta teoría es considerar al patrimonio en fideicomiso como unidad patrimonial desvinculada de los bienes de las partes.

C. Teoría clásica del patrimonio

Arbury y Rau (1873) señala que la teoría clásica sobre el patrimonio se basa en los siguientes supuestos:

- 1) El patrimonio se considera un conjunto de bienes activos y pasivos, que representan un valor económico, y en este se excluyen aquellos derechos que han sido llamados bienes morales o intelectuales, como los de talento, el honor, entre otros.
- 2) El concepto de patrimonio está siempre relacionado con la personalidad jurídica.
- 3) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.
- 4) El patrimonio de una persona es durante su vida, uno e indivisible.
- 5) En esta teoría se distingue a la persona misma y se supone la existencia de una relación entre una persona y un patrimonio. Esta relación es denominada derecho de propiedad.
- 6) El patrimonio se puede transmitir en sentido objetivo parcial y en sentido subjetivo por el patrimonio es inalienable durante la vida de su titular; al presentar la muerte del individuo el patrimonio pasa a sus herederos a quienes se les denomina continuadores de la persona.

2.2.2. Teorías específicas

A. Teoría del negocio fiduciario

Cruz (2011) expresa que el fideicomiso es un negocio fiduciario por el que se atribuye a alguien un derecho patrimonial en interés de otro y a nombre propio. Es decir, se constata la siguiente relación:

- 1) La transmisión de bienes o derechos al fiduciario (Relación real).
- 2) La obligación del fiduciario de afectar a una determinada finalidad dichos bienes o derechos.

B. Teoría de los derechos humanos

Nikken (2004) sostiene que la teoría de los derechos humanos son atributos de toda persona, inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar; es así, como la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad.

C. Teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso

Dávalos (2017) señala que la teoría de la naturaleza del fideicomiso destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. La interpretación de dicha disposición normativa ha traído a efecto una multiplicidad de teorías respecto a la naturaleza jurídica y a la titularidad de los bienes fideicomitados, que ahora analizaremos.

2.3.3 Consideraciones generales de la figura del fideicomiso

La figura del fideicomiso familiar, cuyos principios se ubican en el Derecho Romano Germánico latino, para luego formar parte constituyente del Derecho inglés, y que, posteriormente, llega a Latinoamérica mediante su adecuación legislativa en México y Panamá, constituye un vehículo de transferencias, intrigante y desafiante en su figura formal y legal, al consentir la creación de patrimonios autónomos familiares y de afectación, viabilizando innovadoras y múltiples aplicaciones, tanto a la esfera pública como privada, bajo un esquema de transparencia, seguridad, y confianza.

La figura del fideicomiso familiar extraña a la cultura jurídica napoleónica y para los juristas latinoamericanos, pues la base romanista de nuestra formación legal tiende a repeler categorías conceptuales o formas jurídicas que pongan en cuestionamiento el criterio absolutista del patrimonio familiares y la propiedad, cuya relatividad resulta, al contrario, natural y por tanto perfectamente comprensible para el derecho anglosajón.

La figura del fideicomiso familiar, puntualmente, tiene sus antecedentes en la fiducia romana. En sus inicios estuvo circunscrito a los actos sucesorios y tuvo un carácter personal, adquiriendo la naturaleza de derecho real a partir de Justiniano. Posteriormente se extiende a los actos bilaterales y concretamente, a la contratación. Debido a la influencia que tuvo la invasión de las islas inglesas por los romanos, no fue extraño que el fideicomiso se aplicara casi de inmediato, pero con matices muy propios de la mentalidad, independencia y singularidad de los anglosajones. Es así como crearon sus propios mecanismos, a través de tribunales especiales. Se formó algo así como un derecho de propiedad desdoblado:

- 1) de un lado el propietario del bien, y del otro lado,
- 2) el beneficiario del mismo. En término de los años, la figura del fideicomiso pasó a las colonias inglesas en América y más tarde cobró un gran desarrollo en los Estados Unidos de América y en Canadá. Finalmente, llega a Panamá en Latinoamérica para luego extenderse a otros países de la región.

En el Perú, la figura del fideicomiso no estuvo presente en el Código Civil de 1936 apenas se hizo mención al fideicomiso en los artículos 10240 y 18070, mas no en fideicomiso familiar; Algo similar sucedió en el Código Civil de 1984. Ya luego, en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros se legisla expresamente sobre el contrato de fideicomiso sin pronunciamiento del fideicomiso familiar, dedicándole 34 artículos a partir del Art. 241º, cuyas normas han sido reglamentadas por la SBS mediante Resolución N° 1010-99 de 11 de noviembre de 1999.

Antecedentes históricos del fideicomiso. - Existían dos formas fundamentales en los negocios de confianza en el derecho romano. Ellos eran el Fideicomissum y el Pactum Fiduciac.

El fideicomiso. - se trataba del acto por el cual una persona encarga a otra la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella o de un bien determinado de la misma a una tercera persona. El encargo se basaba en un principio, exclusivamente en la buena fe del fiduciario, sin que existiera acción que permitiera reclamar su ejecución. Augusto creó la figura de *praetor fideicomissarius*,

con lo cual la ejecución de los encargos se tornó legalmente exigible. Por reformas posteriores, se dispuso que el fiduciario, debió ser necesariamente beneficiario directo de la cuarta parte de la herencia, con lo cual la capacidad del testador para disponer en fideicomiso se limitaba a las tres cuartas partes del acervo. Una de las causas por las cuales se difundió el fideicomiso testamentario era la diversidad de incapacidades que consagraba el derecho romano para heredar (arts. 3723 y 3730 y concordantes de nuestro Código Civil) que prohíben la sustitución fideicomisaria.

Fiducia. - este es un acto entre vivos, por el cual la persona que transmitía a otra por mancipatio la propiedad de una cosa agregaba al acto un convenio por el cual el mancipio accipiens se comprometía a volverlo a transmitir al mancipio dans o a emplearla en cierto destino cuando se produjera determinada circunstancia prevista por las partes (art. 2662 del Código Civil). Aquí vemos la presencia de tres sujetos en la relación fiduciaria, aun cuando en ciertas ocasiones, uno de ellos podía desempeñar un doble papel. Cuando el accipiens o fiduciario tenía el encargo de devolver la cosa al fiduciante, éste reunía también la condición de fideicomisario. La trilogía era más patente en el fideicomiso testamentario, donde el otorgante o fiduciante encargaba al heredero aparente transferir la herencia a un beneficiario. Las formas características que revestía el pacto de fiducia eran la fiducia cumcreditore contracta y la fiducia cum-amico contracta.

La fiducia de garantía. - el deudor entregaba al acreedor la propiedad de una cosa en garantía de la obligación que los vinculaba, con cargo de devolvérsela cuando se produjera el pago. El deudor debía confiar exclusivamente en la buena fe de su acreedor de quien dependía el cumplimiento de lo pactado. Todos los riesgos eran entonces asumidos por el deudor en base a la confianza que les inspiraba su acreedor, a quien entregaba una garantía de singular rigor. Pero al consagrarse la actio fúduiae emergente del pacto de fiducia, el deudor pudo obligar al acreedor a restituir la cosa o bien a indemnizar los daños y perjuicios originados, cuando la restitución se hacía imposible por culpa de éste. Esta figura otorgaba al acreedor amplias facultades pues podía disponer de la cosa como dueño y en general, podía ejercer todas las facultades inherentes al dominio; si la enajenaba el deudor fiduciante carecía de acción contra el tercero adquirente. En cambio, si el deudor no pagaba en término se consolidaba el dominio en cabeza del acreedor no quedaba

obligado a restituir suma alguna al deudor aun cuando su valor excediese el crédito que garantizaba.

El fiduciario en sustancia no podía gozar o usufructuar la cosa, que se llamaba también fiduciar, sino conforme al pacto. La actio fiduciae establecida para obtener la restitución del objeto fue extendida poco a poco para garantizar toda violación de lo pactado y todo su ilícito de la cosa. el fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos, si la cosa era fructífera y si él la poseía y emplear con ella la diligencia debida ... " señala el mismo autor que la fiducia desapareció en la época romano-helénica, precisamente en el momento en que cesó la mancipatio y la in iure cessio, aunque coexistió con la prenda. Los sistemas de garantías reales estructurados con la prenda y con la hipoteca más favorable al deudor, fueron desplazando a la fiducia cum-creditore. No obstante, debe repararse que algunos de los inconvenientes que se le atribuían no se remediaban en el caso de la prenda, pues la tenencia que de la cosa ostentaba el acreedor le permitía contratar con terceros como si fuera el dueño, y, por lo tanto, lo ponía en aptitud para obrar de mala fe, situación similar a la que se daba en el caso de la fiducia, calificándola como la fiducia cum-amico como negocio fiduciario de custodia o de administración para poner a seguro determinados bienes. Se distingue fundamentalmente del pactum fiduciae cum creditore, porque a diferencia de éste se constituía en interés del fiduciante y no del fiduciario. Quien tuviera la necesidad de confiar a otro la administración de un bien propio, especialmente cuando se emprendían largos viajes, prefería transferible el dominio para permitir que sus facultades con relación al bien fueran lo más amplios posibles, lo que permitía una mejor defensa de los intereses en juego. Frente a terceros, el fiduciario era el propietario de la cosa y como tal actuaba. El elemento de confianza que caracterizaba al pacto era entonces muy sólido, puesto que al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario, permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir. Los inconvenientes señalados fueron haciendo perder aplicación a la fiducia hasta que el propio ius civile admitió un procedimiento más simple y menos desventajoso para el obligado, el contrato de prenda o pignus, por el cual el deudor entregaba al acreedor a título de prenda, la posesión de la cosa obligándose éste a restituirla una vez cobrado su crédito. De esta manera, la prenda consistió en la transferencia

material de una cosa mueble o inmueble del deudor al acreedor con el derecho de éste a mantener su posesión hasta que su crédito fuera satisfecho. Hacia fines del período Republicano, aquella relación de hecho fue tutelada por el pretor, protegiendo no sólo la posesión del acreedor sobre la cosa, sino también la situación del deudor, a quien le otorgaba una acción para lograr la restitución del bien después de extinguida la obligación. El pignus, que se aplicaba a cosas muebles, no dejó de presentar ciertos inconvenientes para éste, ya que al tener que ceder la posesión del bien sobre el cual se constituía la prenda, se encontraba privado de la opción de usar la cosa y de valerse de ella para constituir otras garantías. Por esa razón se admitió más tarde la constitución de la cosa, con lo cual se configuró el pignus conventum o conventio pignoris, más adelante llamado hypotheca.

Fideicomiso: noción y antecedentes. - Entre una de las disposiciones mortis causa se encuentra el fideicomiso, que consistía en un encargo de confianza que hacía el de cuius al heredero o a otra persona para beneficiar con la totalidad o una parte de la sucesión a un tercero. El codicilo era un instrumento desprovisto de formalidades que podía redactarse al margen del testamento y que tenía por objeto añadirle ciertas disposiciones particulares.

Desde la antigüedad existió en Roma la costumbre de que una persona ordenara disposiciones de última voluntad sin que estuvieran contenidas en el testamento, pues bastaba que el disponente formulara un simple ruego a una persona de su confianza con el objeto de que ésta se encargara de dar determinado destino a los bienes de su herencia o de ejecutar cualquier otro acto que el causante le solicitara, para que la misma se viera obligada a cumplir el encargo. Esta práctica estaba desprovista de tutela legal por no configurar un negocio jurídico y su ejecución tenía como único fundamento la confianza que el causante depositaba en la honradez y lealtad (fideles) del individuo llamado a cumplir su ruego y que podía ser el heredero mismo o cualquier otra persona no vinculada al difunto. El otorgamiento del fideicomiso no exigía formalidad especial alguna, pudiendo efectuarse por medio de testamento o codicilo, oralmente y hasta sin el empleo de palabras, porque si mediante gestos se ponía en evidencia la intención del causante de constituir un fideicomiso, éste tenía plena eficacia. El fideicomiso podía

comprender no sólo las cosas pertenecientes al disponente sino también las del heredero y del legatario, teniéndose en cuenta solamente que el fideicomiso no debía exceder de lo que el heredero o legatario recibieran del testador. La tendencia unificadora entre los legados y los fideicomisos que comenzara a perfilarse en la época clásica y que recién se concreta en el derecho Justiniano, no eliminó ciertas notas características que diferenciaban a ambos institutos. En lo que hace a la capacidad para recibir la manda, el fideicomiso era más amplio ya que ciertas personas que carecían de aptitud legal para ser legatarios, estaban habilitadas para ser titulares de un fideicomiso. Respecto a sus efectos, el fideicomiso en ningún caso operaba la transmisión de la propiedad de la cosa dada, como sucedía en los legados. Justiniano dictó dos constituciones en los años 529 y 531 que concluyeron por fusionar ambas instituciones, estableciendo expresamente que las disposiciones de ambos institutos se aplicaran indistintamente, con la salvedad de que si existieran preceptos contradictorios o dudosos valieran las normas del fideicomiso por ser consideradas más humanas y moderadas.

El Fideicomiso de herencia. - En las fuentes se llama "fideicommissum hereditatis", o universitatis, y tiene por objeto una herencia entera o una cuota parte de la misma. En la historia de su régimen se distinguen tres etapas: la primera, anterior a los senados consultos Trebeliano y Pegasiano; la segunda, con referencia a estos dos senados consultos y la tercera, justiniana. Se producían, en este caso, los mismos efectos prácticos que una sustitución de herederos, pero sin sus exigencias formales y con la posibilidad de disponer, incluso, a favor de personas que todavía no existen. El encargado de efectuar el traspaso es el fiduciario y lo realiza por orden del fideicomitente o causante. El hecho de que una persona sea llamada a la cesión universal de otra sin la institución de heredero, no constituye *successio* en el sentido técnico del Derecho civil. Es un legado universal del patrimonio, pero no confiere la calidad de heredero. De ahí que el verdadero sucesor no es el fideicomisario universal sino el heredero fiduciario. En el caso de los fideicomisos hereditarios, los créditos y las deudas del de cuius no pasan *ipso iure* al fiduciario como sucede con el heredero. En los fideicomisos universales se tiende a considerar al fiduciario como heredero; el fideicomisario es un adquirente de los bienes del acervo, que aquél debe transmitirle por los medios adecuados. A

tal fin el heredero fiduciario vende al fideicomisario el patrimonio por *mancipatio nummo uno*.

Este procedimiento de por sí complicado, ofrece además la desventaja de que el heredero fiduciario solamente goza de acciones personales con respecto del fideicomisario por los procesos hereditarios entablados contra él. Por otra parte, existe también el peligro de la insolvencia económica del fiduciario y del fideicomisario, lo que trae como consecuencia que el heredero fiduciario se muestre remiso en aceptar la herencia. En caso de repudio el fideicomisario no percibe el beneficio. Para remediar estos inconvenientes el *senadoconsulto Trebeliano* en la época de Nerón, dictado entre los años 56 o 57 d.c., suprime las estipulaciones que se exigían anteriormente. El fiduciario que hubiese transmitido la herencia al fideicomisario no tiene responsabilidad ante los acreedores. Este *senadoconsulto* no soluciona totalmente los inconvenientes que existen en la materia, pues siempre es necesaria la adición de la herencia por parte del fiduciario para que el fideicomiso tenga eficacia. Para obviar este problema se dicta el *senadoconsulto pegasiano*. Por medio de esta disposición se concede al heredero fiduciario los beneficios establecidos en la *cuarta Falcidia*, o sea el derecho de retener para él la cuarta parte neta de la herencia. La aplicación de los *senadoconsultos* da lugar a diferentes hipótesis: a) Si el fiduciario debe entregar las tres cuartas partes del acervo y retener la cuarta se aplica el *senadoconsulto trebeliano*. El fiduciario es considerado como el heredero propiamente dicho (*heredis loco*). Los créditos y las deudas se distribuyen entre él y el fiduciario proporcionalmente. c) Si por el contrario el testador deja al heredero una porción menor a la cuarta *pegasiana* se pueden presentar dos situaciones:

- 1) Que el fiduciario acepte la herencia y exija la reducción hasta el monto de la cuarta *pegasiana*. En este caso las relaciones patrimoniales entre el fiduciario y el fideicomisario se regulan por medio de estipulaciones. El fiduciario no es considerado *heredis loco*.
- 2) Que el heredero fiduciario no haga adición *voluntaris* de la herencia por no gozar de la cuarta *Falcidia*. A petición del fideicomisario el pretor puede obligarlo a aceptar la herencia y en esta situación el heredero fiduciario es excluido de los

beneficios y de los gravámenes y pierde el derecho a la cuarta. El fideicomiso universal es por obra de los senados consultos trebeliano y pegasiano una figura intermedia entre la herencia y el legado. El sistema es reformado por el Derecho justinianeo que establece los siguientes principios:

- a) Las acciones hereditarias se transfieren al fideicomisario de acuerdo con las normas del senadoconsulto trebeliano y en consecuencia se suprimen las estipulaciones.
- b) El heredero fiduciario tiene siempre derecho a la cuarta llamada Falcidia, trebeliana o pegasiana.
- c) El fiduciario puede ser obligado judicialmente a aceptar el fideicomiso.

Fideicomiso de residuo. - Una figura especial de fideicomiso es aquella en que se encarga al heredero que, a su fallecimiento o en otro momento anterior que se fija, restituya a otra persona lo que le quede de la herencia: *quod ex hereditate superfuisset*.

Justiniano se acoge a un módulo objetivo, implantando una especie de cuarta Falcidia a la inversa: para el fideicomisario debe conservarse, al menos, una cuarta parte de la herencia.

Sustitución fideicomisaria: fideicomiso de familia. - El testador puede imponer un fideicomiso por medio del cual otorga la herencia al fiduciario para que la usufructúe en vida, la conserve y la transmita después de su muerte al fiduciario designado por el causante. Esta institución se asemeja a la sustitución pupilar. Su principal aplicación tiene lugar en el denominado fideicomiso de familia. En éste el fiduciario no tiene la facultad de disponer de los bienes ni goza de los beneficios de la cuarta Falcidia. El acervo debe ser transferido a una persona de la familia especialmente establecida por el testador o bien quedar tal designación a criterio del fiduciario.

El fideicomiso y el codicilo. - Ya de antiguo apareció la costumbre, muy desarrollada a fines de la época republicana, de ordenar disposiciones de última voluntad sin amoldarse a las formalidades necesarias para los legados, e incluso sin

encajarlas en un testamento, sino en forma de simple ruego por el que se encargaba a una persona en quien se tenía confianza -que podía ser el heredero o cualquier persona favorecida por el decuius- diese un determinado destino a ciertos bienes de la herencia o ejecutase cualquier otro deseo del causante. Se trataba de una práctica totalmente al margen de la esfera de protección jurídica. La seguridad de que el encargo sería cumplido no tenía otra garantía que la honradez y lealtad (fideles) de aquel a quien se encomendaba. De ahí que se llamase al tal ruego fideicommissum. La persona que había de recibir el beneficio (fideicommissarius) no disponía de medio coactivo jurídico alguno para obligar al gravado (fiduciarius) a que ejecutase el deseo del causante. A cambio de este inconveniente, el fideicomiso presentaba la ventaja de que, valiéndose de él, el 'de cuius' podía hacer que los bienes hereditarios fuesen a parar a personas carentes de capacidad para heredar o de capacitas en sentido estricto. Se trataba de un ruego amistoso, en el que nada tenían que ver las exigencias formales ordenadas por el ordenamiento jurídico. Por eso también muchas veces no se hacía en el testamento, como era imprescindible para el legado, sino en un simple escrito o carta (codicillum), e incluso por personas que no otorgaban testamento y hacían el encargo a los que habían de ser sus herederos ab intestato.

Protección Jurídica de los fideicomisos y su asimilación a los legados. -

la frecuencia de casos de deslealtad en los fiduciarios movió a Augusto a conceder a los fideicomisarios un recurso administrativo ante los cónsules. no disponían los beneficiados con un fideicomiso, de acción para entablar un proceso ordinario contra el fiduciario que se negaba a cumplir el encargo conferido por el causante, pero podían quejarse a los cónsules, los cuales, coactivamente, en virtud de atribuciones emanadas de su imperio, forzarían al cumplimiento del fideicomiso, más adelante, en la época de Claudio, se crearon dos pretores especiales para conocer, siempre extraordinariamente las reclamaciones. Su semejanza con el legado resultaba evidente. Peregrinos y personas inciertas dejaron de ser capaces para que se otorgase a su favor un fideicomiso, y las prohibiciones de adquirir por legado que gravaba a caelibes y orbi, según las leyes caducarías, se extendieron, asimismo, a los fideicomisos por el senado consulto. En el Derecho postclásico y en el justiniano acababan de eliminarse todas las diferencias. Desaparecen los latini iuniani, únicos capaces de recibir por fideicomiso y no por legado, y se igualan

también legados y fideicomisos, en el terreno procesal, por la generalización del procedimiento extraordinario. La corriente de asimilación se refleja también en los documentos en que tales disposiciones se formulaban, testamentos y codicilos. Era natural que también para los codicilos se decretasen requisitos de forma, exigiéndose desde Constantino un número de testigos para redactarlos. En el Derecho justiniano habían de ser cinco, si bien se reconocía al beneficiado en un codicilo defectuoso de forma el derecho a obligar al gravado a un juramento sobre la existencia del fideicomiso. De todos modos, cuando el autor del codicilo otorgó testamento, la suerte de éste determina la del codicilo.

Acciones y garantías. - el fideicomiso, generador en un principio de un simple deber moral, da más tarde al fideicomiso dos vías de exigibilidad del beneficio: la reclamación extra ordine, en todo caso, y la *missio in possessionem* de la cosa cuando el fideicomiso tenga por objeto una *res corporatis*, con el disfrute consiguiente de la *actio Publiciana* y la consecuencia del dominio por la vía de usucapión. En el Derecho justiniano, borradas las clasificaciones formalistas de los legados y equiparados éstos a los fideicomisos, nacen de unos y otros acciones personales, acciones reales o acciones de las dos clases. El que una disposición *mortis causa* tenga efectos obligacionales o efectos reales depende, en el Derecho justiniano, no de fórmulas rígidamente prefijadas, sino del tenor de la disposición libremente apreciado como exteriorización del deseo del causante. Del legado puede, por tanto, nacer:

- a) la acción reivindicatoria, si es un legado de propiedad;
- b) la acción confesoria, si lo es de servidumbre,
- c) la *actio legati* o *actio ex testamento* para reclamar el cumplimiento del legado considerado como una deuda del gravado.

Fideicomiso familiar en Inglaterra

El fideicomiso familiar, la misma que se materializó con algunos cambios propios de la mentalidad anglosajona, creando estos últimos, mecanismos de utilización del fideicomiso, como la creación de tribunales especiales. Para luego con mejoras en su estructura jurídica crearon la figura de la confianza. Su utilización parece haberse

popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Para obviar el inconveniente, los monjes transferían o adquirían a través de un tercero, la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad familiar.

Predominando en el fideicomiso - fideicomiso familiar la confianza o confianza ejecutado, explicando que es el que luego de haber sido definitivamente declarado por el acto constitutivo, no exige, para producir todos sus efectos, ningún acto ulterior. Se refiere igualmente a la confianza eventual, en el cual las instrucciones sólo son un intento para servir como minuta a perfeccionarse en un establecimiento posterior.

No obstante, ello, en el derecho anglosajón la fiducia como ya mencionáramos se origina en los uses - uso que son el antecedente del hoy llamado confianza extrema. En tal sentido, se define como usos al compromiso de confianza que adquiriría una persona al recibir los bienes que le eran transmitidos por otra. En los uses - usos las comunidades religiosas Inglesas encontraron la solución a la entredicho legal de poseer bienes inmuebles, prohibición contenida en el estatuto de las manos muertas, ellos encontraron esta institución análoga a la fiducia la manera para adquirir bienes raíces sin violar dicho estatuto, institución a la que ellos llamaron uses - usos, que consistía en que la comunidad religiosa conseguía un amigo laico, que comprara el bien a su propio nombre pero con dinero suministrado por la comunidad religiosa, este comprador se comprometía a destinar el inmueble al uso de la comunidad que había suministrado el dinero. Lógicamente los uses - usos como la fiducia romana también se basaban en una relación de confianza, entre la comunidad religiosa y el adquirente.

Mientras que la confianza que, de origen anglosajón, es una restauración donde se analiza la propiedad desde un punto de vista distinto al del objeto sobre el cual recae el derecho, sino desde la gracia económica que la propiedad pueda reportar. De esto resulta que sobre un mismo objeto realmente considerado pueden existir dos intereses.

La confianza se caracteriza por recoger una forma dual del derecho de propiedad, una coexistencia de dos derechos de dominio sobre el mismo bien y cada uno atribuido a un sujeto distinto; donde predomina la confianza. En el derecho Romano no se desarrolló el llamado trust por que la tradición romana no admitía una doble titularidad sobre un mismo bien como si lo admitía el Common Law.

El fideicomiso en el Perú

En el Perú, el fideicomiso se encuentra regulado actualmente en la Ley N.º 26702 del año 1996, es aquí que cabe preguntarse, Para ello revisaremos las normas donde se ha regulado al fideicomiso; esto es importante debido a que analizaremos como recepción el legislador peruano. Tanto el Código Civil de 1852, - 1936 y - 1984 no consideran la inserción del fideicomiso en su normativa. De otro lado, el Código de Comercio de 1900, tampoco incluye al fideicomiso como parte de los contratos que regula. El fideicomiso – fideicomiso familiar como tal no aparece regulado y estructurado en alguna ley especial sino hasta la década de los años 90, sin embargo, no se incluyó el fideicomiso familiar algún sector de la doctrina señala que el fideicomiso en el Perú hizo su aparición en algunas leyes. Como el Decreto Ley N° 7159 la primera Ley de Bancos del Perú.

Beaumont (2003) anota que el fideicomiso aparece:

Con la dación del Decreto Ley N° 7159, en el artículo 94 inciso 14, en el artículo 43 de citada Ley se estable que los bancos pueden ser representantes o fideicomisarios de los tenedores de bonos emitidos por sociedades; luego la Ley N° 16123 del año 1966 reiteró la obligatoriedad de su nombramiento como fideicomisarios, y señala que posteriormente el Decreto Legislativo N° 311 del año 1985 que deroga la anterior, sigue el mismo tenor que las anteriores manteniéndose (...) a que la función de los fiduciarios puede ser otorgada exclusivamente a los bancos, en la emisión de bonos de las sociedades anónimas. (p. 35)

En el año 1996 entra en vigencia la Ley N° 26702 que contiene la Ley del Sistema financiero, por un lado y la Ley del Sistema de Seguros, por el otro, además

de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS); el fideicomiso es regulado en la parte que corresponde a la Ley del Sistema Financiero, manteniendo como habíamos dicho la estructura de la ley anterior.

Finalmente, en lo que respecta a los antecedentes del fideicomiso peruano se reflejan dos problemas:

- 1) La dación de la primera Ley de Bancos fue consecuencia de una crisis económica, legislándose al fideicomiso de manera poco exacta tratando de asimilar y aterrizar a nuestro sistema de corte romanista una institución del Common Law, como lo fue en toda América Latina.
- 2) Se refleja la mala recepción del *trust* producto de motivaciones de orden económico que apresuraron la dación de leyes sobre fideicomiso en la cual las instituciones bancarias y financieras son las únicas que gozan de la facultad de ser fiduciarios.

2.3. Base conceptual

Fideicomiso – fideicomiso familiar.

El fideicomiso – fideicomiso familiar; es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la complexión de una propiedad fideicomitada, 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, 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. las empresas de servicios fiduciarios que señala el inciso b-5 del artículo mencionado, las empresas del numeral 1 del artículo 318° de la citada ley, 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.

Patrimonio fideicomitido familiar

El patrimonio fideicomitido de familia no responde por las obligaciones del fiduciario o del fideicomitente ni de sus causahabientes y, tratándose de las obligaciones de los fideicomisarios, tal responsabilidad sólo es exigible sobre las prestaciones que se encuentran a disposición de ellos, de ser el caso. La empresa familiar fiduciaria podrá delegar en el fideicomisario o el fideicomitente las facultades necesarias para que ejerzan las medidas de protección del patrimonio fideicomitido, sin quedar liberado de responsabilidad.

Los bienes que integran el patrimonio fideicomitido se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades que la empresa fiduciaria contraiga en ejercicio del dominio fiduciario por los actos que efectúe para el cumplimiento de la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso y, en general, de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo. No se encuentran afectos a dicho pago, salvo disposición en contrario, los bienes que integran el patrimonio propio de la empresa fiduciaria, del fideicomitente, del fideicomisario y del destinatario del remanente. El fiduciario ejerce sobre el patrimonio familiar fideicomitido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido, 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.

Dependiendo de la naturaleza del fideicomiso, el fideicomitente y sus causahabientes son titulares de un derecho de crédito personal contra el patrimonio fiduciario. La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes familiares fideicomitados con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento constitutivo. Los actos de disposición que efectúe en contravención de lo pactado son anulables, si el adquirente no actuó de buena fe, salvo el caso de que la transferencia se hubiese efectuado en una bolsa de valores. La acción puede ser

interpuesta por cualquiera de los fideicomisarios, el fideicomitente y aún por la propia empresa fiduciaria.

Fideicomitente

Es la parte constituyente, recibe dicho calificativo, toda vez que él es fuente del fideicomiso, es el creador, el que origina el fideicomiso a través de la manifestación de voluntad de transferir una parte de su patrimonio a otro sujeto con una finalidad determinada.

Fiduciario

Es la parte que recibe el encargo de realizar determinado fin, para lo cual recibe el patrimonio del fideicomitente, atribuyéndose la titularidad de los bienes fideicomitados para administrarlos y gestionarlos hasta el cumplimiento de los objetivos.

Fideicomisario

Es denominado también beneficiario del fideicomiso. Es la persona designada por el fideicomitente como el beneficiario de la actividad del fiduciario.

El dominio fiduciario

Es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicometido, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo, según lo señalado en el artículo 252º de la Ley General. El dominio fiduciario se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición contraria establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso.

Objeto de un fideicomiso familiar

Es objeto jurídico del fideicomiso – fideicomiso familiar constituye la relación jurídica, además los bienes y derechos a transferir. Respecto a los bienes y derechos, se clara referencia que el fideicomitente transfiere sus bienes al fiduciario para que constituya el patrimonio fideicometido, la misma ley acota que dicho patrimonio es distinto al patrimonio del fideicomitente, fiduciario y fideicomisario. Sin embargo, no olvidemos que el artículo 243 de la Ley de Bancos, hace referencia que el fideicomitente debe tener la facultad de disponer los bienes y derechos materia del acto jurídico, de lo cual se colige que con el activo del patrimonio disponible puede constituirse un fideicomiso.

Elementos para la validez

Se explica respecto de los elementos que se entienden como los componentes del acto jurídico, es decir, todo aquello que conforma el acto jurídico celebrado por los sujetos. En tal sentido, se entiende modernamente que los únicos elementos comunes a todo negocio jurídico son dos: la manifestación de voluntad y la causa”.

Manifestación de voluntad: Tratándose el fideicomiso de un contrato creemos propio referirnos al consentimiento y no a la manifestación de voluntad. El consentimiento es la declaración de voluntad conjunta y común de las partes contratantes (fideicomitente, fiduciario y opcionalmente el fideicomisario) que declaran estar de acuerdo sobre el contenido del contrato.

La causa: Es el fin o propósito que aparece como perseguido a través del contrato. Causa es el propósito del reglamento contractual; el fin económico-social que las partes se proponen alcanzar a través de las obligaciones asumidas. Por lo tanto, el contrato tiene con su causa una relación de medio a fin.

La forma: Es el modo como es el negocio, como se presenta ante los demás en la vida de relación: su figura exterior. Agregamos a ello que, tratándose el

fideicomiso de un contrato formal, dicho modo es exigido para que el contrato adquiriera validez de conformidad.

El contenido: Es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior.

Del fideicomiso familiar

La constitución del fideicomiso suele ser más ventajoso que la creación de una sociedad familiar, ya que en este segundo supuesto es necesario que al frente de la misma haya una persona que deba tomar decisiones empresariales sin tener quizás una formación suficiente, y haciéndose cargo de una serie de obligaciones por el hecho de ser titular o gerente de una corporación. Asimismo, es un encargo que se hace a una persona en virtud de la confianza o fe que se tiene en ella y que en ese acto se deposita; es, luego, un encargo de fe. En suma, una petición de confianza que el testador encomendaba para después de su muerte a la fidelidad del heredero. El Fideicomiso y accesoriamente el fideicomiso familiar nació como un encargo de liberalidad mortis causa, sin sanción jurídica y tuvo su origen en las múltiples incapacidades de heredar que consagraba el derecho romano buscando otras formas de heredar a su familiar a través de esclavo, soltero o casado sin hijos. En el legado, el pedido era formal y debía ser hecho con frases imperiosas; mientras que en el fideicomiso y fideicomiso Familiar su uso era de informalidad e involucraba palabras invocaciones: te ruego, confío en que, te pido.

Se denominaba fideicomiso de herencia familiar, y tenía por objeto una herencia entera o una cuota parte de ella. Se encomendaba mediante un escueto ruego con palabras precativas a la persona que debía recoger los bienes hereditarios para que diera a éstos un destino determinado o ejecutase cualquier otra disposición indicada por el causante. El fideicomiso familiar en ningún caso operaba la transmisión de la propiedad de la cosa dada. Entonces, la debilidad jurídica del acto, proveniente de la falta de acción para exigir su cumplimiento, era superada por las ventajas que concedía su utilización, que principalmente eran: la carencia de toda formalidad legal y la posibilidad de recurrir a este medio para alcanzar fines que de otro modo no se podían obtener.

Fiducia

La fiducia romana clásica era un negocio jurídico basado en la *negocial*. La etimología de la palabra fiducia que significa confianza, que luego resultara el cimiento último de esta figura. Hay que recordar, que la confianza resulta el elemento especial de los negocios como el depósito, el mandato y la prenda con desplazamiento, todos estos negocios jurídicos conocidos en el uso cotidiano de las gentes. El incumplimiento daba lugar a una acción, la entregaba en confianza, a otro sujeto distinto, un *uso* de un bien con un fin de protección.

2.4. Base legal

LEY N° 26702: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).

Ley N° 26702.

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 fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto.

2.5. Jurisprudencia

A. Jurisprudencia del tribunal constitucional.

A nivel del Tribunal Constitucional existe un pronunciamiento contenido en la sentencia de fecha 13 de agosto de 2009, emitida en el EXP. N° 00079-2008-PA/TC, seguido por Celso Leónidas San Martín Camacho. Se trata de una demanda de amparo interpuesta contra los integrantes de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa, con el objeto de que se deje sin efecto la Resolución N.º 181, de fecha 30 de noviembre de 2005, en virtud de la cual los vocales emplazados, revocando la resolución N.º 151, de 18 de abril de 2005, declararon fundada la solicitud de desafectación de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción recaída sobre la embarcación pesquera san Juan, en el marco del proceso de

ejecución de sentencia seguido por el accionante contra la empresa pesquera san Juan Bautista s.a. El demandante alega que la resolución judicial cuestionada presenta una motivación aparente por cuanto se encuentra basada en aspectos superficiales y hechos supuestos, no habiendo explicado el motivo por el cual está aplicando lo preceptuado por la Ley N.º 26702 en lugar de los principios previstos y desarrollados por el artículo 24º de la Constitución (preeminencia de los créditos laborales), contraviniendo el artículo 138º de la Constitución, que obliga al juez a preferir la norma constitucional sobre la norma legal a través del ejercicio del control difuso. En este caso el Tribunal Constitucional ha desestimado la demanda señalando que se ha observado y precisado los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la resolución judicial cuestionada, no advirtiéndose, por consecuencia que se haya vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Expresamente el máximo intérprete de la Constitución en el fundamento 13 de la sentencia indica lo siguiente, es así como este Tribunal observa que no se presenta tal supuesto en el presente caso por cuanto los vocales emplazados, conforme se desprende de la Resolución N.º 181, de fecha 30 de noviembre de 2005 (folio 131), han fundado su decisión de revocar la medida cautelar de embargo en forma de inscripción concedida a favor del demandante en atención a los siguientes argumentos:

El artículo 241º de la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero, establece que el fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes a otra persona, denominada fiduciario, constituyéndose dicho patrimonio en un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario.

Al amparo de dicha figura legal, por contrato de fecha 21 de enero de 2002, Pesquera San Juan Bautista S.A. constituyó fideicomiso en garantía a fin de respaldar las acreencias mantenidas con el Banco Sudamericano hasta por la suma de US \$ 240,000, otorgándole a éste el carácter de fideicomisario y transfiriendo la embarcación pesquera San Juan a la Fiduciaria S.A. en calidad de dominio

fiduciario, habiendo inscrito dicha transferencia en el Registro de Propiedad de Embarcaciones Pesqueras, en la Partida N.º 11353868, haciéndola oponible a terceros en virtud del artículo 246º de la Ley N.º 26702 con anterioridad al otorgamiento de la medida cautelar cuestionada.

El dominio fiduciario es un derecho real por cuanto tiene un carácter inmediato y absoluto y, de conformidad con los artículos 241º y 253º de la norma precitada, dicho derecho trae como consecuencia que el patrimonio fideicometido sea distinto al patrimonio del fideicomitente, es decir, de la persona que lo constituyó, y no responde por las obligaciones de dicha persona.

Por tanto, siendo un patrimonio autónomo, tiene una existencia independiente para efectos contables y legales distinta a la del fideicomitente. En consecuencia, la embarcación objeto de la medida cautelar cuestionada no forma parte del patrimonio de la empresa Pesquera San Juan Bautista S.A.C., por lo que, en aplicación del artículo 623º del Código Procesal Civil, dicha medida debe ser revocada.

De acuerdo a lo expuesto, el tribunal constitucional concluyo que las resoluciones judiciales cuestionadas se encuentran debidamente motivadas al haberse sustentado las mismas en la figura del fideicomiso, institución que se encuentra regulada en la LGFS.

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal.

B. Principio de realidad económica.

En el derecho tributario, como solución a las distorsiones creadas por la divergencia entre las formas jurídicas escogidas por los contribuyentes y la realidad tras bastidores.

C. Principio de la primacía de la realidad de los hechos económicos.

En materia tributaria, ha de constituirse, por lo tanto, en un instrumento que permita al administrador tributario reconocer la finalidad del contenido económico de las operaciones realizadas por las partes.

D. Categoría de la deficiencia

Deficiencias para la implementación del patrimonio familiar.

- a) Deficiencia del sistema germano romano y el sistema romano germano, para la implementación del fideicomiso familiar en el Perú
- b) Deficiencia del sistema germano romano y el sistema common law, para la implementación del fideicomiso en el Perú.
- c) Deficiencia en la tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificulta su potencial aplicación a la viabilidad de proteger los negocios familiares.

Aplica para los tres casos de deficiencia:

Caso 1; proyecto Mol plaza de Trujillo

Caso 2: Gas de Camisea.

2.6. Triangulación de interpretación

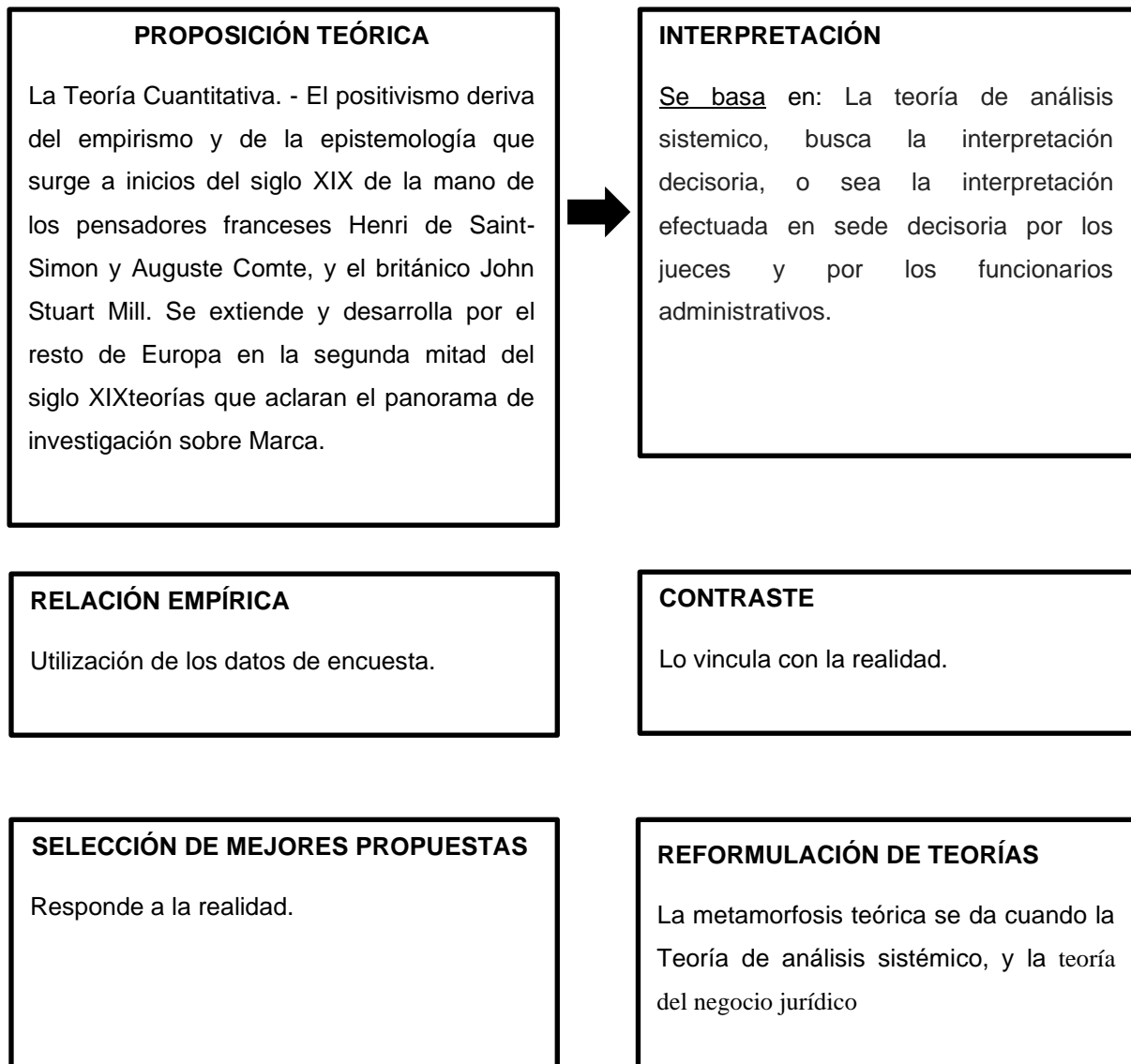


Figura 1. Triangulación de interpretación.

2.7. Triangulación de teorías e investigadores

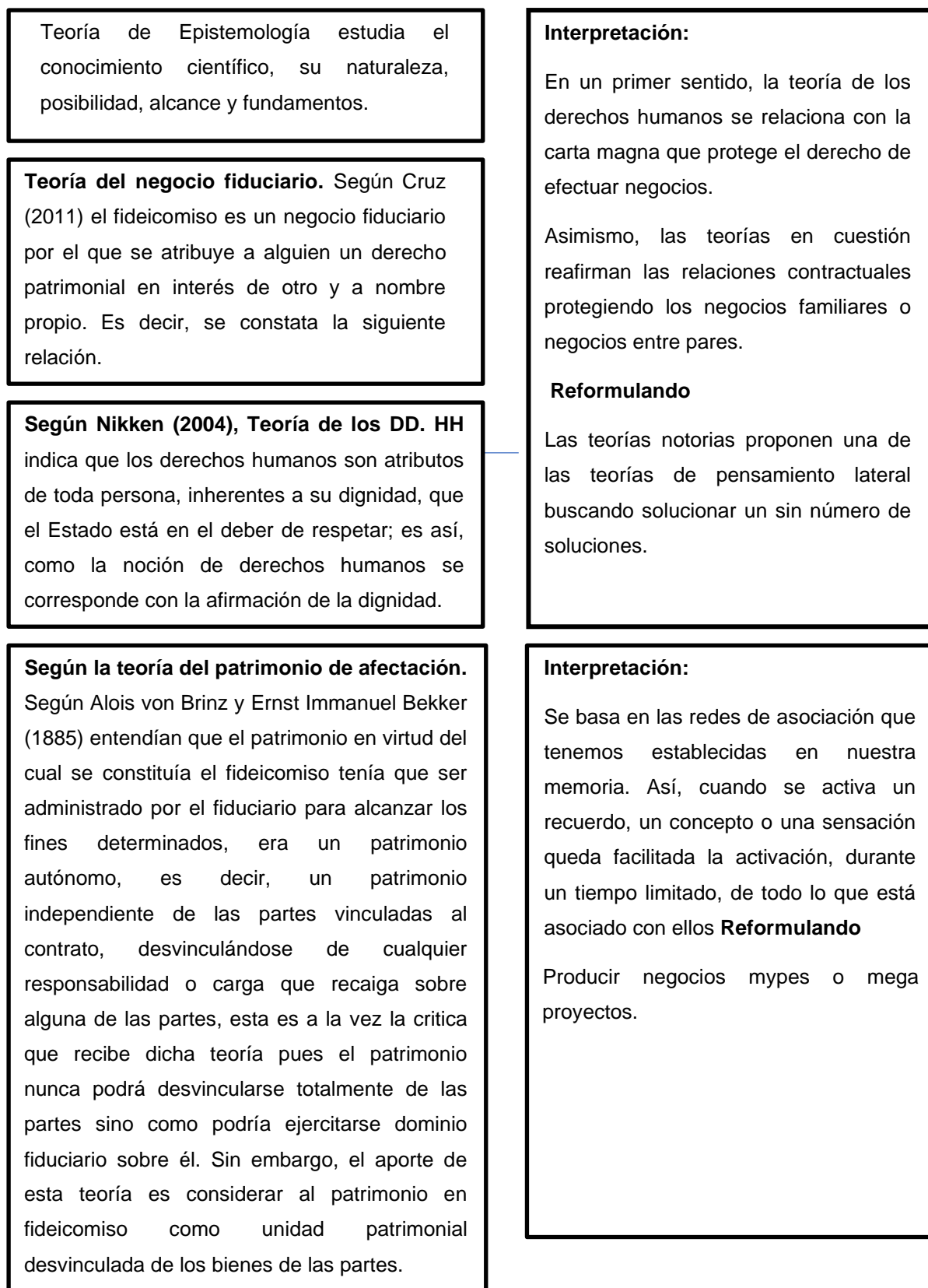


Figura 2. Teorías e investigadores.

2.8. Definiciones

Los asientos conceptuales: Se enuncian en requisitos de las subsiguientes condiciones conceptuales: presupuesto en la estructuración del fideicomiso, elementos y requisitos.

Fideicomiso: Se reconoce como un fideicomiso al contrato mediante el cual una persona a la que se le conoce como fideicomitente o fiduciante delega determinados bienes de su propiedad, a otra persona llamada fiduciario, para que ésta administre de la mejor manera los bienes en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario

Análisis: A nivel general, puede decirse que un análisis consiste en identificar los componentes de un todo, separarlos y examinarlos para lograr acceder a sus principios más elementales.

Fiduciario: Un fiduciario es una persona que administra el dinero o los bienes de otras personas. Si usted es designado como fiduciario, usted está obligado por ley, a administrar el dinero y los bienes de la persona para el beneficio de esa persona y no para el suyo propio

Fideicomitente: Persona física o moral que constituye un fideicomiso para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado y encarga dicha realización a una Institución de Crédito. fiduciario: Es la persona encargada por el fideicomitente de realizar el fin del fideicomiso

Fideicomisario: Considerado también como administrador del fideicomiso, es un término legal, en el que, en su sentido más amplio, puede referirse a cualquier persona que tenga propiedad, autoridad, o posición de confianza o responsabilidad de los bienes de otra persona, un fideicomisario puede ser una persona a quien se le permite hacer tareas sin lucrarse de estas. Aunque en el sentido estricto del término se refiere al administrador de una propiedad en favor de un beneficiario, la forma más utilizada se refiere a personas que sirven, por ejemplo, el Consejo de fideicomisarios para una institución que opera para el beneficio del público en

general. También para personas en gobiernos locales. Un fideicomiso puede formarse por personas particulares, o para cualquier Fideicomiso de Caridad, en algunos casos no tienen un beneficiario, en su lugar tienen propósitos de caridad; Por ejemplo, fideicomisos en testamentos para herederos y familias, fideicomisos de pensiones y fideicomisos caritativos. En todos los casos, el fideicomisario será una persona o compañía, sean o no beneficiarios potenciales.

Common Law: Es el Derecho común o Derecho consuetudinario vigente en la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066) judicial precedente case law: lo que nosotros llamamos jurisprudencia

Romano Germano: Implica un conjunto de fundamentos culturales ideológicos, así como los principios, reglas y métodos técnicos expresados dentro de un ordenamiento legal, lo que lleva a concebir una regla casi general según la cual existe un solo sistema jurídico dentro de una misma.

La comunidad por lo demás, la elección o imposición de un sistema jurídico como marco de referencia para un ordenamiento determinado, implica la promoción o adopción de una forma de vida: una cultura

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y enfoque de la investigación

3.1.1 Tipo de investigación

La investigación se define como un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplica al estudio de un fenómeno.

La investigación es de tipo básica o sustantivo, por cuanto el objeto de estudio, la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú; debido a que se contrasta conocimientos para futuras investigaciones.

La presente investigación es de metodología jurídica vinculada con los distintos métodos que permiten el estudio de los textos normativos siendo que el paradigma utilizado en esta es el positivista a través del cual explicamos un problema que acontece en nuestra sociedad actualmente y que tiene relación con las normas jurídicas para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

El propósito de la investigación es describir situaciones y eventos. Es decir, se manifiesta determinados fenómenos.

Así mismo; inferencias, creencias, descubrimientos y afirmaciones, por medio del cual se interpreta una realidad; siendo:

- **Explicativo:** esta tesis que presento dará a conocer la intervención de un análisis ante la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú
- **Descriptiva:** se explicará los problemas que existen para las familias cuando quieren proteger sus bienes o crear pymes por ende la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú, es conveniente para el desarrollo de los núcleos familiares.

3.1.2 Enfoque

El contraste de teorías ya existentes a partir de una serie de hipótesis surgidas de la misma, siendo necesario obtener una muestra, ya sea en forma aleatoria o discriminada, pero representativa de una población o fenómeno objeto de estudio. Siendo el presente trabajo de investigación de enfoque cuantitativo.

Este tipo usa la recolección de datos realizados a través de la encuesta, en la que se proba una hipótesis planteada por los autores, en la que se proba teorías y patrones de comportamiento.

3.2. Diseño de investigación

No experimental

La presente investigación es de diseño no experimental porque no se está realizando ningún experimento.

3.3. Población y muestra

3.3.1 Población

La población estará determinada por los especialistas de fideicomiso – fideicomiso familiar en el Perú.

3.3.2 Muestra

La muestra que se tomó para probar esta tesis es 10 operadores legales, por lo que, se realizó una encuesta para que sea representada de manera cuantitativa.

3.4 Hipótesis

3.4.1 Hipótesis general

Hi: Posiblemente existen diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú en el año 2020.

Ho posiblemente no existen diferencias entre los sistemas jurídicos germano latino y el common law, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

3.4.2 Hipótesis específicas

HE1: Posiblemente exista diferencia en el sistema jurídica germano latino, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

HE2: Posiblemente exista diferencia en el sistema jurídica common law, para la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

HE3: Posiblemente existe una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultad su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares.

3.5. Variables – Operacionalización

Teniendo así que en esta investigación las variables son:

Tabla 1

Variables

VARIABLE 1	VARIABLE 2
Aceptación	Fideicomiso familiar en el Perú

3.5.1 Operacionalización de las variables

Tabla 2

Operacionalización de variable aceptación

Variable	Dimensiones	Indicadores	Escala de valor
ACEPTACIÓN	Contrato	1.- ¿Diga usted; si este tipo de contrato es típico o atípico?	SI / NO
		2.- ¿Diga usted; si este tipo de contrato es diferente a los contratos generales?	
		3.- ¿Diga usted; ¿si los contratos de este tipo, son alianzas protocolares?	
	Alianzas	4.- ¿Diga usted; si es materializable el pacta sunt servanda en este tipo de contratos?	
		Confianza	

Tabla 3

Operacionalización de variable fideicomiso familiar en el Perú

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escala de valor
FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERÚ	Contrato de fideicomiso		6.- ¿Diga usted; si este contrato de fideicomiso es seguro?	SI / NO
			7.- ¿Diga usted; si este contrato protege la masa hereditaria?	
		8.- ¿Diga usted; ¿si a través de estos contratos se pueden llevar a cabo negocios, y megaproyectos familiares?		
	Contrato de Fideicomiso Familiar – Negocio	9.- ¿Diga usted; si los contratos de fideicomiso familiar contienen protocolos familiares?		
			10.- ¿Diga usted; si el fideicomiso familiar funcionaria en nuestra sociedad?	

3.6 Método, técnica e instrumento de investigación

3.6.1. Método de investigación

El presente proyecto de investigación recurrirá al empleo de análisis de documentaciones, encuestas e investigación de campo integrado por especialistas en materia de propiedad industrial, para determinar el análisis de la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

3.6.2. Técnica de investigación

El presente proyecto de investigación recurrirá al empleo de la técnica de encuesta de información. La recolección de datos se realizó mediante la utilización de las siguientes fuentes documentales: Expedientes relacionados con jurisprudencias que optimizan la necesidad de aplicar un Fideicomiso Familiar en el Perú.

3.6.3 Instrumento de investigación

El presente proyecto de investigación aplicó como instrumento el cuestionario a 10 profesionales (entre abogados investigadores y docentes universitarios) que tienen más de 5-10 años de experiencia en el campo del derecho.

3.7 Análisis estadístico e interpretación de los datos

3.7.1 Análisis estadístico de los datos

Para organizar estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de los análisis de documentos, es decir de la información obtenida, se aplicarán las fórmulas estadísticas para que en relación a las variables de mi investigación podamos arribar a conclusiones necesarias y válidas para confirmar nuestras hipótesis.

Asimismo, se recurrirá al apoyo de software de manejo estadístico como lo es excel 2010 de microsoft office, y el programa SPSS para Windows 10; las mismas que servirán para obtener los resultados y el análisis propio de las conclusiones de la investigación.

3.7.2 Análisis de interpretación de los datos

Los datos recopilados mediante análisis documental, jurisprudencial, encuestas que permitió llegar a una conclusión de una posible solución más confiable del problema en relación con las hipótesis planteadas.

Con los datos se elaboraron encuestas demostrando en el capítulo IV a las preguntas respectivas ya planteadas con las técnicas, métodos e instrumentos empleados.

Selecione 10 preguntas de las encuestas relacionadas a los indicadores apropiados se procesa para formar un cuadro de resultado de encuesta diseñada para una investigación.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DE INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. Resultados de la investigación

Para lograr el cumplimiento de los objetivos de estudio se acude al empleo de técnicas de investigación como el instrumento de expedientes - jurisprudencias. A través de la aplicación del cuestionario, se busca la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú. los criterios que los especialistas del derecho van a tomar en cuenta en los casos en que cualquiera de las opciones acotadas en esta tesis se presente, toda vez que existen muchos casos y estos son los casos más frecuentes de contratos de negocios de fideicomiso dejando apertura a los contratos de Fideicomiso Familiar, para constitución de mypes y mega proyectos, lo cual no está referidas a lo subjetivo sino al campo de la objetividad es decir lo que verdaderamente hace posible la aplicación de los contratos de fideicomiso familiar, Se deduce, la finalidad es incorporar el fideicomiso familiar.

Tabla 4

Primera pregunta de la primera variable

	Porcentaje
SI	80%
NO	20%
Total	100%

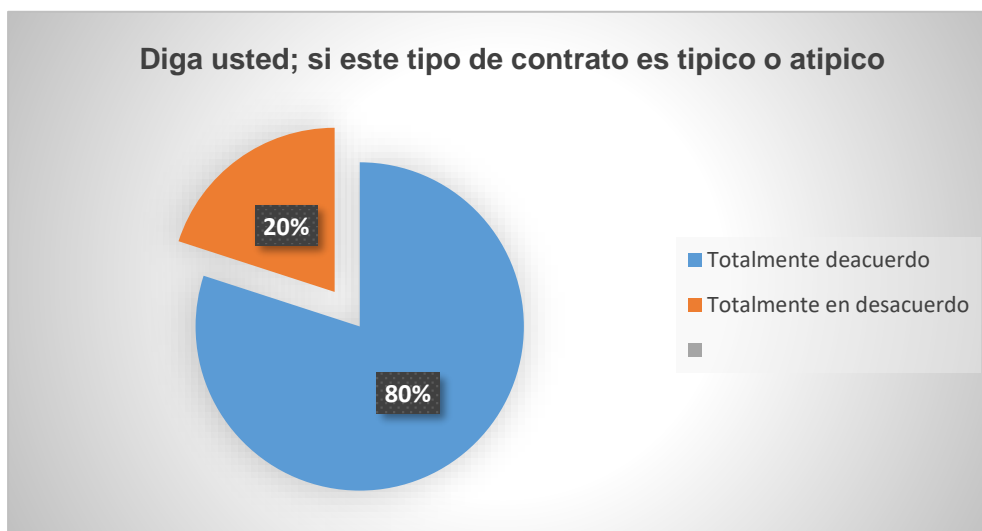


Figura 3. Pregunta 1 de la variable 1

Interpretación: En el gráfico 1 el 80% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo respecto a las diferencias entre los contratos típicos y atípicos, en sus pronunciamientos y el 20% está Totalmente en desacuerdo.

Tabla 5

Segunda pregunta de la primera variable

	Porcentaje
SI	80%
NO	20%
Total	100%

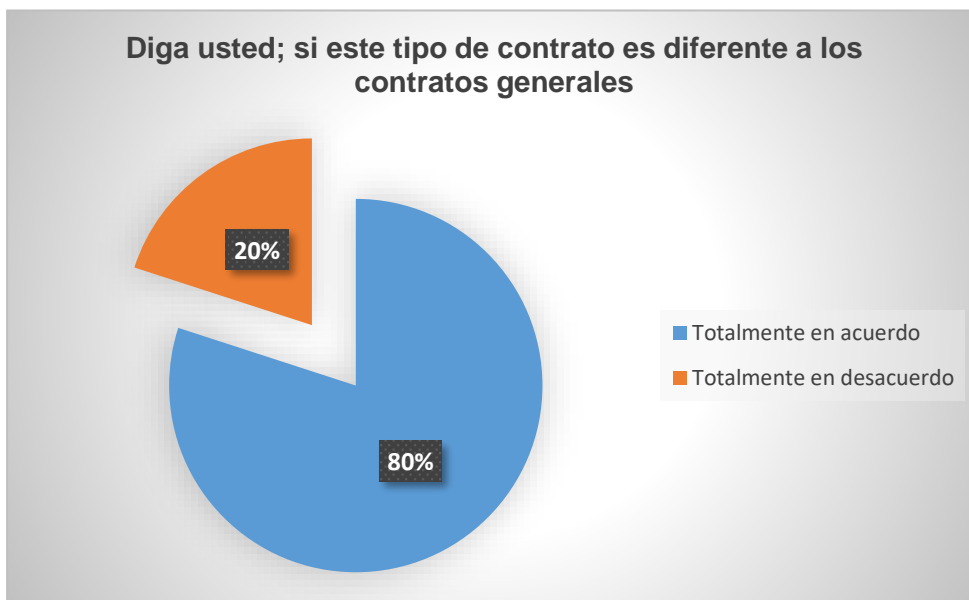


Figura 4. Pregunta 2 de la variable 1

Interpretación: En el gráfico 1 el 80% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo respecto a las diferencias de tipo contractual y el, 20% está en desacuerdo.

Tabla 6

Tercera pregunta de la primera variable

	Porcentaje
SI	70%
NO	30%
Total	100%

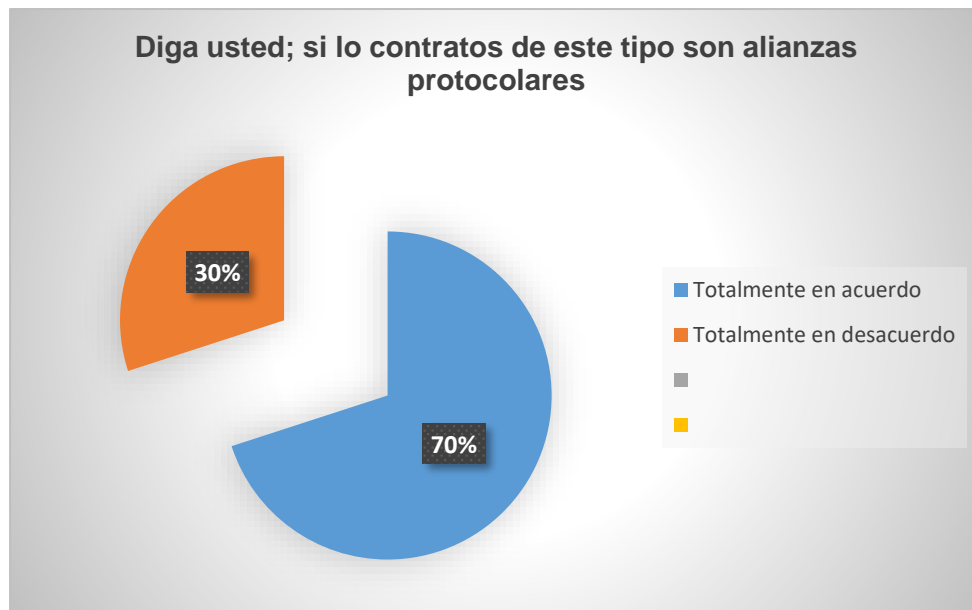


Figura 5. Pregunta 3 de la variable 1

Interpretación: En el gráfico 3 el 70% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo respecto a los contratos de fideicomiso son alianzas protocolares y el 30 % está totalmente en desacuerdo.

Tabla 7

Cuarta pregunta de la primera variable

	Porcentaje
SI	90%
NO	10%
Total	100%

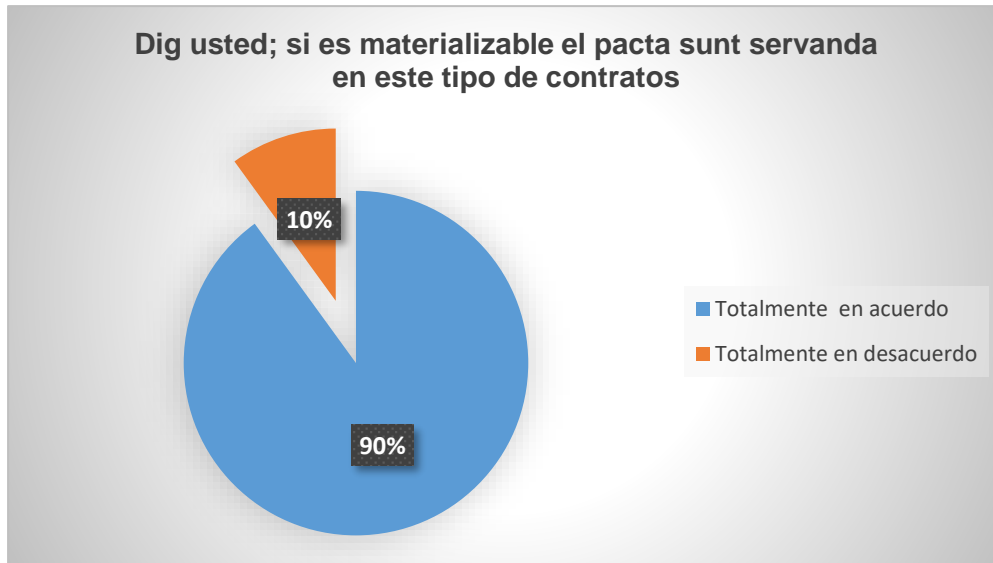


Figura 6. Pregunta 4 de la variable 1

Relación estadístico concerniente a la tabla 5

Interpretación: En el gráfico 4 el 90% de profesionales considera que están totalmente en acuerdo respecto a la materialización del pacta sunt servanda en los contratos de fideicomiso familiar el 10 % está totalmente en desacuerdo.

Tabla 8

Quinta pregunta de la variable 1

	Porcentaje
SI	80%
NO	20%
Total	100%

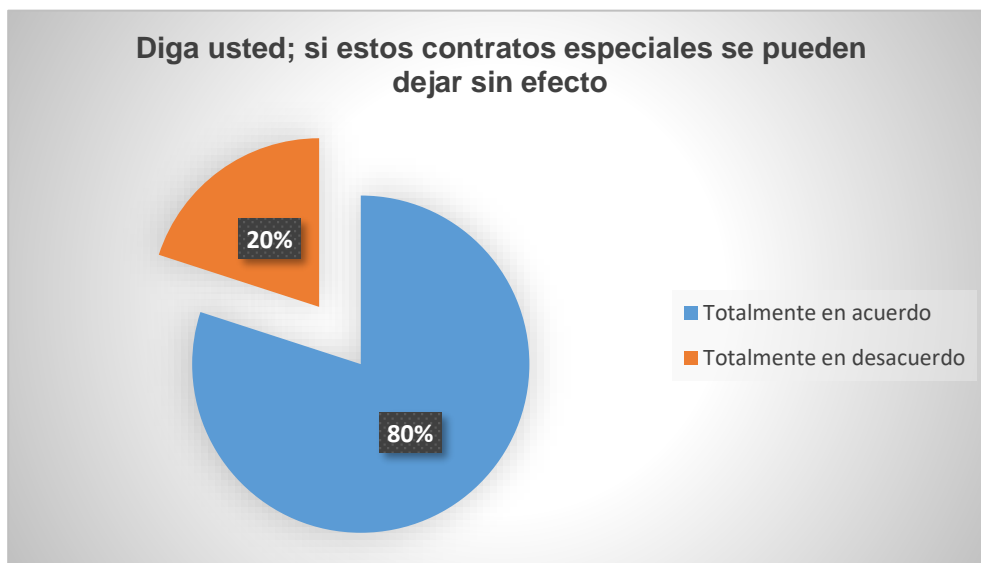


Figura 7. Pregunta 5 de la variable 1

Interpretación: En el gráfico 5 el 80% de profesionales considera que están totalmente en acuerdo respecto a considerar el dejar sin efecto el contrato de Fideicomiso, prueba el 20% están totalmente en desacuerdo.

Tabla 9

Sexta pregunta de la variable 2

	Porcentaje
SI	40%
NO	0%
Total	100%

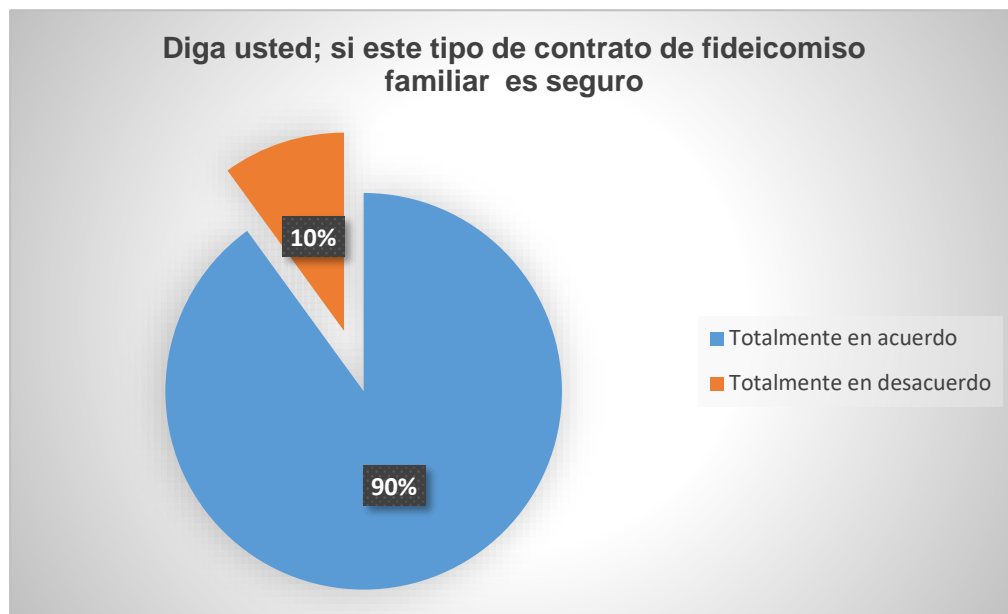


Figura 8. Pregunta 6 de la variable 2

Interpretación: En el gráfico 6 el 90% de profesionales están totalmente en acuerdo con los contratos de fideicomiso familiar son contratos seguros en pro de asegurar los bienes, y el 10% está Totalmente en desacuerdo.

Tabla 10

Séptima pregunta de la variable 2

	Porcentaje
SI	90%
NO	10%
Total	100%

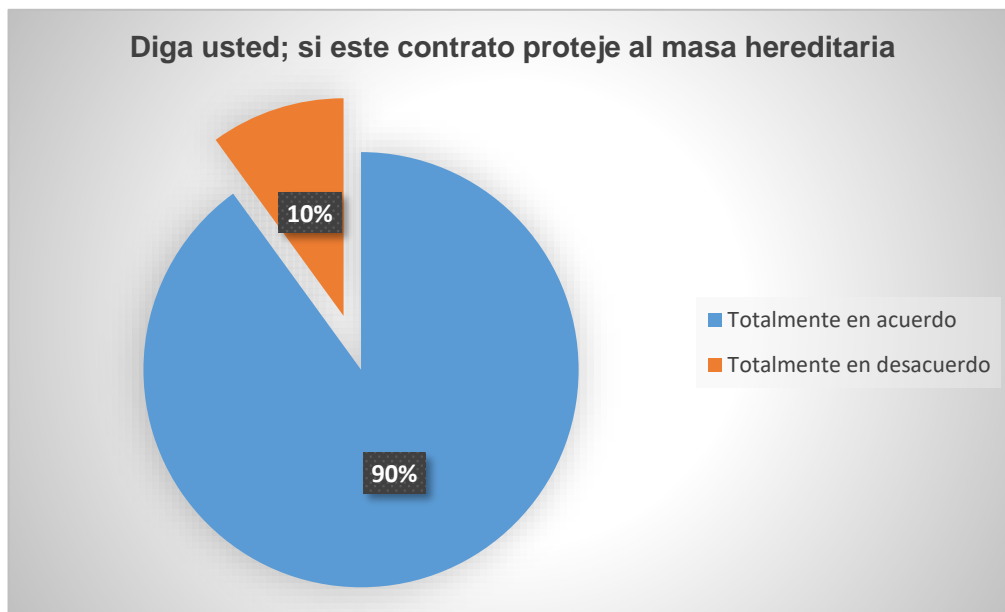


Figura 9. Pregunta 7 de la variable 2

Interpretación: En el gráfico 8 el 90% de profesionales está totalmente en acuerdo considera que este tipo de contrato protege la masa hereditaria. Y el 10% Totalmente en desacuerdo.

Tabla 11

Octava pregunta de la variable 2

	Porcentaje
SI	95%
NO	05%
Total	100%

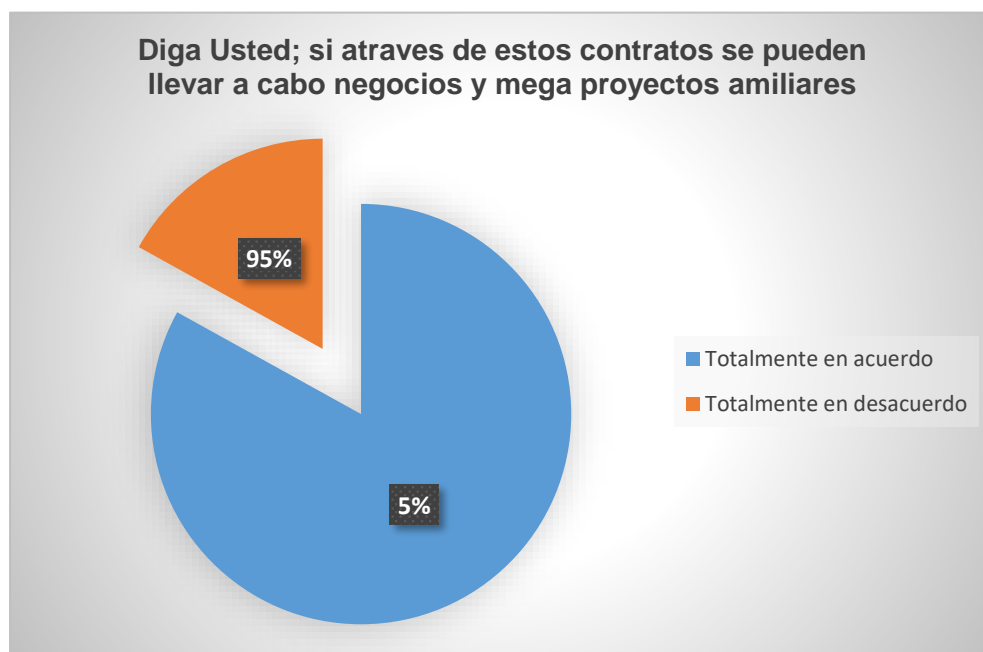


Figura 10. Pregunta 8 de la variable 2

Interpretación: En el gráfico 9 el 95% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo que estos contratos permiten efectuar todo tipo de negocio y salvaguarda los derechos, el 5% está totalmente en desacuerdo.

Tabla 12

Novena pregunta de la variable 2

	Porcentaje
SI	70%
NO	0%
Total	100%

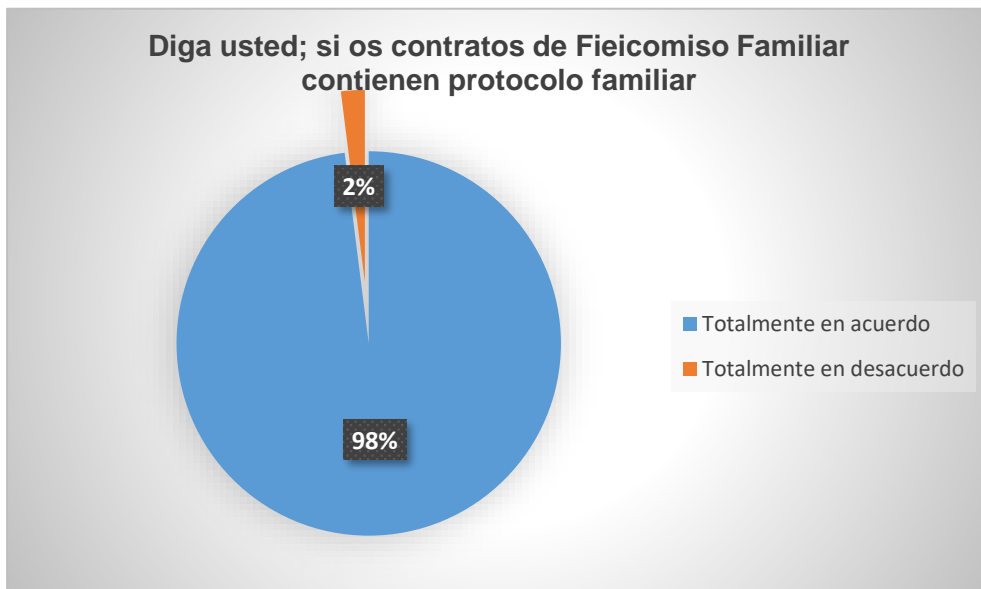


Figura 11. Pregunta 9 de la variable 2

Interpretación: En el gráfico 9 el 98% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo que estés contrato especial mantiene protocolos, el 2% está totalmente en desacuerdo.

Tabla 13

Décima pregunta de la variable 2

	Porcentaje
SI	98%
NO	2%
Total	100%

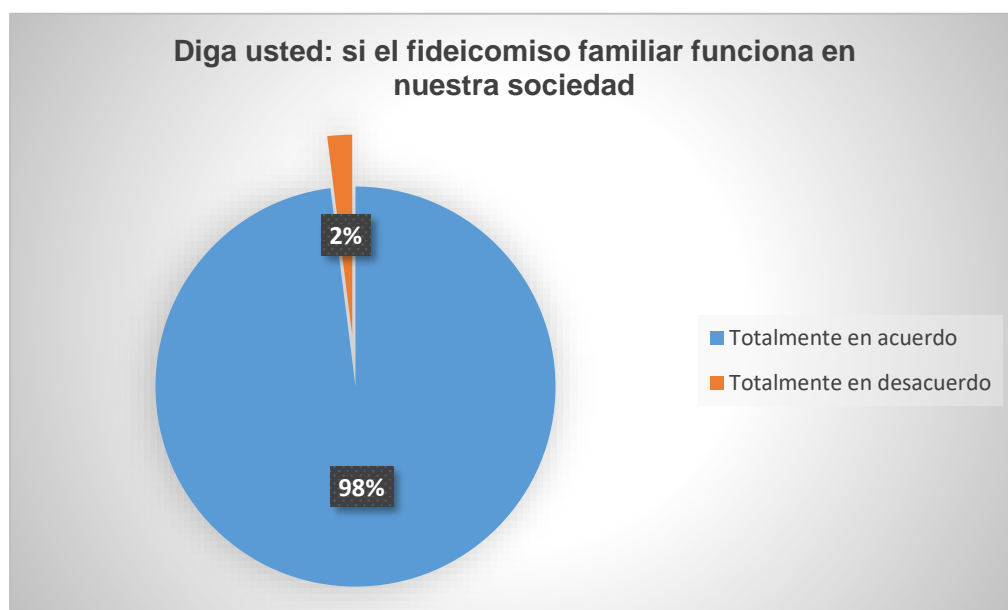


Figura 12. Pregunta 10 de la variable 2

Interpretación: En el gráfico 10 el 98% de profesionales considera que están totalmente de acuerdo que el fideicomiso familiar se aplica en el Perú de forma irregular, y el 2% totalmente en desacuerdo.

4.2. Resultados obtenidos para la prueba de hipótesis

Tabla 14

Prueba de hipótesis general

Tabla cruzada ACEPTACION				
		Aceptación		Total
		SI	NO	
	Recuento esperado	,9	,1	10
	% del total	90,0%	20,0%	100%
SI	Recuento	34	41	75
	Recuento esperado	33,4	40,8	75,0
	% del total	90,0%	20,0%	100%
NO	Recuento	11	14	25
	Recuento esperado	11,1	13,6	25,0
	% del total	98%	2%	100%
Total	Recuento	45	55	101
	Recuento esperado	80	20	100
	% del total	95%	5%	100,0%

Interpretación: En la presente tabla analizada a través del programa SPSS con la tabla cruzada entre las variables de aceptación y el análisis del contrato de fideicomiso familiar en el Perú; se obtiene que de la pregunta general realizada en la encuesta la respuesta afirmativa que confirma un porcentaje de 90% confirmando y aceptando la hipótesis general.

Tabla 15

Prueba de hipótesis específica

Tabla cruzada FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERU					
		Fideicomiso Familiar en el Perú		Total	
		SI	NO		
		Recuento	0	0	1
		Recuento esperado	,8	,1	1,0
		% del total	90%	10%	100%
Fideicomiso Familiar en el Perú	SI	Recuento	77	12	89
		Recuento esperado	74,9	13,2	89,0
		% del total	70%	30%	100%
	NO	Recuento	8	3	11
		Recuento esperado	9,3	1,6	11,0
		% del total	80%	20%	100%
Total	Recuento	85	15	101	
	Recuento esperado	85,0	15,0	101,0	
	% del total	98%	29%	100%	

Interpretación: Con respecto a la hipótesis específica 1-2-3 encontramos las respuestas afirmativas a la pregunta en un porcentaje de 90 % y el 10 % de respuestas negativas aceptando la hipótesis específica 1 -2 -3.

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1 Discusiones

Que, concluyendo con la investigación, a través de las encuestas, doctrinas, podemos señalar las siguientes presunciones:

Asimismo, respecto de la hipótesis general y específica, han sido aprobadas en las encuestas y reflejada a través de los cuadros estadísticos determinando la necesidad de la aplicación de la aceptación del fideicomiso familiar en el Perú.

Cimentando la necesidad de los contratos de fideicomiso familiar en nuestra realidad en el contexto social económico de los negocios familiares, y la protección de los bienes, confirmando la aceptando la hipótesis lo que significa que todos los actos de negocios y mega proyectos familiares deberían de incorporarse en nuestra legislación para viabilizar el desarrollo de negocios y mega proyectos familiares, relacionando estos resultados con la teoría de los derechos humanos y con la teoría del negocio jurídico – y – contractualista, teniendo la obligación de velar por el fideicomiso familiar en el Perú.

Tomando en consideración los antecedentes que señalan la figura del fideicomiso, como la evolución en la normativa peruana, así como la conceptualización, clasificación y sus características relevantes. El objetivo de éste es dar a conocer al lector la ubicación histórica del fideicomiso, las particularidades del mismo y plasmar los alcances que genera su constitución.

Por lo que la presente tabla analizada a través del programa SPSS con la tabla cruzada entre las variables de aceptación y el análisis del contrato de fideicomiso familiar en el Perú; se obtiene que de la pregunta general realizada en la encuesta la respuesta afirmativa que confirma un porcentaje de 90% confirmando y aceptando la hipótesis general.

Con respecto a la hipótesis específica 1-2-3 encontramos las respuestas afirmativas a la pregunta en un porcentaje de 90 % y el 10 % de respuestas negativas aceptando la hipótesis específica 1 -2 -3.

5.2 Conclusiones

Que, por las diferencias del sistema romano germano la aplicación del contrato de fideicomiso familiar en nuestra legislativo se aplicaría favorablemente incorporándolo en la ley especial.

Que, por las diferencias del sistema common law, y los enfoques de nuestros sistemas jurídicos permiten la aplicación del fideicomiso familiar cuya base es el numerus clausus permitiendo establecer los parámetros de uso. Para los negocios y megaproyectos.

Que, por las tipologías de fideicomiso – se podría incorporar por nuestra realidad y coyuntura el contrato de fideicomiso flexibilizando la posibilidad de incrementar los negocios y megaproyectos familiares.

5.3 Recomendaciones

Se recomienda viabilizar a través de nuestro sistema romano germano la aplicación en la legislativa la aceptación de los contratos de fideicomiso familiar, en pro del desarrollo económico de los grupos de familias.

Se recomienda viabilizar en la legislativa la aceptación del fideicomiso familiar como un contrato especial que protege los bienes del grupo de familia que incursan en los negocios.

Se recomienda viabilizar la protección de bienes y los negocios y megaproyectos familiares a través de fideicomiso familiar.

REFERENCIAS

- Arbury C. y Rau C. (1873). *Teoría clásica del patrimonio* [Mensaje en un blog]. BLOGDEANTUAN. Recuperado de <https://blogdeantuan.wordpress.com/2013/08/20/aubry-y-rau-el-patrimonio/>
- Caldas, S. (2016). *El fideicomiso mercantil y su trascendencia en la legislación ecuatoriana: alcance de las últimas reformas* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/24640/1/tesis.pdf>
- Cruz, E. (2011). *Análisis jurídico de las responsabilidades contractuales y extracontractuales del fideicomiso de administración de conformidad con la ley de bancos y grupos financieros* (Tesis de pregrado). Recuperado de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9035.pdf
- Cruz de los Heros, I. (2018). *El fideicomiso en garantía* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/23797/Facundo%20Sanchez%20Josue%20Alonso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chinchilla, V. (2008). *Análisis jurídico del fideicomiso instituido por testamento en la legislación guatemalteca y en el derecho comparado* (Tesis de pregrado). Recuperado de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7345.pdf
- Dávalos, M. (2017). *Teorías sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso*. Recuperado de <https://repositorio.iberopuebla.mx/bitstream/handle/20.500.11777/1155/delanaturalezajuridicadelpatrimoniodefideicomitido.pdf;jsessionid=4212f94a1e2579bda51be15e774e51e2?sequence=1>
- Facundo, S. (2019). *Incidencia del fideicomiso en el principio de reparación integral del daño* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/23797/Facundo%20Sanchez%20Josue%20Alonso.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Locker, Y. (2019). *El control del fideicomiso público por el tribunal de cuentas de la provincia de tierra del fuego* (Tesis de maestría). Recuperado de <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1189/Locker%20Yesia%20Susana.pdf?sequence=1>

Mundaca, T. (2017). *Análisis del rol del agente fiduciario en el contrato de fideicomiso en el Perú* (Tesis de maestría). Recuperada de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8670>

Montoya, A. (2017). *Análisis del Rol del Agente Fiduciario en el Contrato de Fideicomiso en el Perú* (Tesis de maestría). Recuperado de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8670/mundaca_torres_analisis_del_rol_del_agente_fiduciario_en_el_contrato_de_fideicomiso_en_el_peru.pdf?sequence=1&isallowed=y

Nikken, P. (2004). *Teoría de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhhlic/wp-content/uploads/sites/152/2020/08/1-Nikken-El-Concepto-de-Derechos-Humanos.pdf>

Oyarse, C. (2019). *Análisis crítico del fideicomiso peruano. Entendiendo su tratamiento impositivo de renta* (Tesis de maestría). Recuperada de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/14141/olano_romero_rodrigo1.pdf?sequence=1&isallowed=y

Pérez, C. (2007). *La regulación jurídica del fideicomiso* (Tesis doctoral). Recuperado de <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5641>

Paitampoma, C (2020). *El fideicomiso: tratamiento registral y pronunciamientos del Tribunal Registral* (Tesis de maestría). Recuperado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/18922>

- Villca, P. (2012). *Aspectos jurídico-tributarios del fideicomiso. Especial atención a los países de la comunidad andina* (Tesis doctoral). Recuperado de https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/84039/tesis%20doctoral%20.doc_.pdf?sequence=1
- Ventura, F. (2016). *Fideicomiso público: instrumento jurídico-financiero para la ejecución de políticas públicas en la República Dominicana, 2012-2016* (Tesis doctoral). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49481/1/T40337.pdf>
- Valladares, O. (2017). *El fideicomiso mixto con patrimonio público-privado con destino inmobiliario* (Tesis de maestría). Recuperado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_14172.pdf
- Vargas, P. (2015). *El drama de fideicomiso en umbral de Juan emar: obra total y acto ético* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133872/El-drama-de-fideicomiso-en-Umbral-de-Juan%20Emar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Von, B. y Bekker, I (1885). *Teoría del patrimonio de afectación*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/259425063/Teoria-Del-Patrimonio-Afectacion>
- Winkler, C. (2010). *Sobre la procedencia del negocio fiduciario y el Fideicomiso en el derecho chileno* (Tesis de pregrado). Recuperado de http://repositorio.udec.cl/jspui/bitstream/11594/316/1/Tesis_Sobre_la_procedencia_del_negocio_fiduciario.Image.Marked.pdf

ANEXOS

Anexo 1

CUESTIONARIO SOBRE EL ANALISIS DE LA ACEPTACION DEL FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERU.

Agradeceremos su colaboración en el perfeccionamiento del actual cuestionario que tiene por fin el análisis de Aceptacion del Fideicomiso Familiar en el Perú.

I. Aspectos generales

1.1 Actividad que realiza (la más frecuente) en su carrera

- a) Investigación (Jurídica) ()
- b) Docencia universitaria ()
- c) Magistratura ()
- d) Otro:

1.2 Entidad donde labora

1.3 Años de experiencia

- a) De 1 a 5 años (), b) de 5 a 10 años (), c) de 10 a 15 años ()
- d) de 15 años a más ().

1.4 Sexo

Masculino (), b) femenino ().

1. ¿Diga usted; si este tipo de contrato es típico o atípico?

Totalmente de acuerdo ()

- a) Parcialmente de acuerdo ()
- b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- c) En desacuerdo ()
- d) Totalmente en desacuerdo ()

2. ¿Diga usted; si este tipo de contrato es diferente a los contratos generales?

- a) Totalmente de acuerdo ()
- b) Parcialmente de acuerdo ()
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- d) En desacuerdo ()
- e) Totalmente en desacuerdo ()

3. ¿Diga usted; si los contratos de este tipo son alianzas protocolares?

Totalmente de acuerdo ()

- a) Parcialmente de acuerdo ()
- b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- c) En desacuerdo ()
- d) Totalmente en desacuerdo ()

4. ¿Diga usted; si es materializable el pacta sunt servanda en este tipo de contratos?

Totalmente de acuerdo ()

- a) Parcialmente de acuerdo ()
- b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- c) En desacuerdo ()
- d) Totalmente en desacuerdo ()

5. ¿Diga usted; si estos contratos especiales se pueden dejar sin efecto?

- a) Totalmente de acuerdo ()
- b) Parcialmente de acuerdo ()
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- d) En desacuerdo ()
- e) Totalmente en desacuerdo ()

6. ¿Diga usted; si este contrato de fideicomiso es seguro?

- a) Totalmente de acuerdo ()
- b) Parcialmente de acuerdo ()
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- d) En desacuerdo ()
- e) Totalmente en desacuerdo ()

7. ¿Diga usted; si este contrato protege la masa hereditaria?

Totalmente de acuerdo ()

- a) Parcialmente de acuerdo ()
- b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()
- c) En desacuerdo ()

d) Totalmente en desacuerdo ()

8. ¿Diga usted; si a través de estos contratos se pueden llevar acabo negocios, y megaproyectos familiares?

Totalmente de acuerdo ()

a) Parcialmente de acuerdo ()

b) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()

c) En desacuerdo ()

d) Totalmente en desacuerdo ()

9. ¿Diga usted; si los contratos de fideicomiso familiar contienen protocolos familiares?

a) Totalmente de acuerdo ()

b) Parcialmente de acuerdo ()

c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()

d) En desacuerdo ()

e) Totalmente en desacuerdo ()

10. ¿Diga usted; si el fideicomiso familiar funcionaria en nuestra sociedad?

a) Totalmente de acuerdo ()

b) Parcialmente de acuerdo ()

c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo ()

d) En desacuerdo ()

e) Totalmente en desacuerdo ()

Anexo 2

MATRIZ DE CONSISTENCIA – ACEPTACION DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO FAMILIAR EN EL PERU

Realidad Problemática	Objetivos	Hipótesis	Justificación
<p>Problema general</p> <p>Existen diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>Problemas específicos</p> <p>1) Existe diferencia con la figura jurídicos germano latino, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>2 Existe diferencia con la figura jurídicos Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>3 Existe una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultad su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares.</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Identificar las diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>a) a) Identificar las diferencias del sistema jurídica germano latino, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>b) Identificar las diferencias del sistema jurídica Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>c) Identificar una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultad su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares.</p>	<p>Hipótesis general</p> <p>Hi: Posiblemente existen diferencias entre el sistema jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>Ho Posiblemente no existen diferencias entre los sistemas jurídica germano latino y el Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>Hipótesis específicas:</p> <p>HE1: Posiblemente exista diferencia en el sistema jurídica germano latino, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>HE2: Posiblemente exista diferencia en el sistema jurídica Common Law, para la aceptación del fideicomiso Familiar en el Perú</p> <p>HE3: Posiblemente existe una tipología no muy amplia en cuanto a la figura del fideicomiso familiar; lo que dificultad su potencial aceptación a la viabilidad de proteger los negocios familiares.</p>	<p>La presente investigación se justifica en la medida que busca identificar, clarificar y analizar las principales diferencias conceptuales jurídicas y la aplicación de fideicomiso familiar; entre nuestro ordenamiento legal fundado en la figura jurídica germano latino y el Common Law. En tal sentido, en la medida en que se vaya identificando y precisando las diferencias conceptuales y semánticas detrás de ambos ordenamientos de cosas en el desarrollo de la tesis, iremos aproximándonos al concepto del “Fideicomiso Familiar” para incidir en su aplicabilidad, posterior, no solo para proyectos orientados a sectores de alta rentabilidad sino que también a sectores como las negocios familiares, que generan la protección de los bienes familiares y la protección de los negocios familiares en los peruanos.</p>
